Roj: STS 4840/2010
 Id Cendoj: 28079120012010100733
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 11555/2009
 Nº de Resolución: 791/2010
 Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
 Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x TRÁFICO DE DROGAS x
- x PRESUNCIÓN DE INOCENCIA x
- x ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA x
- x PRUEBA INDICIARIA x
- x IN DUBIO PRO REO x
- x EXPULSIÓN DEL TERRITORIO x

Resumen:

Tráfico de droga. Presunción de inocencia. Prueba indiciaria. In dubio pro reo. Pena sustitutiva de expulsión del territorio del Estado. Error en la apreciación de la prueba.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Septiembre de dos mil diez.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción precepto constitucional e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por ██████████, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección PRIMERA, que condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Orteu del Real.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 3 de Burgos, incoó Procedimiento Abreviado con el número ████████ de 2009, contra ██████████, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Burgos, cuya Sección Primera, con fecha 23 de noviembre de 2.009, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: PRIMERO.- Se considera probado y expresamente se declara: que el acusado ██████████, mayor de edad, sin constar antecedentes penales, de nacionalidad colombiana y con residencia irregular en España, el día 3 de junio de 2.009 a primeras horas de la tarde, salió de su domicilio sito en la DIRECCION000 nº NUM001 de Burgos, subiéndose con posterioridad a un vehículo conducido por ██████████; resultando que aquél era objeto de seguimiento policial, los agentes decidieron su seguimiento, siendo interceptado en la Avenida del Vena de Burgos. Que una vez detenido el vehículo el acusado arrojó al suelo tratando de ocultar un envoltorio que portaba escondido entre sus prendas interiores, el cual fue recogido del suelo por los agentes policiales, resultando que tras su análisis resultó ser cocaína, con un peso de 49,33 gramos, una riqueza media de 13,69 %, la cual podría haber alcanzado un valor en el mercado de 3.392 #.

Que por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Burgos se autorizó una entrada y registro en el domicilio del acusado, practicada en la tarde del mismo día, resultando que se ocuparon dos balanzas de precisión una marca Vector y otra Tangent, varios recortes de plástico, y 0,44 gramos de cocaína, con una riqueza

media del 26,77 %, que hubiese alcanzado un valor en el mercado de 29,90 #.

Que el acusado poseía las sustancias intervenidas con la finalidad de transmitir las a terceros, y también para su propio consumo.

SEGUNDO.- Que el acusado es un consumidor habitual de cocaína y otras sustancias estupefacientes, habiendo realizado los hechos con la finalidad de obtener medios económicos para sufragar su consumo.

TERCERO.- Que el acusado se encuentra en situación irregular en España, careciendo de permiso de trabajo o residencia, teniendo iniciado un expediente de expulsión por el Departamento Policial de extranjería, habiendo contraído matrimonio durante el periodo en que se encontraba en prisión provisional.

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

FALLO: Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** a [REDACTED], como autor criminalmente responsable de un delito **CONTRA LA SALUD PÚBLICA**, anteriormente definido, con la concurrencia de la circunstancia analógica de drogadicción, a las penas de **TRES AÑOS DE PRISIÓN, MULTA DE 3.500 #**, con un día de arresto sustitutorio por cada 50 # o fracción impagados, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena y al pago de las costas procesales.

Dichas penas se **SUSTITUYEN** por **LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL POR UN PERIODO DE 10 AÑOS**, contados desde la fecha de expulsión, y en todo caso mientras no haya prescrito la pena.

Procedase en ejecución de sentencia a la destrucción de la droga intervenida, dándose el destino legal a las balanzas de precisión, y devolviéndose al acusado el teléfono móvil que portaba.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por [REDACTED] que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación del procesado, basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION**.

PRIMERO .- Al amparo del art. 5.4 LOPJ . por vulneración del art. 24.2 CE . referido al derecho a la presunción de inocencia.

SEGUNDO .- Al amparo del art. 852 LECrim .

TERCERO .- Al amparo del art. 849.1 LECrim . por infracción del art. 89 CP .

CUARTO .- Al amparo del art. 849.2 LECrim . por error en la valoración de la prueba.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día catorce de septiembre de dos mil diez.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR [REDACTED]

PRIMERO: El motivo primero por vulneración de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ . principio constitucional de presunción de inocencia, art. 24.2 CE , ante la ausencia total de actividad probatorio sobre la que fundamentar la condena del recurrente.

Se sostiene en el motivo que la sentencia impugnada declara probada unos hechos que se contradicen con las manifestaciones del acusado, pues la cantidad de droga que se le interceptó no se

racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria *.puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o coherencia (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho de que se hace desprender de ellos o no conducen naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o carácter concluyente* , (no siendo pues, razonable, cuando la inferencia es excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso se debe ser especialmente prudente, puesto, que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio.

En este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional 189/1998 partiendo en que además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, deben considerarse asimismo insuficientes las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial, ha señalado que un mayor riesgo de una debilidad de este tipo en el razonamiento judicial se produce en el ámbito de la denominada prueba de indicios que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia. En el análisis de la razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probados hemos de precisar ahora que solo podemos considerarla insuficiente desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, si a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado o desde una perspectiva externa y objetiva que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos... no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente ("más allá de toda duda razonable"), bien la convicción en si (SSTC. 145/2003 de 6.6, 70/2007 de 16.4).

SEGUNDO: En el caso presente el recurrente no cuestiona la posesión de la cocaína, sino que manifiesta que era para su propio consumo, al ser adicto a la cocaína y la acababa de adquirir a una persona cuyos datos no facilita, con la que se había puesto en contacto telefónico a través de un locutorio de la Plaza Mayor, cuestiona, por tanto, el elemento interno o psíquico de la relación de hechos probados de la sentencia ("que el acusado poseía las sustancias intervenidas con la finalidad de transmitirla a terceros, y también para su propio consumo"), debemos recordar, respecto a la concurrencia de este elemento subjetivo del tipo que se exige para considerar delictiva la posesión de la droga, que su probanza puede venir -decíamos en STS. 609/2008 de 10.10 -, que su probanza puede venir de la mano de una prueba directa, como sucede en los casos de confesión del propio sujeto, o testigos que compraron la sustancia prohibida o la vieron ofrecer en venta o de como conocieron tal intención de entrega a terceros y así lo declaran. Sin embargo, lo más frecuente es que tales pruebas no existan y se acuda al mecanismo de la prueba indirecta o de indicios, por medio de la cual, a través de ciertos hechos básicos plenamente acreditados, a través de determinadas circunstancias objetivas que concurran en el hecho que se enjuicia se infiere la existencia de aquel elemento subjetivo.

Así los criterios que se manejan para deducir el fin de traficar con la droga son: la cantidad, pureza y variedad de la droga, las modalidades de la posesión o forma de presentarse la droga, el lugar en que se encuentra la droga, la tenencia de útiles, materiales o instrumentos para la propagación, elaboración o comercialización, la capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de droga, la ocupación de dinero en moneda fraccionada, la falta de acreditamiento de la previa dependencia, entendiendo como de lo más significativo la no constancia de la adicción al consumo de drogas, la forma de reaccionar ante la presencia policial, el intento disimulado de deshacerse de ella o de ocultarla e incluso se ha aludido en alguna ocasión a las circunstancias personales del acusado.

El recurrente insiste en su condición de adicto a la cocaína -reconocida en la propia sentencia al apreciarse la atenuante analógica de drogadicción del art. 21.6 en relación con el art. 21.2 CP.- y que era para su consumo. Ello hace necesario efectuar dos precisiones previas:

Primera.- que la jurisprudencia tiene declarado que el ser consumidor no excluye de manera absoluta el propósito de traficar (STS. 384/2005 de 11.3), y aún en los casos de que el tenedor de la sustancia estupefaciente sea consumidor, debe ponderarse en la medida en que la droga aprehendida exceda de las previsiones de un consumo normal, y así ha venido considerando que la droga está destinada al tráfico, cuando la cuantía de la misma exceda del acopio medio de un consumidor durante 5 días, y de conformidad con el criterio del Instituto Nacional de Toxicología y el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 19.10.2001 ha fijado el consumo medio diario de cocaína, entre 1,5 y 2,00 gramos, de cocaína, presumiendo, por ello, la finalidad de tráfico en tenencias entre 7,5 y 10 gramos, (SSTS. 2063/2002 de 23.5, 1778/2000 de 21.10).

En el caso presente la cantidad de cocaína intervenida al acusado fue de 49,33 gramos más 0,44 gramos ocupados en su domicilio, que supera cinco veces aquellos límites.

Segunda.- que no obstante lo anterior, según se razona en las SS. 411/97 de 12.4, 422/99 de 26.3, 2063/2002 de 23.5 , esta doctrina se ha modulado en un doble sentido: en primer lugar precisando que las declaraciones jurisprudenciales indicadoras de la cantidad de droga que pueda estimarse destinada exclusivamente -al consumo propio y de la que puede considerarse destinada a distribución a terceros, fijan unas pautas o baremos orientativos basados en el calculo del consumo medio diario de cada clase de droga y en la determinación del máximo de días de provisión del estupefaciente cubiertos habitualmente por el consumidor y apoyados en la enseñanza de la experiencia y en los datos facilitados por Organismos dedicados al estudio del fenómeno de la droga; y tales pautas orientativas no pueden coartar de una forma absoluta la libertad apreciativa y valorativa de las pruebas por parte del Tribunal, sin impedir por tanto que el órgano judicial llegue a la conclusión de que el tenedor de la droga destinaba al propio consumo una cantidad superior a la fijada en tales módulos, teniendo en cuenta distintos datos obrantes en el procedimiento.

En esta dirección las SSTS. 492/99 de 26.3, 2371/2001 de 5.12, 900/2003 de 17.6 , declara que este criterio, el del exceso de las necesidades del autoconsumo, es meramente orientativo y muy discutible y de dudosa eficacia si se quiere implantar de modo genérico. No cabe, consecuentemente, considerar que la detención de una determinada cantidad de sustancia tóxica, evidencia, sin más su destino al tráfico, pues se hace preciso comprobar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes. Entre ellas, el lugar de la detención, la distribución de la sustancia, las pautas de consumo del detentador, etc. a través de las cuales declarar razonable su destino al tráfico basado en la mera ocupación de la sustancia. Como decíamos en la STS. 1262/2000 de 14.7 : "La cantidad de droga poseída es un elemento para la prueba del elemento subjetivo del delito, esto es el animo de destinaria al tráfico, pero no el elemento subjetivo del delito, pues si fuera así bastaría con la comprobación de que la cantidad detentada superaba el baremo legal que permite su acreditación....".

Consecuentemente puede concluirse en relación a la cantidad de droga ocupada, que debe excluirse que pueda apreciarse de un modo automático su destino al tráfico cada vez que se comprueba la tenencia de una cantidad más o menos similar a la fijada por la jurisprudencia, por cuanto tal entendimiento supondría, en realidad una modificación del tipo objetivo del delito extendiendo a supuestos de tenencia de determinadas cantidades, lo que en realidad implicaría una verdadera extensión analógica del tipo penal, ya que lo que la Ley incrimina es la tenencia para el tráfico, no la tenencia de una determinada cantidad, aunque sea para el propio consumo. Por ello, siendo el fin de tráfico un elemento del tipo debe quedar tan acreditado como cualquier otro, sin que pueda deducirse mecánicamente de una cantidad que aparentemente excede del propio consumo.

Siendo así, la Sala de instancia tiene en cuenta y valora otros datos como son:

-las declaraciones testificales de los policías nº 58172 y 62393 que detuvieron al acusado y los seguimientos policiales anteriores al día de su detención, que constataron como el acusado contactaba con personas consumidoras de droga en bares, realizando algún intercambio.

-la forma en que el acusado llevaba la droga, oculta entre sus prendas intimas y su intento de deshacerse de ella en el momento en que la Policía interceptó el vehículo que ocupaba.

-la incautación en su domicilio en el registro practicado el mismo día de su detención, de dos balanzas de precisión y recortes de plástico de los utilizados comúnmente para confeccionar papelinas, y sobre cuya tenencia el acusado no ha dado explicación satisfactoria.

-el valor en venta de la sustancia ocupada, 3.392,92 E, sin que el acusado contase con medios económicos conocidos para su adquisición.

Circunstancias éstas que llevan al Tribunal a considerar que la droga que llevaba consigo, 49,33 gramos de cocaína, excedía del acopio normal que un consumidor medio lleva consigo en la vía pública, entendiéndose, pro el contrario que la cantidad que poseía en su domicilio, 0,44 gramos sí podía pensarse que, dada su condición de consumidor, estaba destinada a su consumo personal.

Inferencia de la Sala que debe considerarse de logia y racional, con la consiguiente desestimación del motivo.

TERCERO: El motivo segundo por vulneración de precepto constitucional, con base en el art. 852 LECrim ., infracción de los arts. 24.1 y 2 CE , y conforme al art. 5.4 LOPJ , principio in dubio pro reo, por cuanto la Audiencia Provincial ha realizado una ponderación y valoración de la prueba irracional,

arbitraria e ilógica, llegando a vulnerar el principio de interpretación fáctico "in dubio pro reo".

El motivo debe ser desestimado.

Es cierto, aunque durante algún tiempo la jurisprudencia ha mantenido que el principio in dubio pro reo no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que, en realidad, se trataba de un principio interpretativo y que por tanto no tenía acceso a la casación, sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada. Hoy día, la jurisprudencia reconoce que el principio in dubio pro reo forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación. Ahora bien sólo se justifica en aquellos casos en los que el Tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y los haya resuelto en contra del acusado (SSTS. 677/2006 de 27.6, 548/2005 de 12.5, 1061/2004 de 28.9, 836/2004 de 5.7, 479/2003 de 31.3, 2295/2001 de 4.12, 1125/2001 de 12.7).

En este sentido debe señalarse que este principio es una condición o exigencia subjetiva del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatória existente aportada al proceso, de forma que si no es plena la convicción judicial se impone el fallo absolutorio.

Es decir, que la significación del principio "in dubio pro reo" en conexión con la presunción de inocencia equivale a una norma de interpretación dirigida al sentenciador que debe tener en cuenta al ponderar todo el material probatorio y tiene naturaleza procesal (sTS. 15.5.93 y 30.10.95) por lo que resultará vulnerado cuando el Tribunal determine la culpabilidad del acusado reconociendo las dudas sobre la autoría del mismo o sobre la concurrencia de los elementos objetivos del delito, pero no resulta aplicable cuando el órgano jurisdiccional en uso de las facultades otorgadas por el art. 741 LECrim ., llega a unas conclusiones, merced a la apreciación en conciencia de un bagaje probatorio de cargo conducente a afirmaciones incriminatorias llevadas a la resolución. Como precisa la sTS. 27.4.98 el principio "in dubio pro reo", no tiene un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve un mandato: el no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza, mediante la apreciación racional de una prueba en sentido incriminatorio, constitucionalmente cierta y celebrada en condiciones de oralidad, publicidad, contradicción e inmediatez, esto es, en las condiciones de un proceso justo.

En definitiva, a pesar de la íntima relación que guardan el derecho de presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo, y aunque uno y otro sean manifestación de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre ambos, de modo que su alcance no puede ser confundido. El principio in dubio pro reo solo entre en juego cuando practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia.

Dicho en otros términos, la aplicación de dicho principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido dudas sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas (ssTS. 1.3.93, 5.12.2000, 20.3.2002, 18.1.2002, 25.4.2003). Por ello no puede equipararse la duda externamente derivada de existir dos versiones contrapuestas -como ocurre en casi todos los procesos de cualquier índole- a la que nazca en el ánimo del Juez, cuando oídas por el directamente las personas que, respectivamente, las sostienen, llega la hora de acoger una u otra, ya que solo y exclusivamente en ese momento decisivo debe atenderse al principio pro reo, inoperante cuando el Juez ha quedado convencido de la mayor veracidad de una de las versiones, es decir, que a través del examen en que se constata esa situación de versiones contradictorias tan frecuente en el proceso penal, el Juez puede perfectamente valorar la prueba, esto es, graduar la credibilidad de los testimonios que ante él se viertan y correlacionar toda la prueba, sentando la culpabilidad de los denunciados cual acontece en el caso que nos ocupa.

En efecto, el recurrente se limita a insistir en que la mera tenencia de una cantidad de droga que podría ser destinada al autoconsumo debido a las concretas circunstancias que concurren, no constituyen prueba del delito por el que ha sido condenado. Cuestión que ya ha sido analizada -y desestimada- en el motivo precedente y que no guarda relación con el principio in dubio pro reo, pues del mismo no se deduce que el acusado tenga derecho a que el Tribunal en ciertas ocasiones dude. El derecho que se deriva de este principio se concreta en que el tribunal que realmente ha dudado no está autorizado a condenar y solo en este aspecto normativo cabe fundamentar un motivo de casación en el principio in dubio pro reo (STS. 444/2001 de 22.3).

CUARTO: El motivo tercero por infracción de Ley, en concreto el art. 89 CP , por cuánto la medida de expulsión ha acordado de forma automática, inmotivada, inaudita parte y sin efectuar el imprescindible juicio de proporcionalidad y ponderación, dado su importante arraigo en España.

El primer párrafo de la norma, que se refiere a la sustitución íntegra de las penas privativas de libertad

inferiores a seis años de prisión, por la expulsión del territorio nacional cuando sean impuestas a extranjeros no residentes legalmente en España, salvo que, excepcionalmente y de norma motivada, el Juez o Tribunal aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en España ha sido -como decíamos en STS. 949/2009 de 28.9 - objeto de una copiosa doctrina jurisprudencial con el fin de suavizar su literalidad y adecuar su interpretación a los tratados internacionales convenidos por España y a la jurisprudencia que los interpreta. Y así, en las SSTS 901/2004, de 8 de julio, y 906/2005, de 17 de mayo, se argumenta sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del art. 89 del C. Penal, en la que, aplicando los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados suscritos por España sobre la materia, se amplíe la excepción a la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen. De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y mesura los derechos fundamentales en conflicto. Por último, considera este Tribunal en esas dos resoluciones que no debe otorgársele primacía a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de políticas criminales de mera seguridad frente a derechos fundamentales prioritarios del propio penado, que será oído en todo caso antes de adoptar la resolución relativa a la expulsión.

Esta doctrina, con algunas precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa, ha sido después reafirmada en su aspecto nuclear por esta Sala en las sentencias que ha proseguido dictando en años posteriores (SSTS 1231/2006, de 23-11; 35/2007, de 25-1; 108/2007, de 13-2; 140/2007, de 26-21; 166/2007, de 14-2; 682/2007, de 18-V-2; 125/2008, de 20-2; 165/2009, de 19-2; y 498/2009, de 30-4, 439/2010 de 12.5 entre otras) que sintetizan los requisitos necesarios que han de concurrir para justificar la expulsión en:

- Extranjeros con residencia ilegal, porque para la expulsión el tipo exige dicho presupuesto (STS. 636/2005 de 17.5).
- Condenados con una pena no grave inferior a 6 años prisión.
- Que la expulsión haya sido solicitada por el Ministerio Fiscal o, eventualmente, por otra acusación personada.
- Que haya sido escuchado el interesado previamente sobre la cuestión.
- Que no implica una ruptura de la convivencia familiar, por existir ésta y ser de cierta entidad por el número de miembros familiares, estabilidad alcanzada y dependencia económica del posible expulsado.

En definitiva, la jurisprudencia viene exigiendo una valoración individualizada, no solo en atención a los derechos afectados, sino también desde la perspectiva de la justicia material y del respeto al principio de igualdad, en cuanto que la infracción delictiva cometida puede aparejar una sanción de muy diferentes consecuencias para el autor extranjero que reside ilegalmente que para el que lo hace de forma legal, o es de nacionalidad española (STS 166/2007). De otro lado, el automatismo en la aplicación del precepto acordando la expulsión es contrario a la posibilidad de que tal sustitución no proceda en atención a las circunstancias del delito, lo que implica la necesidad de proceder a una valoración de todas ellas.

En esta dirección ya se pronunció el Tribunal Constitucional con anterioridad a las últimas reformas, en sentencia 242/94 de 20.7, con motivo de aplicar la medida de expulsión en una sentencia penal, argumentando que "precisamente porque la medida de que se trata afecta a la efectividad de un derecho constitucionalmente tutelado en los términos antes expuestos, no puede abandonarse su aplicación a una decisión discrecional de los órganos jurisdiccionales. Es preciso, además de comprobar el cumplimiento de los presupuestos que autorizan su aplicación -la condena en sentencia firme por delito castigado con pena igual o inferior a la de prisión menor- que los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar, art. 39,1 CE), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la ley, y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión".

Y en aquel sentido debemos recordar que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces Proyecto de la LO. 15/2003 de 1.10, 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 arraigo que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o ser 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....".

Consecuentemente con esta doctrina lo que pretende corregirse por esta Sala son aquellos supuestos en los que la medida sustitutoria de las penas impuestas se aplique, aún cuando literalmente pareciera entenderse que hubiera de ser así con la lectura del precepto aplicado y hoy aún vigente, de forma automática y sin cumplir los cánones esenciales constitucionalmente consagrados de cumplimiento con los derechos de audiencia, contradicción, proporcionalidad y suficiente motivación.

QUINTO: En el caso presente existe (folio 20) diligencia policial en la que se hace constar que consultada la Brigada Provincial de Extranjería sobre la situación del detenido Eulogio se manifiesta que el mismo se encuentra en situación irregular en España por lo que en ese momento se le incoa el correspondiente Expediente Sancionador.

La medida de expulsión fue solicitada por el Ministerio Fiscal en el escrito de acusación, por lo que el acusado tuvo conocimiento de la pretensión y pudo desplegar la actividad probatoria adecuada para oponerse a la medida solicitada, que fue, por tanto, debatida en el juicio y motivada en la sentencia de instancia, por lo que, en modo alguno, puede sostenerse que se acordara de forma automática, inmotivada o inaudita parte.

No obstante el recurrente plantea la desproporción de la medida por el importante arraigo que tiene en España. Así reside en este país desde el año 2000, fecha en la que ingresó en un Centro Penitenciario, saliendo en libertad provisional en el año 2.006, comenzando una relación con Carolina el 14.3.2007, con quien convivía y decidió contraer matrimonio en el año 2.008, lo que hizo el 21.8.2009, e igualmente Eulogio tiene domicilio fijo en España y desde que obtuvo la libertad ha estado trabajando en distintos sitios si bien sin un contrato laboral.

La sentencia de instancia, FJ. 6, examina las concretas circunstancias del acusado, que, conforme a sus propias manifestaciones, llegó a España, sobre el año 2000, procedente de Colombia, siendo detenido en el aeropuerto de Barajas -en el atestado iniciador de las presentes diligencias consta su antecedente policia por detención Guardia Civil Tres Cantos el 24.12.2000- y condenado por un delito contra la salud pública a la pena de 9 años prisión, saliendo en libertad provisional sobre el año 2006, y realizando diversos trabajos en el ramo de la Hostelería, carece de permiso de trabajo y de residencia en el momento de su detención; asimismo la sentencia destaca que estando en prisión provisional por esta causa -fue detenido el 3.6.2009 - contrajo matrimonio el día 19.8.2009 con Carolina, con la cual mantenía una relación, residiendo en el mismo domicilio, y 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 nueve años, vuelve a ser detenido poseyendo la cocaína que se refleja en los hechos probados, y que acuerda contraer matrimonio con la evidente finalidad de acreditar su arraigo, sin haberlo hecho hasta que fue detenido*".

Consecuentemente el Tribunal rebate en su argumentación la falta de proporcionalidad de la medida a los hechos, pero parte de un presupuesto erróneo, desde el momento en que tal como se acredita en la documental del expediente matrimonial, éste comenzó a instruirse el **25.5.2009** (ver solicitud, declaración *art. 240 Reglamento del Registro Civil, folio 171* rollo Sala), acta de manifestaciones (folio 182) y resolución Juez encargado registro por la que se tenía por promovido expediente registral sobre autorización para contraer matrimonio), esto es, con anterioridad a su detención e ingreso en prisión por la presente causa, lo que 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 debe concluirse que respecto de la proporcionalidad de su aplicación no se cumplió con el espíritu que anima la norma.

El motivo, por lo expuesto, debe ser estimado.

SEXTO: El motivo cuarto por infracción de Ley, por un error en la apreciación de la prueba, por cuanto la medida de expulsión acordada en sentencia se fundamenta en el motivo subjetivo del órgano resolutor que no entiende acreditado el arraigo del recurrente, en base a que éste no contrajo matrimonio hasta haber ingresado en prisión, no siendo esto así pues tal como se refleja en el expediente de matrimonio civil (folios 170 y ss) éste se inició el 25.5.2009 y el recurrente fue detenido el 3.6.2009.

Debemos recordar conforme tiene declarado reiterada jurisprudencia, por todas STS. 655/2010 de 13.5, que la vía del *art. 849.2 LECrim* sólo se pueden combatir los errores fácticos y no los errores jurídicos que se entiendan cometidos por la sentencia en la interpretación de los hechos.

Por ello, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el *art. 849.2 LECrim* se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron, pero en todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal.

Asimismo es importante destacar que el error denunciado debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, esto es que sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pero si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (SSTS. 170/2000 de 14.2, 47/2000 de 3.6, 471/2001 de 22.3, 2352/2001 de 3.12, 820/2003 de 28.5, 824/2003 de 5.6, 417/2004 de 29.3, 328/2005 de 14.3, 1257/2005 de 31.10, 447/2006 de 11.4, 685/2006 de 8.6, 1103/2007 de 21.12, 1045/2009 de 4.11, 1238/2009 de 11.12, 655/2010 de 13.7).

En el caso presente en el *factum* apartado tercero, solo refiere " *Que el acusado se encuentra en situación irregular en España, careciendo de permiso de trabajo o residencia, teniendo iniciado un expediente de expulsión por el Departamento Policial de extranjería, habiendo contraído matrimonio durante el periodo en que se encontraba en prisión provisional*", pero en el fundamento jurídico sexto, al valorar la Sala las circunstancias personales del acusado sobre su posible arraigo, contiene una afirmación fáctica que complementa aquella declaración cual es que el acusado acuerda "contraer matrimonio con la evidente finalidad de acreditar su situación de arraigo, sin haberlo hecho hasta que fue detenido", afirmación fáctica cuya incidencia en relación a la proporcionalidad de la medida ya ha sido destacada en el motivo precedente como excluyente de la aplicación del *art. 89 CP*, por lo que la inclusión en el relato fáctico de que el expediente matrimonial se inició el 25.5.2009 debe acordarse al tener trascendencia valor causal en el fallo, con la consiguiente estimación del motivo.

SEPTIMO: Estimándose parcialmente el recurso, las costas se declaran de oficio, *art. 901 LECrim*.

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Eulogio**, con estimación de los motivos tercero y cuarto, contra sentencia de 23 de noviembre de 2009, dictada por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Primera, en causa seguida por delito contra la salud pública, y en su virtud **CASAMOS Y ANULAMOS** parcialmente meritada resolución con declaración de oficio costas recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. Perfecto Andres Ibañez D. **Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Jose Antonio Martin Pallin**

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Septiembre de dos mil diez.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Burgos, con el número 51 de 2009, y seguida ante la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 1ª, por delito contra la salud pública, contra **Eulogio**, hijo de Francisco y de Ruth, nacido el 11.4.1970 con Pasaporte de Colombia nº NUM002, natural de Dos Quebradas (Colombia), sin constar antecedentes penales, en situación de prisión provisional por esta causa; se ha dictado sentencia que ha sido **CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE** por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida añadiendo en el apartado tercero de lo hechos probados "El expediente matrimonial se inició con fecha 25 mayo 2009".

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Tal como se ha razonado en los fundamentos jurídicos cuarto a sexto de la sentencia precedente procede dejar sin efecto la sustitución de las penas impuestas por la expulsión del territorio nacional por un periodo de diez años acordada en la sentencia recurrida.

III. FALLO

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada, Audiencia Provincial de Burgos, Sección Primera de 23 de noviembre de 2.009, se deja sin efecto la sustitución de las penas impuestas por la expulsión del territorio nacional por un periodo de **diez años**.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. Perfecto Andres Ibañez **D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre** D. Jose Antonio Martin Pallin

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