

TRIBUNAL SUPREMO*Sentencia 838/2025, de 15 de octubre de 2025**Sala de lo Penal**Rec. n.º 2115/2023***SUMARIO:****Delito de robo con fuerza. Penas. Sustitución de penas de prisión. Expulsión del territorio.**

Del contenido del art. 89.1 y 4 CP se desprende que en el caso de penas de prisión de un año y un día a cinco años, impuestas a ciudadanos extranjeros, la regla general, imperativa, es que el órgano judicial debe sustituir la pena de prisión por expulsión, salvo que quede acreditado cumplidamente en la causa su arraigo en España u otras circunstancias que hagan desproporcionada la medida de expulsión. La discrepancia se suscita sobre si ha de entenderse que el extranjero condenado tiene arraigo en España mientras no se demuestre lo contrario y sobre a quién corresponde acreditar la existencia de arraigo en aras a decidir sobre la expulsión.

El arraigo del ciudadano extranjero no puede presumirse, sino que deberá considerarse a la vista de los elementos y circunstancias obrantes en las actuaciones y aportados en el acto del juicio oral. Las causas de arraigo u otras circunstancias que permiten excepcionar la expulsión han de ser alegadas por el interesado, pues es el único conocedor de las mismas, y a quien, además, le incumbirá la carga de la prueba de su posible arraigo personal, razones humanitarias, persecución política o vinculación con un ciudadano comunitario que determine la desproporcionalidad de la medida de sustitución. Ello no obstante, en caso de duda, conforme al principio in dubio pro reo, elemento judicial de ponderación auxiliar en el derecho penal, aquélla debe resolverse a favor del reo.

Ello pone de manifiesto sin duda alguna que el arraigo del ciudadano extranjero no puede presumirse, sino que deberá considerarse a la vista de los elementos y circunstancias obrantes en las actuaciones y aportados en el acto del juicio oral.

Si el legislador hubiera pretendido lo contrario, estableciendo una presunción de arraigo, la regla contenida en el precepto hubiese dispuesto lo contrario, esto es, que las penas de entre uno y cinco años de duración impuestas a un ciudadano extranjero nunca serían objeto de sustitución excepto cuando el extranjero no tuviera arraigo en España.

PONENTE: CARMEN LAMELA DIAZ

Magistrados:

MANUEL MARCHENA GOMEZ
ANTONIO DEL MORAL GARCIA
CARMEN LAMELA DIAZ
LEOPOLDO PUENTE SEGURA
JAVIER HERNANDEZ GARCIA

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Penal****Sentencia núm. 838/2025**

Fecha de sentencia: 15/10/2025

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Síguenos en...



Número del procedimiento: 2115/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/10/2025

Ponente: Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: Agg

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2115/2023

Ponente: Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 838/2025

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 15 de octubre de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 2115/2023 interpuesto, por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por el **Ministerio Fiscal**, contra la sentencia de 5 de septiembre de 2022, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Rollo de Apelación núm. 62/2021 que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D.ª Blanca, contra la sentencia núm. 375/2020, de 11 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, en el Procedimiento Abreviado núm. 458/2019, dimanante de las Diligencias Urgentes núm. 146/2019 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Barcelona, que condenó a D.ª Blanca como autora responsable de un delito de robo con fuerza sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Es parte recurrida la acusada **D.ª Blanca**, representada por el procurador D. Carlos Gómez-Villaboa Mandri y bajo la dirección letrada de D.ª María del Carmen De la Hoz Álvarez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Barcelona incoó Diligencias Urgentes con el núm. 146/2019, por delito de robo con fuerza contra D.ª Blanca y una vez concluso, lo remitió para su enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona que dictó, en el Procedimiento Abreviado núm. 458/2019, sentencia el 11 de diciembre de 2020, que contiene los siguientes **hechos probados**:

Síguenos en...



"ÚNICO. Se declara probado que sobre las 20:00 horas del día 2 de octubre de 2019, Blanca, nacional de Chile, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, sin permiso de residencia en territorio español, y sin arraigo en España, en compañía de otro sujeto con el que actuaba de común acuerdo para la obtención de un beneficio patrimonial ilícito, acudieron al parking Saba sito en Paseo de Gracia 115 de Barcelona. Una vez en su interior, quebrantaron el vidrio de la ventana posterior del vehículo Audi Q5 matrícula NUM000, propiedad de Erasmo y sustrajeron de su interior un ordenador portátil n° NUM001 marca Microsoft y una Tablet PC NUM002 Apple modelo Ipad Pro. Como consecuencia de los hechos el vehículo sufrió desperfectos tasados en 300 euros.

La acusada y su acompañante fueron sorprendidos a la salida del aparcamiento con los objetos sustraídos en su poder, portando también una linterna y una punta de hierro."

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

"Debo condenar y condeno a Blanca, como autora criminalmente responsable de un delito de robo con fuerza en establecimiento abierto al público, en grado de tentativa de los artículos 237, 238.2 y 241.1 del Código Penal sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de un año y dos meses con la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, si a ello tuvieren derecho, y con sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio español y prohibición de regreso al mismo por un periodo de seis años; con abono de las costas del procedimiento. Condeno a Blanca a que en vía de responsabilidad civil indemnice a Erasmo en la cantidad de 300 euros más intereses legales, a salvo acreditación por el mismo en fase de ejecución de sentencia, que ha sido indemnizado por los desperfectos en su vehículo. Acuerdo la destrucción de las herramientas consignadas como objetos intervenidos."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la condenada, D.ª Blanca, dictándose sentencia por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en fecha 5 de septiembre de 2022, en el Rollo de Apelación núm. 62/2021, cuyo **Fallo** es el siguiente:

"Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación de Blanca contra la Sentencia de fecha 11 de diciembre de 2020 del Juzgado de lo Penal n° 3 de los de Barcelona, de que dimana el presente rollo, debemos REVOCAR dicha resolución, en el sentido de dejar sin efecto la sustitución de la pena de prisión impuesta por la expulsión de España de la acusada y recurrente; declarando de oficio las costas procesales causadas en esta alzada."

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por el Ministerio Fiscal, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Único.- Por infracción de ley, al amparo de los arts. 847.1 b, redactado conforme a la Ley 41/2015, de 5 octubre de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales y 849.1 de la LECrim, por inaplicación indebida del art. 89.1 del Código Penal.

SEXTO.- Instruida la parte recurrida solicita la inadmisión y subsidiaria desestimación del recurso de casación; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 14 de octubre de 2025.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Síguenos en...



PRIMERO.- La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia de fecha 5 de septiembre de 2022, en el Rollo de Sala núm. 62/2021, por la que estimaba parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D.^a Blanca contra la sentencia núm. 375/2020, de 11 de diciembre, dictada en la causa procedimiento abreviado núm. 458/2019 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, revocando la citada resolución en el sentido de dejar sin efecto la sustitución de la pena de prisión impuesta por la expulsión de España de D.^a Blanca, declarando de oficio las costas causadas en la alzada.

Contra la citada sentencia se formula recurso de casación por el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- Como se ha expresado en el fundamento anterior, la sentencia objeto del presente recurso resolvió el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 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, interpretando el art. 847.1, letra b) LECrim, estableció el ámbito de este recurso en los siguientes términos:

- 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.
- e) La providencia de inadmisión es irrecurrible (artículo 892 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

TERCERO.- 1. El único motivo del recurso se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º LECrim por inaplicación indebida del art. 89.1 CP.

El Juzgado de lo Penal, después de reflejar en el hecho probado que la acusada D.^a Blanca era nacional de Chile, sin permiso de residencia en territorio español, y sin arraigo en España, había acordado la sustitución de la pena de prisión impuesta por su expulsión de España,

atendiendo a que "como quiera que la acusada no ha comparecido, ni tampoco declaró nada en sede de instrucción, no se ha sostenido ninguna circunstancia personal en la acusada reveladora de la posibilidad de un arraigo en territorio español, siendo además que no parece que el mismo concorra, toda vez que consta una situación irregular en territorio español, así como que de los antecedentes penales y policiales, contando tan solo con un antecedente penal por delito leve de hurto de fecha 12 de septiembre de 2019, y carente de antecedentes policiales, no se desprende que la misma se encuentre en territorio español, durante un periodo de tiempo prolongado, que fundamente su posible arraigo."

La Audiencia Provincial discrepa de esta decisión en base a dos consideraciones. Señala en primer lugar que "No consta a este Tribunal, ni en los Hechos Probados de la Sentencia, ni en la grabación del acto del juicio oral (un vacío que debe achacarse a la estrategia de la acusación, que formula pretensión ya ha de procurar al tribunal material fáctico y argumentativo que permita justificar la decisión estimatoria), información suficientemente relevante respecto de tales indicadores, por lo que no se puede afirmar, con un mínimo de certeza objetiva, que la penada carece de arraigo social en España."

A continuación, disiente de la inferencia efectuada por parte del Juzgado de lo Penal ya que, a su juicio, "Es perfectamente posible, como todos sabemos, que un extranjero tenga un elevado arraigo social en España al mismo tiempo que carezca de permiso de residencia (se podría decir que es más habitual tal situación que la contraria). De otra parte, no puede derivarse, con un mínimo de seguridad, el tiempo de permanencia de una persona en España por la consulta de la hoja histórico-penal (menos aun cuando solamente consta una anotación por un delito leve)."

Por ello concluye estimando que la valoración de que no concurre arraigo social de la penada en España y de que la sustitución por expulsión es proporcionada, carece de una motivación racional suficiente, lo que le lleva a dejar sin efecto la medida, por improcedente.

Pese a tales razonamientos, la Audiencia acepta la declaración de hechos probados contenida en la sentencia del Juzgado de lo Penal, en los que se afirma la falta de arraigo de la penada y su situación irregular en España.

El Ministerio Fiscal discute la decisión de la Audiencia al considerar que el Tribunal no solo parte de una presunción no justificada de arraigo social de la penada en territorio español, con el único dato objetivo de encontrarse en España en el momento de delinquir, sino que además reprocha a la acusación haber formulado la pretensión de expulsión y no haber procurado al Tribunal material fáctico y argumentativo de la falta de arraigo de la penada en España, desplazando o realizando una inversión de la carga de la prueba sobre la circunstancia del arraigo.

Sostiene el Ministerio Fiscal que del contenido del art. 89.1 y 4 CP se desprende que en el caso de penas de prisión de un año y un día a cinco años, impuestas a ciudadanos extranjeros, la regla general, imperativa, es que el órgano judicial debe sustituir la pena de prisión por expulsión, salvo que quede acreditado cumplidamente en la causa su arraigo en España u otras circunstancias que hagan desproporcionada la medida de expulsión.

Indica que, conforme a reiterada doctrina de esta Sala, las causas de arraigo u otras circunstancias que permiten excepcionar la expulsión han de ser alegadas por el interesado, pues es el único conocedor de las mismas, y a quien, además, le incumbirá la carga de la prueba de su posible arraigo personal, razones humanitarias, persecución política o vinculación con un ciudadano comunitario que determine la desproporcionalidad de la medida de sustitución.

Considera por ello que la Audiencia deja de aplicar la regla general imperativa prevista en el art. 89.1 CP, no en base a que la penada y/o su Defensa hayan acreditado cumplidamente en la causa algún tipo de arraigo cierto en España -familiar, laboral o de permanencia- que haga desproporcionada la medida de expulsión, sino porque "no se puede afirmar que la penada carece de arraigo social en España", lo que implícitamente equivale a afirmar que la

penada tiene arraigo en España, y que ni siquiera fue alegado ni por ella ni por su Letrado. Ello es contrario a lo que se declara en el hecho probado de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, expresamente aceptado en su sentencia por la Audiencia, en el sentido de que la acusada carece de permiso de residencia y de arraigo en España.

Igualmente denuncia que el Tribunal ha realizado una inversión de la carga de la prueba sobre la circunstancia del arraigo, al reprochar al Ministerio Fiscal no haber procurado al tribunal material fáctico y argumentativo de la falta de arraigo.

Concluye afirmando que todo ello contraviene la jurisprudencia consolidada de esta Sala y de las Audiencias Provinciales, ofreciendo una exhaustiva relación de sentencias que lo justifican.

2. Planteada así la cuestión por el Ministerio Fiscal, es procedente la admisión del recurso por tener interés casacional ya que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala.

Junto a ello, las sentencias del Pleno de esta Sala, SSTS 644/2022 y 645/2022, ambas de 27 de junio, han proclamado la naturaleza sustantiva del art. 89 CP, en cuanto norma comprensiva del régimen de aplicación de una consecuencia jurídica del delito, lo que faculta la revisión de su aplicación a través del cauce de infracción de ley del art. 849.1 LECrim.

En todo caso, la pretensión deducida a través de este motivo está condicionada a aceptar y asumir los hechos declarados probados en todo su contenido, orden y significación (art. 884.3 LECrim).

CUARTO.- 1. Conforme señalábamos en la sentencia núm. 140/2023, de 1 de marzo, con referencia expresa a la sentencia núm. 716/2022, de 13 de julio, "la expulsión debe ser siempre una medida proporcionada y nunca automática. Se trata de una decisión en la que deben ponderarse los intereses y derechos en juego, entre los que se encuentran las concretas circunstancias personales y de arraigo del penado (STC 113/2018, de 29 de octubre), tales como tiempo de residencia en España, situación de arraigo familiar en función de convivencia, tipo de parentesco y obligaciones de dependencia material y económica, entre otras. También habrá de valorarse el arraigo laboral, profesional o cultural, la vinculación con el país de procedencia, los riesgos que pueda comportar la expulsión y, en general cualesquiera circunstancias que permiten una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en conflicto.

Declara nuestra jurisprudencia que, para valorar el arraigo en nuestro país, los factores a tomar en consideración serán la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr el extranjero ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen (SSTS 791/2010, de 28 de septiembre, 853/2010, de 15 de octubre). Es decir, se exige ponderar el grado de integración en la sociedad española del extranjero afectado para poder decidir sobre la imposición de la expulsión sustitutiva.

El propio texto incorpora, junto a las circunstancias del hecho y las personales del autor, el arraigo como elemento de ponderación a la hora de emitir el juicio de proporcionalidad de la expulsión (artículo 89.4). Y en línea con ello, se reconoce una particular importancia al supuesto en el que la persona extranjera lleve residiendo en España durante los últimos 10 años."

Sobre estas circunstancias no existe contradicción entre el Ministerio Fiscal y lo expresado por la Audiencia en la sentencia objeto de recurso.

2. La discrepancia se suscita sobre si ha de entenderse que el extranjero condenado tiene arraigo en España mientras no se demuestre lo contrario y sobre a quién corresponde acreditar la existencia de arraigo en aras a decidir sobre la expulsión.

El Tribunal de instancia ha establecido una suerte de presunción de arraigo en España del extranjero condenado y, sin valorar las circunstancias del hecho y otras personales del autor, ha decidido que no procede la sustitución por no resultar de las actuaciones que la penada no tuviera arraigo en España. Pese a ello, acepta expresamente el hecho probado de la sentencia

dictada por el Juzgado de lo Penal, en el que se declarada probado que la acusada carece de permiso de residencia y de arraigo en España.

Considera a su vez que corresponde a la acusación, en este caso al Ministerio Fiscal, acreditar la falta de arraigo.

No podemos compartir ninguna de estas dos consideraciones.

2.1. El art. 89.1 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.

Y el apartado 4 excluye la sustitución de la pena por expulsión cuando esta aparezca desproporcionada, "a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España".

Ello pone de manifiesto sin duda alguna que el arraigo del ciudadano extranjero no puede presumirse, sino que deberá considerarse a la vista de los elementos y circunstancias obrantes en las actuaciones y aportados en el acto del juicio oral.

Si el legislador hubiera pretendido lo contrario, estableciendo una presunción de arraigo, la regla contenida en el precepto hubiese dispuesto lo contrario, esto es, que las penas de entre uno y cinco años de duración impuestas a un ciudadano extranjero nunca serían objeto de sustitución excepto cuando el extranjero no tuviera arraigo en España.

2.2. Como expresábamos en la sentencia núm. 214/2021, de 10 de marzo, "El arraigo no es sino la intensidad del establecimiento en nuestro país de un individuo. Usado como instrumento de medida para evaluar la proporcionalidad de la medida de expulsión, el arraigo obliga a contemplar dos vectores: 1) Principalmente, los perjuicios que para el penado puede suponer la expulsión del país. Eso involucra el esfuerzo vital (medido en años y calibrado por la expectativa de futuro) que el condenado haya consumido en asentarse en nuestro país; así como el agravio que la medida de expulsión entraña para su vida familiar o afectiva, para su actividad laboral o para otros intereses patrimoniales que pueden resultar afectados. Como ya hemos adelantado, no puede hablarse de proporcionalidad sin contemplar singularmente esta afectación de la medida. 2) En todo caso, existe una consideración colectiva del arraigo, que tampoco puede eludirse cuando la norma penal apela al arraigo como marcador de la proporcionalidad de la medida de expulsión. Esa dimensión del arraigo, hace referencia a si el extranjero condenado participa de los principios fundamentales en los que se asienta constitucionalmente nuestra convivencia social y en qué medida puede llegar a percibir nuestra comunidad como propia. Ambos factores -el personal y el colectivo- permiten medir el arraigo y ponderar el grado de afectación de una eventual decisión de expulsión, desvelando si puede resultar o no desproporcionada como respuesta punitiva, en atención al delito cometido y a las circunstancias por las que se impone".

Igualmente, como dijimos en las sentencias de Pleno núm. 644/2022 y 645/2022, ambas de 27 de junio, para resolver sobre la sustitución, es necesario que se cumplan los cánones esenciales constitucionalmente consagrados de audiencia, contradicción, proporcionalidad y suficiente motivación.

En consonancia con la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señalábamos que el derecho de audiencia o derecho a ser oído en relación con 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.

La proporcionalidad de la medida es exigida en el apartado 4 del art. 89 CP, el que también establece 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.

En consonancia con ello, en la sentencia núm. 622/2020, de 19 de recordábamos la 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), dijimos 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."

Así pues, de conformidad a esta doctrina, corresponde a la acusación interesar la expulsión efectuando las alegaciones sobre la que sustente su petición en momento procesal que permita al acusado y su Defensa efectuar a su vez las alegaciones oportunas por las que estiman que la sustitución de la pena impuesta por la expulsión del territorio español resulta desproporcionada.

La necesidad de contradicción efectiva tiene por objeto precisamente conocer las circunstancias que concurren en el acusado para determinar si se dan o no las condiciones que determinan su expulsión, siendo este el único conocedor de las mismas, o al menos de su mayoría, por lo que lógicamente le corresponde ponerlas en conocimiento del Tribunal.

En este sentido, recordábamos en sentencia número 479/2014, de 3 de junio que "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)."

Cuestión distinta es la prueba de las circunstancias alegadas.

La expulsión ex artículo 89.4 CP solo procederá si es proporcionada y para ello deben describirse las circunstancias fácticas que permitan apreciarla.

La decisión de expulsión es discrecional, pero precisamente por ello está sometida a exigentes cargas de justificación.

Esa decisión deberá adoptarse tomando en consideración las alegaciones de las partes y el resultado de la prueba practicada.

Y, conforme a los principios básicos sobre la carga de la prueba, corresponde a cada una de las partes acreditar las circunstancias alegadas en apoyo de sus pretensiones. Ello no

obstante, en caso de duda, conforme al principio in dubio pro reo, elemento judicial de ponderación auxiliar en el derecho penal, aquélla debe resolverse a favor del reo.

3. En el caso sometido a consideración, conforme ya se expresó en nuestra sentencia de Pleno núm. 617/2022, de 22 de junio, consideramos que habían quedado garantizados los presupuestos del principio acusatorio, audiencia en condiciones de efectividad y defensa.

El Ministerio Fiscal había solicitado la sustitución de la pena por la expulsión en su escrito de conclusiones provisionales, la Defensa tuvo por ello conocimiento de tal petición y oportunidad para oponerse a la pretensión deducida por el Ministerio Fiscal, efectuando las alegaciones oportunas para oponerse a ello en base a las circunstancias del hecho y a las concurrentes en la persona de la acusada, especialmente su arraigo en España. También tuvo tiempo suficiente para aportar las pruebas que a su juicio podían sustentar su arraigo e incluso solicitar que la decisión fuera diferida a la fase de ejecución.

Sin embargo, nada alegó la Defensa, quien no presentó en tiempo su escrito de calificación provisional, y nada alegó tampoco en juicio, al que la acusada dejó de comparecer voluntariamente.

La Magistrada Juez de lo Penal, a la vista de lo actuado en el procedimiento, comprobó que la Sra. Blanca, de nacionalidad chilena, no tenía permiso de residencia en territorio español, y no encontró hecho o circunstancia alguna de los que pudiera inferirse su arraigo en España, y así lo expresó en el apartado de hechos probados de la sentencia.

Asimismo, en el fundamento de derecho sexto de la sentencia, expuso los motivos que a su juicio debían llevar a sustituir la pena que le correspondía por la infracción cometida por su expulsión del territorio español en el sentido que ya ha sido expuesto.

Frente a tal pronunciamiento, la Defensa, en su recurso de apelación que formuló ante la Audiencia Provincial, sobre este particular se limitó a solicitar que no fuera sustituida la condena por la expulsión del territorio nacional alegando que resultaba desproporcionada, señalando que *"no conocemos sus circunstancias personales y familiares que acrediten su arraigo en nuestro país y así valorar la proporcionalidad de la medida, a la vista de que la pena de prisión es de un año y dos meses, por lo que rebasa tan solo en dos meses el mínimo fijado por el CP para que proceda la sustitución por expulsión de la pena de prisión, por lo que entendemos que es desproporcionada. Además, que debería aplicarse el principio de in dubio pro reo porque a la vista que se desconoce si Blanca goza o no con arraigo en nuestro país"*.

Por su parte, la Audiencia Provincial, tras el análisis del art. 89 CP, entiende lógicamente que la decisión que se adopte sobre la sustitución no puede basarse, solamente, en la valoración de la actitud pasiva o inactiva de la Defensa en el acto del Plenario. Y considera, en contra del hecho probado que expresamente acepta, que no se ha acreditado ni motivado suficientemente la falta de arraigo de la penada y la proporcionalidad de la sustitución acordada por el Juzgado de lo Penal.

Ahora en el recurso de casación la Defensa se limita a oponerse a su estimación "en base a que su defensa acreditó en la causa algún tipo de arraigo en España -familiar, laboral o de permanencia- que haga desproporcionada la medida de expulsión, arraigo social que tampoco fue discutido por el Ministerio fiscal que tampoco probó que no tuviera.

Ciertamente, el motivo impugnado sólo cobraría sentido previa acreditación por parte del Ministerio fiscal de que la acusada no tenía arraigo en España, no ha procurado al Juzgado material fáctico ni documental para probarlo, lo que no se ha producido, por lo que no puede hablarse de interés casacional de la meritada Sentencia"

No podemos compartir el parecer de la Audiencia Provincial que es reproducido ahora en parte por la Defensa.

Frente al parecer de la Audiencia, la decisión adoptada por el Juzgado de lo Penal no se basa únicamente en la valoración de la actitud pasiva o inactiva de la Defensa en el acto del

Plenario. Se encuentra, aunque sucinta, suficientemente motivada, y es acorde con las disposiciones contenidas en el art. 89 CP y con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y de esta Sala, en los términos expuestos en el anterior apartado.

La petición efectuada por el Ministerio Fiscal estaba sustentada en la situación irregular de la penada y la ausencia de dato alguno que permitiera intuir al menos que la misma tenía prolongada estancia en territorio español (la existencia de un antecedente por un hecho cometido solo diecinueve días antes del que era juzgado en la presente causa, no ofrecía información en contrario). Ninguna alegación había sido realizada por la penada y su Letrado, ni en el acto del juicio oral, al que no compareció, ni en la instrucción de la causa. No solo no alegó ni 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. Tampoco efectuó alegación alguna sobre los riesgos que en el país de destino pudieran derivarse para la persona expulsada.

Es más, tampoco expresó nada sobre aquellos particulares en su escrito formulando recurso de apelación, en el escrito impugnando el recurso de casación previo, y en el escrito en el que impugnó el recurso de casación que ahora es objeto de resolución.

Conforme a lo expuesto, procede estimar el recurso formulado por el Ministerio Fiscal.

QUINTO.- La estimación del recurso determinada la declaración de oficio de las costas, conforme a lo dispuesto en el art. 901 LECrim.

F A L L O

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 de fecha 5 de septiembre de 2022, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Rollo de Sala núm. 62/2021, resolviendo la apelación interpuesta contra la Sentencia núm. 375/2020, de fecha 11 de diciembre, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, en el Procedimiento Abreviado núm. 458/2019, 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 A LA SENTENCIA NÚM. 838/2025, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 2115/2023

Lamentamos, sinceramente, no poder suscribir la sentencia que en este caso se ha dictado. Desde nuestro mayor respeto a la opinión mayoritaria, consideramos que el motivo por infracción de ley formulado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Sexta) de fecha 5 de septiembre de 2022 debería haber sido desestimado pues la decisión recurrida no ha infringido el artículo 89 CP.

Pretendemos, a continuación, y de manera breve, ofrecer los argumentos sobre los que basamos nuestra discrepancia.

Síguenos en...



1. El primero se refiere a la indebida, a nuestro parecer, admisión a trámite del recurso. El gravamen que lo sostiene no trae causa de una infracción de ley penal sustantiva en los términos estrictos con los que esta Sala ha interpretado la cláusula de recurribilidad de las sentencias de las Audiencias Provinciales que resuelven recursos de apelación contra sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal.

2. La decisión de la Audiencia, dejando sin efecto la expulsión del acusado, trae causa de la aplicación de un estándar de prueba. Mejor dicho, de un estándar sobre el alcance de la carga de prueba que incumbe a la acusación sobre el carácter no desproporcionado de la expulsión que se erige, pese a su formulación negativa, como genuino presupuesto para ordenar la medida sustitutiva.

Determinar el momento de la decisión, la carga de acreditación exigible y a quién le incumbe son cuestiones mucho más vinculadas a las reglas de producción y prueba, de prevalente naturaleza procesal, que a las que disciplinan los presupuestos sustantivos que deben concurrir para decidir la medida de expulsión.

Nos remitimos en este punto a las razones expuestas al hilo del voto particular que suscribimos discrepando de las sentencias de Pleno 617/2022, de 22 de junio y 645/2022 y 644/2022, de 27 de junio.

3. En segundo lugar, entrando ya al fondo del disenso, consideramos que, a la luz de las circunstancias del caso, imperativos de justicia sustancial y de protección efectiva de los derechos fundamentales impiden ordenar la expulsión de la acusada por lo que dejarla sin efecto, como ha decidido la Audiencia Provincial, *no infringe la ley*.

4. Sin perjuicio de los márgenes de discusión sobre la naturaleza de la expulsión como pena o como medida "sui generis", lo que no ofrece duda alguna es que su contenido es gravemente afflictivo al verse comprometidos, 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, como nos advierte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los Derechos a la vida privada [artículo 8 CEDH] y a no sufrir tratos inhumanos y degradantes [artículo 3 CEDH].

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 -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-.

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*".

5. Como lógica consecuencia, por lo mucho que hay en juego en términos *iusfundamentales*, debe exigirse una especial fundamentación a la decisión que acuerde la medida. La expulsión ha de basarse en datos que indiquen con claridad que respeta el principio de proporcionalidad y no se ponen en riesgo intereses vitales de la persona afectada -vid. sobre exigencias de información fáctica en el hecho probado cuando se decide la expulsión sustitutiva, STS 424/2024, de 16 de mayo- .

Y, en el caso, el silencio fáctico del que hace gala la sentencia del Juzgado de lo Penal es *ensordecedor*, tan solo interrumpido por el dato relativo a que la Sra. Blanca fue condenada en 2019 por la comisión de un delito leve.

Silencio que se mantiene hasta la actualidad pues seis años después de incoado el proceso penal seguimos desconociendo cualquier dato sobre sus condiciones personales y de arraigo en España.

6. La decisión de expulsión es discrecional, pero por ello, precisamente, está sometida a exigentes cargas de justificación. Y para alcanzarlas 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, se introdujo en la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, la necesidad, antes de decidir sobre la expulsión tanto en la fase declarativa como en la de ejecución, de celebrar una audiencia con dicha finalidad.

7. Y creemos que esos objetivos no se alcanzan simplemente porque se considere que la no aportación de elementos de arraigo por parte de la defensa de la persona acusada que no comparece a juicio permite presumir, sin ninguna otra consideración, que carece del mismo y, como consecuencia necesaria, que la expulsión de España ha de presumirse proporcional.

En este sentido, debemos llamar la atención sobre que el arraigo, en los propios términos contemplados en el artículo 89.4 CP, es un indicador, destacado sí, pero no exclusivo para evaluar la proporcionalidad de la expulsión.

8. En todo caso, no nos enfrentamos a un *problema clásico* de distribución de cargas de prueba como implícitamente se sugiere en la sentencia de primera instancia y acoge la sentencia de la que discrepamos.

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 de quien ha sido acusado a la luz del principio de proporcionalidad.

De ahí que ni el Fiscal que pretenda la medida ni, desde luego, el Juez que deba adoptarla puedan permanecer ajenos al objetivo de comprobar que la medida de expulsión no lesionará de manera desproporcionada los derechos a la salud e integridad física y a la vida privada y familiar de la persona condenada.

Indagar datos sobre si procede o no la expulsión no compromete un ápice la neutralidad judicial porque no comporta "actividad inquisitiva encubierta". Límite fijado por el Tribunal Constitucional para la actividad probatoria de los jueces con relación a los hechos que fundan la acusación -vid. SSTC 229/2003, 334/2005, 45/2022-.

Ni supone, tampoco, asumir una suerte de *objetivo probatorio diabólico* en supuestos de no comparecencia de la persona acusada. No puede serlo, en modo alguno, consultar, a título de ejemplo, el punto neutro judicial u oficiar a la Policía para que recabe datos sobre condiciones de arraigo a la luz de los domicilios donde conste que aquella ha residido.

9. La Sra. Blanca nunca ha sido escuchada sobre sus condiciones de arraigo y pese a ello se ha decidido expulsarla, seis años después de cometido el delito. No conocemos ninguna circunstancia de su vida -entre otras, si pudiera sufrir alguna enfermedad que requiriera tratamiento médico prolongado; si tiene familia en España; si ha trabajado...-. Por desconocer, desconocemos cuánto tiempo lleva en nuestro País, aunque sea residiendo ilegalmente.

10. Por todo ello, no podemos excluir que la decisión de expulsión resulte desproporcionada. Como tampoco con los datos disponibles pudo excluirlo, tres años antes, la Audiencia cuando dejó sin efecto la expulsión.

Decisión que, no lo olvidemos, trae causa de una previa anulación por esta Sala de una sentencia que, razonablemente, ordenaba una comparecencia con la específica finalidad de evaluar, conforme a las exigencias constitucionales y convencionales, la proporcionalidad de la medida interesada.

Este es nuestro voto que suscribimos y que se unirá a la sentencia.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

Síguenos en...

