



Roj: **STS 5891/2025 - ECLI:ES:TS:2025:5891**

Id Cendoj: **28079120012025101054**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/12/2025**

Nº de Recurso: **2123/2023**

Nº de Resolución: **1033/2025**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1.033/2025

Fecha de sentencia: 15/12/2025

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2123/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/12/2025

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: AP BARCELONA, Sec. 6ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Concepción Sáez Rodríguez

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2123/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Concepción Sáez Rodríguez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1033/2025

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 15 de diciembre de 2025.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, frente a la Sentencia 363/2022, de 23 de mayo de 2022 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, resolutoria del recurso de apelación (Rollo de apelación JR 70/2022-V) formulado frente a la Sentencia 67/2022, de 10 de febrero de 2022 del Juzgado de lo Penal núm. 11 de los de Barcelona, dictada en el Juicio rápido núm. 178/2021 dimanante de las Diligencias urgentes 46/2021 del Juzgado de Instrucción núm. 22 de los de dicha Capital, seguidas por un delito de robo con fuerza en casa habitada en grado de tentativa contra el acusado DON Inocencio . Los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido en Sala para la deliberación y fallo del presente recurso de casación. Han sido parte en el presente procedimiento como recurrente el Ministerio Fiscal, y como recurrido el acusado Don Inocencio , representado por el Procurador de los Tribunales Don Ramón de la Vega Peña y defendido por el Letrado Don Antonio Caz Moreno.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 22 de Barcelona incoó Diligencias urgentes núm. 46/2021 por delito de robo con fuerza en casa habitada en grado de tentativa contra el **acusado DON Inocencio** , y una vez concluidas las remitió al Juzgado de lo Penal núm. 11 de dicha Capital, que en el Juicio rápido núm. 178/2021 dictó Sentencia 67/2022, de 10 de febrero de 2022, cuyos **HECHOS PROBADOS** son los siguientes:

"SE DECLARA PROBADO QUE: el acusado Inocencio , de nacionalidad marroquí, mayor de edad y con antecedentes penales consta ejecutoriamente condenado en sentencia firme de 16.12.2020 a la pena de 1 año y 11 meses y 29 días de prisión como autor de un robo con fuerza en casa habitada pendiente de cumplimiento, en situación irregular en España según certificación expedida por la UCRIF que, sobre las 06:30 horas del día 4.4.2021 con la intención de obtener un inmediato e ilícito beneficio patrimonial, se dirigió al domicilio de Frida , sito en la DIRECCION000 de Barcelona, y tras realizar por medio que se ignora -un agujero en la puerta de acceso al domicilio de unos 90X40 cm penetró a través del mismo al interior para apoderarse de cuantos objetos de valor allí se hallaran consiguiendo así incorporar a su patrimonio una cadena de oro, un colgante, una pulsera de oro, una figurita decorativa y un ordenador HP, como quiera que la propietaria de la vivienda se encontraba en la planta superior de la vivienda, se despertó al oír ruidos en la planta baja, llamó a la policía que presentándose en el lugar consiguió detener al acusado a pesar de que al ver a los agentes emprendió la huida, no consiguiendo, sin embargo, despistar a los policías que finalmente le detuvieron recuperándose los efectos sustraídos que fueron devueltos a la propietarias. Los desperfectos ocasionados en la puerta y en el ordenador HP se encuentran pendientes de tasación pericial".

El **Fallo** de mencionada sentencia es el siguiente:

"Que DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado Inocencio como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito de robo con fuerza en casa habitada en grado de tentativa, con la -circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.5 del Código Penal, a la pena de 1 año y 11 meses y 29 días de prisión; así como al pago en concepto de responsabilidad civil a Frida en la cantidad en que en ejecución de sentencia se tasen los daños sufridos en su vivienda y en el ordenador portátil de marca HP de su propiedad y al pago de las costas.

Acuerdo la sustitución de la pena de prisión impuesta por la expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada en España por un periodo de 5 años, de conformidad con lo dispuesto en el art. 89.1 del Cp, toda vez que el acusado ha sido condenado a una pena de prisión de 1 año 11 meses y 29 día, y valoradas las circunstancias y gravedad de los hechos, y las circunstancias personales del penado que no acredita arraigo familiar, social ni laboral en España. A la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular la falta de acreditación de arraigo en España, la expulsión resulta proporcionada.

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 a su notificación."

SEGUNDO.- Frente a dicha resolución se interpuso **recurso de apelación** (Rollo de apelación JR 70/2022V) que fue resuelto por Sentencia 363/2022, de 23 de mayo de 2022 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que respecto a los **HECHOS PROBADOS** dice: "ÚNICO. Ratificamos los de la sentencia recurrida...".

El **Fallo** de mencionada resolución es el siguiente:

"ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación de juicio rápido interpuesto por la representación procesal del acusado Inocencio contra la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 11 de Barcelona de fecha 10 de febrero de 2020 dictada en su procedimiento abreviado núm. 70/2022 y, en su consecuencia,



la REVOCAMOS parcialmente en cuanto al fallo de sustitución de la pena de prisión por la expulsión, a los efectos dispuestos, con declaración de oficio de las costas causadas. Declaramos de oficio las costas causadas. Notifíquese a las partes la presente sentencia, haciéndoles saber que no debe recurso ordinario. Entréguese testimonio de esta sentencia y remítase junto al procedimiento al juzgado de procedencia para dar cumplimiento a lo acordado. Así lo fallamos y firmamos".

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas **se preparó** recurso de casación por infracción de Ley por el **MINISTERIO FISCAL** que se tuvo 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.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por el **MINISTERIO FISCAL** se basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN**:

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

QUINTO.- Es **recurrido** en la presente causa el acusado **DON Inocencio**, que impugna el recurso por escrito de fecha 29 de mayo de 2023.

SEXTO.- En el trámite correspondiente el **MINISTERIO FISCAL** queda instruido de la impugnación efectuada y reitera las alegaciones y fundamentos de su escrito de formalización del recurso de casación, por escrito de fecha 5 de junio de 2023; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por Providencia de fecha 4 de noviembre de 2025 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 10 de diciembre de 2025; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Juzgado de lo Penal nº 11 de Barcelona, dictó Sentencia con fecha 10 de febrero de 2022 (erróneamente datada en 2020), por medio de la cual condenaba al acusado Inocencio, como autor criminalmente responsable de un delito de robo con fuerza en casa habitada en grado de tentativa, con la agravante de reincidencia, a la pena de 1 año y 11 meses y 29 días de prisión, responsabilidad civil y costas procesales, acordando la sustitución de la pena de prisión impuesta por la expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada en España por un periodo de 5 años, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art 89.1 del Código Penal, argumentando que "el acusado ha sido condenado a una pena de prisión de 1 año 11 meses y 29 días, y valoradas las circunstancias y gravedad de los hechos, y la circunstancias personales del penado que no acredita arraigo familiar, social ni laboral en España. A la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular la falta de acreditación de arraigo en España, la expulsión resulta proporcionada". En apelación, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, Sección Sexta, revocó este último aspecto, razonando lo siguiente:

"No podemos aceptar que la incomparecencia del acusado en el plenario justifique prescindir de su audiencia para fallar sobre la sustitución. El razonamiento no es ajustado a la norma y, por tanto, debe quedar para ejecución el fallo, previa audiencia de las partes".

SEGUNDO .- Frente a dicha Sentencia, interpone el Ministerio Fiscal recurso de casación por infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando la indebida aplicación del art. 89 del Código Penal.

Antes de nada, conviene señalar que existe interés casacional, en tanto que la sentencia recurrida contraviene doctrina de esta Sala Casacional y particularmente nuestra Sentencia de Pleno, STS 645/2022, 27 de junio de 2022.

Con respecto al asunto de fondo estudiado, se trata de un robo en casa habitada, encontrándose dentro de la misma su moradora, entrando el acusado utilizando fuerza para ello en una vivienda unifamiliar, y apoderándose de diversos objetos, pero al apercibirse aquélla de la entrada de extraños en la vivienda, llamó a la policía, la cual se personó inmediatamente y logró detener al acusado, por lo que fue condenado por tal acción y se le impuso una pena inferior a los dos años de prisión, que hubieran posibilitado incluso la suspensión de su condena, pero la existencia de antecedentes penales, la falta acreditada de arraigo y en suma la falta de acreditación alguna al respecto, toda vez que el acusado no acudió al juicio oral, y se celebró el juicio en su ausencia, determinaron que el Tribunal "a quo", desestimara su recurso de apelación en lo que respecta a la corrección de su condena, pero que lo estimara con respecto a la sustitución de la misma por la expulsión



de territorio nacional, habida cuenta que no había sido oído sobre esa cuestión en el plenario, toda vez que, como decimos, no acudió al mismo, permitiéndolo así la pena interesada por la acusación pública.

Frente a tal resolución judicial, se alza en casación el Ministerio Fiscal.

TERCERO .- Para resolver la cuestión planteada, vemos que el Juzgado de lo Penal argumentó lo siguiente:

"De otro lado, visto el certificado que obra en autos sobre la irregular estancia del acusado Inocencio en territorio español, procede sustituir tal pena de prisión por la de expulsión por el tiempo de cinco años por entender tal plazo razonable y proporcionado al hecho, y de conformidad con lo previsto en el art. 89 CP; teniendo en cuenta que, por mucho que la jurisprudencia haya atemperado la automática aplicación del mencionado precepto legal, también tiene sentado que cabe la misma cuando, conociendo el acusado antes del juicio que se solicitaba por la acusación tal sustitución, no aporta al acto del juicio prueba alguna sobre su arraigo en España ni hace alegaciones en tal sentido (así, STS 28-4-2010), sin que en este caso se haya acreditado arraigo alguno laboral ni familiar".

La Audiencia "a quo" exclusivamente se remita a su propia doctrina, que dice haber resuelto un caso similar, concretamente su Sentencia 77/2022, de 7 de febrero, de dicha Sección, "en un caso con muchas semejanzas con el de esta causa. En concreto, ponderaron qué sucede cuando el acusado extranjero no ha sido escuchado sobre la sustitución".

Y a partir de ahí se transcribe literalmente su argumentación, y se añade para el supuesto enjuiciado:

"No podemos aceptar que la incomparecencia del acusado en el plenario justifique prescindir de su audiencia para fallar sobre la sustitución. El razonamiento no es ajustado a la norma y, por tanto, debe quedar para ejecución el fallo, previa audiencia de las partes".

CUARTO .- La cuestión planteada ha sido objeto de debate y resolución por la jurisprudencia de esta Sala Casacional, en la Sentencia de Pleno, STS 645/2022, 27 de junio de 2022, en un supuesto idéntico al ahora planteado, en que el Juzgado de lo Penal había acordado la sustitución de la pena impuesta al condenado en primera instancia por la expulsión del territorio nacional, no habiendo comparecido al acto del plenario, y había sido revocada por la Audiencia Provincial, entendiéndose infringido el art. 89 del Código Penal con la doctrina mantenida en la apelación, y volviendo al fallo de instancia decretado por el Juzgado de lo Penal.

Reproducimos algunos párrafos de la tal resolución judicial.

Cuesta entender, decíamos en el Pleno, que si la indispensable audiencia del acusado en "condiciones de efectividad" se produjo en forma inobjetable para que pudiera procederse a la celebración del juicio, a la práctica de la prueba, a la determinación de los hechos realmente acaecidos, a la calificación jurídica de los mismos, y a la imposición de una pena (nada menos que privativa de libertad), decisiones, todas ellas, que el Tribunal provincial respalda, considere, sin embargo, que esas mismas condiciones no se produjeron respecto de la sustitución de la pena impuesta por la expulsión. Resulta, cuando menos, paradójico, que siendo, por ejemplo, la gravedad del hecho y las circunstancias personales del culpable, parámetros de indispensable valoración en el marco de la individualización de la pena (artículo 66.1.6ª), confirme su imposición la sentencia que ahora se recurre y entienda, sin embargo -a nuestro parecer, sin explicación convincente alguna al respecto-, que no tuvo lugar una audiencia "en condiciones de efectividad" para valorar las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, con relación a la procedencia de acordar la sustitución de aquella pena privativa de libertad por la expulsión.

Y es que, indudablemente, el acusado tuvo la oportunidad de aducir, también respecto a esas circunstancias, cuanto hubiera tenido por conveniente. Pudo expresarlas en su escrito de defensa y proponer al respecto las pruebas que juzgase oportunas. Pudo comparecer personalmente al juicio, al que resultó debidamente citado con expreso apercibimiento de que el mismo podría celebrarse en su ausencia, y exponer entonces cuanto le conviniese.

En nuestro caso, además, se valoró por su defensa en el juicio oral y en el recurso de apelación.

Pero ello en absoluto equivale, a nuestro parecer, a una, en tal caso indebida, preterición de su derecho a ser oído o a proponer pruebas, que se colma con la posibilidad efectiva de expresar ante el Tribunal cuanto le pareciese oportuno al respecto o de proponer los medios de prueba que mejor condujesen a su derecho, sin que, desde luego, exija también una conducta proactiva por parte del acusado. Una cosa es tener derecho a ser oído; y otra tener que ser oído cuando no se quiere hablar. Tan frágil nos parece el razonamiento de la sentencia impugnada que, por los mismos motivos, podría negarse la audiencia "en condiciones de efectividad", en el caso de que, en fase de ejecución de sentencia, no compareciese tampoco el condenado a la vista que se señalara con ese fin o si nada adujese en el trámite escrito que se articulase al respecto.



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

Así el ATS 1833/2012, de 5 de diciembre: En autos, la petición de expulsión obraba en la calificación provisional del Ministerio Fiscal, por ende, medió la posibilidad de oponerse a las pretensiones de la acusación de manera eficaz; tuvo la oportunidad de alegar y proponer prueba que justificara la evitación de la expulsión. El trámite de audiencia, rectamente entendido, como posibilidad ofertada para alegar y proponer prueba sobre el extremo invocado, fue cumplimentado; otra cuestión es que se optara por no alegar nada sobre la procedencia o improcedencia de la expulsión.

Tal criterio se mantiene en las SSTS dictadas por Salas ordinarias 1148/2024, de 16 de diciembre y, la muy reciente 838/2025, de 15 de octubre que asumieron el criterio emanado del Pleno.

La aplicación de esta doctrina legal, el principio de seguridad jurídica y el de la igualdad ante la ley, obligan al respeto a las decisiones mayoritarias adoptadas por este Tribunal Supremo, de forma que no habiendo motivos para modificar esta doctrina, debemos mantener la misma y, en consecuencia, estimando el recurso del Ministerio Fiscal, volver en el punto discutido a la decisión del Juzgado de lo Penal, en el sentido de acordar la expulsión del acusado fuera del territorio nacional, en los propios términos dispuestos por el fallo recurrido.

QUINTO.- Procediendo la estimación del recurso, se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), máxime al ser el Ministerio Fiscal el recurrente, dada su posición institucional conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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 por infracción de Ley interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, frente a la Sentencia 363/2022, de 23 de mayo de 2022 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona.

2º.- DECLARAR DE OFICIO las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

3º.- CASAR y ANULAR, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que será sustituida por otra más conforme a Derecho.



4º.- COMUNICAR la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 2123/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Concepción Sáez Rodríguez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 15 de diciembre de 2025.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, frente a la Sentencia 363/2022, de 23 de mayo de 2022, pronunciada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia que fue recurrida en casación y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo. Por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica presidencia y ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes ANTECEDENTES DE HECHO y FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO .- Por las razones expuestas en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de decretar la medida de expulsión del territorio nacional en los mismo términos dispuestos por el Juzgado de lo Penal, número 11, de Barcelona.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Decretamos la medida de expulsión del territorio nacional impuesta a **DON Inocencio**, en los propios términos dispuestos por el Juzgado de lo Penal, número 11, de Barcelona, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la Sentencia de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION/2123/2023



1

VOTO CONCURRENTENTE

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. ANTONIO DEL MORAL GARCÍA A LA SENTENCIA NÚM. 1033/2025, DE 15 DE DICIEMBRE DE 2025, RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN nº 2123/2023.

El asunto resuelto presenta un paralelismo casi total con los abordados en las SSTs (Pleno) 644/2022 y 645/2022, ambas de 27 de junio, y las SSTs dictadas por Salas ordinarias 1148/2024, de 16 de diciembre y, la muy reciente 838/2025, de 15 de octubre que asumieron el criterio emanado del Pleno.

Todas traen adosado un voto particular. Y al pie de todos esos votos particulares aparece mi firma, en unión de otro u otros magistrados. En el desarrollo de esos votos aparecen expuestos los argumentos que me llevan a disentir de lo que ya es criterio consolidado de esta Sala.

De una parte, considero que lo que se ventila es una cuestión procesal (momento de efectuar la audiencia necesaria para la expulsión y características que debiera reunir) no encuadrable en el art. 849.1º LECrim. De otra, entiendo razonable la solución procesal que articula en esos casos la Audiencia Provincial. Baste este apunte muy sintético que ha de completarse con remisión a los referidos votos particulares.

Ese voto discrepante es sustituido ahora por un voto concurrente; y, en lo sucesivo, en tanto no surjan nuevos elementos de especial potencialidad, las sentencias que puedan sobrevenir solventando igual cuestión, merecerán, como ésta, mi apoyo; no en virtud de un cambio de opinión, sino por la convicción de que el integrante de un órgano jurisdiccional colegiado, máxime si es el que está llamado a homogeneizar la interpretación de la ley a nivel nacional, se debe no solo y exclusivamente a los propios criterios personales, por muy fundados que los considere; sino también y, sobre todo, a la doctrina asumida ya por el órgano. La seguridad jurídica -valor jurídico de primer orden- reclama esa actitud de deferencia a la doctrina ya conformada y con vocación de generalización.

Me he sentido impulsado a ofrecer esta explicación, mediante un voto concurrente pensando también en la parte afectada.

Aplicar la ley no se reduce a la desnuda función de repetir el enunciado legislativo. Exige elegir razonadamente una solución entre las diversas convalidables por la ley. Que los jueces crean derecho es una realidad innegable, siempre dentro del marco, más o menos holgado, de la legalidad.

Uno de los mecanismos más eficaces para combinar las consecuencias de la inevitable creación judicial del derecho con técnicas que embriden y moderen esa capacidad judicial propiciando cierta previsibilidad y seguridad que ahuyenten el riesgo de anarquía, es la técnica del precedente judicial. Cuando a un órgano judicial se le ofrecen diversas alternativas jurídicamente razonables ha de elegir habitualmente aquella que ha sido elegida en supuestos similares por sentencias anteriores constitutivas del precedente.

Dentro de esa denominada creación judicial del derecho y el papel del precedente ocupa un plano singular la jurisprudencia de los tribunales de casación. Esta afirmación resulta indiscutible desde una visión realista o experiencial, más allá de que podamos discutir y teorizar sobre el grado de vinculatoriedad, mayor o menor, de la jurisprudencia.

Todo precedente judicial aporta algo al derecho. Los emanados de la Corte de casación, Tribunal Constitucional, o tribunales supranacionales aportan algo más.

El Tribunal de casación puede variar su doctrina. No hay una autovinculación absoluta. No puede llegarse a la petrificación de la jurisprudencia; pero es plausible una cierta vocación de permanencia de los criterios sentados por la jurisprudencia. Con palabras de una integrante de la más alta magistratura americana, la decisión revisora de jurisprudencia debe estar justificada por razones especiales superiores a la simple creencia de que la decisión anterior no era la más correcta, o la mejor. La jurisprudencia necesita, así pues, estabilidad, lo que no significa inmutabilidad.

Desde estas consideraciones entiendo que, una vez consolidado un criterio en este Tribunal, sus componentes estamos llamados a asumirlo una vez expuestas de forma suficiente las razones que nos llevaron a apartarnos de la solución mayoritaria. Ha llegado ese momento. Esta sentencia tiene vocación de unirse a esa serie reseñada, refrendando el criterio del Pleno. Las opiniones divergentes en el seno de la Sala cristalizaron debidamente argumentadas en el voto particular que acompañó a aquellas decisiones.

Madrid, 15 de diciembre de 2025.

Fdo.: Antonio del Moral García