



Roj: **STS 2679/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2679**

Id Cendoj: **28079129912022100018**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **27/06/2022**

Nº de Recurso: **1637/2021**

Nº de Resolución: **645/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **LEOPOLDO PUENTE SEGURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 1947/2021,**  
**STS 2679/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 645/2022**

Fecha de sentencia: 27/06/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1637/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 31/05/2022

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: ASO

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1637/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

### **Sala de lo Penal**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 645/2022**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente



D. Andrés Martínez Arrieta  
D. Julián Sánchez Melgar  
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca  
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre  
D. Antonio del Moral García  
D. Andrés Palomo Del Arco  
D.ª Ana María Ferrer García  
D. Pablo Llarena Conde  
D. Vicente Magro Servet  
D.ª Susana Polo García  
D.ª Carmen Lamela Díaz  
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina  
D. Ángel Luis Hurtado Adrián  
D. Leopoldo Puente Segura  
D. Javier Hernández García

En Madrid, a 27 de junio de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra la Sentencia dictada el 17 de febrero de 2021, por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección sexta, en el rollo de apelación núm. 11/2021, por la que se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don Victoriano , contra la sentencia núm. 341/2020, de 25 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 16 de Barcelona, en la que se condenó al recurrente como autor penalmente responsable de un delito de robo con violencia en las personas en grado de tentativa y un delito leve de lesiones. Los/as Magistrados/as componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Han sido partes en el presente procedimiento como recurrente el **MINISTERIO FISCAL**. Como parte recurrida **DON Victoriano** , representado por el Procurador de los Tribunales don Víctor Pérez Casado y defendido por el Letrado don Castor Villar González.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Barcelona, incoó Diligencias urgentes 124/2020, por presuntos delitos de robo con violencia en las personas en grado de tentativa y otro de lesiones leves contra Victoriano . Una vez concluidas las actuaciones, las remitió para su enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal núm. 16 de Barcelona que incoó procedimiento de Juicio rápido 382/2020, y con fecha 25 de noviembre de 2020, dictó Sentencia núm. 341 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"UNICO.- Se declara probado que el acusado Victoriano , mayor de edad, sin antecedentes penales y en situación irregular en territorio español y sin que exista razón que justifique su permanencia en España, sobre las 20.20 horas del día 8 de octubre de 2020, cuando se encontraba en la zona de Pza. de Catalunya con Rambla de Catalunya, obrando con el propósito de obtener un beneficio patrimonial inmediato y de menoscabar la integridad física, abordó a Marco Antonio cuando este salía del supermercado de "El Corte Inglés" que se halla en la zona, y tras hacer amago de saludarlo le propinó un fuerte tirón a la cadena que llevaba colgada en el cuello.

No obstante, el acusado no pudo conseguir la disposición definitiva de esa cadena, al no romperse esa, dándose a la fuga, siendo posteriormente detenido por agentes de la guardia Urbana de Barcelona a los que la víctima solicitó ayuda y ante los que lo reconoció in situ al acusado como su agresor.

Como consecuencia de estos hechos, el Sr Marco Antonio sufrió lesiones consistentes en erosiones en zona del cuello, que requirieron de una primera asistencia facultativa y de las que tardó en curar tres días, que no fueron impeditivos para sus ocupaciones, haciéndolo sin secuelas, por los que no reclama".



**SEGUNDO.-** El Juzgado dictó el dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debo CONDENAR y CONDENO a Victoriano como autor criminalmente responsable de un delito de robo con violencia en las personas en grado de tentativa, previsto y penado en los arts. 237 y 242. 1 y 16 y 62 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO Y NUEVE MESES DE PRISION y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena si para ello estuviere legitimado.

Que debo CONDENAR y CONDENO a Victoriano como autor criminalmente responsable de un delito leve de lesiones del Art. 147.2 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN MES DE MULTA CON CUOTA DIARIA DE 3 EUROS con responsabilidad personal subsidiaria caso de impago en los términos del Art. 53 del Código Penal.

Y le condeno al pago de las costas procesales.

ACUERDO la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta a Victoriano por su expulsión del territorio nacional con prohibición de regreso por tiempo de cinco años, dando conocimiento de la finalización del presente procedimiento a la Subdelegación del Gobierno al concurrir infracción de las normas de extranjería, y procediéndose por el Juzgado Penal de Ejecutorias que conozca de le presente, caso de no darse lugar a la expulsión así acordada por la razón que fuera, a la ejecución de la pena impuesta o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma.""

**TERCERO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, la representación legal del condenado, presenta recurso de apelación con base en los motivos expuestos en su escrito ante la Audiencia Provincial de Barcelona, formándose el rollo de apelación 11/2021. En fecha 17 de febrero de 2021 el citado Tribunal dictó sentencia, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación de Victoriano contra la Sentencia de fecha 25 de noviembre de 2020 del Juzgado de lo Penal nº 16 de los de Barcelona, de que dimana el presente rollo, debemos REVOCAR PARCIALMENTE dicha resolución, en el sentido de dejar sin efecto la sustitución de la pena de prisión impuesta por la expulsión del acusado y recurrente de España; todo ello declarando de oficio las costas procesales causadas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación por infracción de ley, para ante el **TRIBUNAL SUPREMO** en el plazo de CINCO DÍAS, a partir de su notificación, conforme al art. 847.1.b y 849.1º de la LECrim, solamente cuando se haya infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada. Devuélvanse los Autos originales al Juzgado de su procedencia, una vez transcurrido el plazo mencionado.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

**CUARTO.-** Contra la anterior sentencia el Ministerio Fiscal 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 de casación formalizado por el Ministerio público se basó en el siguiente motivo:

Motivo único.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del artículo 89.1 del Código Penal. El Ministerio Público razona que la cuestión presenta interés casacional.

**SEXTO.-** Por diligencia de ordenación de 7 de abril de 2021 se tiene por incorporado el anterior escrito y se da traslado a las partes interesadas por plazo de tres días conforme al artículo 882.2º Lecrim. La parte recurrida impugna el recurso planteado de contrario.

**SÉPTIMO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 17 de febrero de 2022 se señala el presente recurso para deliberación y fallo el próximo día 16 de marzo de 2022, suspendiéndose la misma al acordarse su señalamiento para Pleno, cuya fecha quedó fijada para el siguiente día 31 de mayo de 2022, prolongándose la misma hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR.-** 1.- Corresponde abordar, con carácter previo, la cuestión relativa a la admisibilidad del presente recurso, objeto como ha sido de extensa deliberación, con el propósito de ofrecer un pie o contraste



argumentativo a la discrepancia que mantuvieron al respecto una minoría de los integrantes de este Tribunal, cuyas razones quedarán explicadas en el voto disidente que se incorpora a esta sentencia.

2.- Es sabido que en esta modalidad de recurso de casación, –el que cabe interponer contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en segunda instancia–, el único motivo de **impugnación** que resulta admisible es el contemplado en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, –infracción de precepto penal sustantivo–. A él se acoge en este caso el Ministerio Fiscal. Sin embargo, en parecer minoritario, consideran los magistrados/a disidentes que, en realidad y en sustancia, lo que verdaderamente quiere impugnarse por el recurrente aquí resulta ser una norma de carácter procesal y, en consecuencia, el recurso resultaría inadmisibile.

3.- No es este el parecer de la mayoría de los miembros del Tribunal. La resolución recurrida deja sin efecto únicamente el pronunciamiento que se contiene en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, relativo a la expulsión del condenado del territorio nacional como medida sustitutiva de la pena de prisión que le fue impuesta. Lo hace porque considera que dicha decisión, la relativa a la expulsión, se adoptó sin que existieran "*condiciones efectivas*" de audiencia para ello, lo que reputa exigencia contenida en el artículo 89 del Código Penal.

Ciertamente, pero solo en apariencia, el pronunciamiento evoca la eventual aplicación de una norma de naturaleza procesal, tiene, si se prefiere expresar así, ese aroma. Creemos, sin embargo, que un análisis más detenido de la cuestión pone de manifiesto que no es así y, en consecuencia, que acierta el Ministerio Público cuando canaliza su queja por la vía que le ofrece el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El recurso resulta admisible.

4.- Por descontado, la naturaleza sustantiva o procesal de una determinada norma no puede hacerse depender exclusivamente del texto normativo en el que aquella se inserta. Es obvio que el Código Penal contiene preceptos que sin dificultad puede catalogarse como procesales (por ejemplo, su artículo 86.4). Sin embargo, hasta donde se nos alcanza, el artículo 89, que es el aquí aplicado, no contiene más norma de naturaleza propiamente procesal que la referida en el segundo inciso de su número 3. Norma, seguramente superflua, y, desde luego, no aplicada por la resolución que aquí se impugna. En efecto, después de sentar el precepto, como principio general, que "*el juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible*", añade en el referido segundo inciso que, cuando así no fuera, el pronunciamiento se reservará para la fase de ejecución de sentencia, "*previa audiencia al Fiscal y a las demás partes*". Decimos que se trata de una precisión seguramente superflua porque la eficacia directa de la propia Constitución española impediría, de suyo, la adopción de una medida de esta clase en fase de ejecución sin audiencia de las partes. En todo caso, dicha norma, –esta sí procesal–, no resultó aplicable en el caso, habida cuenta de que la expulsión se acordó por el Juzgado de lo Penal en sentencia. Dicha decisión es, sin embargo, dejada sin efecto por la resolución que aquí se impugna.

La Audiencia Provincial consideró que, en este caso, la expulsión no podía ser acordada en sentencia. Y lo entendió así porque, a su parecer, habiéndose celebrado el juicio en ausencia, no habían tenido lugar "*condiciones de audiencia efectiva*". La sentencia recurrida nada objeta, sin embargo, a la celebración, en el caso, del juicio en ausencia, que se considera inobjetable, perfectamente acomodada a la regulación legal del mismo. Tanto es así que, desestimando las quejas del acusado recurrente en apelación, confirma la realidad de los hechos que se declaran probados, la calificación jurídica que los mismos merecieron al juzgador de la primera instancia y la pena privativa de libertad que se impuso al acusado. Sin embargo, de oficio, aprovechando, explica, la "*voluntad impugnativa*", juzga que, con respecto a la expulsión, y solo con respecto a ella, las condiciones efectivas de audiencia, –suficientes, como lo eran, para confirmar todos aquellos otros pronunciamientos–, no bastaban.

5.- Este último razonamiento, a nuestro parecer, pone a las claras de manifiesto que no nos hallamos frente a una cuestión de naturaleza procesal sino ante la aplicación, –lo anticipamos ya, creemos que errónea–, de un precepto penal sustantivo, tal y como señala en su recurso el Ministerio Público. Lo que, en sustancia, proclama la sentencia recurrida es que la propia naturaleza de la expulsión demanda inexorablemente "*condiciones efectivas de audiencia*" (concepto, por otro lado, en cierto modo difuso, como explicaremos más adelante) que, sin embargo, no resulta exigibles para la adopción de otra clase de consecuencias jurídicas del delito, en particular no resultan exigibles cuando se trata de la imposición de penas (incluso cuando éstas fueran, como aquí, privativas de libertad). Es, por tanto, la concepción sustantiva que de la expulsión del territorio nacional como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad mantiene el Tribunal provincial, lo que le conduce a dejar sin efecto la decisión del Juez Penal. Es la naturaleza, la sustancia, de esta medida (la expulsión) aquello que soportaría la decisión adoptada. Pocas normas puede haber que merezcan tanto la consideración de precepto penal sustantivo como las referidas a la esencia, a la naturaleza, a la sustancia,



de una consecuencia jurídica del delito. Lo que se debate aquí es la "especialidad" de la medida de expulsión frente a otras consecuencias jurídicas del delito, determinada por la propia sustantividad de aquélla.

Finalmente, cualesquiera que sean las "*condiciones efectivas de audiencia*" que el Tribunal provincial echa en falta, de sus razonamientos se sigue, además, que la medida de expulsión nunca podría ser adoptada en un juicio en ausencia, afirmación apodíctica en tanto, a nuestro parecer, carece de fundamento normativo alguno que pudiera servirle de asidero (enfrentando, en cambio, la previsión contenida en el párrafo segundo del artículo 786.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Pocas veces también resulta más pertinente un pronunciamiento al respecto de este Tribunal Supremo, cuidando de evitar que lo que pudiera considerarse posible en unos territorios de España, no lo sea en otros, en función del diferente entendimiento sustantivo que las distintas Audiencias Provinciales sostuvieran acerca de la medida de expulsión contemplada en el artículo 89 del Código Penal.

**PRIMERO.-** 1.- Canaliza así su recurso el Ministerio Público, sujetándose a las exigencias de esta particular modalidad de casación, –en tanto tiene por objeto las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales–, a través del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por considerar que en la resolución impugnada se dejó de aplicar indebidamente la previsión contenida en el artículo 89.1 del Código Penal. Se queja la parte recurrente de que la decisión adoptada por la Audiencia Provincial ha ignorado en la aplicación de este precepto la doctrina jurisprudencial concerniente al mismo, citando al respecto numerosas resoluciones de este Tribunal Supremo en sentido contrario, que vendrían a poner de manifiesto la existencia, en el caso, del denominado interés casacional. De forma complementaria, censura también el Ministerio Público que la decisión que aquí combate se adopta al socaire de una pretendida "*voluntad impugnativa*" del entonces recurrente en apelación, desbordando de forma holgada los límites de esa figura. Invoca, en particular, por lo que a esta cuestión respecta, la doctrina que se contiene en nuestra sentencia número 68/2021, de 28 de enero, cuando señala: <<La voluntad impugnativa, concepto de creación jurisprudencial cuyos concretos perfiles no siempre son fáciles de trazar, permite indagar al Tribunal ad quem, sobreponiéndose a eventuales deficiencias de naturaleza técnica en el planteamiento de la cuestión sometida a examen, –ya sea por la errónea elección del motivo de queja aducido o de los efectos que debieron asociarse a la estimación del mismo–, cuál ha sido, en realidad, el verdadero propósito, la sustancia, de la **impugnación** (por ejemplo, nuestra sentencia número 167/2019, de 28 de marzo, al determinar lo que "verdaderamente se pretende en el desarrollo del motivo"...), sin embargo, también en estos casos, lo que el expediente de la voluntad impugnativa permite no es sustituir a la parte en sus eventuales demandas, no es suplir su pasividad o aquiescencia, ni reorientar, transformando, su línea defensiva, –todo ello inconciliable con la consustancial posición de imparcialidad del Tribunal–, sino, sin limitarse a la pretensión general deducida por la parte, analizar también aquellas consideraciones que, implícitas o embebidas en ésta, formando parte o comprendidas en ella, puedan resultar conducentes a la más completa protección de su derecho fundamental de tutela. Lo explicaba así nuestra sentencia número 155/2017, de 13 de marzo: "esta Sala ha aplicado tradicionalmente la denominada doctrina de la voluntad impugnativa, considerándola implícitamente comprendida en la infracción de ley, al estimar que el derecho a la tutela judicial efectiva no puede verse mermado por formalismos exacerbados en la interpretación de los motivos de recurso, por lo que el Tribunal Supremo puede aprovechar la instancia casacional para corregir, en beneficio del reo, los errores legales de que adolezca la sentencia recurrida siempre que se encuentren relacionados con los motivos de casación interpuestos"... Importa, sin embargo, no perder de vista que esa ineludible conexión material, sustancial, entre lo solicitado por el recurrente y lo que el Tribunal ad quem puede acordar en aplicación del comentado criterio de la voluntad impugnativa, no puede oscurecer la realidad de que nuestro enjuiciamiento criminal, inspirado en los principios de contradicción y defensa, se articula en términos dialécticos, enfrentando las partes sus respectivas pretensiones con igualdad de armas, en contienda que habrá de resultar resuelta por un órgano jurisdiccional (y, por definición, imparcial). Por ello, cuanto más se debilita la indispensable conexión entre lo pretendido y lo acordado, más padecerá el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte recurrida, en la medida en que menos posibilidades habrá tenido para columbrar siquiera aquella relación, más o menos difusa en cada caso, y por ende para articular sus argumentos frente a los después esgrimidos sorpresivamente en la resolución que resuelve el recurso. Huelga añadir que, por extensión, cuando el vínculo entre lo realmente pretendido y lo después resuelto, al socaire de aquella "supuesta" voluntad impugnativa, desaparece por completo, no puede ser ni remotamente identificado, el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes contrarias (en nuestro caso, de las acusaciones) resulta llanamente vulnerado. En tales casos, no es que el Tribunal escudriñe, más o menos esforzadamente, la "verdadera" voluntad de quien recurre, –sobreponiéndose a deficiencias de orden técnico en su planteamiento o haciendo emerger argumentos de algún modo, incluso implícito o indirecto, incorporados a los que expresa el recurrente–, sino que, en realidad, abandonando su irrenunciable posición de imparcialidad, incorpora al objeto de la **impugnación** aspectos que, ni explícita ni implícitamente, fueron sometidos a su juicio, asumiendo así, de manera naturalmente involuntaria, la defensa de los intereses de una parte, que reconstruye ex novo, al socaire o con el pretexto del recurso, de la existencia



del recurso, pero sin anclaje alguno en las pretensiones del mismo. Tal entendimiento desmesurado del criterio de la voluntad impugnativa, se ha dicho ya, vulnera de forma abierta el derecho a la tutela judicial de la parte recurrida, desapoderada indebidamente de la facultad de oponerse a los razonamientos o consideraciones que, en realidad, por no sostenidos por la parte contraria, ni puede prever como fundamento de la resolución ni, en consecuencia, pudo tampoco exponer sus razones en sentido contrario.

2.- La Audiencia Provincial, en la resolución que es ahora objeto de recurso, acepta por entero los hechos que se declaraban probados en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, así como también la completa calificación jurídica de los mismos y las penas que aquélla imponía al acusado. Sin embargo, en su fundamento jurídico cuarto, –y pese a que, conforme explica, el único motivo de apelación era la existencia de un pretendido error en la valoración de la prueba–, resuelve, acogiéndose a la doctrina de la voluntad impugnativa, dejar sin efecto la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta por la expulsión del condenado del territorio nacional. Las razones que expresa para ello merecen ser reproducidas aquí, al efecto de testar si las mismas son acordes con nuestra doctrina o si, como el recurrente sostiene, se oponen a la misma. Reza el referido fundamento jurídico cuarto: "La Sala se acoge a la doctrina de la voluntad impugnativa para revisar la decisión de la Sentencia en cuanto al acuerdo de sustituir la pena de prisión por la expulsión del acusado de España, conforme a la previsión del artículo 89 del Código Penal.

Ciertamente, la Sentencia (último párrafo del Fundamento de Derecho Séptimo, in fine) se justifica, tácitamente, en la preceptividad de la sustitución con que se presenta la norma del artículo 89 y, también, en la afirmación, del todo inmotivada, de falta de arraigo social en el acusado. También debe partirse de que, después de la reforma operada por la L.O. 1/2015, no se puede considerar que la pasividad o inactividad de la Defensa, frente a la pretensión de sustitución, es suficiente para justificar la ausencia de motivación judicial individualizada. Es un planteamiento muy discutible porque estamos ante una lectura jurisprudencial de la norma, de cuyos límites y consecuencias se puede disentar. La nueva redacción del artículo 89 incorpora, como nuevos elementos esenciales de la sustitución los siguientes:

1.- Una cláusula general que impone un juicio de proporcionalidad previo a la decisión. La literalidad del apartado cuarto del artículo 89 es muy contundente: "no procederá", dice la norma, "la sustitución cuando (...) la expulsión resulte desproporcionada". Este planteamiento incide, sin duda, a la hora de configurar el nivel de motivación judicial exigible a la hora de decidir si se opta por la sustitución o no. Se está exigiendo una posición activa del Juez, que debe promover la existencia de un espacio procesal en el cual pueda producirse un debate efectivo sobre la cuestión. Con ese planteamiento, la decisión ya no puede basarse, solamente, en la valoración de la actitud pasiva o inactiva de la Defensa en el acto del Plenario (no podemos olvidar que el objeto del debate en el Juicio Oral no incorpora, directa o necesariamente, cuestiones relativas a los efectos penológicos, todavía imponderables o contingentes, del juicio).

2.- El otro elemento novedoso, que refuerza al anterior razonamiento, está en el apartado tercero de la norma. Regula el tipo de resolución y el espacio procesal en el que se ha de tomar la decisión judicial, declarando una preferencia por que se haga en la Sentencia (condenatoria), pero dejando abierta la posibilidad de que se produzca en fase de ejecución de la Sentencia. Para ello el Legislador impone la decisión como parte de la Sentencia con el empleo una expresión ("siempre que ello resulte posible"), que todavía presenta referencias enigmáticas, y, sobre todo (en lo que aquí interesa), obliga expresamente a que la decisión en esa fase posterior se haga "previa audiencia al Fiscal y a las demás partes". Obviamente, si se impone el contenido procesal de la audiencia en la fase de ejecución, con lo que ello significa por su finalidad, debe entenderse que también se considera imprescindible, en el plenario, cuando la decisión se toma en la Sentencia.

La conclusión, tras el análisis de la norma reguladora de la sustitución de la pena de prisión por la expulsión de España, es que es exigible en la actividad judicial que la decisión se tome tras un trámite de audiencia en condiciones de efectividad, que permita al Juez o Tribunal informarse sobre las "circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España" y, con ello, pueda motivar suficientemente el juicio de proporcionalidad que la norma impone. No hay presencia, en este caso, de un trámite de audiencia que pueda colmar las exigencias del artículo 89 y, por lo tanto, procede la revocación de la Sentencia en cuanto al acuerdo de sustituir la pena de prisión por la expulsión de España del penado, sin perjuicio de que, en aplicación del apartado tercero de la norma, pueda desarrollarse el referido trámite de audiencia que permita resolver sobre la pretensión penológica formulada por la acusación, en la fase de ejecución de la sentencia".

3.- Considera el Ministerio Público, aquí recurrente, que las novedades que la Audiencia Provincial ha querido hallar en la actual redacción del artículo 89 del Código Penal no son tales, en la medida en que, todas ellas, resultaban ya de una recta inteligencia de la doctrina jurisprudencial aplicable al respecto. Tan es así que el nuevo artículo 89 se limitó, en lo sustancial, a incorporar los criterios que este Tribunal Supremo venía exigiendo para que pudiera procederse a la expulsión del territorio nacional, como medida, total o parcialmente, sustitutiva de la pena privativa de libertad; sin que tampoco constituya novedad ninguna que dicha decisión



deba ser adoptada en sentencia o, cuando ello no fuera posible, en fase de ejecución. Por descontado, la adopción de esta medida, sujeta a las exigencias del principio acusatorio, deberá venir precedida de la correspondiente audiencia, *"en condiciones efectivas de defensa"*. Y no deberá ser adoptada cuando *"a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada"* (artículo 89.4). Todo ello es aceptado, como no podía ser de otro modo, por el Ministerio Fiscal, recurrente ahora. Radica, sin embargo, la discrepancia en que, en el caso, y a juicio de este último, dicha posibilidad de audiencia tuvo lugar sin objeción alguna, en la medida en que el acusado era consciente de la petición acusadora, también por lo que respecta a la medida de expulsión, ya solicitada en el escrito de acusación, y dispuso de la posibilidad de alegar y acreditar cuantos extremos y circunstancias pudieran haberle resultado convenientes desde el punto de vista de la proporcionalidad de la medida, lo mismo las concernientes a las circunstancias del hecho que los referidas a las personales del autor, en particular sobre su eventual arraigo en España. Prefirió, sin embargo, el acusado no comparecer al acto del juicio, pese a haber sido legalmente citado y conociendo también que el mismo podría ser celebrado en su ausencia. Y prefirió no facilitar tampoco a su defensa técnica argumentos o cualesquiera clase de elementos probatorios relativos a las cuestiones que se acaban de referir. Dispuso, por eso de posibilidades efectivas de defensa, también con relación a este particular extremo, aunque resolviera guardar silencio al respecto y no proponer la práctica de elemento probatorio alguno. En tales circunstancias, explica el Ministerio Público, este Tribunal ha venido aceptando la procedencia de acordar la expulsión. Así, entre otras, nuestras sentencias números 792/2008, de 4 de diciembre o 479/2014, de 3 de junio.

**SEGUNDO.-** 1.- Ciertamente considera este Tribunal que los razonamientos que se contienen en la resolución impugnada, sobre el particular aquí controvertido, presentan algunas insalvables fallas. El artículo 89.1 del Código Penal expresa que las penas de prisión de más de un año (y menos de cinco) impuestas a un ciudadano extranjero, serán sustituidas por su expulsión del territorio nacional, aunque, excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, podrá acordarse, --no fue el caso aquí--, la ejecución de una parte de la pena, no superior a dos tercios, y la sustitución del resto por la expulsión. Sin embargo, y siguiendo con ello precisamente la doctrina jurisprudencial que interpretaba el antecedente legislativo del precepto, el número 4 del artículo 89 observa que dicha sustitución no procederá, como ya hemos señalado, cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en nuestro país, la expulsión resultara desproporcionada, con las precisiones, que exceden el objeto de este recurso, que en este precepto se añaden (con relación a los ciudadanos comunitarios y a los que, no siéndolo, hubieran residido en España durante los diez años anteriores).

Por lo que respecta a las "circunstancias del hecho", es claro que Victoriano fue condenado como autor de un delito violento, cometido el pasado día 8 de octubre de 2020. En cuanto a sus "circunstancias personales", únicamente resulta del relato de hechos probados de la sentencia que ahora se recurre, que el acusado, natural del Reino de Marruecos, de donde es nacional, es mayor de edad, carece de antecedentes penales y se halla *"en situación irregular en territorio español, sin que exista razón que justifique su permanencia en España"*. A partir de estos elementos, en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, fundamento jurídico séptimo, se razonaba: *"atendida la pena impuesta y la falta de arraigo en España, procede acordar la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta al penado por su expulsión del territorio nacional"*, conforme a lo que había sido interesado por el Ministerio Fiscal.

2.- Considera la Audiencia Provincial en la sentencia que ahora se recurre, que la referida decisión se sustenta en una motivación endeble, añadiendo seguidamente que el mencionado artículo 89.4 demanda una *"posición activa"* del juez *"que debe promover la existencia de un espacio procesal en el cual pueda producirse un debate efectivo sobre la cuestión"*. Y añade que la decisión no puede basarse de forma exclusiva en la pasividad del propio acusado o de su defensa en el acto del plenario, significando que *"no puede olvidarse que el objeto del debate en el juicio oral no incorpora, directa o necesariamente, cuestiones relativas a los efectos penológicos, todavía imponderables o contingentes, del juicio"*, enigmática expresión, esta última, que no alcanzamos a comprender del todo.

A nuestro parecer, ciertamente podrá decirse que la motivación que sustenta la decisión de sustituir la pena privativa de libertad impuesta por la expulsión del territorio nacional, resulta lacónica, aunque permite identificar sin dificultad, las razones que la sustentan a partir del relato de hechos probados, en el que expresamente se afirma que el acusado, extranjero y en situación irregular en España, no mantiene con nuestro país ninguna relación particular de arraigo. Por lo que respecta a la necesidad de que el juzgador promueva un espacio procesal para que pueda producirse un debate efectivo sobre la cuestión, es claro que la pretendida carencia entronca con la segunda de las objeciones que a la decisión se opone en la sentencia que es ahora objeto de recurso.



3.- Se afirma, en efecto, que la decisión relativa a la procedencia de la expulsión debe ser adoptada, preferiblemente, en la propia sentencia, tal y como lo expresa el artículo 89.3 del Código Penal, *"siempre que ello resulte posible"*. Cuando no lo fuera, declarada firme la sentencia, deberá procederse a resolver la cuestión, *"previa audiencia del Fiscal y de las demás partes"*. Observa al respecto la sentencia ahora recurrida que *"obviamente, si se impone la audiencia en fase de ejecución, con lo que ello significa por su finalidad, debe entenderse que también se considera imprescindible en el plenario, cuando la decisión se toma en sentencia"*.

Con ser evidente esto último, –es claro que la decisión relativa a adoptar la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, habrá de adoptarse, en todo caso, con audiencia del acusado–, lo cierto es que el legislador no encomienda a la prudente consideración del juzgador el momento en el cual deberá adoptar su decisión al respecto. Deberá hacerlo en sentencia, siempre que así resultara posible, tal y como se expresa con claridad en el artículo 89.3. Resulta factible, y aún frecuente, sin embargo, que el acusado, con el designio de evidenciar su arraigo en nuestro país, aduzca en el juicio la existencia de determinadas actividades profesionales, de vínculos familiares o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, no obstante, por diferentes razones, no pudieran ser acreditadas en ese momento. En tales casos, careciéndose de elementos bastantes para adoptar la decisión en sentencia, aquélla deberá ser pospuesta al período de ejecución en el que, siempre con intervención de las partes, y a partir de los elementos probatorios que pudieran ser aportados, deberá ser adoptada.

4.- En el caso, sin embargo, considera la Audiencia Provincial que no tuvo lugar la existencia de esta imprescindible audiencia *"en condiciones de efectividad"*. Y esta última expresión es la que, a nuestro juicio, hace naufragar su razonamiento. Explica que *"no hay presencia, en el caso, de un trámite de audiencia que pueda colmar las exigencias del artículo 89 y, por lo tanto, procede la revocación de la sentencia en cuanto al acuerdo de sustituir la pena de prisión por la expulsión, sin perjuicio de que, en aplicación del apartado tercero de la norma, pueda desarrollarse el referido trámite de audiencia"*.

El juicio se celebró en ausencia del acusado. Así lo autorizan, en ciertos casos, los artículos 786.1, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 775 del mismo texto legal. Ninguna objeción encontró para ello el juez de primera instancia, y la Audiencia Provincial respalda su pronunciamiento a este respecto. Igualmente, considera que los hechos que se declaran probados se acomodan a una recta valoración de la prueba practicada en el acto del juicio oral, en tanto válida, regular y suficiente, juzgando también que las conclusiones alcanzadas en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal aparecían cumplidamente motivadas (este era, en realidad, el objeto del recurso de apelación que resolvió). Y finalmente, decide mantener también la pena privativa de libertad que, en consecuencia, resultó impuesta. En ningún momento se cuestiona en la sentencia impugnada, con razón, que haya sido vulnerado el derecho del acusado a presenciar el desarrollo de las pruebas en el acto del juicio oral; ni su posibilidad efectiva de contradecir la calificación jurídica que la acusación sostenía con relación a los hechos que se le atribuyen; ni de alegar lo conducente acerca de la pena privativa de libertad que finalmente se le impuso; o su derecho a hacer uso de la última palabra. Todas estas decisiones se respaldan en la sentencia impugnada, sobre la base de considerar, evidentemente, que Victoriano resultó debidamente informado de la posibilidad de que el juicio se celebrara en su ausencia, para el caso de que le fuera interesada una pena no superior a los dos años de prisión o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su decisión no exceda de seis años. Se le dio traslado también, sin objeción alguna, del escrito de acusación. Presentó su correspondiente escrito de defensa, en el que nada adujo respecto a circunstancia ninguna acreditativa de su arraigo en España o de cualquier otra razón que pudiera obstar a la expulsión. Y por supuesto, fue citado para que compareciera al acto del juicio, lo que prefirió no hacer, sin aducir tampoco, ni en ese momento ni con posterioridad, razón alguna que se lo impidiera. No hace falta añadir que el juicio se celebró con la intervención activa de su abogado, quien participó en el desarrollo de las pruebas practicadas e interesó la absolució, sin que tampoco en momento alguno adujera, no ya acreditarse, la existencia de ningún elemento relativo al vínculo del acusado con nuestro país o a cualquier otra circunstancia eventualmente obstativa de la expulsión. Y ello, pese a conocer, lo mismo el propio acusado que su defensa técnica, desde primera hora, que el Ministerio Fiscal interesaba la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año y la sustitución de ésta por la expulsión del territorio nacional. Recaída sentencia, fue recurrida en apelación por la defensa del acusado, quien nada adujo tampoco en ese momento acerca de la improcedencia de la expulsión, ni invocó ningún motivo o circunstancia que determinara su eventual falta de proporcionalidad, cuestión ésta *"rescatada"* por el Tribunal provincial al socaire de una presunta *"voluntad impugnativa"*.

Cuesta entender así que, si la indispensable audiencia del acusado en *"condiciones de efectividad"* se produjo en forma inobjetable para que pudiera procederse a la celebración del juicio, a la práctica de la prueba, a la determinación de los hechos realmente acaecidos, a la calificación jurídica de los mismos, y a la imposición de una pena (nada menos que privativa de libertad), decisiones, todas ellas, que el Tribunal provincial respalda; considere, sin embargo, que esas mismas condiciones no se produjeron respecto de la sustitución de la





pena impuesta por la expulsión. Resulta, cuando menos, paradójico, que siendo, por ejemplo, la gravedad del hecho y las circunstancias personales del culpable, parámetros de indispensable valoración en el marco de la individualización de la pena (artículo 66.1.6ª), confirme su imposición la sentencia que ahora se recurre y entienda, sin embargo, –a nuestro parecer, sin explicación convincente alguna al respecto–, que no tuvo lugar una audiencia "*en condiciones de efectividad*" para valorar las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, con relación a la procedencia de acordar la sustitución de aquella pena privativa de libertad por la expulsión.

Y es que, indudablemente, el acusado tuvo la oportunidad de aducir, también respecto a esas circunstancias, cuanto hubiera tenido por conveniente. Pudo expresarlas en su escrito de defensa y proponer al respecto las pruebas que juzgase oportunas. Pudo comparecer personalmente al juicio, al que resultó debidamente citado con expreso apercibimiento de que el mismo podría celebrarse en su ausencia, y exponer entonces cuanto le conviniese. Y pudo hacerlo también a través de su abogado, aportando al Tribunal cuantos elementos le pareciesen oportunos al respecto. Pudo, incluso, invocarlas al tiempo de recurrir en apelación la sentencia dictada en primera instancia. Resolvió no hacerlo. Pero ello en absoluto equivale, a nuestro parecer, a una, en tal caso indebida, preterición de su derecho a ser oído o a proponer pruebas, que se colma con la posibilidad efectiva de expresar ante el Tribunal cuanto le pareciese oportuno al respecto o de proponer los **medios** de prueba que mejor condujesen a su derecho, sin que, desde luego, exija también una conducta proactiva por parte del acusado. Una cosa es tener derecho a ser oído; y otra tener que ser oído cuando no se quiere hablar. Tan frágil nos parece el razonamiento de la sentencia impugnada que, por los mismos motivos, podría negarse la audiencia "*en condiciones de efectividad*", en el caso de que, en fase de ejecución de sentencia, no compareciese tampoco el condenado a la vista que se señalara con ese fin o si nada adujese en el trámite escrito que se articulase al respecto.

Este Tribunal, por ejemplo en nuestra reciente sentencia número 622/2020, de 19 de noviembre, con cita de las sentencias núm. 6/2018, de 10 de enero y otras, ha tenido oportunidad de señalar que: <<no resulta posible una aplicación mecánica del mencionado precepto, en lo que supone de automatismo contrario a los principios constitucionales rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el acusatorio o el de contradicción, y derechos también esenciales cuales los de audiencia, defensa o motivación de las decisiones judiciales, de modo que la medida sustitutiva, prevista en el artículo 89.1 del Código Penal, sólo puede ser aplicada, previa solicitud de la Acusación, tras el oportuno debate, posibilitando las alegaciones de la Defensa y con una fundamentación adecuada a las circunstancias concretas del caso>>. Partiendo de las anteriores consideraciones, hemos dicho también, por ejemplo en nuestro auto 46/2021, de 21 de enero: <<Se cumplieran, por lo tanto, las exigencias del principio acusatorio, pues el acusado pudo conocer con la suficiente antelación la petición del Ministerio Fiscal y tuvo la posibilidad de efectuar alegaciones y, sobre todo, proponer las pruebas que estimara procedentes ( STS 792/2008, de 4 de diciembre), cosa que no hizo de forma convincente para el Tribunal, que no consideró que el arraigo invocado se hubiere acreditado cumplidamente>>. Y, en efecto, la referida sentencia número 46/2021, de 21 de enero, señala: <<Por tanto, se han cumplido en principio todos los requisitos anteriormente señalados para la adopción de la medida, pues el hoy recurrente pudo conocer con la suficiente antelación la petición del Ministerio Fiscal y tuvo la posibilidad de efectuar alegaciones y proponer las pruebas que estimara procedentes, esto es, estuvo garantizada la preceptiva audiencia del interesado, por lo que la decisión del Tribunal se ajustó a las previsiones del art. 89 CP>>. También en nuestro auto número 888/2020, de 10 de diciembre, puede leerse: <<se advierte que en el presente caso concurren los presupuestos establecidos en el artículo 89 del Código Penal, dándose, además, la circunstancia de que su aplicación, como es preceptivo, había sido solicitada por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora en el presente procedimiento, de modo que el recurrente fue conocedor de la pretensión del Ministerio Fiscal pese a lo cual no propuso ninguna prueba demostrativa de su pretendido arraigo, de sus eventuales vínculos familiares, ni, menos aún, de las deficiencias relativas a los derechos humanos que atribuye a la República de Ghana>>. Por último, y sin ánimo de agotar los ejemplos al respecto, nuestra sentencia número 479/2014, de 3 de junio, determina: <<En cuanto a la audiencia del penado y de las partes personadas, no supone que el órgano jurisdiccional, de oficio, como alegan los recurrentes, debe investigar las circunstancias personales y cualesquiera otras, que potencialmente pudieran justificar excepcionar la expulsión prevista en la norma, sino que haya existido la posibilidad de que la acusada proponga prueba sobre los hechos pertinentes y alegue lo que le convenga sobre el particular ( STS 710/2005, de 7 de junio ).

Así el ATS 1833/2012, de 5 de diciembre: la petición de expulsión no fue formalizada por el Fiscal en conclusiones definitivas, sino que se formuló en tiempo y forma, y expresamente, en las conclusiones provisionales o escrito de acusación; y posteriormente se mantuvo al elevar las provisionales a definitivas, después de la oportuna contradicción en el juicio. La petición fue, por tanto, oportunamente deducida, y el acusado a través de su defensa tuvo pleno conocimiento de la misma y fue sometida a contradicción. En consecuencia, se le dio audiencia al respecto.



En autos, la petición de expulsión obraba en la calificación provisional del Ministerio Fiscal, por ende, **medió** la posibilidad de oponerse a las pretensiones de la acusación de manera eficaz; tuvo la oportunidad de alegar y proponer prueba que justificara la evitación de la expulsión. El trámite de audiencia, rectamente entendido, como posibilidad ofertada para alegar y proponer prueba sobre el extremo invocado, fue cumplimentado; otra cuestión es que se optara por no alegar nada sobre la procedencia o improcedencia de la expulsión>>.

El motivo se estima.

**TERCERO.**- De acuerdo con lo establecido en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se declaran de oficio las costas devengadas como consecuencia de este recurso.

## FALLO

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

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 6ª, de fecha 17 de febrero de 2021, por la que se estimaba en parte el recurso de apelación interpuesto contra la número 341/2020, de 25 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Penal número 16 de Barcelona; que se casa y anula.

2.- Se declaran de oficio las costas de este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso. Póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial y del Juzgado de lo Penal de los que proceden las actuaciones, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 1637/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

**Sala de lo Penal**

**PLENO**

**Segunda Sentencia**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D.ª Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D.ª Susana Polo García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 27 de junio de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 17 de febrero de 2021, sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se reproducen e integran en esta sentencia todos los de la resolución de instancia rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** De conformidad con los fundamentos jurídicos de nuestra sentencia de casación, procede mantener la medida de expulsión del territorio nacional del condenado Victoriano, con la extensión y en los términos en los que fue acordada por el Juzgado de lo Penal número 16 de Barcelona, en su sentencia número 341/2020, de 25 de noviembre, en aplicación de lo prevenido en el artículo 89.1 del Código Penal y por las razones expresadas en nuestra sentencia casacional.

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Acordar la medida de expulsión del territorio nacional de Victoriano, en sustitución de la pena privativa de libertad impuesta, en los términos y con la extensión que se consigna en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 16 de Barcelona, número 341/2020, de 25 de noviembre; manteniendo el resto de los pronunciamientos contenidos en la resolución recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso. Póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial y del Juzgado de lo Penal de los que proceden las actuaciones e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

### VOTO PARTICULAR

QUE FORMULAN LOS EXCMOS. SRES. MAGISTRADOS D. ANTONIO DEL MORAL GARCÍA Y D. JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA AL QUE SE ADHIEREN EL EXCMO. SR. D. ANDRÉS PALOMO DEL ARCO Y LA EXCMA. SRA. Dña. ANA MARÍA FERRER GARCÍA, A LA SENTENCIA DE PLENO NÚM. 645/2022.-

#### Preliminares.-

1. Lamentamos disentir del criterio sustentado por el Pleno de este Tribunal. En dos planos se mueven las razones de la discrepancia. Desde una óptica estrictamente procesal, pensamos que el recurso del Fiscal no era admisible, lo que abocaba en esta fase a la desestimación sin analizar el fondo. Pero, incluso haciendo abstracción de ello, pensamos que la solución procedente no pasaba por revocar la sentencia de apelación.

2. Estamos ante un recurso de casación frente a sentencia de apelación de la Audiencia Provincial estimando -en el único particular de dejar provisionalmente sin efecto la expulsión sustitutiva acordada por el Juzgado de lo Penal. El Tribunal estimó que esa gravosa medida reclamaba una audiencia previa específica, más ad hoc. La celebración del juicio en ausencia -ajustada a la legalidad- impidió recabar la mínima información necesaria para decidir con datos suficientes sobre ese punto y, por tanto, entendió que no resultaba posible (posible jurídicamente, ¡claro!) adoptar ya esa decisión al no contarse con datos bastantes para ponderar su proporcionalidad. Se reputó insuficiente la genérica posibilidad de alegar de que dispuso formalmente el acusado en la comparecencia ante el Instructor. Por eso entendió que era no solo prudente, sino incluso obligado legalmente -y esa tajante afirmación sí podría ser cuestionable si no se modula atendiendo a cada caso-, conferir una nueva audiencia antes de decidir sobre la expulsión, en fórmula que el CP permite (art. 89.3). Algo puede añadirse ahora: esa conveniencia se hace mucho más imperiosa en el momento en que estamos resolviendo el recurso de casación. Han transcurrido años desde el momento de la detención. Las condiciones



y factores (arraigo, vínculos, situación actual...) que han de ponderarse para graduar la proporcionalidad han podido variar radicalmente. Esto introduce un elemento distorsionador. Pero esta consideración enlaza ya con el fondo que se analizará en la fase final de este texto. Antes procede indicar por qué entendíamos que lo correcto era una decisión de inadmisión del recurso.

### Inadmisibilidad del recurso.-

3. Dos órdenes de razones imponían en nuestra estimación la inadmisión:

- a) no estamos en rigor ante una un motivo por infracción de ley del art. 849.1º LECrim, único cauce habilitado para que accedan a casación sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Provincial;
- b) no estamos ante un pronunciamiento definitivo: la cuestión sobre la sustitución ha quedado sin resolver; sencillamente se ha pospuesto el momento de decidir.

4. Solo a través del art. 849.1 LECrim se abre el recurso de casación a asuntos ventilados en primera instancia ante un Juzgado de lo Penal. Obedece esa deliberada limitación a una clara filosofía, que enlaza con el objetivo perseguido por el legislador en la reforma procesal de 2015: permitir que este Tribunal fije doctrina sobre todos los temas de derecho penal sustantivo, con independencia de la gravedad del delito. La causal de casación indicada -849.1º- es la herramienta adecuada para ello. Es perfilada por la ley con esta fórmula: "Cuando, dados los hechos que se declaren probados ... se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal" (énfasis añadido).

La jurisprudencia de esta Sala viene proclamando de forma reiterada que el precepto remite exclusivamente a las normas que definen los tipos penales, es decir, que están llamadas a conformar una conducta delictiva: presunta vulneración de un precepto contenido en el Código Penal o en una ley penal especial (sucede así de forma señalada con las normas penales en blanco). Cuando se habla de otra norma del mismo carácter no se alude a normas penales, sino a normas sustantivas. Se excluyen del radio de acción del art. 849.1º las disposiciones procesales. Su trascendencia a efectos casacionales emerge si su transgresión comporta un defecto recogido en los listados cerrados de los arts. 850 y 851 LECrim o encierra un quebranto del derecho a un proceso con todas las garantías u otros preceptos constitucionales ( art. 852 LECrim: presunción de inocencia, tutela judicial efectiva, principio de legalidad, derecho a ser informado de la acusación...).

Si interpretásemos el art. 849.1º LECrim como comprensivo de la infracción de cualquier legalidad (procesal, constitucional y no solo la sustantiva), sobrarían los restantes motivos de casación: habría que eliminar sin contemplaciones los arts. 850 a 852 de la Ley Procesal por redundantes y superfluos. El recurso de casación perdería de esa forma su tradicional naturaleza extraordinaria y acabaría convertido en un **medio de impugnación** incluso más amplio y flexible que la apelación. Traicionaríamos años y años de exégesis.

5.- Pues bien, la necesidad de audiencia antes de la expulsión es norma de naturaleza procesal, aunque figura en un texto penal. Incluso tiene rango constitucional y hasta convencional. Aunque el Código Penal no incorporase esa previsión, elementales principios constitucionales y convencionales nos llevarían a exigir esa audiencia: hay que oír al afectado. Pero sigue siendo norma procesal: aunque lo que se denunciase - en el supuesto inverso- es que no se le ha conferido audiencia, el recurso sería inadmisibile en este tipo de procedimiento.

6.- E igualmente es norma de orden procesal la previsión alternativa del CP sobre el momento idóneo para adoptar esa decisión: en la sentencia, si es posible; posteriormente, en otro caso. Igual que el art. 115 CP permite bien cuantificar en sentencia: la responsabilidad civil, bien, sentadas las bases, hacerlo posteriormente. Es otra disposición procesal de significación análoga, aunque con algún matiz diferencial. Entender que no resulta posible decidir en sentencia por considerarse necesario recabar información específica para ponderar la proporcionalidad, es decisión de naturaleza procesal y no sustantiva. Se está diciendo -acertada o equivocadamente- que es necesario oír al acusado sobre esos extremos (circunstancias personales, arraigo) y por ello se posterga el momento de la decisión de naturaleza estrictamente penal: acordar la sustitución o denegar esa petición del Fiscal. Cuando el Código prevé como regla general la decisión en sentencia, está simplemente ordenando el trámite procesal. ¿Casaríamos una sentencia por virtud del art. 849.1º LECrim por vulneración del art. 82 CP si el Fiscal o la acusación protestan por no haberse pronunciado la sentencia sobre la suspensión de condena existiendo datos sobrados para denegarla? ¿Supone eso conculcar una norma penal sustantiva? La discrecionalidad reglada que establece la norma en ambos casos (si es posible) puede reputarse bien o mal interpretada; pero nunca acarreará aplicación de una norma penal sustantiva.

7.- La casación a que nos referimos no se implanta en atención a la importancia de la cuestión (la presunción de inocencia no es tema menor y no puede ser invocada en estos procesos): solo por la necesidad de unificar la interpretación en los delitos competencia de los Juzgados de lo Penal. Sobre cuestiones procesales o



constitucionales la casación clásica permite a este Tribunal plasmar sus criterios y crear jurisprudencia (como ha hecho ya en concreto ya no pocas veces en relación con la medida sustitutiva de expulsión). El recurso de casación que ahora manejamos ha sido diseñado exclusivamente para homogeneizar la interpretación de las normas penales de orden sustantivo; y singularmente las que definen esos tipos penales que por su penalidad son enjuiciados por un órgano unipersonal.

Por supuesto que el entendimiento de la audiencia repercute en la aplicación de la ley penal, en concreto, en la viabilidad de un sustitutivo que puede tener un carácter muy aflictivo. Pero todas las normas procesales indirectamente repercuten en la aplicación de la ley penal. No se puede condenar -por ningún delito- sin oír al afectado, sin garantizar su derecho de defensa, sin cumplir los trámites legales... Esa obvia constatación no convierte todas esas cuestiones en materias que puedan discutirse a través del art. 849.1º LECrim por incidir en la aplicación de la norma penal.

8.- La literalidad del art. 849.1º muestra cómo, solo usando un fórceps, solo estirando la dicción del precepto hasta romper sus costuras, podemos acoplar en su centenaria formulación una controversia como ésta. El mecanismo revisor del art. 849.1º es simple: enfrentar el hecho probado a la subsunción jurídica: dados los hechos que se declaren probados. Ese esquema es refractario al control que se pretende aquí. Los hechos probados están correctamente calificados con arreglo al derecho penal sustantivo. Y las penas que se imponen son ajustadas a la ley: se han extraído del hecho probado las consecuencias procedentes. Diferir la decisión de expulsión a un momento posterior es una cuestión estrictamente procesal. No se puede decir que se ha infringido una ley penal sustantiva (otra cosa es que se entienda más o menos adecuada la decisión) por dejar pendiente de resolver una cuestión. Cuando no se resuelve el fondo por razones procesales muy valorativas, no se puede infringir una ley sustantiva. En lo que afecta a ese sustitutivo lo que reclama el hecho probado es que consten los elementos materiales a valorar; no los procesales. La sentencia mayoritaria entra a analizar un problema procesal que condiciona una decisión sustantiva, pero que no forma parte de ella.

Es más, en este caso, y ese es el segundo motivo de inadmisibilidad revisa una decisión que no se ha adoptado: ha quedado diferida. No se discute si es procedente o no la expulsión, sino si debe acordarse ya o es legítimo diferir la decisión a un momento posterior haciendo uso del art. 89.3. Es decir, se está entendiendo mal interpretado el inciso que "resulte posible" pronunciarse en sentencia.

9.- Conectamos así con el segundo óbice de admisibilidad: no se está examinando una decisión material de fondo. La Audiencia, con acierto o sin él -eso no nos correspondería decidirlo si el motivo no es admisible-, no ha tomado el acuerdo de no aplicar el sustitutivo penal. Sencillamente ha privado de eficacia provisionalmente a ese concreto pronunciamiento del Juzgado unipersonal, trasladando a un momento posterior la decisión. El legislador de 2015 ha querido de forma expresa excluir de la casación las decisiones que todavía no son definitivas ( art. 847.2 LECrim). Esa prescripción vale no solo en los casos en que es la sentencia la que se ve anulada, lo que obligará a dictar otra sentencia que será la recurrible en casación; sino también en supuestos de anulación de un pronunciamiento que la ley permite postergar. Cuando se decida sobre ello de forma definitiva cabrá el mismo recurso que contra la sentencia. Tiene toda la lógica esa filosofía y se impone aquí. Lo que será recurrible en casación es la decisión de adoptar el sustitutivo penal o la de rechazarlo. Pero no el acuerdo entendiendo que es preferible postergar la decisión.

Insistimos: lo de menos es que sea acertado o no.

Sobre la decisión de expulsión. -

10.- Pero es que, además de la irrecurribilidad de la decisión adoptada por la Audiencia Provincial, creemos que lo decidido no infringe la ley. Quizás podríamos llegar a admitir que el carácter rotundo y con vocación de ser universalizado que la Audiencia parece conferir a su argumento -no sería conforme con la legalidad acordar la expulsión en un juicio en ausencia- no podemos suscribirlo. La ley no prohíbe decidir sobre la expulsión tras un juicio en ausencia si se ha salvaguardado posibilidad de hacer alegaciones respecto a esa medida. Es más, incluso puede ser lo procedente si, se ha referido ya a ello el afectado en su declaración inicial o ha hecho valer sus intereses mediante las alegaciones o pruebas introducidas a través de su dirección letrada. Pero tampoco es contrario a la legalidad -e incluso en algunos casos puede ser precisamente esta otra alternativa legal lo procedente- entender que es preferible y hasta aconsejable -y eso entra dentro del contenido devolutivo de un recurso de apelación- una específica audiencia materialmente más garantista, que permita valorar circunstancias actualizadas y supla los déficits de información sobre datos esenciales (arraigo, circunstancias). Está en este caso justificada la consideración de que no era razonablemente posible decidir ya sobre ese punto.

Posponer la decisión sobre la expulsión a un momento procesal previsto expresamente para ello en la norma, con la finalidad de asegurar la audiencia personal del acusado extranjero, puede resultar no solo razonable sino también necesario si se quieren asegurar adecuadamente los derechos fundamentales en juicio.



11.- Sin perjuicio de la naturaleza de la expulsión como pena o como medida "sui generis", lo que no ofrece dudas es que su contenido es gravemente aflictivo al verse afectados, como se afirma en la STC 113/2018, "una pluralidad de intereses constitucionales como el de protección social, económica y jurídica de la familia ( art. 39.1, en relación con el art. 10.2 CE)", y por su potencial colisión, como nos advierte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con los Derechos a la vida privada [ artículo 8 CEDH] y a no sufrir tratos inhumanos y degradantes [ artículo 3 CEDH] -vid. SSTEDH (Gran Sala), caso Savran c. Dinamarca, de 7 de diciembre de 2021; caso Paposhvili c. Bélgica, de 13 de diciembre de 2016; caso Aswat c. Reino Unido de 16 de abril de 2013-

12.- Sobre esta decisiva cuestión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha elaborado una valiosa doctrina sobre la compatibilidad de las decisiones de expulsión con los derechos garantizados en los artículos 2,3 y 8 del Convenio.

Y que obliga a los Estados a comprobar de forma rigurosa los riesgos que en el País de destino puedan derivarse para la persona expulsada o las consecuencias que la expulsión pueda acarrear sobre su vida personal y el entorno sociofamiliar.

Como se precisa en la STEDH (Gran Sala), caso Maslov c. Austria, de 23 de junio de 2008, con especial referencia a supuestos de expulsión de adultos jóvenes que todavía no han fundado una familia propia, el juicio de adecuación convencional de la expulsión exige tomar en cuenta la naturaleza y gravedad de la infracción cometida; la duración de la estancia del interesado en el país a donde será expulsado; el lapso de tiempo desde que se comete la infracción y el momento en que se adopta la expulsión; el comportamiento mantenido durante ese periodo; la solidez de los lazos sociales, culturales y familiares del interesado con el país de acogida y con el país de destino; la duración de la prohibición de retorno -vid. por su particular interés, STEDH, caso Savran c Dinamarca, de 7 de diciembre de 2021, en la que se analizan todos estos criterios de evaluación-

13.- Precisamente por ello, el Tribunal Constitucional no dudó, incluso antes de la reforma de 2010, en exigir "que para efectuar una correcta ponderación de los intereses y derechos en juego siempre se debe dar audiencia al penado para valorar de manera correcta las concretas circunstancias del penado, laborales, arraigo y situación familiar" -vid. ATC 180/2015 y STC 113/2018-

En lógica correspondencia a la doctrina constitucional, el legislador, en la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, introdujo la necesidad, antes de decidir sobre la expulsión tanto en la fase declarativa como en ejecución, de celebrar "previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas".

14.- En nuestra opinión, la apuesta del legislador por garantizar mejor, mediante una audiencia personal y efectiva, el derecho de defensa de quien podía ser expulsado del territorio nacional, por un lado, y, por otro, el acceso del tribunal a informaciones indispensables para que la medida, de acordarse, no resultara contraria a los derechos fundamentales en juego, fue muy clara.

15.- Y creemos, también, que esos fines de protección no se han visto alterados con la reforma de 2015.

Es cierto que en el vigente artículo 89 CP se prescinde de la fórmula "audiencia al penado" y se sustituye por "audiencia [al Fiscal y] a las demás partes", pero no tenemos ninguna razón para presumir una ruptura de significado y alcance con la regulación anterior, de tal modo que la referencia a partes, cuando se trata de la persona acusada, deba entenderse a la representación procesal y al abogado defensor. Tres años después de la entrada en vigor de la nueva regulación, el Tribunal Constitucional insistió en la exigencia de audiencia al penado -vid. STC 113/2018-

16.- En el caso, no cuestionamos que la persona acusada fue citada personalmente al juicio y consta también que se le dio traslado del escrito de acusación en el que el Fiscal pretendía su expulsión. Pero de ahí no cabe decantar que su incomparecencia al juicio resulte indiferente para decidir de forma adecuada sobre la pretensión de expulsión y que suponga, además, una renuncia a todos los derechos defensivos.

17.- Con relación a la primera cuestión, debe insistirse en que las condiciones de imposición de la expulsión son notablemente diferentes a las de las penas. Primero, se atenúa el componente acusatorio -vid. STC 113/2018-; segundo, no responde a criterios retributivos marcados por la culpabilidad del autor y la gravedad del hecho; y, tercero, y a diferencia de la mayoría de las penas, se somete a un juicio de oportunidad discrecional, en el que ocupa un papel decisivo el análisis de las circunstancias personales a la luz del principio de proporcionalidad.

De ahí que el juez no pueda permanecer ajeno al objetivo de comprobar que la expulsión pretendida no lesionará de manera desproporcionada los derechos a la vida, a la salud y a la vida privada y familiar de la persona acusada contra quien se pretende. Y a tal fin, la audiencia personal y efectiva puede resultar un instrumento indispensable que permita indagar sobre las circunstancias socio-vitales de la persona afectada, tanto en nuestro País como en el de destino si se decidiera finalmente la expulsión.



No es infrecuente que en las fases previas al enjuiciamiento no exista, más allá de constatar la irregularidad de la estancia en España, indagación alguna sobre las circunstancias socio-vitales de la persona cuya expulsión se pretende que se decida en sentencia.

18.- Con relación a la segunda cuestión, es cierto que en el caso se daban las condiciones formales para el enjuiciamiento en ausencia.

Tampoco tenemos datos para identificar óbices materiales derivados de la vulnerabilidad de la persona acusada extranjera que reclamaran un control judicial más exhaustivo de tales condiciones -vid. STC 77/2014-.

19.- Ahora bien, en todo caso, y de conformidad a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no puede obviarse que la renuncia al ejercicio de los derechos de defensa y de audiencia que supone incomparecer a juicio exige que la persona acusada esté en condiciones de prever razonablemente las consecuencias de su comportamiento -vid. SSTEDH, caso Hermi c. Italia, 18 de octubre de 2006; caso Sedjovic c. Italia, de 1 de marzo de 2006-.

La previa información es, por tanto, decisiva. Tanto como la comprobación de la capacidad del informado de entenderla. Cuando la persona acusada presenta indicadores de vulnerabilidad, y la condición de extranjero generalmente es un significativo indicador, el estándar de control de las garantías defensivas debe ser muy exigente.

20.- En el caso, si bien no hay razones para dudar que el acusado fue informado de las condiciones del juicio en ausencia previstas en el artículo 786.1 LECrim, no hay rastro alguno de que se le informara específicamente que, además, podría decidirse la expulsión de España en su ausencia por un periodo de cinco años.

Dicha posibilidad no se contempla en el artículo 786.1 LECrim. Solo se hace referencia a los límites punitivos que permiten el enjuiciamiento en ausencia. No hay referencia alguna a la medida de expulsión.

Omisión que puede explicarse, precisamente, porque el legislador, de conformidad a la jurisprudencia constitucional, prevé la necesidad de audiencia personal previa a tomar la decisión de expulsión. Lo que justifica también la fórmula de la audiencia posterior del artículo 89.3 CP que se introdujo en la reforma de 2015.

21.- En resumen, en un caso como el que nos ocupa, en el que en la propia sentencia de primera instancia se reconoce que la persona acusada nunca ha sido escuchada sobre sus circunstancias de arraigo, que la Audiencia Provincial considere "que no es posible" decidir en sentencia sobre la expulsión y posponga la decisión a que se celebre la audiencia del artículo 89. 3º CP con presencia de la persona acusada, resulta, a nuestro parecer, procesal y constitucionalmente irreprochable.

22.- Cerramos el discurso insistiendo en una puntualización ya realizada. No pretendemos establecer una doctrina generalizable a tenor de la cual devendría contrario a la legalidad procesal, constitucional o convencional, que una sentencia tras un juicio en ausencia decretase la expulsión. Tan solo que ese sustitutivo tiene como condicionante previo un específico juicio sobre su proporcionalidad que depende no solo de los hechos, sino también de otros factores. Un Juez o Tribunal que al dictar sentencia (o al revisar una sentencia por vía de recurso) se considere incapacitado para realizar con garantías de acierto esa ponderación, actúa correctamente difiriendo la decisión a un momento posterior. Será esta una medida del Juzgador (el de instancia, o el de apelación por vía de revisión) que se ampara en cierta discrecionalidad. Siendo razonable, como lo es aquí, no podemos contradecirla en casación, máxime cuando el paso del tiempo ha acrecentado su razonabilidad.

**Antonio del Moral García. Javier Hernández García.**

**Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García**