

## DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

---

### **Consulta 2/1990, de 10 de octubre, sobre expulsión de extranjeros: juez competente para decidirla y fase procesal en que debe acordarse.**

Referencia: FIS-Q-1990-00002

#### I

Lo que se cuestiona en esta Consulta fue resuelto ya por la Fiscalía General del Estado en Consulta 5/1987, de 18 de noviembre, relativa a «Cuestiones que plantea la expulsión de extranjeros sujetos a determinados procesos penales», ponderando la legislación procesal entonces en vigor. Precisamente la que ahora se formula tiene su causa en que la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, ha modificado los presupuestos orgánicos y procesales de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, que fueron los tenidos en cuenta para interpretar los artículos 21.2.º y 26 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

En particular, la Consulta se desenvuelve en los siguientes términos: El artículo 21 de la Ley Orgánica 7/1985, establece que cuando el extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su expulsión si está incurrido en alguno de los supuestos del artículo 26.1.º La Fiscalía General del Estado, en la Consulta 5/1987, sostenía que el artículo 21.2.º sólo podía aplicarse una vez que estuviera incoado el procedimiento correspondiente, no siendo admisible su aplicación en fase de diligencias previas, dado el carácter de preliminares de procedimientos propios que aquéllas tenían en la regulación entonces vigente. Ahora bien, en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, que introdujo el procedimiento abreviado -cuya instrucción corresponde a los Jueces de Instrucción, en tanto que el fallo compete a los Juzgados de lo Penal o a las Audiencias Provinciales-, siempre bajo la forma de diligencias previas, ya sólo se plantea la aplicabilidad del artículo 21.2.º en supuestos cuyo fallo corresponde a los Juzgados de lo Penal, únicos competentes para conocer de los delitos castigados con penas menos graves.

#### II

Lo anteriormente expuesto suscita estas cuestiones:

La primera se refiere a la determinación del Juez competente para autorizar la expulsión: si será el Juez de Instrucción o el Juez de lo Penal a quien se atribuye el fallo.

La segunda se contrae a precisar la fase del procedimiento en que el Ministerio Fiscal ha de emitir el informe al que se alude en el artículo 21.2.º: si es imprescindible que exista ya el escrito de acusación fijando la competencia, o, por el contrario, si interesado el informe en cualquier fase anterior del procedimiento puede el Fiscal emitirlo siempre que se trate de un delito castigado con pena menos grave, cuya competencia para el fallo corresponde al Juez de lo Penal.

Estas dos cuestiones son resueltas valorando las razones expuestas en la Consulta de esta Fiscalía General 5/1987, expresándose al efecto: la expulsión previa al enjuiciamiento entraña la sustitución de la sanción penal que pudiera imponerse por una medida administrativa autorizada por el Juez, para ello si en la legislación anterior estaba legitimado el Juez que

instruía y fallaba, en la actualidad sólo puede autorizarse la expulsión cuando medie escrito de acusación y por el Juez de lo Penal que ostenta la facultad de juzgar, pues no en vano en la Consulta de la Fiscalía General del Estado se aconsejaba que el Fiscal antes de emitir el informe solicitara la transformación de las diligencias previas en procedimiento oral, entre otros motivos, para que quedara determinada la pena que pudiera imponerse.

### III

El Juez puede autorizar la expulsión de extranjeros siempre que se hallen en alguno de los supuestos del artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio. La expulsión procede, y así está previsto legalmente, en dos momentos procesales distintos: antes de dictarse sentencia y después de que la sentencia haya lo el carácter de firme. En ambos es casos es preceptiva la audiencia previa del Ministerio Fiscal.

- La expulsión antes de dictarse sentencia se regula en el artículo 21.2, párrafo primero, de la Ley orgánica 7/1985, de 1 de julio. El extranjero, según expresión de tal norma, ha de hallarse encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con penas igual o inferior a prisión menor.

Por el tiempo en que se produce, esta expulsión es sustitutiva del procedimiento y de las medidas acordadas en él, ya que firme la expulsión procederá el archivo de las actuaciones. Es claro que en este caso la función jurisdiccional de juzgar se elimina.

- La expulsión, después de que la sentencia condenatoria por delitos menos graves sea firme, es tratada en el artículo 21.2, párrafo segundo, de la Ley. Aquí la expulsión sustituye a la pena, quedando sin efecto parcialmente la función jurisdiccional de ejecutar lo juzgado, pues han de asegurarse las responsabilidades civiles. Se condiciona, además, la inexecución de la pena al que tras la expulsión no regrese a España antes de tres años (art. 36.1 de la Ley).

### IV

Las precedentes consideraciones son precisas para fundamentar la solución a las cuestiones que plantea y resuelve con acierto la Consulta.

El Juez legitimado para autorizar la expulsión, después que la sentencia sea firme, es el Juez de lo Penal, a quien está atribuida en exclusiva la competencia para dictar sentencias por delitos menos graves (art. 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) que son, precisamente, los únicos en que está autorizada la expulsión (art. 21.2 de la Ley de 1-7-1985). Como para la fijación de tal competencia se atiende a los delitos (los menos graves, en que la penalidad asignada no excede de seis años), las Audiencias Provinciales no pueden autorizar, en ningún caso, la expulsión por delitos de su competencia, aunque la pena impuesta por aplicación de circunstancias, grados de ejecución o participación, sea prisión menor o arresto mayor.

Es necesario hacer algunas precisiones sobre cuál es el Juez que ha de decidir sobre la expulsión si ésta es solicitada antes de que el proceso penal haya concluido por sentencia. En particular, si el competente lo será el Juez a quien se atribuye la instrucción o el Juez a quien legalmente está asignado el enjuiciamiento y fallo. Hay que destacar que el término aquí empleado, de expulsión anterior a la sentencia, procesalmente es de tracto continuado, pues comprende toda la actividad que pueda desarrollarse desde la iniciación del proceso hasta después de la apertura del juicio y escritos de acusación y defensa. Ello justifica el planteamiento de la doble cuestión objeto de la Consulta; una es el momento procesal en que el Ministerio Fiscal deberá emitir el preceptivo informe previo a la resolución judicial que haya de autorizar o denegar la expulsión, y otra, el órgano jurisdiccional competente para resolver sobre la expulsión solicitada por la autoridad gubernativa. Se sostiene, con acierto, en la Consulta que es consustancial al dictamen la existencia de un escrito de acusación. Antes de esta fase procesal es improcedente, entre otras razones, porque no se contará con elementos suficientes para motivarlo adecuadamente como exige la jurisprudencia constitucional más reciente. No deberá emitirse, por tanto, cuando se hallen en tramitación las diligencias previas del procedimiento abreviado. Esto es así, de una parte, porque uno de sus fines (art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) es determinar «el órgano competente para el enjuiciamiento,

o, lo que es igual, si la celebración del juicio corresponde al Juez de lo Penal o a la Audiencia Provincial, y, de otra parte, porque la práctica de diligencias previas no son esenciales al procedimiento abreviado -como lo eran, sin embargo, las diligencias previas a los procedimientos de urgencia-, ya que proceden «sólo en el caso de que las diligencias practicadas en el atestado no sean suficientes para formular acusación» (art. 789.3, inciso inicial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y, por último, porque sólo tras el escrito de acusación se conocerá exactamente la competencia y el tipo delictivo, pues aquél comprenderá, además de la solicitud de apertura del juicio oral, el órgano que se estime competente y el delito imputado (art. 790.5 de la LECrim.).

En definitiva, sin escrito de acusación, previo o coetáneo, es inimaginable un dictamen del Ministerio Fiscal sobre la procedencia o no de la expulsión. Esta afirmación, obviamente, condiciona la solución de los dos puntos planteados en la Consulta. En efecto, al ser posible un informe del Ministerio Fiscal contemporáneo al escrito de acusación, significa que el Juez competente para decidir sobre la autorización de expulsión de los extranjeros, es el Juez de Instrucción, pues ante este órgano se formulan los escritos de acusación (artículo 790.1 de la LECrim.). Y si la autorización para la expulsión es solicitada en un trámite posterior, cuando tanto el Ministerio Fiscal como la defensa hayan emitido sus correspondientes escritos de calificación, dado que el Juez de Instrucción habrá remitido las actuaciones al Juez de lo Penal (artículo 791.5 de la LECrim.), será éste el órgano competente para resolver sobre la expulsión.

De cuanto antecede se extraen las siguientes conclusiones resolutorias de la Consulta:

1.<sup>a</sup> Si se solicitase la autorización judicial para la expulsión de extranjeros una vez que la sentencia haya adquirido la cualidad de firme, el único Juez competente para decidir será el de lo Penal.

2.<sup>a</sup> Si al tiempo de interesarse por la autoridad gubernativa autorización judicial para la expulsión no se hubiere dictado aún sentencia, es preciso distinguir dos momentos que condicionan la competencia:

a) si mediando escrito de acusación del Ministerio Fiscal las actuaciones no se han remitido aún al Juez de lo Penal, es competente para resolver el órgano jurisdiccional al que corresponde la instrucción, el Juez de Instrucción;

b) si las actuaciones se encontraren a disposición del órgano competente para el enjuiciamiento de, éste, el Juez de lo Penal, es el único legitimado para decidir.

3.<sup>a</sup> Consecuencia de lo anterior, la actitud del Ministerio Fiscal ante la actitud de dictámenes será:

a) En ningún caso los emitirá estando pendiente la tramitación de diligencias previas, mas para no entorpecer la política criminal en materia de extranjeros procurará que se acelere la investigación a fin de poder formular escrito de acusación en el plazo más breve posible;

b) Podrá informar sobre la expulsión al tiempo de presentar escrito de acusación ante el Juez de Instrucción y ante el Juez de lo Penal, cuando las actuaciones obren en su poder, ya sea antes o después de dictar sentencia.