



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Circulares

DOCUMENTO ANALIZADO

Circular Núm. 1/1994, de 15 de febrero, sobre intervención del ministerio fiscal en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en España .

NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

Artículo 21.2 Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España; Ley 62/78, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

LO 4/2000 (y sus modificaciones posteriores). LO 5/2010. Derogación del contenido de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, por la disposición derogatoria única de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, por Ley 29/1998, 13 julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, 7 enero.

AFECTADO POR LA JURISPRUDENCIA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

Circular 2/2006 y Circular 5/2011. Instrucción 5/2007.

EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

La Circular se preocupa de analizar el campo de actuación del Ministerio Fiscal en relación con su intervención en la expulsiones de los ciudadanos extranjeros tanto en el ámbito de la Ley 62/78, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (significadamente, comprobar si en la sustanciación del expediente

gubernativo se han respetado las garantías del artículo 24.2 de la Constitución, que son extensibles en lo posible a los procedimientos administrativos sancionadores) como en el orden jurisdiccional penal, una vez que haya adquirido la cualidad de firme el Decreto gubernativo de expulsión.

La Circular –toda vez que existen situaciones de concurrencia entre los supuestos contemplados por el derecho administrativo sancionador y el derecho penal- está orientada a *promover la coordinación de la actividad jurisdiccional y la administrativa que haga posible, sin mayores dilaciones, la expulsión de aquellos extranjeros que incurran en las causas previstas en la ley.*

En esta Circular por consiguiente se aprecia un cambio de postura en relación con la doctrina establecida en textos anteriores en el que preside la idea de que: *si la autorización judicial de dicha expulsión no se concede se produce la paradoja de que, en ocasiones, resulta más fácil expulsar de nuestro país a un extranjero que se encuentra ilegalmente en el mismo, pero que no ha cometido ningún delito, que a aquél que aparece como presunto responsable de un delito menos grave, además de estar, en muchos casos, en situación ilegal.* Valora que esto será especialmente grave en el supuesto de extranjeros sometidos a una pluralidad de procedimientos (*basta a veces que uno solo de los Jueces que conocen de los varios procesos abiertos a algún extranjero no conteste a tiempo la petición gubernativa de autorización de expulsión para que ésta quede bloqueada*). Del mismo modo llama la atención de que la situación descrita *puede generar una pequeña delincuencia inducida entre los inmigrantes ilegales como vía de evitar que se les aplique la medida de expulsión* . En consecuencia sostiene que *las insuficiencias y limitaciones propias del sistema penal y el es-caso eco que su mensaje imperativo llega a alcanzar en situaciones de marginalidad social y económica, convierten el problema que nos ocupa en una prioridad fundamental de política criminal* , y considera conveniente que el Fiscal *promueva activamente la autorización por los Jueces de la expulsión de aquellos extranjeros que se encuentren incursos en causa legal para proceder a la misma* .

El análisis de los artículos de la LOEX de 1985 ha perdido toda virtualidad jurídica. En la actualidad la doctrina de la FGE se encuentra sistematizada por la Circular 2/2006 en lo que concierne a la expulsión sustitutiva del proceso y en la Circular 5/2011 en lo que respecta a la expulsión sustitutiva de la pena.

También se preocupa de los internamientos de ciudadanos extranjeros (limitándose a recordar la validez de los criterios asentados en la Instrucción 6/91).

La importancia de esta Circular –a los efectos de la especialidad de extranjería- se encuentra en que ordena la *creación de los Servicios de extranjería* . Nace con la finalidad de coordinar debidamente la actuación del Ministerio Fiscal en relación con los dos tipos de expulsiones sustitutivas. A este efecto el Fiscal encargado del Servicio: Coordinar todas las cuestiones analizadas en la presente Circular y elaborar los informes solicitados; Hacer un seguimiento de todas las causas abiertas contra un mismo extranjero mediante la apertura de fichas individuales fin de que cuando se solicite la expulsión se haga constar simultánea o sucesivamente en todas las que procedan, para evitar que no quede retenido por alguna de ellas y cuidando que en todo caso el decreto de expulsión sea firme; Mantener reuniones periódicas con las Autoridades Penitenciarias y Gubernativas, con la finalidad de adoptar las decisiones precisas que permitan asegurar la efectividad de las expulsiones que se autoricen o acuerden en el ámbito judicial. Proceder inmediatamente, en relación con los listados de penados extranjeros que se adjuntan, a revisar las correspondientes ejecutorias, al objeto de solicitar su expulsión como sustitutiva de las penas que les sean aplicables, siempre que ello sea posible con arreglo a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, y conforme a los criterios establecidos en el epígrafe 11.2 de esta Circular.

Proceder de igual manera con respecto a los listados de preventivos que se adjuntan, procediéndose a la revisión de los diferentes procedimientos al objeto de solicitar la autorización para su expulsión, cuando proceda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 21.2, párrafo primero, de la Ley Orgánica 7/85 Y conforme a los criterios establecidos en el epígrafe II. 2 de esta Circular. Junto a ello se impone la realización de visitas a los Centros de Internamiento, control y registro de extranjeros internados y sistema de dación de cuenta a la Fiscalía General del Estado. Actualmente ha perdido su vigencia tras la creación del Fiscal de Sala de Extranjería y el sistema de Fiscales Delegados (Instrucción 5/2007).

Ficha elaborada por la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado.

TEXTO DE LA CIRCULAR

Circular Núm. 1/1994, de 15 de febrero, sobre intervención del Ministerio Fiscal en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en España.

I. Introducción.

La Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, se promulga en cumplimiento de un mandato constitucional y por la necesidad de una norma básica de carácter general que no existía en nuestro ordenamiento.

«El artículo 13 de la Constitución -como subraya la Exposición de Motivos de la Ley- establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza su Título 1, en los términos que establezcan los tratados y la ley.» Se pretende con ésta «favorecer la integración de los extranjeros en España», pero distinguiendo «con absoluta claridad, las situaciones de legalidad de las de ilegalidad». Estas puedan dar lugar a la expulsión.

Los movimientos inmigratorios hacia los países más desarrollados constituyen, sin duda, uno de los más significativos fenómenos sociales de nuestra época que en España, como es notorio, han alcanzado proporciones importantes por razones culturales, geopolíticas y socioeconómicas. La legítima aspiración de los inmigrantes a vivir en un régimen político de libertades y con mayores cotas de bienestar que en sus países de origen genera problemas de diversa índole, no siendo el menor, precisamente, el que se les plantea a los que introducidos en España de forma ilegal, se ven obligados a asumir un trabajo en condiciones que pueden vulnerar no sólo la legalidad administrativa sino también la penal, cuando no son víctimas de otros delitos o inciden, ellos mismos, en el delito como medio de subsistencia.

Se trata de problemas graves a los que no puede ser insensible el Ministerio Fiscal que debe tomar la iniciativa, en muchos casos, en cumplimiento de sus funciones constitucionales y estatutarias. Expresión de la actitud comprometida de nuestra Institución en esta materia son los diversos trabajos doctrinales publicados en la Memoria anual, las Consultas 5/87 y 2/90 Y las Instrucciones 6/91 y 7/91, cuya vigencia se recuerda en lo que no resulte innovado por la presente Circular en algún aspecto, que luego se concretará.

El campo de actuación del Ministerio Fiscal en el ámbito de la Ley Orgánica 7/85 es amplio y se produce en dos órdenes jurisdiccionales.

Uno es el contencioso-administrativo, al revisarse por los Tribunales, en el marco de la Ley 62/78, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, las resoluciones gubernativas de expulsión de un extranjero. El Ministerio Fiscal, en su función garantista, ha de velar, ex artículo 124.1 de la Constitución y 1.0 de su Estatuto, por la defensa de los derechos fundamentales de los extranjeros, cuando así proceda, y comprobar si en la sustanciación del expediente gubernativo se han respetado las garantías del artículo 24.2 de la Constitución, que son extensibles en lo posible a los procedimientos administrativos sancionadores.

El otro es el orden jurisdiccional penal, una vez que haya adquirido la cualidad de firme el Decreto gubernativo de expulsión. La actuación del Ministerio Fiscal no necesita, ahora, de mayores precisiones, pues se ajustará a los criterios generales tanto si el extranjero es autor o víctima de un delito. Sucede, sin embargo, que en aquellos supuestos, harto frecuentes, en los que a un extranjero se le imputa un delito de los llamados menos graves puede estar incurso, a la vez, en una causa de expulsión. Se produce, en estos casos, la concurrencia de dos órdenes sancionadores, el penal y el administrativo previsto en la Ley Orgánica 7/85 que atribuye al Juez, con audiencia del Fiscal, la resolución del conflicto.

La presente Circular tiene por objeto dictar normas generales de actuación del Ministerio Fiscal para resolver algunos problemas que se plantean en la práctica con criterios que permitan, desde el absoluto respeto a la independencia judicial, promover la coordinación de la actividad jurisdiccional y la administrativa que haga posible, sin mayores dilaciones, la expulsión de aquellos extranjeros que incurran en las causas previstas en la ley.

El artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/85 establece la posibilidad de que por el Juez se autorice la expulsión de nuestro país de un extranjero incurso en causa de expulsión aun cuando se encuentre «encartado» en un procedimiento judicial por la comisión de un delito menos grave. Si la autorización judicial de dicha expulsión no se concede se produce la paradoja de que, en ocasiones, resulta más fácil expulsar de nuestro país a un extranjero que se encuentra ilegalmente en el mismo, pero que no ha cometido ningún delito, que a aquél que aparece como presunto responsable de un delito menos grave, además de estar, en muchos casos, en situación ilegal.

Por la menor entidad de los delitos en cuestión, dichos extranjeros permanecen normalmente en libertad provisional y si vuelven a delinquir acumulan detenciones e inculpaciones que el sistema penal difícilmente puede resolver.

Basta a veces que uno solo de los Jueces que conocen de los varios procesos abiertos a algún extranjero no conteste a tiempo la petición gubernativa de autorización de expulsión para que ésta quede bloqueada. Al mismo tiempo, la situación descrita puede generar una pequeña delincuencia inducida entre los inmigrantes ilegales como vía de evitar que se les aplique la medida de expulsión.

En contraste con el comportamiento correcto y cívico de la mayoría existe una minoría de extranjeros que

inciden en el delito. Las insuficiencias y limitaciones propias del sistema penal y el escaso eco que su mensaje imperativo llega a alcanzar en situaciones de marginalidad social y económica, convierten el problema que nos ocupa en una prioridad fundamental de política criminal.

El mandato constitucional contenido en el artículo 124.1 de la Constitución impone al Ministerio Fiscal velar por la protección del interés público, concretado en decisiones de política criminal, que aconsejan en estos supuestos la adopción de la medida de expulsión del extranjero como sustitutiva del proceso.

En este sentido, la Proposición no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados el 9 de abril de 1991 instaba a «potenciar la utilización por la autoridad judicial de la posibilidad de autorizar la expulsión de España de extranjeros incurso en causa de expulsión, aun cuando estén encartados en procedimientos por delitos menos graves».

Es por ello conveniente y acorde con los intereses que el Ministerio Fiscal ha de tutelar, que promueva activamente la autorización por los Jueces de la expulsión de aquellos extranjeros que se encuentren incurso en causa legal para proceder a la misma.

II. Cuestiones procesales que plantea la expulsión de extranjeros.

La citada Ley Orgánica de 1 de julio de 1985 contempla los supuestos en los que puede decretarse por la autoridad judicial o por la autoridad gubernativa, previa autorización de la judicial, la expulsión de extranjeros que se encuentran «encartados» o condenados en determinados procesos penales. En concreto, los artículos 21.2, párrafo 1.º, y 26.3 prevé n los casos en los que, durante la tramitación del proceso y antes de la condena, la autoridad judicial, previo informe del Ministerio Fiscal, puede autorizar' la expulsión -por la autoridad gubernativa- de los extranjeros «encartados» que estén incurso en alguna de las causas legales de expulsión. De otra parte, el artículo 21.2, párrafo segundo, establece que si el extranjero fuere condenado por delito menos grave el Juez o Tribunal, una vez firme la sentencia, podrán acordar la expulsión del extranjero como medida sustitutiva de la condena. También en este caso es preceptiva la audiencia del Fiscal, como luego se razonará.

Los citados supuestos de expulsión suscitan algunas dudas desde una perspectiva procesal, tanto en orden al alcance y naturaleza de la intervención del Ministerio Fiscal y a la competencia del Juez para autorizar la expulsión, como en cuanto a los procesos y momentos en los que pueden ser acordados. Se hace preciso, por ello, fijar criterios sobre dichas cuestiones.

1. Autorización judicial para la expulsión gubernativa de extranjeros sujetos a determinados procesos penales.

A) Intervención del Ministerio Fiscal.

El artículo 21.2, párrafo primero, de la Ley Orgánica 7/85 establece que cuando un extranjero se encuentra «encartado» en un procedimiento por delitos menos graves, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su expulsión si está incurso en algunos de los supuestos del artículo 26.1 de la misma ley. Asimismo, el artículo 26.3 prevé que el Juez pueda autorizar la expulsión cuando al tiempo de incoarse el procedimiento penal contra el extranjero, éste se encuentre sometido a expediente de expulsión en trámite de instrucción o de ejecución;

también es preceptiva la previa audiencia del Fiscal porque el artículo 26.3 remite al artículo 21.2.

Es claro, por tanto, que en los supuestos de expulsión regulados en los artículos 21.2, párrafo primero, y 26.3 de la ley el informe del Fiscal es preceptivo y previo a la autorización judicial para la expulsión gubernativa del extranjero. Pero estos supuestos deben relacionarse, para su correcta interpretación, con el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y los artículos 24 y 124 de la Constitución.

El artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impone al Fiscal la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la ley, todas las acciones que considere procedentes, haya o no acusador particular en la causa. En consecuencia, la audiencia del Fiscal prevista en los artículos 21.2, párrafo 1.0, y 26.3 de la Ley de Extranjería, previa a la resolución por parte del órgano jurisdiccional, tiene la finalidad de que el Fiscal valore la procedencia o no de ejercitar la acción penal vistas las circunstancias del caso concreto. Por consiguiente, si el informe del Fiscal es favorable a la expulsión del extranjero, por darse los requisitos legales, implica que la acción penal queda en suspenso generándose así un estado de crisis procesal cuya resolución está condicionada por la ulterior autorización judicial de la expulsión del extranjero.

B) Juez competente para autorizar la expulsión y fase procesal en que debe acordarse.

El segundo aspecto de interés, en el que es preciso armonizar posiciones, se refiere a la determinación del momento procesal en el que debe adoptarse la autorización para la expulsión del extranjero, pues aunque dicha cuestión fue objeto de las Consultas 5/87 y 2/90 requiere ciertas puntualizaciones.

En los supuestos de expulsión antes de la sentencia, regulados en los artículos 21.2, párrafo primero, y 26.3 de la ley, como antes se dijo, el extranjero ha de hallarse «encartado» en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados con pena igual o inferior a prisión menor. Este precepto debe relacionarse con las disposiciones de la Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre, que introdujo el Procedimiento Abreviado y la jurisprudencia que la interpreta, especialmente la emanada del Tribunal Constitucional. Así pues, la aplicabilidad de los artículos 21.2, párrafo 1.0, y 26.3 se contrae a los supuestos cuyo fallo corresponde a los Juzgados de lo Penal, únicos competentes para conocer de los delitos castigados con penas menos graves, tras la referida reforma.

La competencia para autorizar la expulsión corresponderá al Juez de lo Penal o al de Instrucción, según el momento procesal en que se emita el informe por el Fiscal, o, en su caso, al Juez Central de lo Penal o Juez Central de Instrucción, respectivamente.

Si las actuaciones se encontraran ya a disposición del Juez de lo Penal (art. 792.1 de la LECrim) éste será el competente y en los demás casos, anteriores a ese momento procesal, lo será el de Instrucción.

A este respecto, la Ley Orgánica 7/85 sólo exige para el supuesto previsto en el artículo 21.2, párrafo 1.0, cuando no medie expediente gubernativo previo de expulsión, que el extranjero se encuentre «encartado» en un proceso penal por delito menos grave. Queda, pues, condicionada la adopción de la medida de expulsión al acto formal del «encartamiento», no previsto de forma expresa en la Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre, en cuyo

ámbito debe resolverse la expulsión.

Evidentemente el «encartamiento» es un acto procesal previo y condicionante de la acusación, a partir del cual se determina la legitimación pasiva en el proceso y se adquiere la condición de imputado, consecuencia de haber desaparecido el auto de procesamiento, en la Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre, y que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción al menos sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las Diligencias Previas, haberle ilustrado de sus derechos y de modo especial, de la designación de abogado defensor y, frente a la imputación contra él existente, haberle permitido su exculpación en la primera comparecencia prevista en el artículo 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (entre otras SSTC 186/90, de 15 de noviembre, 128/93 y 129/93, ambas de 19 de abril, y 273/93, de 20 de septiembre). Por consiguiente debe existir una correlación subjetiva entre la imputación y la acusación y consecuentemente, como de modo expreso dice la última de las sentencias constitucionales citadas, nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las Diligencias Previas.

Esta doctrina constitucional debe de aplicarse a la Ley Orgánica 7/1985, ya que el marco procesal en el que opera es el del Procedimiento Abreviado. El término «encartado» debe interpretarse como imputado y, por tanto, será imprescindible, pero suficiente, que se haya producido en las Diligencias Previas la imputación del extranjero para poderse dictaminar sobre la procedencia de la expulsión, puesto que sólo en este momento puede resolverse sobre ejercicio de la acción penal, ya que la imputación, según doctrina del Tribunal Constitucional, constituye el contenido esencial de tales diligencias, y sin la cual no podrán clausurarse válidamente. Es evidente el cambio de naturaleza entre las diligencias previas del antiguo procedimiento de urgencia, que tenían un carácter preliminar, y las del actual procedimiento abreviado, ya que lo integran.

Dado que la Ley Orgánica 7/1985 condiciona la viabilidad de la solicitud de expulsión al «encartamiento» por delito menos grave, una vez que el extranjero haya adquirido la condición de imputado, ya puede resolverse sobre la petición de expulsión en las mismas Diligencias Previas. En consecuencia, cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves y esté, además, incurso en alguno de los supuestos de expulsión previstos en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/85, una vez que el extranjero sea oído en declaración como imputado, el Ministerio Fiscal interesará con carácter general, ponderando todas las circunstancias concurrentes, la autorización de la expulsión del territorio español de dicho extranjero, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1.0 del artículo 21.2 de la citada Ley Orgánica. En este caso la competencia para autorizar la expulsión corresponderá al Juez de Instrucción.

Si no pudiera determinarse la naturaleza del delito en el trámite de imputación contemplado en el artículo 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deberá agilizarse la tramitación de las diligencias, y en el momento que sea posible la determinación del delito y en todo caso en el escrito de acusación se solicitará la autorización de la medida de expulsión, salvo que concurran circunstancias singulares que lo desaconsejen. También en este supuesto el Juez competente para autorizar la expulsión es el de Instrucción pues ante él se formulan los escritos de acusación (art. 790.1. de la LECrim).

Por otra parte, la celebración de juicios rápidos (arts. 790.1 y 6 de la LECrim), modificado por Ley 10/92, de 30 de abril), en donde la acusación se formula en el propio servicio de guardia, evitaría aquellas posibles objeciones que pudieran hacerse respecto a la anticipación del momento de la autorización de expulsión a la inculpación, dado que ésta y la acusación forman prácticamente un solo acto o media escasísimo tiempo. Por ello, los Señores Fiscales instarán la ,celebración de juicio rápido o inmediato, cuando sea procedente con arreglo a la ley, formulando en este caso escrito de acusación en el propio servicio de guardia, solicitando en tal trámite la expulsión cuando concurren los requisitos legales y, además, conste la firmeza del Decreto de expulsión. La competencia para acordarla corresponderá también en este caso al Juez de Instrucción.

C) Procesos penales en los que es posible autorizar la expulsión.

Condición indispensable es que el proceso se dirija contra el extranjero por delito menos grave; la propia ley precisa que tendrán tal carácter los castigados con pena igual o inferior a la de prisión menor. No se hace referencia más que a la pena principal de privación de libertad y no se mencionan las penas pecuniarias, unos supuestos en que se aplica la multa conjuntamente con la privativa de libertad. Podría pensarse que la pena de multa no está incluida, y que por consiguiente en los supuestos de delitos castigados conjuntamente con pena de prisión menor y multa quedarían excluidos por ser ésta de mayor gravedad que la prisión menor, criterio sostenido en la Consulta 5/87.

El concepto de delito menos grave hay que integrarlo con las normas procesales. La Ley Orgánica 7/85, lo único que tiene en consideración es el límite de la pena privativa de libertad, señalada al delito, para fijar el marco dentro del cual puede operar válidamente la autorización, sin entrar en consideraciones de otro tipo; es obligado, por tanto, acudir a la legislación procesal para concretar el concepto de delito menos grave.

En este sentido la Ley Orgánica 10/80, de 11 de noviembre, de Enjuiciamiento Oral de delitos dolosos menos graves y flagrantes, bajo cuya vigencia se promulgó la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, abarcaba a los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a seis meses o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que su duración no exceda de seis años y los flagrantes, castigados con pena o penas, cualquiera que sea su naturaleza, cuya duración no exceda de seis años. Evidentemente la pena de prisión menor y multa excedía de la prevista para los delitos dolosos y menos graves en aquella legislación ya derogada y por ello la Consulta mencionada llegaba a la conclusión de que era inaplicable la autorización de expulsión a los delitos castigados con pena de prisión menor y multa.

La Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre, en su artículo 4 da una nueva redacción al artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estableciendo desde el punto de vista de la competencia objetiva una clasificación procesal tripartita de las infracciones penales, en delitos graves, competencia de las Audiencias Provinciales, menos graves, competencia de los Juzgados de lo Penal, y faltas, competencia de los Juzgados de Instrucción y concretamente fija la competencia de los Juzgados de lo Penal para el «conocimiento y fallo de las causas por delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a seis años o con pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o con la privación del permiso de conducir cualquiera que sea su duración o cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no

exceda de seis años».

Queda clara la inclusión de la pena de multa aun cuando deba de imponerse conjuntamente con la privativa de libertad dentro de los supuestos de competencia del Juez de lo Penal, a los que debe referirse ahora el concepto de delito menos grave dentro del esquema competencial diseñado por la Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre. Por consiguiente la cuestión de la inclusión de los delitos castigados con pena conjunta de prisión menor y multa, dentro del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 7/85, para que pueda operar válidamente la expulsión de la citada ley, ha quedado definitivamente resuelta.

2. Expulsión de los extranjeros condenados en sentencia firme por delitos menos graves.

El artículo 21.2, párrafo 2.º, de la Ley Orgánica 7/85 contempla la expulsión del extranjero cuando fuere condenado en virtud de sentencia firme por delito menos grave. Aquí la expulsión sustituye a la condena, pero han de asegurarse las responsabilidades civiles. Tras la comentada reforma del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre, el Juez legitimado para autorizar la expulsión después de la sentencia firme, es el Juez de lo Penal, a quien está atribuida en exclusiva la competencia para dictar sentencias por estos delitos, que son precisamente los únicos en que está autorizada la expulsión.

En principio las Audiencias Provinciales carecen de competencia para conocer y fallar las causas por delitos menos graves (art. 14.4 de la LECrim), salvo que en el acto del juicio oral se modificaran las conclusiones por todas las partes acusadoras y se formulara acusación por delito menos grave o que el Tribunal variase el título de imputación condenando por delito menos grave (en este sentido cfr. Circular 1/89).

En todo caso la penalidad a considerar es la abstracta señalada al delito y no la impuesta en la sentencia en virtud de las concretas circunstancias, grado de participación o desarrollo del delito. Debe tenerse en consideración, no obstante, la posibilidad de que en la actualidad se encuentren en ejecución condenas por delitos menos graves dictadas por las Audiencias Provinciales al amparo de la normativa anterior. Los Sres. Fiscales deberán atender al criterio de la penalidad a la hora de informar sobre expulsión y no a la competencia del órgano jurisdiccional.

Otro condicionamiento de la expulsión, como se ha dicho, es el aseguramiento de las responsabilidades civiles, por lo que los Sres. Fiscales cuidarán antes de informar la expulsión que se haya acreditado la insolvencia o se encuentren satisfechas las responsabilidades civiles.

En este supuesto de expulsión judicial el Juez ha de oír al condenado, según la dicción literal del citado artículo 21.2, párrafo segundo, que nada dice, en cambio, de modo expreso, sobre la audiencia del Fiscal, lo que planteó alguna duda resuelta afirmativamente en la Consulta 5/1987. Como en la misma se dijo -y ahora se reitera- la audiencia del Fiscal es obligada pues si lo es en los casos en que se autoriza judicialmente la expulsión gubernativa con mayor razón lo será en los de expulsión judicial y, además, porque si la medida afecta a la ejecución de la condena no podrá acordarse sin oír al Fiscal, a quien corresponde, conforme al artículo 3.9 del EOMF, «velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social».

En conclusión, si un extranjero fuese condenado por delito menos grave en sentencia firme, el Ministerio Fiscal solicitará su expulsión por decisión judicial como sustitutiva de la condena impuesta, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2.º del citado artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/85, salvo que la excepcionalidad de las circunstancias concurrentes sugieran lo contrario.

III El internamiento de extranjeros sometidos a procedimientos de expulsión.

Es obligado al tratar el tema de la extranjería referirse al supuesto del internamiento cautelar de extranjeros, previo a la expulsión prevista en el artículo 26.2 de la Ley Orgánica 7/85, y la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/87, de 7 de julio, que lo interpreta y que ya fue objeto de la Instrucción 6/91, cuya vigencia se recuerda aquí.

La adopción de la medida de internamiento debe producirse únicamente en los llamados procedimientos de expulsión preferentes o por las causas a), c) y f) del artículo 26.1 (arts. 26.2 y 30, 1 y 2 de la Ley Orgánica 7/85) y dada su excepcionalidad cuando sea imprescindible para asegurar el fin de la expulsión, y durante el menor tiempo posible y llevarse a cabo de forma que nunca represente una situación de mayor aflicción que la que en sí misma conlleva toda detención y pérdida de libertad, y siempre bajo la supervisión del Juez y del Ministerio Fiscal. En ningún caso, como establece el citado artículo 26.2, puede exceder de 40 días.

No obstante, la experiencia ha puesto de manifiesto, y así lo recoge el Defensor del Pueblo en un informe remitido a esta Fiscalía General, que se dan situaciones anómalas que es preciso corregir como:

— Internamientos en Centros Penitenciarios o Comisarías de Policía.

— Internamientos sucesivos por plazos de 40 días, debido a la falta de coordinación entre las propias autoridades administrativas y las judiciales.

— Internamientos agotando el plazo de 40 días, no siendo absolutamente imprescindible.

Para evitar que estas situaciones se produzcan los Sres. Fiscales deberán de ajustarse a lo prevenido en la Instrucción 6/1991 y además llevar un libro registro de todos los internamientos que se autoricen y visitar los centros de internamiento con periodicidad trimestral, dando cuenta a esta Fiscalía General.

IV. Creación de servicios de extranjerías en las fiscalías

1. A fin de coordinar debidamente la actuación del Ministerio Fiscal en relación con la expulsión de los extranjeros que se encuentren sometidos a proceso penal e incurso en causa legal para proceder a la misma, así como a la expulsión de los que resulten condenados por delitos menos graves, se hace preciso crear en determinadas Fiscalías que se concretarán por esta Fiscalía General, un Servicio de Extranjería, dirigido por un Fiscal o Abogado Fiscal, y cuantos Fiscales sean precisos en atención al volumen del trabajo. En el plazo de un mes se facilitará a esta Fiscalía General el nombre del Fiscal Director o Coordinador del Servicio de Extranjería.

Las funciones del Servicio de Extranjería, aparte de las que específicamente le sean confiadas, serán las siguientes: 1.ª) Coordinar todas las cuestiones analizadas en la presente Circular y elaborar los informes

solicitados; 2.^a) Hacer un seguimiento de todas las causas abiertas contra un mismo extranjero mediante la apertura de fichas individuales fin de que cuando se solicite la expulsión se haga constar simultánea o sucesivamente en todas las que procedan, para evitar que no quede retenido por alguna de ellas y cuidando que en todo caso el decreto de expulsión sea firme; 3.^a) Mantener reuniones periódicas con las Autoridades Penitenciarias y Gubernativas, con la finalidad de adoptar las decisiones precisas que permitan asegurar la efectividad de las expulsiones que se autoricen o acuerden en el ámbito judicial. 4.^a) Proceder inmediatamente, en relación con los listados de penados extranjeros que se adjuntan, a revisar las correspondientes ejecutorias, al objeto de solicitar su expulsión como sustitutiva de las penas que les sean aplicables, siempre que ello sea posible con arreglo a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, y conforme a los criterios establecidos en el epígrafe 11.2 de esta Circular. 5.^a) Proceder de igual manera con respecto a los listados de preventivos que se adjuntan, procediéndose a la revisión de los diferentes procedimientos al objeto de solicitar la autorización para su expulsión, cuando proceda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 21.2, párrafo primero, de la Ley Orgánica 7/85 y conforme a los criterios establecidos en el epígrafe II. 2 de esta Circular.

2. En los respectivos Servicios de extranjería, se llevará un libro registro de extranjeros internados cautelarmente y se vigilará de forma individualizada la procedencia de la medida de internamiento, así como su ejecución en las condiciones legales, debiendo de efectuarse visitas periódicas y en todo caso trimestralmente a los referidos centros, en los términos analizados en el epígrafe III de esta Circular.

3. Cada dos meses se elevará informe a esta Fiscalía General a través de la Inspección relativo a todas las cuestiones de la presente Circular que en todo caso deberá expresar: a) Relación de ejecutorias revisadas, indicando la resolución recaída respecto a la expulsión y ejecución de la misma. b) Expulsiones solicitadas en relación con procedimientos en tramitación. c) Visitas giradas a los centros de internamiento y resultado de las mismas.

En los informes se expresarán cuantas sugerencias se consideren de interés y las dificultades que se encuentren en la prestación del servicio.

Se recuerda finalmente la vigencia de la Instrucción 7/91 sobre «Criterios de actuación en los supuestos de infracciones contra el orden social» para amparar, en las relaciones de trabajo, no sólo los derechos de los nacionales sino también los de los extranjeros en situaciones entre otras, «como el reclutamiento o la contratación ilegal de emigrantes», a las que se refiere dicha Instrucción.

