



FISCALIA GENERAL  
DEL ESTADO

## Consultas

### DOCUMENTO ANALIZADO

**Consulta Núm. 5/1987, de 18 de noviembre, sobre cuestiones que plantea la expulsión de extranjeros sujetos a determinados procesos penales.**

### NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

Artículos 21.2, 26.3 y 29.2 de Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*. Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, Ley de Enjuiciamiento Criminal (redacción anterior a la reforma de Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, que introdujo el procedimiento abreviado).

### MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

Artículo 57.7 LO 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (según redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre) [LOEX]; artículo 89 LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, de reforma de la LECrim.

### 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

Consulta 2/1990, de 10 de octubre (confirmatoria); Circular 1/1994, de 15 de febrero; Circular 3/2001, de 21 de diciembre; Instrucción 4/2001, de 25 de julio; Circular 1/2002, de 19 de febrero; Circular 2/2006, de 27 de julio; Circular 5/2011.

### EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

El régimen jurídico de la expulsión de los ciudadanos extranjeros tal como era regulado por los artículos 21.2 y 26.3

LEX 1985 ha sido radicalmente modificado en todas sus modalidades. En lo que respecta a la expulsión sustitutiva de la pena, el artículo 89 CP (según la redacción originaria de la LO 10/1995 del Código Penal) estableció un nuevo régimen jurídico que implicaba la derogación por incompatibilidad (artículo 2.2 Código Civil) del párrafo segundo del artículo 21.2 LO 7/1985. A su vez, el sistema de la expulsión sustitutiva del proceso penal (artículo 21.2, párrafo primero y artículo 26.3) quedó seriamente modificado por el artículo 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre), que derogó expresamente la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio.

La Consulta Núm. 5/1987 trató de resolver cuatro cuestiones puntuales que suscitaban los artículos 21.2 y 26.3 LO 7/1985 reguladores del instituto de la expulsión de ciudadanos extranjeros que se hallaren encartados en procedimientos por delitos menos graves o condenados en sentencia firme por delitos menos graves. Todas sus respuestas o han sido debidamente solventadas por la nueva regulación o han perdido virtualidad jurídica alguna.

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

---

## TEXTO DE LA CONSULTA

### **Consulta N.º 5/1987 cuestiones que plantea la expulsión de extranjeros sujetos a determinados procesos penales.**

I. La Consulta está relacionada con la aplicación de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y especialmente con lo que atañe a su expulsión.

A) Los hechos que se exponen son éstos: La Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma se viene dirigiendo a los distintos Juzgados de Instrucción interesando la expulsión de personas, generalmente procedentes del continente africano, al amparo de los artículos 21 y 26 de la referida Ley Orgánica. Muchas veces se trata de personas sujetas a prisión provisional en procedimientos relativos a tráfico de drogas. La actitud de los Jueces suele ser favorable a la expulsión, y cuando la acuerdan, el propio Juez dicta resolución en tal sentido, incluso en trámite de diligencias previas.

B) Las dudas interpretativas suscitadas en la Fiscalía por los hechos que preceden son las siguientes:

1. ¿Puede el Juez autorizar la expulsión sin haber incoado el procedimiento penal correspondiente de diligencias preparatorias o por delitos menos graves y flagrantes de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre? La solución que se acepta expresa que la Ley de 1 de julio de 1985 se refiere a «encartados en un procedimiento por delitos menos graves», lo cual podría significar que, además de estar el sujeto encartado, es decir, sometido a medidas cautelares, el juez ya ha determinado la competencia para enjuiciar por sí mismo un delito menos grave, y esto sucede sólo si ya se ha incoado el procedimiento de la Ley Orgánica 10/1980, o, eventualmente, el de diligencias preparatorias, ya que las diligencias previas no son sino un procedimiento prospectivo para la práctica de las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el procedimiento aplicable (art. 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), si bien es preciso reconocer que la práctica judicial ha hipertrofiado la significación de tales diligencias previas.

2. En los supuestos de tráfico de drogas -los hechos más frecuentes- cabe preguntarse si debe excluirse de la competencia de los Juzgados el conocimiento y fallo en procedimiento por delitos menos graves, de los delitos por tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, y de las que, sin tener esa naturaleza, tienen asignadas penas de prisión menor por concurrir las otras circunstancias del artículo 344, párrafo segundo. Si se sustraen los mencionados delitos a la competencia de los Juzgados y se estima que es de la Audiencia, no cabría expulsión, salvo, claro está, que el Juez continuara en diligencias previas sin haberse pronunciado aún sobre el procedimiento a seguir. Al contrario, si se entiende que en los numerosos casos de flagrancia sería en todo caso competente para el fallo el Juez de Instrucción con arreglo al artículo 1.2 de la Ley Orgánica 10/1980, la expulsión para estos casos quedaría también abierta.

3. Dado que, en la práctica, el tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud, salvo los supuestos agravados, pueden ser objeto de medidas de expulsión en vía de diligencias previas -incorrectamente, según el parecer de quien formula la Consulta- o del procedimiento oral de la Ley Orgánica 10/1980, nos surge la duda de si la pena tipo de prisión menor y multa es pena igual o superior a prisión menor, ya que esta última es el límite establecido para la expulsión en el artículo 21.2 de la Ley de Extranjería. Por un lado, sería admisible el procedimiento de la Ley Orgánica 10/1980 por flagrancia, al no superar los seis años; pero, de otra parte, no sería delito menor en el sentido que le configura la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, pues resulta evidente que prisión menor y multa no es pena igual o inferior a prisión menor. Por esta vía quedaría excluido siempre el tráfico de sustancias que causan grave daño para la salud del ámbito de la expulsión, ya sea previa o a la sentencia condenatoria.

4. Si el Ministerio Fiscal, atendidas las circunstancias del hecho y del presunto culpable, debe adoptar en principio una posición favorable a la expulsión o la opuesta a la misma, con lo que en este último caso podría celebrarse el juicio sin perjuicio de que proceda la expulsión tras la condena que pueda recaer a modo de medida sustitutiva de la pena impuesta, tal y como permite el artículo 21.2, párrafo segundo, de la Ley de Extranjería.

II. La Consulta, cuya literalidad está recogida en los antecedentes, es concreta y precisa. El análisis de las normas sustantivas y procesales que con su contenido se relacionan nos parece ajustado y acertado sus conclusiones. De ahí el que en buena parte de los puntos tratados tan sólo procedan por parte de la Fiscalía General del Estado algunas matizaciones que servirán para confirmar el criterio interpretativo sustentado.

1. Al primer punto. Es imprescindible, en efecto, la existencia de procedimientos penales típicos en los que la competencia para instruir y fallar corresponda a los Jueces de Instrucción. Formalmente la autorización judicial se condiciona a la apertura de estos procesos. No revisten tal naturaleza las diligencias previas, al ser preliminares de procedimientos propios, pues en cuanto se practiquen <(sin demora)> (art. 789, inciso segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) las dirigidas a determinar el hecho -su naturaleza y circunstancias- los partícipes y «el procedimiento aplicable» (art. 789, inciso primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), el Juez ha de adoptar alguna de estas resoluciones: archivo como tales si no existe delito o autor (art. 789.1), envío al órgano competente (art. 789, 2 y 3), formación de sumarios (art. 789.4) o iniciación de diligencias preparatorias o procedimiento oral (art. 789.5). Es claro que sólo después de estas decisiones puede conocerse cuál es la naturaleza y penalidad que, en principio, presenta el hecho denunciado. Pero es que la Ley de 1 de julio de 1985

dice, además y expresamente (art. 21.2), que la autorización judicial para la expulsión procede «cuando un extranjero se halle encartado en un procedimiento por delitos menos graves». Y estas condiciones es manifiesto que no concurren en las diligencias previas. De una parte, porque no constituyen un procedimiento por delitos menos graves, sino un procedimiento preliminar, tanto a procedimientos por delitos menos graves -en la Ley de 1 de julio de 1985, los conminados con pena igual o inferior a prisión menor- como a procedimientos por delitos graves. Y de otra parte, porque la cualidad de encartado, que también se exige, es más propia de los verdaderos procedimientos -arts. 780, párrafo último; 785, 1, 3, 8 a) y h); 790.3; 795, párrafo tercero, y 796, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal- que de las diligencias previas. En otro de los preceptos de la Ley de 1 de julio de 1985 en que se prevé la eventualidad de una autorización judicial para la expulsión, el artículo 26.3, el presupuesto procesal es que a los extranjeros “se les haya instruido diligencias por la comisión de delitos... y se acordara la libertad provisional” de donde se desprende que ya deben estar determinados el autor presunto y el delito, circunstancias que impiden la permanencia de los actos de investigación de la fase procesal de diligencias previas. La consecuencia de lo expuesto es que si al tiempo de la solicitud de autorización para la expulsión por parte de la autoridad gubernativa, el trámite procesal es el de diligencias previas, el Ministerio Fiscal antes de emitir su informe sobre el fondo deberá instar del Juez la transformación de las previas, pues la Ley de 1 de julio de 1985 quiere que únicamente proceda la expulsión durante la sustanciación de procedimientos por delitos menos graves; y además, actuando de otro modo, esto es, concediendo la autorización en previas, podría acordarse la expulsión por razón de delitos excedentes de prisión menor, con lo que se sustituiría una posible grave pena a imponer por la expulsión y prohibición de entrada en el territorio nacional por tres años (art. 36.1 de la Ley de 1 de julio de 1985).

2. El segundo tema es este: si la autorización para la expulsión de extranjeros implicados en el delito del artículo 344 se extiende al tráfico de las sustancias que causan grave daño a la salud y también al de las que sin tener esta naturaleza resulte aplicable la pena de prisión menor por concurrir cualesquiera de las circunstancias del artículo 344, párrafo segundo, del Código Penal. La solución legal a ambas cuestiones se presenta con claridad.

a) Ya la pena tipo para el tráfico de drogas que causan grave daño a la salud es la de prisión menor y multa conjunta (art. 344, párrafo primero, del Código Penal), excedente tanto de la que corresponde a los delitos dolosos menos graves (los castigados con pena privativa de libertad no superior a seis meses: art. 1.1.1 de la Ley Orgánica 10/1980) como de la prevenida para los delitos flagrantes (los sancionados con pena privativa de libertad cuya duración no exceda de seis años: art. 1.1.2 de la Ley Orgánica 10/1980), competencia atribuida a los Juzgados de Instrucción (artículo 2.1 de la Ley Orgánica 10/1980). No procede, por tanto, para aquellos delitos la autorización en el caso de que se solicitare, pues la Ley de 1 de julio de 1985 prevé la expulsión para los responsables de delitos menos graves (arts. 21.2 y 26.3) y se entienden por tales «los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor» (art. 21.2, párrafo primero).

b) El tráfico de sustancias no gravemente nocivas para la salud sí puede ser abarcado por la autorización del Juez Instructor en dos supuestos: cuando haya de aplicarse tan sólo la penalidad del párrafo primero del artículo 344 (arresto mayor) y cuando la tipicidad se encuadre en el párrafo segundo del artículo 344 si se trata de delitos flagrantes, en los términos establecidos en el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La autorización

judicial para los delitos no flagrantes a los que corresponda pena de prisión menor ha de darla el Tribunal. De ahí el que tanto en el artículo 21.2, párrafo segundo, de la Ley de 1 de julio de 1985 -en donde se sustituye la pena por la expulsión- como en el artículo 26.3 de la misma norma -en donde se sustituye el procedimiento por la expulsión- se hable de acuerdos o autorizaciones del Juez o Tribunal.

3. El punto tercero está vinculado al anterior, esto es, posibilidad de expulsión para los traficantes de sustancias gravemente nocivas para la salud cuando no se trate de cantidades de notoria importancia. Aceptándose que prisión menor constituye la pena privativa de libertad límite que condiciona la expulsión, surge, sin embargo, la duda de si la pena de prisión menor y multa es pena igual o superior a prisión menor. En la Consulta se sostiene que es superior. Y así es, pues aun cuando ninguna conclusión positiva pueda obtenerse de las normas penales que contienen la escala general de penas (art. 27 del Código Penal), y las escalas graduales (art. 73 del Código Penal), es manifiesto que la pena de prisión menor y multa conjunta en los supuestos de insolvencia (art. 91 del Código Penal) tiene una mayor duración que la de prisión menor, y en el caso de solvencia del condenado, objetivamente es también más grave en cuanto formada por la acumulación de dos penas. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en este sentido en la interpretación de dos preceptos distintos. En la comparación de penalidades con la finalidad de aplicar o no el párrafo cuarto del artículo 565 del Código Penal, ha entendido que la pena de prisión menor correspondiente a la imprudencia temeraria es de menor gravedad que la de prisión menor y multa conjunta, bien porque ésta se compone de dos privaciones de derechos, afectante uno a la libertad y otro al patrimonio (sentencias de 22-12-1982, 30-3-1984 y 28-5-1985), o bien porque la punibilidad de la pena pecuniaria, dada la insolvencia del reo, se convierte en arresto sustitutorio, acrecentándose de este modo la pena de privación de libertad (sentencia de 25 de noviembre de 1976). En la misma línea jurisdiccional señalada, entre otras, las sentencias de 30-10-1956, 7-10-1959, 28-4-1971 y 19-9-1975. Y a efectos de aplicar la agravante de reiteración, en la modalidad de delito antecedente al que la Ley señala mayor pena, se ha establecido que la pena de prisión menor y multa es más grave que la de prisión menor (sentencias de 10-6-1958, 11-2-1959, 18-5-1961, 30-1-1967, 12-2-1968, 23-4-1971, 6-11-1972 y 6-5-1975).

4. El último de los puntos sometido a Consulta, el relativo a la actitud que deba adoptar el Ministerio Fiscal en el trámite de audiencia previa a la concesión de autorizaciones para la expulsión, requiere un análisis más detallado de los preceptos de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio. Los extranjeros pueden ser expulsados de España por resolución del Director de la Seguridad del Estado cuando incurran en alguna de las causas expresamente establecidas (art. 26). Ahora bien, esta modalidad de la potestad sancionadora de la Administración tiene el límite que representa la necesidad de obtener autorización judicial si el extranjero se hallare sujeto a determinados procesos penales. Y, a su vez, un acto anterior e ineliminable de la autorización es la audiencia del Ministerio Fiscal.

a) Existen en la tan citada Ley de 1 de julio de 1985 dos preceptos que prevén expresa o implícitamente los requisitos de la autorización judicial y el informe del Ministerio Fiscal. En ellos la autorización se emite durante la tramitación de procedimientos penales, por lo que si es conforme con la propuesta gubernativa de expulsión, ésta se convierte en medida sustitutiva del procedimiento penal, que así concluye o al menos queda en estado de suspensión con su archivo. El primer supuesto en que es necesaria la autorización ' tiene lugar cuando la

apertura del proceso penal es anterior a la iniciación, por parte de la autoridad gubernativa, del expediente de expulsión por cualquiera de las causas que enumera el artículo 26 de la Ley; y dispone, al efecto, el artículo 21.2, que cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su expulsión. El segundo caso de expulsión, previa autorización judicial, se produce cuando al tiempo de incoarse el procedimiento penal el expediente gubernativo se hallaba ya en trámite. Se refiere a él el artículo 26.3 de la Ley, expresando que en los supuestos de extranjeros sometidos a expedientes de expulsión -en trámite de instrucción o de ejecución- a los cuales se hayan instruido diligencias por delitos cometidos con posterioridad a la incoación de dichos expedientes, si se hubiere acordado la libertad provisional, el Juez o Tribunal podrá autorizar la expulsión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley. Así, la autorización es una facultad del Juez («podrá autorizar», dice la Ley) cuya estructura se completa con la «previa audiencia del Fiscal». El artículo 21.2 lo establece de modo explícito, y en la hipótesis del artículo 26.3 esa intervención del Ministerio Fiscal está implícita, porque a su tenor se podrá autorizar la expulsión «de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2 de esta Ley». Ahora bien, la Consulta se pregunta si es o no conveniente que el Ministerio Fiscal adopte una posición favorable a la expulsión cuando se está tramitando el proceso penal. Entendemos que aun cuando la facultad de confirmar o no la expulsión propuesta se subordina a que ésta sea ejecución de una decisión adoptada de conformidad con la Ley, la actividad valorativa del Ministerio Fiscal no tiene por qué ser siempre la misma, porque los datos a ponderar serán distintos según cuál haya sido la causa tenida en cuenta por la autoridad gubernativa para proponer la expulsión. En general, para la tramitación de los expedientes de expulsión del artículo 29.2 de la Ley remite a la Ley de Procedimiento Administrativo, representando esta remisión que deberá observarse lo dispuesto en el Título VI de esta norma, cuyo capítulo 11 (arts. 133-137) regula como procedimiento especial el sancionador (carácter que tiene el que aquí se examina conforme a la disposición adicional primera del Real Decreto 1.119/1986, de 26 de mayo), con aplicación del artículo 91, que establece la audiencia del interesado, que, por lo demás, se reconoce también en el artículo 29.2 de la Ley de Extranjería, ya que a su tenor las resoluciones gubernativas adoptadas en relación a los extranjeros habrán de dictarse y notificarse de acuerdo con los requisitos exigidos por la Ley de Procedimiento Administrativo, y en cualquier caso con audiencia del interesado. Aparte la expulsión automática del artículo 36.2 de la Ley, los procedimientos de expulsión han de basarse en alguna de las causas comprendidas en el artículo 26. Las referidas en los apartados a), d) y e), al estar mejor perfiladas en su estructura, el supuesto de hecho puede constatarse más fácilmente, por lo que la potestad de la Administración aparecerá ante ellas virtualmente reglada. En la construcción de las causas contenidas en los párrafos b), c) y f), al estar más indefinidas, puede jugar la discrecionalidad resolutoria de la Administración. El Ministerio Fiscal, como dice el artículo 26.3, para la autorización de la expulsión, atenderá «a las circunstancias del caso», cualquiera que sea la causa alegada para fundamentar la expulsión, y en tanto de la propuesta de la autoridad gubernativa no se extraigan hechos válidamente constatables y claramente subsumibles en una causa legal, su dictamen debe ser contrario a la expulsión. Pero ante las causas b), c) y f), del artículo 26, en las que se manejan nociones abstractas e indeterminadas necesitadas de un control jurídico, el Ministerio Fiscal deberá analizar aún con mayor meticulosidad los hechos determinantes de la propuesta, pues no será infrecuente que hayan sido extraídos de simples informes policiales. Como la petición de autorización judicial para la expulsión sólo procede cuando sea firme la propuesta que la acuerde, y la interposición de recursos sí puede suspender ya

la ejecución del acto impugnado (sentencia del Tribunal Constitucional 11511987, de 7 de julio), otro dato a ponderar por el Ministerio Fiscal al emitir su informe es si han mediado recursos, pues si se ha hecho uso de ellos, sean sólo administrativos o también jurisdiccionales (arts. 34 y 35 de la Ley) y permanece la propuesta de expulsión, ello será índice de que la causa era justificada.

b) Los casos precedentemente estudiados (arts. 21.2 y 26.3) significan que puede dejarse de juzgar al delincuente extranjero sometido a expediente de expulsión si ésta se autoriza por el Juzgado o Tribunal. Pero hay otro, distinto, en el cual se deja de ejecutar lo juzgado (art. 21.2, párrafo segundo). Si en aquellos la expulsión es sustitutiva del procedimiento, en éste la expulsión sustituye a la condena, pues dice el precepto últimamente citado que si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueran aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresare a España, la pena que le fuere impuesta. Plantea algunas cuestiones esta especie de pena de extrañamiento con duración mínima de tres años (art. 36.1). En primer lugar, si se trata de un acto autónomo del Juez o Tribunal que haya impuesto la pena por delito menos grave, o si tal medida sustitutiva está subordinada a que haya precedido expediente sancionador en el que se solicitare la autorización judicial para la expulsión. Ambas situaciones son posibles. Que es una decisión privativa del juzgador se obtiene de la frase del artículo 21.2, párrafo segundo, que dice: «El Juez o Tribunal podrán acordar... su expulsión », y del artículo 21.3 cuando afirma que «para la efectividad de lo dispuesto en los párrafos anteriores, las autoridades judiciales comunicarán las... expulsiones que acordasen a los Servicios competentes del Ministerio del Interior». Pero también la expulsión judicial una vez recaída sentencia firme puede significar una rectificación de la negativa a conceder la autorización solicitada en fase procesal anterior. Pero en uno y otro caso la expulsión es judicial, no gubernativa. En segundo término, si debe ser oído el Ministerio Fiscal antes de acordarse la expulsión. Aunque el artículo 21.2, párrafo segundo, sólo dice que se acordará la expulsión «previa audiencia» del extranjero, la respuesta ha de ser afirmativa por varios argumentos. Si debe ser oído antes de pronunciarse el Juez sobre la autorización para la expulsión gubernativa, con mayor razón deberá serlo antes de la expulsión por vía judicial. Porque las decisiones de expulsión pueden comportar una gravedad desproporcionada con la pena correspondiente al delito menos grave. Una medida como ésta, que afecta a la ejecución de condenas impuestas, no podrá acordarse -aunque la Ley no lo diga- sin previa audiencia del Ministerio Fiscal, una de cuyas funciones es velar por el cumplimiento exacto de las resoluciones judiciales que afectan al interés público y social (art. 3.9 del Estatuto del Ministerio Fiscal). A las consideraciones anteriores deberá atenderse el Ministerio Fiscal siempre que deba emitir dictámenes previos a la petición de autorización judicial instada por la autoridad gubernativa en expedientes sobre expulsión de extranjeros. Madrid, 18 de noviembre de 1987.

