



Roj: **STS 2815/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2815**

Id Cendoj: **28079129912022100020**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **27/06/2022**

Nº de Recurso: **3974/2021**

Nº de Resolución: **644/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 644/2022**

Fecha de sentencia: 27/06/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3974/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 31/05/2022

Voto Particular

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: AGG

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3974/2021

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 644/2022**

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 núm. 3974/21 interpuesto por infracción de ley, por el **Ministerio Fiscal**, contra la sentencia núm. 79/2021 dictada el 25 de enero de 2021 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Rollo de Sala núm. 59/2020, que revocó parcialmente la Sentencia núm. 337/2020, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 25 de Barcelona, con fecha 4 de noviembre de 2020, en el Procedimiento Abreviado núm. 359/2020, dimanante de las diligencias urgentes núm. 73/20 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Barcelona en la que se condenó al acusado por un delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada en grado de tentativa. Es parte recurrida **D. Eugenio**, representado por el Procurador D. Gonzalo Santos de Dios, bajo la dirección letrada de D. Álvaro Rivero Ortiz.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Juzgado de Instrucción número 2 de Barcelona, incoó Diligencias Urgentes núm. 73/20, por delito de robo con fuerza en las cosas contra Don Eugenio y una vez concluso, lo remitió para su enjuiciamiento al Juzgado Penal núm. 25 de Barcelona que dictó, en el Procedimiento Abreviado núm. 359/2020, sentencia núm. 337, el 4 de noviembre de 2020, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Ha resultado probado sobre las 4:30 h día 21 de septiembre de 2020, el acusado Eugenio con el deseo de obtener un beneficio económico y adueñarse de algunos efectos de valor, subió al balcón del piso NUM000 de la CALLE000, piso en el que vivía Leonardo, quien se encontraba durmiendo en esos momentos, para acceder al piso a través de la puerta del balcón, sin que finalmente lo consiguiera al haber sido sorprendido por el Sr. Leonardo quien se despertó ante el ruido hecho por el acusado y se acercó al balcón en donde lo vio. El acusado al verse sorprendido trató de marchar del lugar, perdiendo el equilibrio y cayendo al suelo dónde fue detenido por agentes de Mossos d'esquadra que hablan acudido al lugar.

El acusado carece de autorización para residir en España según certificación de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de fecha 22 de septiembre de 2020 y además, no aporta documentación alguna que le autorice a permanecer o residir en España. No consta razón alguna que justifique su permanencia en España ni que exija el efectivo cumplimiento de la pena en nuestro país."

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

"Que CONDENO al acusado Eugenio como autor penalmente responsable de un delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada en grado de tentativa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad a las penas siguientes UN AÑO y SEIS MESES DE PRISIÓN, pena sustituida por la de expulsión del territorio español con prohibición de entrada al mismo por tiempo de cinco años.

Condeno asimismo al acusado al pago de las costas procesales causadas en esta instancia.

Notifíquese la presente a las partes procesales, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona en el plazo de cinco días contados a partir del siguiente al de su notificación."



**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Eugenio, dictándose sentencia núm. 79/21 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial, en fecha 25 de enero de 2021, en el Rollo de Apelación núm. 59/2020, cuyo **Fallo** es el siguiente:

"Que, con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por Eugenio contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 25 de Barcelona con fecha 4 de noviembre de 2020, en sus autos de Procedimiento Abreviado arriba referenciado debemos REVOCAR PARCIALMENTE dicha resolución en el particular de dejar sin efecto la sustitución de la pena privativa de libertad por la de expulsión del territorio nacional impuesta al condenado antes mencionado, ratificándola en los demás pronunciamientos no vinculados a la expulsión, declarando de oficio las costas procesales causadas en esta alzada.

Notifíquese a las partes la presente sentencia, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación de conformidad con lo previsto en el artículo 792.4 por el motivo previsto en el artículo 847.b) preparándolo en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución.

Así por esta nuestra Sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

**CUARTO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley del artículo 849 de la LECrim, por el Ministerio Fiscal, 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.

**QUINTO.-** El Ministerio Fiscal basa su recurso de casación en un único motivo:

Único.- Por infracción de ley al amparo del número 1º del artículo 849 de la LECrim, por indebida aplicación del art. 89.1 del Código Penal. Existe interés casacional. Criterio contrario a la jurisprudencia de esa Sala y contradicción de diferentes Audiencias.

**SEXTO.-** Instruidas las partes, la parte recurrida, solicita la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente y el Ministerio Fiscal da por reproducidas las alegaciones que se hicieron en el recurso de casación interpuesto; la Sala admitió el recurso de casación, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Por providencia de esta Sala de fecha de 11 de febrero de 2022 se señaló el presente recurso para fallo el día 8 marzo de 2022, acordándose su suspensión por providencia de fecha de 17 de marzo siguiente y de conformidad con el art. 197 de la LOPJ se convoca mediante providencia de 6 de abril de 2022 al Pleno jurisdiccional de esta Sala para deliberación y fallo del presente recurso el próximo día 31 de mayo de 2022, prolongándose la deliberación hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El único motivo del recurso que formula el Ministerio Fiscal se deduce por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim, por indebida aplicación del art. 89 CP.

Estima que el criterio adoptado por la Audiencia Provincial, en cuanto a que el enjuiciamiento en ausencia no autoriza que pueda imponerse al penado la sustitución de la pena por expulsión y prohibición de regreso a territorio nacional, en condiciones constitucionalmente aceptables, se opone a la jurisprudencia de esta Sala además de entrar en contradicción con el criterio que mantienen otras Audiencias.

El Ministerio Fiscal no niega la necesidad de un trámite audiencia del acusado como requisito previo a la decisión, en la sentencia del órgano judicial, sobre la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio español, sino que se considera que cuando tal sustitución se acuerda en sentencia (no en ejecución), el trámite de audiencia lo constituye el propio juicio oral, donde sin limitación el acusado podrá alegar lo que estime oportuno sobre su expulsión. Señala que el acusado no acudió al acto del juicio, estando perfectamente citado, por lo que éste pudo celebrarse en su ausencia al ser solicitada pena no superior a dos años de prisión. Por ello estima que si no se benefició del derecho de audiencia fue por su propia decisión. Añade que desde un primer momento el Ministerio Fiscal solicitó la sustitución de la pena de prisión por la de la expulsión y fue el propio condenado quien al no acudir al acto del Juicio oral hizo imposible el ejercicio de ese derecho de audiencia. Analiza las sentencias invocadas en la sentencia dictada por la Audiencia, las cuales a su juicio no apoyan la conclusión alcanzada por la Audiencia Provincial en el sentido de que el enjuiciamiento en ausencia, en los supuestos previstos en la ley, no autoriza que pueda acordarse la sustitución de la pena de prisión por la expulsión.

**SEGUNDO.-** La sentencia objeto del presente recurso resolvió el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 25 de Barcelona.



Conforme señala el art. 847.1.b) LECrim, procede recurso de casación: "Por infracción de ley del motivo previsto en el núm. 1º del art. 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional". Y según dispone el art. 884.3º, el recurso será inadmisibile: "Cuando no se respeten los hechos que la sentencia declare probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquéllos, salvo lo dispuesto en el número 2º del artículo 849".

Esta Sala, en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 9 de junio de 2016 estableció el ámbito de este recurso en los siguientes términos:

Primero: Interpretación del art. 847.1, letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Acuerdo: a) El art. 847 1º letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los artículos 849. 2º, 850, 851 y 852.

b) Los recursos articulados por el artículo 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

c) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio ( artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

d) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés ( artículo 889 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Conforme a lo expresado procede analizar el único motivo del recurso formulado por el Ministerio Fiscal, al deducirse al amparo del art. 849.1º LECrim, por indebida inaplicación del art. 89 CP, al tratarse una cuestión que suscita interés casacional por existir sobre ella jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

**TERCERO.-** La posibilidad de sustitución de la pena por expulsión del territorio español está contemplada en el art. 89 CP comprendido como forma sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad dentro del Capítulo III del Título III del Código Penal. No es propiamente una pena impuesta sino una conmutación en su forma de ejecución.

El art. 89.3 CP dispone que "El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena." De esta forma establece la posibilidad de que la cuestión sea resuelta en sentencia tras la celebración del juicio, en el que lógicamente habrá sido oído sobre todas y cada una de las pretensiones formuladas por las acusaciones y habrá podido aportar las pruebas y efectuar las alegaciones en su descargo que haya estimado oportunas. Ello no obstante, el citado precepto admite la posibilidad de ejecutar este trámite tras la firmeza de la sentencia, en ejecución de la misma si no fuera posible resolver sobre la sustitución en la propia sentencia, en cuyo caso es preceptiva la previa audiencia del Fiscal y de las demás partes.

En todo caso, cualquiera que sea el momento en que se decida sobre la sustitución, la audiencia del acusado no es un trámite meramente formal. Como señala la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 242/1994, de 20 de julio, "es preciso que la audiencia tenga lugar en términos que, de forma clara e inequívoca, permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita. Y por esa razón, en este supuesto no cabe argumentar sólo sobre la base, más flexible, del art. 24 de la Constitución Española (valorando si el afectado tuvo o no una ocasión de defenderse al respecto).

Es preciso comprobar si, además de ello, se le ofreció una oportunidad adecuada de exponer sus razones en favor o en contra de la expulsión, lo que otorga al derecho de audiencia una extensión material que sobrepasa el marco del artículo 24 de la Constitución Española para introducirse en el ámbito de salvaguardia de la efectiva



de otro derecho, constitucionalmente relevante, del ciudadano extranjero (el del artículo 19 de la Constitución Española, en conexión con el artículo 13 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP))."

En el mismo sentido nos pronunciábamos en la sentencia núm. 6/2018, de 10 de enero, en la que con remisión a reiteradas resoluciones de esta Sala (SSTS de 8 de Julio de 2004, 24 de Octubre de 2005, 24 de Julio de 2006, 25 de enero y 18 de Julio de 2007; 531/2010, de 04/06, entre otras) recordábamos 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."

El apartado 1 del art. 89 CP en su redacción actual, conforme a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, dispone que "Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español."

El precepto impone por tanto al Juez, con carácter general, la obligación de sustituir la pena de prisión impuesta superior al año e inferior a cinco años por la expulsión del territorio español.

Sin embargo, a continuación, en los apartados siguientes recoge una serie de supuestos que suponen una excepción a la regla general.

Así, en el mismo apartado prevé de forma excepcional la posibilidad de acordar la ejecución de una parte de la pena, que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito.

El apartado 2 exige la ejecución de todo o parte de la pena para penas superiores a cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, en la medida que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, disponiendo la sustitución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

El apartado 4 excluye la sustitución de la pena por expulsión cuando esta aparezca desproporcionada. Se prevé también la expulsión de ciudadanos de la Unión Europea y de extranjeros residentes en España durante los diez años anteriores únicamente cuando concurren determinadas circunstancias.

Igualmente, como hemos visto, el precepto comentado exige que la resolución se adopte, bien en sentencia tras la celebración del juicio, bien en un trámite posterior, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las demás partes del proceso.

Tal previsión es acorde con los requisitos que esta Sala ha venido estableciendo, atendiendo a su vez a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, matizando el pretendido automatismo del legislador, admitiendo que se pueda denegar la sustitución cuando vulnere los derechos fundamentales del condenado. Ello exige que, para resolver sobre la sustitución, se cumplan los cánones esenciales constitucionalmente consagrados de audiencia, contradicción, proporcionalidad y suficiente motivación ( STC 203/97, de 25 de noviembre y SSTS 588/2012, de 29 de junio; 1027/2009, de 22 de octubre; 165/09, de 19 de febrero; 35/07, de 25 de enero; 832/06, de 24 de julio; 274/06, de 3 de marzo; 710/2005, de 7 de junio; 514/05, de 22 de abril; y 901/04, de 8 de julio).

**CUARTO.**- Como ya hemos expresado en el anterior fundamento, el derecho de audiencia o derecho a ser oído en relación a la expulsión del extranjero consiste en que éste haya podido expresar al Tribunal su punto de vista respecto de la expulsión solicitada por el Fiscal en sus conclusiones definitivas. Íntimamente ligado al mismo, el principio de contradicción implica que su Defensa haya tenido la posibilidad procesal de oponerse a tal pretensión y de ejercer el derecho a la prueba.

La audiencia al penado y el respeto al principio de contradicción en la decisión sobre expulsión del territorio nacional, ya se considere ésta como consecuencia jurídica del delito o como forma de ejecución de la pena, forman parte del derecho de defensa del penado.

Señala el Tribunal Constitucional ( STC 242/1994, de 20 de julio) que, para lograr la adecuada ponderación, y la salvaguardia de valores relevantes que puedan estar en juego, la audiencia del extranjero potencialmente sometido a la medida de expulsión resulta fundamental. Sólo con ella es posible exponer, discutir y analizar el conjunto de circunstancias en que la expulsión ha de producirse. Por esa razón se hace preciso que la audiencia tenga lugar en términos que, de forma clara e inequívoca, permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita.



La proporcionalidad de la medida es exigida en el apartado 4 del art. 89 CP. Como antes se expresaba, el mismo establece la necesidad de que el juez realice un juicio de proporcionalidad, disponiendo que no procederá la expulsión cuando resulte desproporcionada.

Prevé también los criterios de valoración de la proporcionalidad de la medida, debiéndose estar a las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular a su arraigo en España.

Ello coincide con los factores que venían siendo exigidos por la jurisprudencia de esta Sala para resolver sobre la procedencia de la sustitución. Entre estos factores resulta esencial el arraigo del penado. Para que pueda ser sustituida la pena de prisión por la expulsión, el ciudadano extranjero debe de carecer de arraigo en España. Junto a él deben ser contemplados otros factores tales como las circunstancias personales, familiares y laborales del penado, la duración de la pena y tipo de delito por el que ha sido condenado, necesidad de cumplimiento para impedir generar situaciones de impunidad, la posibilidad de reinserción del penado mediante la suspensión con imposición de obligaciones o prestaciones comunitarias en el caso de delitos menos graves o penas de corta duración, y la situación político/social del país de origen del penado y posibles riesgos para su persona en caso de regreso al mismo.

Por último, en relación a la motivación de la resolución sobre expulsión, el Tribunal Constitucional destaca ( STC 29/2017, de 27 de febrero) que "el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ( artículo 24.1 de la Constitución Española), en su faceta de derecho a obtener una resolución judicial motivada y fundada en Derecho que no esté incurso en arbitrariedad, irracionalidad o error patente, alcanza también a la eficacia probatoria que los medios de prueba, de modo tal que es necesario que los órganos judiciales especifiquen el discurso que enlaza la actividad probatoria con el relato fáctico resultante y que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión (así, STC 9/2015, de 2 de febrero, FJ 3).

Por otra parte, también el Tribunal ha reiterado, específicamente en lo que se refiere a las alegaciones en vía judicial sobre la existencia de arraigo social y familiar respecto de aquellas instituciones que implican directa o indirectamente la salida del territorio nacional, que deben ser ponderadas tanto por la Administración como por los órganos judiciales en vía de recurso "al estar en juego el derecho a la intimidad familiar ( artículo 18 de la Constitución Española), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia ( artículo 39 de la Constitución Española) en relación al mandato del artículo 10.2 de la Constitución Española, así como el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño".

**QUINTO.-** En el caso de autos, la cuestión que se suscita es, si no habiendo comparecido el acusado al acto del Juicio Oral de forma voluntaria, y habiéndose celebrado el juicio en su ausencia, podía el Tribunal decidir sobre la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio español, dando por precluido el trámite de audiencia.

Examinando las actuaciones ex art. 899 de la LECrim, podemos comprobar que nos encontramos ante un juicio rápido que fue incoado el mismo día en el que el acusado, entonces detenido, pasó a disposición judicial, siendo informado de sus derechos y acogiéndose a su derecho a no declarar. El mismo día se dictó auto de apertura de juicio oral en el que, además de decretarse la libertad del acusado, se requería al Ministerio Fiscal la presentación inmediata de su escrito de acusación del que se acordaba dar traslado a la defensa para que formulara también sus conclusiones y se fijaba el señalamiento para la celebración del juicio. El Ministerio Fiscal presentó ese mismo día escrito de conclusiones provisionales en el que solicitaba expresamente que le fuera impuesta una pena de prisión en extensión de un año y seis meses y que la misma fuera sustituida por la expulsión del acusado del territorio español y prohibición de entrada en España durante cinco años conforme a lo previsto en el art. 89 CP. Finalmente, también ese mismo día el acusado quedó citado personalmente para el acto del juicio oral y se le notificó, también personalmente, el auto de apertura de juicio oral del que se le entregó copia, confiriéndole asimismo traslado de la calificación del Ministerio Fiscal. Por último, se le hizo saber que su ausencia injustificada en el acto del juicio no impediría su celebración.

Consta también en las actuaciones que el acusado estuvo asistido de intérprete de urdú.

El juicio oral se celebró en el día y hora señalados. Al mismo no compareció el acusado, haciéndolo su defensa y practicándose en el mismo las pruebas propuestas por las partes. No se ha manifestado ni por el acusado ni por su defensa la existencia de impedimento alguno por el que se hubiese visto imposibilitado contra su voluntad de acudir a juicio.

Por tanto, no se ha vulnerado el derecho de audiencia del acusado. Se le ha posibilitado en todo momento que alegara lo que tuviera por conveniente oponiéndose a la pretensión del Ministerio Fiscal y aportando los medios de prueba que estimara oportunos. El acusado, asistido de Letrado desde el inicio de las actuaciones, ha tenido así posibilidad de expresar al Tribunal su punto de vista respecto de la expulsión solicitada por el Fiscal en sus conclusiones provisionales elevadas a definitivas en el acto del Juicio Oral. Igualmente ha sido



respetado el principio de contradicción, habiendo tenido su Defensa la posibilidad procesal de oponerse a tal pretensión y de ejercer el derecho a la prueba.

Podemos por ello concluir afirmando que si el acusado no ha sido oído personalmente ello ha sido motivado por causas exclusivamente a él imputables.

Esta conclusión es consecuencia obligada del mandato contenido en el art. 11.2 LOPJ. Ello no supone vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva pues la situación de indefensión que pudiera padecer el acusado es imputable a él mismo porque no estuvo privado de acudir a juicio y de ser oído y no lo fue por su exclusiva voluntad, habiendo sido informado debidamente de las consecuencias que le acarrearía su no asistencia al acto del juicio oral.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 203/2005, de 18 de julio de 2005 "corresponde a las partes intervinientes actuar con la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación o quien no hubiera quedado indefenso de haber actuado con la diligencia razonablemente exigible ( STC 178/2003, de 13 de octubre, FJ 4)".

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señalando que ni la letra ni el espíritu del art. 6 del Convenio impiden a una persona renunciar voluntariamente a las garantías de un proceso equitativo de forma expresa o tácita. No obstante, para responder a los objetivos del Convenio, la renuncia al derecho a participar en la audiencia debe establecerse de manera inequívoca y contar con unas garantías mínimas acordes a su importancia. Además, no debe enfrentarse a ningún interés público importante (véase *Hermi c. Italia*, párrafo 73; *Sejdovic c. Italia*, párrafo 86). En el mismo sentido ha precisado que antes de considerar que un acusado ha renunciado de forma implícita, con su comportamiento, a un derecho importante reconocido por el artículo 6, debe establecerse que aquel podía prever razonablemente las consecuencias de su conducta (*Hermi c. Italia*, párrafo 74; *Sejdovic c. Italia*, párrafo 87).

Por último, la motivación efectuada por el Juez de lo Penal es suficiente en atención a los datos que del acusado obraban en las actuaciones. El acusado conocía la petición de sustitución por expulsión interesada por el Ministerio Fiscal y no aportó ningún dato que permitiera ni siquiera intuir su arraigo en España. Lejos de ello lo que constaba en las actuaciones es que se encontraba indocumentado y que su estancia en España era irregular. Frente a ello no solo no aportó nada que acreditase su arraigo en España, sino que ni tan siquiera mencionó circunstancia alguna relativa a su situación familiar y laboral, que pudiera sustentar su arraigo en nuestro país.

Consecuentemente con lo expuesto el motivo debe ser estimado.

**SEXTO.-** Conforme a las previsiones del art. 901 LECrim, se declaran de oficio de las costas de esta instancia ( art. 901 LECrim).

## FALLO

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

**1º) Estimar** el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia núm. 79/2021, dictada el 25 de enero por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Rollo de Sala núm. 59/2020 resolviendo la apelación interpuesta contra la Sentencia núm. 337/2020, de fecha 4 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 25 de Barcelona, en el Procedimiento Abreviado núm. 359/2020, que casamos y anulamos, lo que comporta la firmeza de la sentencia de la primera instancia.

**2º) Declarar** de oficio las costas procesales.

**3º) Comunicar** esta resolución a la mencionada Audiencia, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso 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 ADHIERE EL EXCMO. SR. ANDRÉS PALMO DEL ARCO Y LA EXCMA. SRA. ANA FERRER GARCÍA A LA SENTENCIA DE PLENO



### 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, **datos 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 juego.

**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 el acusado fue informado de las condiciones del juicio en ausencia previstas en el artículo 786.1 LECrim y de que podría decidirse la expulsión de España, lo cierto es que dicha posibilidad no se contempla expresamente en el artículo 786.1 LECrim.

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 Palmo Del Arco Ana Ferrer García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ