

**Prof. Bernardino Díaz Rodríguez**

Fiscal Sustituto de la Provincia de Guadalajara. Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid. Socio de la FICP.

**~Comentario a la STS 617/2022, de 22 de junio de 2022.  
Interpretación del artículo 89.3 del Código Penal. Expulsión sustitutiva  
y juicio en ausencia~**

**SUMARIO:** I.- Introducción. II.- Regulación. III.- Hechos. IV.- Iter Procesal. V.- Postura del Ministerio Fiscal y Motivación de la Casación. VI. Interés Casacional de esta Sentencia. VII.- Recurribilidad de la Sentencia. VIII.- Conclusión del análisis de la Sentencia. IX.- Bibliografía. X.- Jurisprudencia.

**I. INTRODUCCIÓN**

Por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se dictó con fecha 22 de Junio de 2022 la Sentencia 617/22, que vino a fijar que el juicio celebrado en ausencia no garantiza la audiencia en las condiciones de efectividad que reclama la lectura constitucional del Artículo 89 del Código Penal, y, en consecuencia, se desplaza la decisión definitiva a la fase de ejecución donde deberá realizarse la audiencia prevista en el Art. 89.3 del Código Penal. Siendo el Ponente de la misma Sr. D. Javier Hernández García.

**II. REGULACIÓN**

El artículo 89 objeto de estudio en la presente Sentencia, se encuentra recogido por nuestro Código Penal en el Capítulo III “De las Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”, del Título III “De las Penas”, Sección 2ª “De la sustitución de las penas privativas de libertad”. Hay que decir que el citado artículo ha sufrido hasta cinco modificaciones en un corto período de nuestra historia desde la primera llevada a cabo por la LO 10/1995 de 23 de Noviembre, hasta la última de realizada por la LO 1/2015 de 30 de Marzo. Reforma esta última que según la Circular 7/2015 de la Fiscalía General del Estado estaba condicionada al aumento considerable de la población extranjera que se encuentra recluida en los CIE españoles.

“La expulsión es una medida con origen administrativo que ha sido incorporada al bloque penal para agilizar su ejecución en beneficio de la política migratoria y económica dirigida por el Gobierno. Su regulación se hizo necesaria como consecuencia del movimiento migratorio que acogía España y otros países a partir de exigencias de la Comunidad Europea. En dicha regulación se ha venido diferenciando tradicionalmente

entre los extranjeros deseados y los no deseados en función de la situación administrativa y el aporte global que podían hacer al país”<sup>1</sup>.

El artículo 89 del Código Penal fija como regla general la expulsión como medida sustitutiva de la pena de prisión, para cualquier extranjero que delinca, aun cuando se encuentre en situación legal en España. Dicha expulsión provoca la salida y prohibición de entrada en todo el territorio Schengen<sup>2</sup>. Esto va a suponer una restricción "en el derecho fundamental a la libertad de circulación y fijación de residencia establecido en el artículo 19 CE, aunque sea de manera temporal"<sup>3</sup>.

El fondo de la presente Sentencia se baso en si se cumplió con lo establecido en el apartado 3 del Artículo 89 del Código Penal, donde se establece que el Juez o Tribunal deberá fijar en la sentencia la sustitución de la ejecución de la pena siempre que fuera posible y si no es así, deberá pronunciarse con la mayor urgencia, previa audiencia del Fiscal y de las partes, una vez que se declare la firmeza de la sentencia<sup>4</sup>.

Poniendo de relieve que la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal, manifestó que no tuvo lugar la existencia de esta imprescindible audiencia en condiciones de efectividad. Y esta última expresión es la que, determino que el TS dijera que no hay presencia, en el caso, de un trámite de audiencia que pueda colmar las exigencias del artículo 89 y, por lo tanto, procede la revocación de la sentencia en cuanto al acuerdo de sustituir la pena de prisión por la expulsión, sin perjuicio de que, en aplicación del apartado tercero de la norma, pueda desarrollarse el referido trámite de audiencia.

### **III. HECHOS**

Como antecedentes de esta Sentencia nos encontramos como “....Se declara probado que sobre las 20:00 horas del día 2 de octubre de 2019, Marí Juana, nacional de

---

<sup>1</sup> GONZÁLEZ CASTRO, J.C. Análisis de las Circunstancias Jurídico-Penales que determinan la sustitución parcial o total de la pena privativa de libertad por la expulsión de los extranjeros. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid Diciembre 2020. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/50962>

<sup>2</sup> Directiva 2001/40/CE, del Parlamento y del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.

<sup>3</sup> GONZÁLEZ CASTRO, J.C. Análisis de las Circunstancias Jurídico-Penales que determinan la sustitución parcial o total de la pena privativa de libertad por la expulsión de los extranjeros. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid Diciembre 2020. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/50962>

<sup>4</sup> Artículo 89.3 Código Penal: "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" <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

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 ...DKF, propiedad de Amadeo y sustrajeron de su interior un ordenador portátil no NUM000 marca Microsoft y una Tablet PC NUM001 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 [...]”<sup>5</sup>.

#### **IV. ITER PROCESAL**

La presente Sentencia tiene su origen en las Diligencias Urgentes nº 146/2019 seguida y tramitada por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Barcelona, siendo dictada Sentencia en fecha 11 de Diciembre de 2020 en el Procedimiento Abreviado núm. 458/2019, por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona, donde se “...condenó a Marí Juana, 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 la 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 Marí Juana a que en vía de responsabilidad civil indemnice a Amadeo 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 [...]”<sup>6</sup>.

Interpuesto recurso de apelación por parte de la representación procesal de la condenada Marí Juana, por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, se

---

<sup>5</sup> STS 617/2022, de 22 de Junio de 2022, Recurso Casación nº 3647/2021. Ponente Sr. D. Javier Hernández García. STS 2686/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2686

<sup>6</sup> STS 617/2022, de 22 de Junio de 2022, Recurso Casación nº 3647/2021. Ponente Sr. D. Javier Hernández García. STS 2686/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2686

dictó Sentencia en fecha 7 de mayo de 2021, resolviendo Recurso de Apelación (Rollo de Apelación Penales rápidos 62/2021), donde se "ESTIMO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación de Marí Juana contra la Sentencia de fecha 11 de diciembre de 2020 del Juzgado de lo Penal no 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, sin perjuicio de que se resuelva sobre la procedencia de dicha sustitución en la fase ejecución de la Sentencia; declarando de oficio las costas procesales causadas en esta alzada...".<sup>7</sup>.

El Ministerio Fiscal presentó recurso de casación contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona.

## **V. POSTURA DEL MINISTERIO FISCAL Y MOTIVACIÓN DE LA CASACIÓN**

El Ministerio Fiscal alegó un único motivo de casación, por infracción de ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la LECrim., por indebida inaplicación del Art. 89.1 del Código Penal, al considerar que se había infringido el régimen legal regulador de la imposición de la medida de expulsión como sustitutiva de la pena de prisión, por la decisión del juez de instancia de que la celebración del juicio en ausencia de la acusada no garantiza la audiencia establecida en el artículo 89 del Código Penal, debiendo decidir sobre la sustitución en la fase de ejecución, previa audiencia de la misma. El Ministerio Fiscal entendía que la acusada era conocedora de las penas por las que podía ser condenada, habiendo sido citada al juicio en legal forma, personalmente y con los apercibimientos de que el mismo se podría celebrar en su ausencia, pudiendo haber acudido a la vista de juicio oral para ser oída, por lo que no está justificada que se resuelva en la fase de ejecución de sentencia.

La representación procesal de la penada solicitó la inadmisión del recurso.

## **VI. INTERÉS CASACIONAL DE ESTA SENTENCIA**

Según el Ministerio Fiscal se considera infringido el régimen legal que regula la imposición de la medida de expulsión como sustitutiva de la pena de prisión. El gravamen

---

<sup>7</sup> STS 617/2022, de 22 de Junio de 2022, Recurso Casación nº 3647/2021. Ponente Sr. D. Javier Hernández. STS 2686/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2686

lo identifica con la decisión por la que se deja sin efecto el pronunciamiento adoptado por el juez de instancia en cuanto se considera que el juicio celebrado en ausencia no garantiza la audiencia en las condiciones de efectividad que reclama la lectura constitucional del artículo 89 CP y, en consecuencia, se desplaza la decisión definitiva a la fase de ejecución donde deberá realizarse la audiencia prevista en el artículo 89. 3º CP.

Afirma el TS que la adopción de la medida de expulsión sujeta a las exigencias del principio acusatorio deberá venir precedida de la correspondiente audiencia, en condiciones efectivas de defensa y no deberá ser adoptada cuando "a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada"<sup>8</sup>.

Como ya se ha indicado anteriormente, la decisión relativa a la procedencia de la expulsión debe ser adoptada, preferiblemente, en la propia sentencia (art. 89.3 CP), cuando sea posible y si no lo es, cuando se declare la firmeza de la sentencia, deberá resolverse, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes. Aún así, el legislador establece que el juzgador debe adoptar su decisión en sentencia.

Aunque, "resulta factible, y aun frecuente, sin embargo, que el acusado, con el designio de evidenciar su arraigo en nuestro país, aduzca en el juicio la existencia de determinadas actividades profesionales, de vínculos familiares o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, no obstante, por diferentes razones, no pudieran ser acreditadas en ese momento. En tales casos, careciéndose de elementos bastantes para adoptar la decisión en sentencia, aquella deberá ser pospuesta al período de ejecución en el que, siempre con intervención de las partes, y a partir de los elementos probatorios que pudieran ser aportados, deberá ser adoptada"<sup>9</sup>.

En el presente caso, el juicio se celebró en ausencia de la acusada, sin objeción alguna por parte del juez de primera instancia, ni la audiencia provincial, por lo que si se entiende que se puede celebrar el juicio, practicar la prueba, determinar los hechos, así como su calificación jurídica e imponer la pena, con su ausencia, no es entendible que no sean aplicables esas condiciones en cuanto a la sustitución de la pena de prisión por la expulsión.

---

<sup>88</sup> Artículo 89.4 Código Penal. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

<sup>9</sup> STS 617/2022, de 22 de Junio de 2022, Recurso Casación nº 3647/2021. Ponente Sr. D. Javier Hernández García. STS 2686/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2686

Así, partimos de que en la calificación provisional del Ministerio Fiscal constaba la petición de expulsión, por lo que la acusada tenía conocimiento de la misma, pudiendo haberse opuesto en el acto del juicio realizando alegaciones y solicitando la práctica de la prueba que evitase su expulsión, por lo que se cumplió con el trámite de audiencia, con independencia de que la acusada no compareciese.

El TS estimo parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 6ª, de fecha 7 de mayo de 2021, por la que estimaba en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 11 de diciembre de 2020 dictada por el Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona, que se casa y anula.

Y ello por una razón esencial: la Sra. Marí Juana recurrió ante la Audiencia la sustitución de la pena por expulsión ordenada por el Juzgado de lo Penal por lo que tiene derecho a un pronunciamiento de fondo sobre lo pretendido. Alcance de la estimación parcial del recurso que se precisará en la segunda sentencia<sup>10</sup>.

## **VII. RECURRIBILIDAD DE LA SENTENCIA**

El Pleno de la Segunda del TS, se tuvo que plantear como cuestión previa la admisibilidad del recurso de casación formulado por el Ministerio Fiscal, lo que motivo que se diera un voto particular por determinados miembros de la Sala, al considerar que el recurso afectaba a una cuestión de estricta naturaleza procesal y, en esa medida, resultaba irrecurrible en casación de conformidad a lo previsto en el Artículo 847.1 b) de la LECrim que solo contempla contra las decisiones de las Audiencias que resuelven recurso de apelación por infracción de ley penal sustantiva del Art. 859.1 de la LECrim. Frente a este voto particular la posición mayoritaria descarta, sin embargo, todo óbice. La recurribilidad de la decisión de la Audiencia Provincial se justifica por la naturaleza sustantiva del gravamen.

Siendo esta cuestión que no afectaba en modo alguno al fondo del asunto que se ha analizado en el presente comentario de la indicada Sentencia<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> STS 617/2022, de 22 de Junio de 2022, Recurso Casación nº 3647/2021. Ponente Sr. D. Javier Hernández García. STS 2686/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2686

<sup>11</sup> STS 617/2022, de 22 de Junio de 2022, Recurso Casación nº 3647/2021. Ponente Sr. D. Javier Hernández García. STS 2686/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2686

## **VIII. CONCLUSIÓN DEL ANÁLISIS DE LA SENTENCIA**

Se da por descontado que la adopción de la medida de expulsión sujeta a las exigencias del principio acusatorio, deberá venir precedida de la correspondiente audiencia, en condiciones efectivas de defensa. Y no deberá ser adoptada cuando a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada (artículo 89.4).

La decisión relativa a la procedencia de la expulsión debe ser adoptada, preferiblemente, en la propia sentencia, tal y como lo expresa el artículo 89.3 del Código Penal.

Cuando no lo fuera, declarada firme la sentencia, deberá procederse a resolver la cuestión, previa audiencia del Fiscal y de las demás partes.

Por lo general el acusado, con la intención de probar su arraigo en el país, alegará en el juicio la existencia de determinadas actividades profesionales, vínculos familiares o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que por diferentes razones, no pudieran ser acreditadas en ese momento, por lo que al carecer de elementos suficientes para adoptar la decisión en sentencia, se pospondrá a la fase de ejecución.

Sin embargo, considera la Audiencia Provincial que no tuvo lugar la existencia de esta imprescindible audiencia en condiciones de efectividad. Y esta última expresión es la que, determino que el TS dijera que no hay presencia, en el caso, de un trámite de audiencia que pueda colmar las exigencias del artículo 89 y, por lo tanto, procede la revocación de la sentencia en cuanto al acuerdo de sustituir la pena de prisión por la expulsión, sin perjuicio de que, en aplicación del apartado tercero de la norma, pueda desarrollarse el referido trámite de audiencia.

Conforme señala la STS analizada, en consecuencia, no hay razón normativa para diferir la decisión sobre la expulsión al trámite de ejecución previsto en el artículo 89.3 CP porque se han satisfecho todas las condiciones de audiencia exigidas por la norma.

## **IX. BIBLIOGRAFÍA**

Directiva 2001/40/CE, del Parlamento y del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.

**Actas del III Congreso Internacional de la FICP, Alcalá de Henares, Madrid (España),  
septiembre de 2022.**

GONZÁLEZ CASTRO, J.C. Análisis de las Circunstancias Jurídico-Penales que determinan la sustitución parcial o total de la pena privativa de libertad por la expulsión de los extranjeros. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid Diciembre 2020.

**X. JURISPRUDENCIA**

STS 617/2022, de 22 de junio de 2022, Recurso Casación nº 3647/2021. Ponente Sr. D. Javier Hernández García.

STS 792/2008, de 4 de diciembre de 2008. Recurso Casación nº 552/2008. Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

STS 479/2014, de 3 de junio de 2014. Recurso Casación nº 24/2014. Ponente Sr. D. Andres Palomo del Arco.