

## La renuncia penal en favor de la expulsión administrativa. Análisis empírico de la aplicación del art. 57.7 de la Ley de Extranjería<sup>1</sup>

María Contreras Román<sup>2</sup>

*Observatorio Criminológico del Sistema Penal ante la Inmigración (OCSPI)  
Instituto de Criminología, Universidad de Málaga*

### Resumen

La posibilidad de renunciar al procedimiento penal cuando el sujeto que aparece investigado o imputado es un extranjero con orden administrativa de expulsión pendiente de ejecución está recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 57.7 de la Ley de Extranjería. Pese a la excepcionalidad que representa en nuestro sistema esta fusión entre política migratoria y política criminal, no existe ningún trabajo empírico que haya tratado de profundizar sobre cómo se está llevando a cabo su aplicación, ni tampoco sobre las características de los delitos o el perfil de las personas sobre las que recae. Con intención de llenar ese vacío de conocimiento, se ha procedido al estudio en profundidad de una muestra de expedientes judiciales procedentes de los juzgados de Málaga en los que se solicitó la renuncia penal en favor de la expulsión administrativa. Los resultados revelan un conjunto de disfunciones que hacen cuestionar tanto su eficacia como su legalidad. Se discuten las implicaciones legales y criminológicas.

**Palabras clave:** *política migratoria, política criminal, inmigración, delincuencia, crimmigration*

---

<sup>1</sup> Este trabajo forma parte de mi tesis doctoral “La renuncia al proceso penal como respuesta a la delincuencia de inmigrantes expulsables por vía administrativa” y ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación de excelencia SEJ1489 sobre Delincuencia de Inmigrantes asentados en España, dirigido por el prof. Jose Luis Díez Ripollés, coordinado por la prof. Elisa García España y financiado por la Junta de Andalucía. Ha sido posible gracias a la colaboración del Fiscal delegado de extranjería en Málaga y de la Brigada de Extranjería de esta ciudad. Desde aquí, mi más sincero agradecimiento a todos ellos.

<sup>2</sup> [maria.contreras@uma.es](mailto:maria.contreras@uma.es)

## **Criminal prosecution waiver in favour of administrative deportation. Empirical analysis of the application of the art. 57.7 of the Spanish migration law.**

### **Abstract**

Renouncing to criminal procedure when the offender is a foreigner with an administrative deportation order pending of execution is provided in Spanish Immigration Law (art. 57.7). Despite the exceptional nature of this convergence of immigration and criminal policy, there is no empirical work about how its application is being carried out, or the characteristics of the crimes and the profile of the people it affects. In order to fill this gap of knowledge we present a qualitative research carried out with judicial files of Malaga Courts. The results reveal a set of dysfunctions that raise questions about its legality and its effectiveness. Legal and criminological questions are discussed.

**Keywords:** *immigration policy, criminal policy, immigration, crime, crimmigration*

### **1. La renuncia al procedimiento penal en el caso de inmigrantes administrativamente expulsables en el ordenamiento jurídico español**

La posibilidad de renunciar al procedimiento penal cuando el sujeto que aparece investigado o imputado es un extranjero con orden administrativa de expulsión pendiente de ejecución está recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 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 (LOEX, en adelante).

En concreto, el art. 57 – dedicado a la regulación de la expulsión del territorio – establece en su apartado 7 que “cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación”.

Esta posibilidad de renunciar al enjuiciamiento de delitos cuando el sujeto que aparece procesado es un extranjero administrativamente expulsable fue introducida en el ordenamiento jurídico español con el art. 21.2 la Ley de Extranjería de 1985. Ya entonces, la doctrina advirtió de que esta previsión normativa suponía una innovación legal de decaimiento del *ius puniendi* estatal y una aislada introducción en nuestro proceso del principio de oportunidad, contrapuesto al principio de legalidad o principio de obligatoriedad en la persecución del delito que establece el art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim, en adelante).

Así, si bien es cierto que el principio de legalidad no obliga al fiscal a ejercitar las acciones penales en todos los casos, sino “las acciones penales que considere procedentes”, la doctrina entiende que para que el principio de oportunidad pueda manifestarse en el seno del proceso penal español debe respetar dos requisitos clave: a) debe estar determinado por la legislación, pudiendo aplicarse únicamente si se cumplen los presupuestos previstos por la norma (de ahí que se hable del ejercicio de la oportunidad “reglada”) y b) deben concurrir otros intereses constitucionales distintos al principio de legalidad que aconsejen ese no ejercicio de la acción penal (Gimeno Sendra, 2016; Vecina Cifuentes & Vicente Ballesteros, 2018).

Respecto al primer requisito, la doctrina criticó desde el principio que la renuncia penal en favor de la expulsión administrativa de extranjeros apareciera únicamente regulada en la ley de extranjería, entendiéndose que debería recogerse en una norma procesal penal. Y respecto del segundo requisito, se advirtió de que la renuncia penal tenía poco encaje legal si se hacía por el mero interés estatal en expulsar al extranjero “no deseado” sin que concurrieran causas de justicia material (Pérez-Pérez, 1994).

Tres son los fundamentos principales a los que el Ministerio Fiscal se ha venido refiriendo en los últimos 25 años para justificar el interés general en la renuncia del procedimiento penal cuando el sujeto imputado es un extranjero pendiente de expulsión administrativa. El primero, recogido en su Circular 1/1994, se refirió a la prevención de conductas por parte de extranjeros que pudieran buscar en la pequeña delincuencia un obstáculo para no poder ser expulsados. El segundo, recogido en su Instrucción 4/2001, se refirió a la sorpresa y desasosiego que genera en la ciudadanía la imposibilidad de impulsar a extranjeros que, además de estar en situación irregular, aparecen investigados por la comisión de un delito. Y el último, recogido en su Circular 2/2006, cuyas directrices siguen vigentes en la actualidad, se refiere a la capacidad del art. 57.7 LOEX de servir como instrumento idóneo para congeniar los intereses que al Estado le corresponde legítimamente diseñar en materia de extranjería y en materia de política criminal, estableciendo para ello un conjunto de circunstancias excepcionales que pueden justificar optar por la continuación penal en lugar de por la renuncia al *ius puniendi*.

Acosta Gallo (2016) reflexiona sobre quién debe dar contenido al concepto de interés público o interés general como principio inspirador de las políticas públicas y plantea una cuestión esencial referente a si el interés general es un concepto político o jurídico. Si es un concepto político, su contenido será puramente táctico y variable, pues la consideración sobre lo que queda incluido en el interés general corresponderá en el mejor de los casos al programa político del partido y, en el peor, a la consideración puntual del gestor en el caso concreto. Por el contrario, si el interés general es un concepto jurídico, sus líneas principales derivarán del ordenamiento legal y de la dogmática jurídica.

En el caso del art. 57.7 LOEX la única fuente en las que es posible encontrar alguna referencia a los fundamentos que justifican la razón de ser de esta renuncia penal de delitos cometidos por extranjeros pendientes de expulsión – ese interés general o interés público – es el Ministerio Fiscal, institución independiente e integrada en el poder judicial, con autonomía funcional, cuya función es promover e impulsar la acción de la justicia, asegurar la legalidad e imparcialidad del funcionamiento de la justicia y la protección de los derechos de algunos colectivos vulnerables. Es una institución única para todo el país y actúa conforme a los principios de unidad de acción, jerarquía e imparcialidad. Ahora bien, está encabezada por el Fiscal General del Estado, cuyo nombramiento propone el Gobierno y cuya idoneidad es supervisada por el Congreso de los Diputados, lo que inevitablemente nos lleva a cuestionar su “imparcialidad ideológica”.

Por otra parte, entendemos que resulta exigible que los presupuestos sobre los que se sustente ese interés general y las medidas que institucionalmente se articulen en torno a él estén basados en el conocimiento científico de la realidad social sobre la que se actúa (Díez Ripollés, 2003). Por ello, si la renuncia penal del art. 57.7 LOEX pretende servir como medida disuasoria de la potencial delincuencia del colectivo de inmigrantes en situación irregular o como medida tranquilizadora de una supuesta ciudadanía desasosegada, el legislador debiera previamente asegurarse de que existen evidencias empíricas que sustentan sus premisas y que avalan la eficacia de las medidas que diseña.

## 2. La renuncia al procedimiento penal en el marco del fenómeno de la *crimmigration*

Más recientemente el estudio de la renuncia al procedimiento penal de extranjeros administrativamente expulsables se ha situado en el marco del fenómeno de la *Crimmigration*, concepto popularizado por Stumpf (2006) para referirse al papel que el derecho penal está desempeñando actualmente como un instrumento más de la política migratoria para coadyuvar a la contención de la inmigración irregular y, especialmente, de los inmigrantes considerados peligrosos o indeseables.

Dicho estudio parte del análisis de los discursos políticos que insisten en la amenaza a la seguridad nacional que trae consigo la migración irregular y que son amplificadas en los discursos sociales para hacer hincapié en las supuestas amenazas a la cultura nacional y al estado del bienestar. La opinión pública y los partidos populistas han identificado al migrante irregular como la causa del desempleo y como un foco de competencia desleal en relación con el trabajador nacional porque está dispuesto a trabajar por salarios más bajos. Esta visión está aderezada por su representación como una presencia que sobreexplota los servicios sociales del estado de bienestar, como la sanidad pública, o que acapara aquellas prestaciones sociales que son escasas. Por otro lado, también es recurrente el debate acerca de la proporción de servicios que reciben por parte del estado en relación con los impuestos que pagan. Como se ha apuntado por la literatura, todos estos discursos, habitualmente basados en estereotipos sin sostén empírico, obtienen legitimidad de forma indirecta mediante la categorización de la presencia del migrante no autorizado desde el ámbito político-legal como irregular, pues refuerza la tesis de que su presencia no es bienvenida y sirve para justificar respuestas institucionales excepcionales para los extranjeros no deseados (González Cámara, 2011, Naranjo Giraldo: 2016; García-España, 2018).

Las manifestaciones en las que se produce esa intersección entre derecho penal y derecho administrativo en España han sido ampliamente analizadas por diversos autores. García-España (2001, 2017, 2018) ha tratado de identificar el conjunto de esas manifestaciones, definiéndolas como teselas de un mosaico de exclusión. Monclús Mansó (2008) ha puesto el foco de atención en la gestión penal de la inmigración y en el recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios. Rodríguez Yagüe (2012) se ha centrado en el estudio del modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes. Martínez Escamilla (2009, 2015) ha profundizado en el estudio de la detención, el internamiento y la expulsión administrativa de personas extranjeras poniendo el foco de atención en los derechos humanos. Fernández Bessa y Brandáriz García (2016) se han centrado en el análisis de las expulsiones y el creciente gerencialismo de las políticas de deportación. Larrauri (2016), por su parte, ha estudiado cómo los antecedentes penales se configuran en un obstáculo para la reinserción social y laboral del colectivo de inmigrantes que han cumplido su condena.

Considerándolos a todos en su conjunto, es posible identificar cinco principales manifestaciones de la *Criminación* en España: 1) el uso de técnicas penales como la privación de libertad para dar contenido a las medidas cautelares del procedimiento administrativo sancionador; 2) la criminalización de conductas vinculadas con la inmigración, como ocurre con la persecución penal de los manteros o la criminalización de asistencia humanitaria a refugiados y migrantes en situación irregular; 3) la sustitución de la condena penal por la expulsión; 4) la vinculación de los antecedentes penales con

una causa administrativa de expulsión; y 5) la renuncia al procedimiento penal en favor de la expulsión administrativa.

A la hora de clasificar dichas manifestaciones de la *Crimmigration* en España, García-España (2018) utiliza dos categorías: las medidas administrativas que adoptan técnicas e instrumentos del derecho penal – como pasa con el uso de los CIE para garantizar la expulsión – y las medidas penales que adoptan finalidades del derecho administrativo y que antepone los objetivos de la política migratoria (el control del inmigrante no deseado) a los objetivos propios del derecho penal.

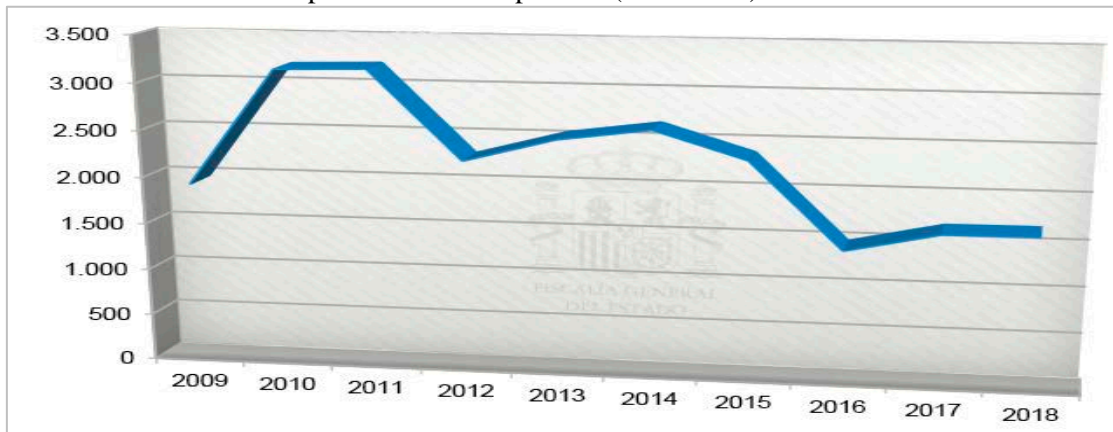
En mi opinión, resulta clarificador realizar, respecto de estas segundas, una subclasificación en función del papel que juega el derecho penal. Así, podemos diferenciar entre aquellas que usan el derecho penal para los mismos fines que la política migratoria (*técnicas “crimigradoras” penalmente activas*) y aquellas que renuncian al uso del derecho penal para no obstaculizar los fines de la política migratoria (*técnicas “crimmigradoras” penalmente pasivas*).

La renuncia al procedimiento penal prevista en el art. 57.7 LOEX para los supuestos en que el sospechoso es un extranjero administrativamente expulsable corresponde claramente a estas segundas, y si bien comparte con las demás una relegación de las necesidades del sujeto extranjero al que se expulsa al privarle de cualquier oportunidad de reinserción social, tiene la particularidad de que puede llegar a producir también un efecto adverso sobre las víctimas, pues al renunciarse al proceso penal pueden verse afectadas sus necesidades de reparación o indemnización, exponiendo a la víctima a una situación de olvido que implica ir a contracorriente de las resoluciones internacionales, comunitarias y nacionales que ponen claramente de manifiesto la necesidad de garantizar la efectiva protección de sus derechos.

Pese a la excepcionalidad de la respuesta penal diseñada en el art. 57.7 LOEX, hasta la fecha, la única fuente de información existente sobre cómo se está llevando a cabo en la práctica está constituida por las memorias anuales de la Fiscalía General del Estado, especialidad Extranjería, en las que se recoge, por un lado, el número de informes favorables a la autorización judicial de la expulsión emitidos por los fiscales y, por otro, se alude a disfunciones que se dan en el práctica referidas al conocimiento exacto del número de informes, a la interpretación de los requisitos normativos y a la coordinación entre actores involucrados. Estas disfunciones fueron especialmente referidas en las memorias de 2010 a 2015, respecto de las que se alude una mejora en los últimos años. De hecho, en la última memoria – correspondiente a los datos de 2018 – se manifiesta el control de la resolución administrativa de expulsión se está llevando a cabo con normalidad conforme a los parámetros establecidos en las Circulares 2/2006 y 5/2011.

Por lo que respecta al número de informes favorables a la autorización judicial que se publica en las memorias anuales, se observa cómo han fluctuado entre los 1930 en 2008 hasta los 1633 en 2018, habiendo tenido su pico más alto en 2011 con 3186 informes.

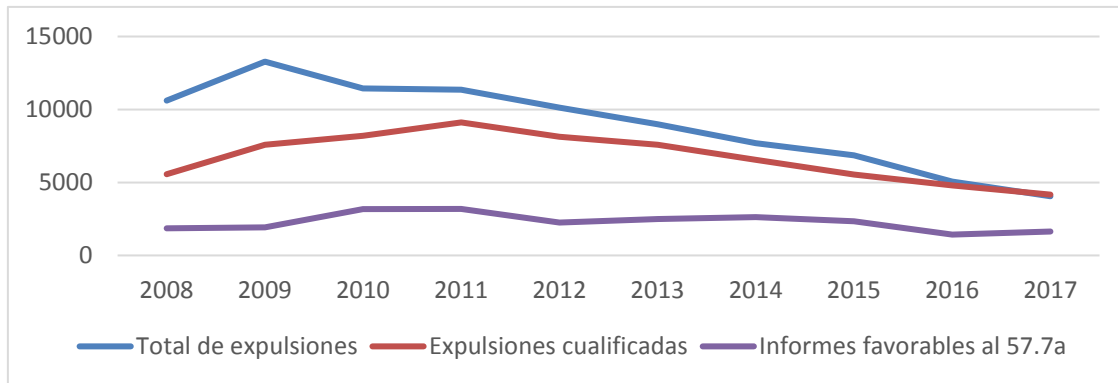
**Gráfico 1.** Evolución anual de los informes favorables a la aplicación del art. 57.7 LOEX emitidos por los fiscales españoles (2009-2018). Total nacional



Fuente: Memoria 2019 de la FGE, especialidad Extranjería

Sin embargo, esta tendencia descendente contrasta, tal como hemos abordado en otro trabajo (Contreras Román, en prensa), con la tendencia resultante al dimensionar la incidencia de los informes favorables al art. 57.7 LOEX respecto del total de expulsiones ejecutadas durante el mismo tiempo. Así, es posible observar cómo han pasado de representar el 17,5% en 2008 al 40,2% en 2017.

**Gráfico 2.** Evolución comparada entre las expulsiones ejecutadas y el número de informes favorables a la renuncia del procedimiento penal (Serie 2008-2017)

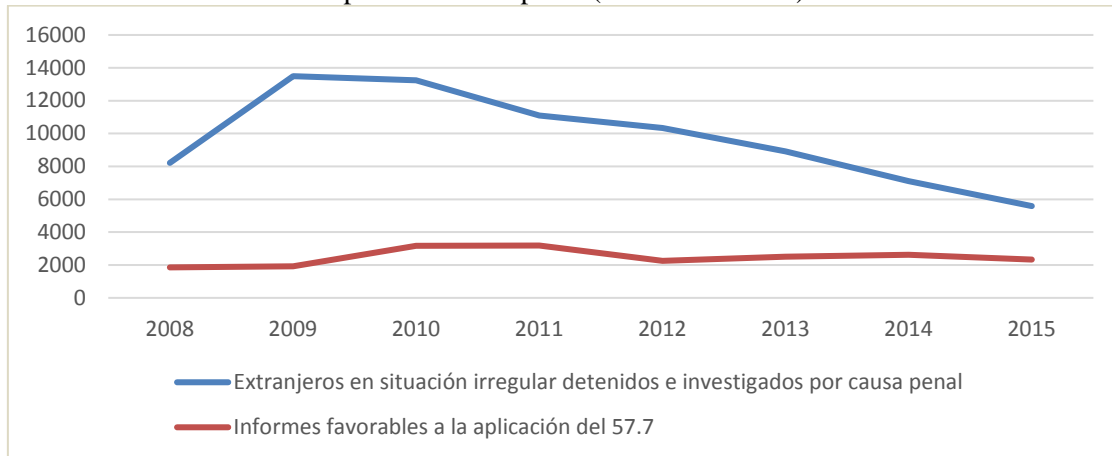


*Fuente: elaboración propia a partir de la combinación de datos sobre expulsiones del Ministerio del Interior y sobre informes favorables a la aplicación del 57.7 emitidos por el Ministerio Fiscal.*

Igualmente contrasta con la tendencia resultante al dimensionar la prevalencia del 57.7 LOEX respecto del universo poblacional sobre el que la renuncia potencialmente puede recaer, esto es, sobre el número de personas extranjeras detenidas o investigadas por causa penal que, además, se encuentran en situación irregular. Observándose que la proporción de informes favorables a la renuncia ha pasado de representar el 22% del total de extranjeros detenidos o investigados por causa penal en 2008 al 42% en 2015.



**Gráfico 3.** Evolución comparada de los extranjeros en situación irregular detenidos o investigados por causa penal y el número de informes favorables a la renuncia del procedimiento penal (Serie 2008-2015)



*Fuente: elaboración propia a partir de los datos proporcionados por el Gabinete de Estudios del Ministerio de Interior y los datos publicados en las memorias de la Fiscalía General del Estado.*

### 3. Objetivos e hipótesis

Más allá de la cuantificación de la renuncia al procedimiento penal, nuestro interés en este trabajo es profundizar en la práctica del entramado de mecanismos que requiere la aplicación del 57.7 LOEX, así como estudiar cuáles son los criterios que jueces y fiscales están haciendo valer en el efectivo ejercicio de su discrecionalidad. Asimismo nos interesa reflexionar sobre cuáles son las consecuencias que tiene la pasividad penal en los casos en los que se autoriza la expulsión.

Para ello, hemos realizado un análisis cualitativo de la aplicación del art. 57.7 LOEX a partir del estudio de una muestra de expedientes judiciales en el que perseguimos los siguientes objetivos:

1. Conocer la naturaleza de los delitos por los que se sigue el procedimiento penal contra el extranjero. Nuestra hipótesis es que se tratará mayoritariamente de delitos castigados con penas no privativas de libertad, o de delitos que no excedan de los 6 años de privación de libertad que es el límite máximo que marca la regulación del art. 57.7 LOEX. No se tratará de delitos de los que específicamente quedan excluidos en la norma (art. 312 o 318 CP).

2. Conocer las características sociodemográficas de los extranjeros y las causas por las que se ha decretado la orden de expulsión para cuya ejecución se solicita la autorización. Nuestra hipótesis es que se tratará de extranjeros que ya se encontraban en situación irregular en el momento de los hechos, sin arraigo en España y con una cierta trayectoria delictiva.
3. Conocer el momento procesal en el que llegan las solicitudes de autorización. Nuestra hipótesis es que sólo se aceptarán aquellas solicitudes que lleguen antes de decretarse la apertura del juicio oral, pues después de este, el sujeto ya no tendrá la categoría de investigado ni de imputado al que se refiere la norma.
4. Conocer las resoluciones judiciales que se adoptan y los criterios que se utilizan para justificarlas. Al respecto cabe puntualizar que mientras en la versión inicial del art. 57.7 en la LOEX de 2000, la renuncia estaba prevista como opcional para el juez (“podrá autorizar” se decía), con la reforma operada en 2003, se limitó la discrecionalidad judicial y la autorización pasó a establecerse como de concesión obligada (“autorizará”) salvo concurrencia de circunstancias excepcionales que, de forma motivada, justifiquen denegar la autorización de la expulsión. Nuestra hipótesis es que se estarán atendiendo las directrices formuladas por el Ministerio Fiscal en su Circular 2/2006 y sintetizadas en la siguiente tabla.

**Tabla 1.** Directrices FGE para la valoración de la autorización del 57.7 LOEX

<b>Intereses de los perjudicados</b>	No cabe autorizar la expulsión en los supuestos en los que siendo el extranjero solvente y concurriendo perjuicios materiales relevantes, la expulsión pueda frustrar las legítimas expectativas de los perjudicados para obtener la reparación.
<b>Intereses probatorios</b>	No cabe autorizar la expulsión cuando la declaración del extranjero resulte relevante para lograr el esclarecimiento de las responsabilidades de otras personas imputadas que deban ser objeto de enjuiciamiento penal
<b>Vulneración non bis in ídem</b>	No cabe autorizar la expulsión cuando sus fundamentos sean los mismos hechos que han dado lugar al procedimiento penal, pues de otra manera se vulneraría el principio del non bis in ídem.
<b>Vía administrativa aún abierta</b>	No cabe autorizar la expulsión cuando el expediente administrativo de expulsión no haya agotado su tramitación y esté todavía abierta la vía para el recurso.

Fuente: *Elaboración propia a partir de la Circular de la Fiscalía General del Estado, 2006.*

5. Conocer si se han materializado las expulsiones autorizadas y qué ha pasado con el procedimiento penal en aquellos casos en que, estando la autorización concedida, no se ha podido materializar la expulsión. Nuestra hipótesis es que la expulsión se podrá materializar en la mayoría de los casos y que en aquellos que no sea posible, se reemprenderá el procedimiento penal que había quedado sobreesido.

6. Conocer el plazo que, una vez recibida la solicitud de autorización por parte de la autoridad gubernativa responsable del expediente de expulsión, se está tardando en dictar la resolución judicial. Nuestra hipótesis es que no se excederán los 3 días que marcó la reforma de la LOEX operada por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, con intención de lograr una coordinación adecuada cuando se produce la tramitación simultánea de los procedimientos administrativo y penal.
7. Y, por último, valorar cuáles son las incidencias que se están produciendo y si se están presentado recursos contra las autorizaciones judiciales de la expulsión. Nuestra hipótesis es que las incidencias girarán principalmente en torno al requisito de la audiencia previa al extranjero y a las partes personadas introducido en el Reglamento de Extranjería de 2011 y que los abogados presentarán recursos por vulneración del principio a la tutela judicial efectiva.

## 4. Método

Para explorar de manera detallada cuáles son las características de los casos en los que se solicita la aplicación del art. 57.7 LOEX se ha procedido al análisis de una muestra de expedientes judiciales de los juzgados de instrucción y de lo penal de la ciudad de Málaga en los que se ha solicitado la autorización judicial para la expulsión administrativa por la vía del 57.7 LOEX.

El análisis de material judicial para analizar la discrecionalidad judicial ya ha sido empleado en otras investigaciones. En el ámbito penológico, por ejemplo, Cid Moliné y Larrauri Pijoan (2002) analizaron la respuesta del aplicador del Derecho en los casos en que la ley le otorga discrecionalidad para imponer o bien una pena privativa de libertad o bien una pena alternativa y para ello analizaron las sentencias dictadas por el los Juzgados de lo Penal de Barcelona. En la misma línea, Antón García y Larrauri Pijoan (2009) realizaron un análisis cuantitativo de las sentencias condenatorias por un delito de maltrato ocasional (153 CP) dictadas por los juzgados de Barcelona, con el objetivo de conocer los supuestos en que los jueces optaban por la pena de prisión o por el uso del trabajo en beneficio a la comunidad. Más recientemente, y en el ámbito específico de la respuesta institucional a los extranjeros en situación administrativa irregular pendientes de expulsión, González Beilfuss et. al. (2018) realizaron un análisis descriptivo de todos los expedientes de internamiento tramitados en la provincia de Barcelona en el año 2015 para profundizar en el conocimiento de la toma de decisiones judiciales. Como explican estos autores, el análisis de material judicial resulta de gran utilidad para el estudio de decisiones que, como el internamiento, se toman en entornos de incertidumbre considerable donde los diversos actores deben actuar en plazos breves y a partir de informaciones incompletas.

## 4.1. La población: los expedientes judiciales en los que se solicitó la aplicación del 57.7 LOEX en la provincia de Málaga durante 2014

Nuestra población – entendida como la totalidad de elementos sobre los que se investiga – está formada por los expedientes judiciales en los que se solicitó la aplicación del art. 57.7 LOEX en la ciudad de Málaga durante el año 2014<sup>3</sup>. De acuerdo con los datos estadísticos que publica la Fiscalía territorial de Málaga (en adelante, FTM) durante ese año se emitieron en la provincia un total de 380 informes favorables a la aplicación del art. 57.7 LOEX.

**Tabla 2.** Informes favorables a la aplicación del 57.7 LOEX en la provincia de Málaga

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Datos Fiscalía Málaga	346	236	380	360	360	216	47
Datos Fiscalía total nacional	2255	2502	2626	2337	1428	1635	1633
Proporción (%)	15,34	9,43	14,47	15,40	25,21	13,21	2,88

Fuente: Fuente: elaboración propia a partir de los datos estadísticos de la Fiscalía territorial de Málaga y de la FGE, especialidad Extranjería.

Esa cantidad representó aquel año el 14,47% del total de informes favorables a la autorización del 57.7 LOEX que se emitieron a nivel nacional. Dato especialmente curioso si tenemos en cuenta que existen 50 fiscalías territoriales (una por provincia) y que todas ellas emitieron una cantidad inferior de informes (por ejemplo, en Madrid se emitieron 209, y dentro de Andalucía, en Sevilla 120, en Cádiz 113, en Córdoba 60, en Granada 35, en Almería 21, en Huelva 19 y en Jaén 18). El hecho de que el partido judicial de la Ciudad Autónoma de Melilla esté integrado en la Fiscalía territorial de esta provincia podría ayudar a entender esos datos, pero sólo en parte.

Nótese que en las memorias y datos estadísticos del Ministerio Fiscal siempre se hace referencia al concepto “informe favorable”, lo que hace pensar que únicamente se están registrando los casos en que los jueces se mostraron a favor de la expulsión. Sin embargo, en este estudio nos interesan tanto los favorables como los que no lo fueron, para poder identificar cuáles son los criterios que están utilizando los operadores jurídicos para tomar la decisión. En cualquier caso, como veremos al analizar los expedientes, las fórmulas

<sup>3</sup> La solicitud de los datos se hizo durante el mes de mayo de 2015, de forma que se solicitó información relativa al 2014 por ser el año inmediatamente anterior.

lingüísticas que utilizan los fiscales para expresar su postura son muchas y variadas en función de diferentes circunstancias, lo que nos hace cuestionarnos a qué tipo de informes se refieren exactamente los datos oficiales bajo el concepto de “informe favorable”.

#### 4.2. La muestra

Para acceder a los expedientes judiciales se utilizó una triple estrategia muestral. En primer lugar, se solicitó al fiscal delegado de extranjería de la fiscalía provincial de Málaga referencia de los casos en que él había tenido que pronunciarse sobre la renuncia al procedimiento penal durante 2014. En entrevista exploratoria mantenida con él antes de iniciar el trabajo de recopilación de datos nos informó de que él tiene asumida la competencia centralizada para elaborar dichos informes, mientras que, en otras fiscalías provinciales, como por ejemplo la de Madrid, la competencia para pronunciarse sobre la cuestión está delegada en los fiscales que conozcan de cada procedimiento. Así, nos proporcionó acceso a una copia de los informes que durante ese año él había elaborado a petición de algún juzgado, en la fase de audiencia previa a la decisión judicial. De ellos, seleccionamos únicamente los expedientes judiciales correspondientes a Málaga ciudad y codificamos el juzgado, el número de procedimiento y su postura sobre la autorización de la expulsión, que como decíamos adopta múltiples fórmulas lingüísticas.

**Tabla 3.** Informes emitidos por el Fiscal delegado de Extranjería sobre la aplicación del 57.7 LOEX durante 2014, según posición adoptada.

A resultas de lo que acontezca	7
Conformidad	54
Dejar sin efecto la resolución	1
Falta auto de expulsión	4
Nada opone	44
No procede	23
Recurso	10
Total	143

*Fuente: Elaboración propia a partir del primer análisis a los informes proporcionados por el Fiscal delegado.*

En segundo lugar, para complementar esos datos, se solicitó al Comisario Jefe de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de Málaga datos de las solicitudes de autorización judicial de una expulsión administrativa practicadas por su Brigada a los juzgados de Málaga durante el año 2014. Nos proporcionaron una base de datos en formato excel con tres columnas: juzgado, número de procedimiento y autorización o denegación de la expulsión, usando una fórmula dicotómica (autoriza / no autoriza) lo

que de nuevo nos lleva a cuestionarnos qué tipo de resoluciones encajan en la fórmula lingüística “Autoriza” utilizada por la Brigada.

**Tabla 4.** Datos sobre autorizaciones de expulsión (57.7) solicitadas por la Brigada de Extranjería y Fronteras de Málaga a juzgados de Málaga ciudad durante 2014.

	Autoriza	No autoriza	Total
Audiencia Provincial	7	3	10
Juzgado de Instrucción	64	8	72
Juzgado Penal	82	13	95
Juzgado de Violencia	16	0	16
Juzgado de Menores	4	0	4
Total	173	24	197

*Fuente: elaboración propia a partir de los datos proporcionados por la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de Málaga.*

De la combinación de ambas fuentes, obtuvimos un total de 304 casos, resultando especialmente llamativo que sólo 36 casos de los casos informados por ambas instituciones coincidieran.

**Tabla 5.** Recuento de casos 57.7. LOEX informados por la Fiscalía de extranjería de Málaga y por la Brigada de Extranjería de Málaga

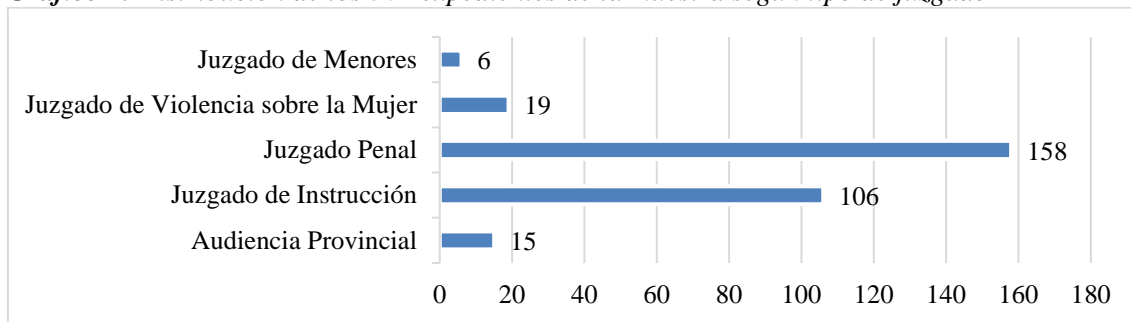
Fuente de la información	Ámbito geográfico		
	Málaga provincia	Málaga capital	
Informes favorables según Memoria FTM	380	No distingue	
Informes emitidos (favorables o no) por el Fiscal de extranjería de Málaga	242	143	
Autorizaciones solicitadas por la Brigada de Extranjería de Málaga	-	197 (36 coincidían con los del Fiscal) 197 - 36 = 161	(n= 304)

*Fuente: elaboración propia*

Creemos que la ausencia de concurrencia entre los expedientes proporcionados por el Fiscal y por la Brigada puede explicarse por dos motivos: 1) Pese a que el fiscal había manifestado que él centralizaba en la ciudad la competencia para emitir informes sobre este asunto, el hecho de que conozca únicamente 36 de los 197 solicitudes realizadas por la Brigada de Extranjería, significa que, o bien hay un fallo en el registro de su

información, o bien, otros fiscales están pronunciándose sobre la autorización del art. 57.7 LOEX sin trasladarle a él la información. Y 2) el hecho de que de la Brigada de Málaga sólo conociera 36 de los 143 casos informados por la Fiscalía significa que, o bien hay un fallo en el registro de su información, o bien, las Brigadas de Extranjería de otras provincias están enviando un número considerable de solicitudes de autorización al Fiscal de Málaga por procedimientos penales que se tramitan en su jurisdicción.

**Gráfico 4.** Distribución de los 304 expedientes de la muestra según tipo de juzgado



Fuente: elaboración propia

Finalmente, para facilitar el acceso a los expedientes judiciales se optó por descartar los expedientes de los juzgados de menores, de los juzgados de violencia sobre la mujer y de la audiencia provincial. Pese al enorme valor analítico que nos habría podido ofrecer conocer en profundidad esos casos, optamos por quedarnos únicamente con los expedientes de juzgados de instrucción y de juzgados de lo penal, por ser cuantitativamente más numerosos.

Por último, en tercer lugar, para acceder a la muestra definitiva de expedientes a analizar preparamos un listado con los 264 expedientes judiciales seleccionados, clasificándolos según juzgado de pertenencia, y solicitamos autorización al juez decano de Málaga para pedir directamente a cada juzgado acceso a los mismos. Conseguida la implicación de los diferentes juzgados, la muestra definitiva se fue conformando sobre la marcha, en el sentido de que fuimos analizando los expedientes a medida que los juzgados nos iban facilitando el acceso a ellos, aunque buscando intencionalmente la representación de los diferentes juzgados. Realizamos un muestreo por saturación de datos y al llegar a los 63 expedientes judiciales analizados consideramos que ya no estábamos obteniendo nueva información relevante y que disponíamos de los elementos necesarios para analizar de forma comprensiva y convincente la forma en que se estaba llevando a cabo la aplicación del art. 57.7 LOEX, por lo que dimos por cerrada la recogida

de datos. Finalmente, analizamos 27 expedientes judiciales procedentes de 10 juzgados de instrucción y 36 expedientes procedentes de 8 juzgados de lo penal (n=63).

#### 4.4. *La técnica de recogida de información*

Con el objetivo de transformar la información contenida en los expedientes judiciales en datos analizables de manera sistemática, se construyó una base de datos específica formada por tres bloques:

1. Datos procesales: que incluye información sobre el delito, la pena aplicable, la práctica de actos de investigación o prueba y la adopción de medidas cautelares.
2. Datos sobre la persona extranjera: que incluye información sobre sus características socio-demográficas, su situación administrativa, su arraigo en España y su trayectoria delictiva
3. Datos sobre la aplicación del art. 57.7 LOEX: que incluye información sobre el momento procesal en el que se recibe la solicitud de renuncia, si hubo audiencia al fiscal, al extranjero y a la víctima, el tiempo que tardó en resolverse, la decisión adoptada y los criterios empleados. Así como también información sobre la efectiva ejecución de las expulsiones judicialmente autorizadas, o sobre la continuación del procedimiento penal cuando no pudieron materializarse.

La base de datos creada se puso a prueba con el análisis de los primeros expedientes durante el mes de enero de 2016, identificándose la necesidad de pequeños ajustes. Con la base de datos ultimada, el trabajo de campo se extendió durante los meses de febrero a mayo de 2016<sup>4</sup>.

El análisis de los datos se ha demorado algún tiempo, no siendo hasta el momento presente que hemos estado en disposición de presentar los resultados obtenidos, lo que supone una limitación del estudio porque es posible que se hayan identificado características de los expedientes y de las resoluciones que en estos años han podido ir modificándose. No obstante, creemos el valor del conocimiento que nos proporciona el análisis realizado sigue siendo alto.

Al realizar el análisis de los expedientes judiciales tratamos de encontrar información relativa a cada una de las variables recogidas en nuestra base de datos. Algunas variables pudieron ser respondidas con fechas, datos numéricos o categorías de respuesta previamente diseñadas. Otras requirieron una respuesta descriptiva que ha sido analizada

---

<sup>4</sup> Mostramos nuestro sincero agradecimiento al personal de todos los juzgados que amablemente colaboraron con el propósito de la investigación, dedicando su tiempo a localizar los expedientes, muchos ya en el depósito judicial, y a resolver nuestras dudas y preguntas.



cualitativamente y posteriormente transformada en variables categóricas para sistematizar los hallazgos encontrados.

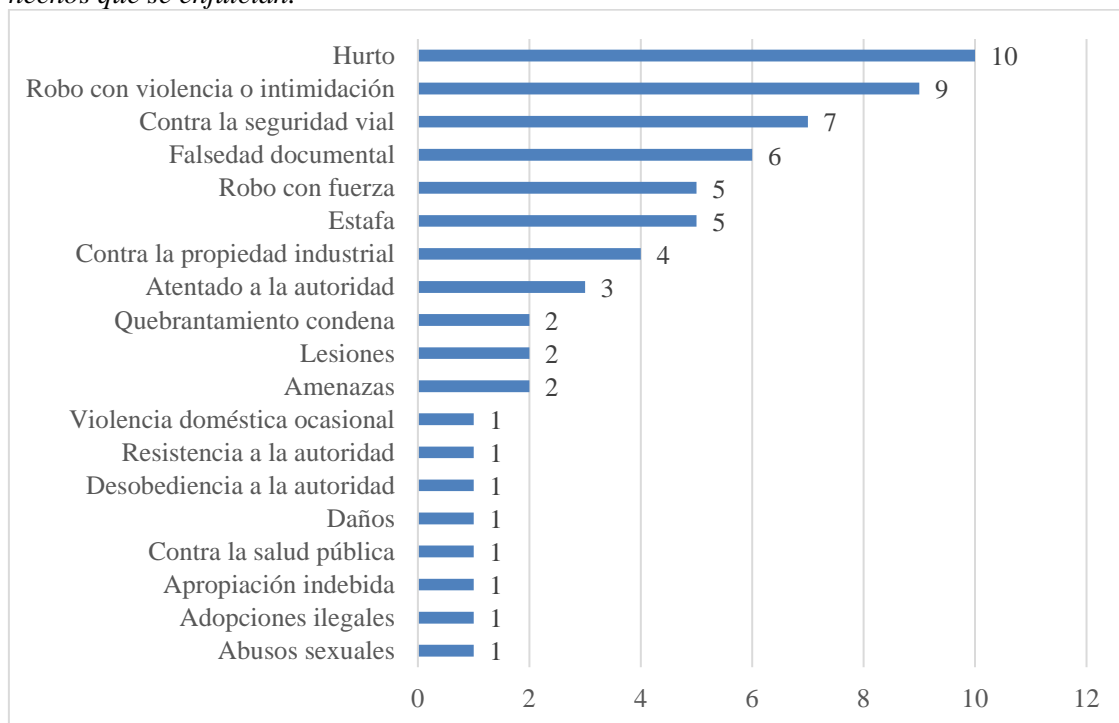
## 5. Resultados del análisis de los expedientes

Pasamos a continuación a describir los principales resultados obtenidos, clasificándolo en las categorías que se vinculan con los elementos normativos y los criterios interpretativos especificados en los objetivos.

### 5.1 Naturaleza y gravedad del delito

Los delitos por los que se siguen los procedimientos penales de la muestra de expedientes judiciales analizados se caracterizan por su muy diferente naturaleza. En la tabla siguiente se observa con claridad la distribución de los mismos, encabezados cuantitativamente por los delitos contra la propiedad, seguidos de los delitos contra la seguridad vial.

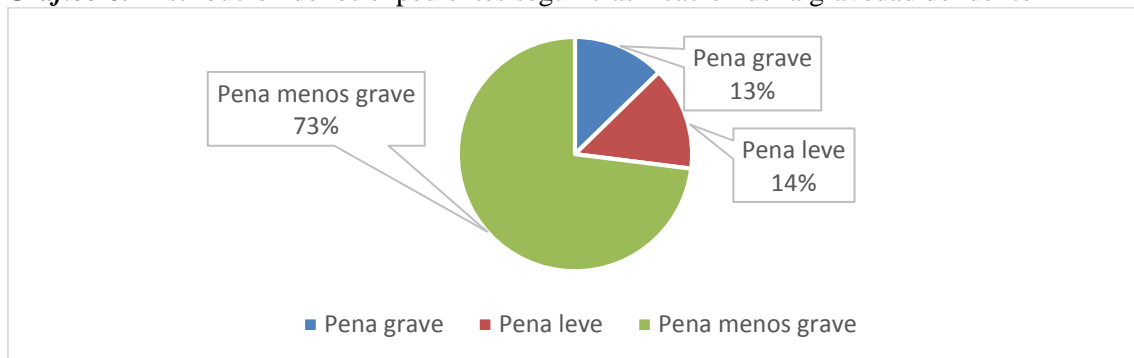
**Gráfico 5.** Distribución de los expedientes agrupados en función de la tipología delictiva de los hechos que se enjuician.



Fuente: elaboración propia

Según la calificación de los hechos, 9 casos eran faltas y 54 delitos. Concretadas las calificaciones, hemos procedido a identificar la pena imponible por cada delito según se describe en los respectivos artículos del Código Penal.

**Gráfico 6.** Distribución de los expedientes según clasificación de la gravedad del delito



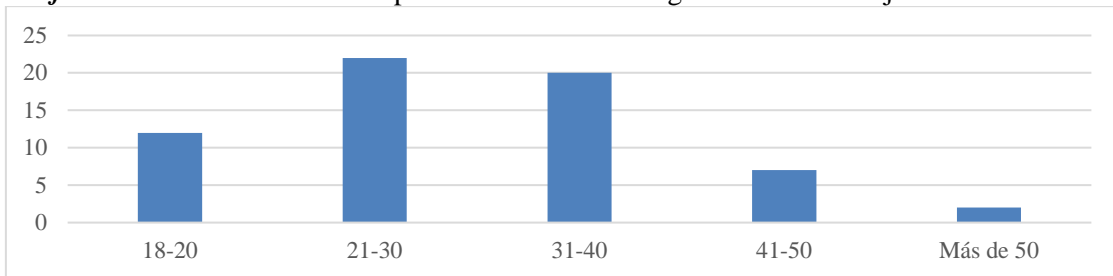
Fuente: elaboración propia

Los delitos menos graves llevan aparejados penas de multa, penas privativas de derechos y penas de prisión con un mínimo de 3 meses y un máximo de 5 años de duración. Los delitos graves llevan aparejados pena de prisión superior a 5 años, aunque en todos los casos de la muestra se sitúan en el límite de los 6 años que marca el art. 57.7 LOEX. Por su parte, los casos que llevan aparejada pena leve corresponden a las antiguas faltas, pero queremos llamar la atención sobre el hecho de que únicamente representan el 14% de total de expedientes analizados, lo que nos sitúa fuera del ámbito de la delincuencia de bagatela en la mayoría de los casos. Lo que sin duda hace más cuestionable la ausencia de interés público en la persecución de esos delitos.

## 5.2 Características de las personas extranjeras contra las que se siguen los procedimientos penales cuya renuncia se solicita

De los 63 extranjeros imputados en los expedientes judiciales analizados, 56 eran hombres (89%) y 7 mujeres (11%). La mayoría de las personas tenían menos de 40 años en el momento de los hechos.

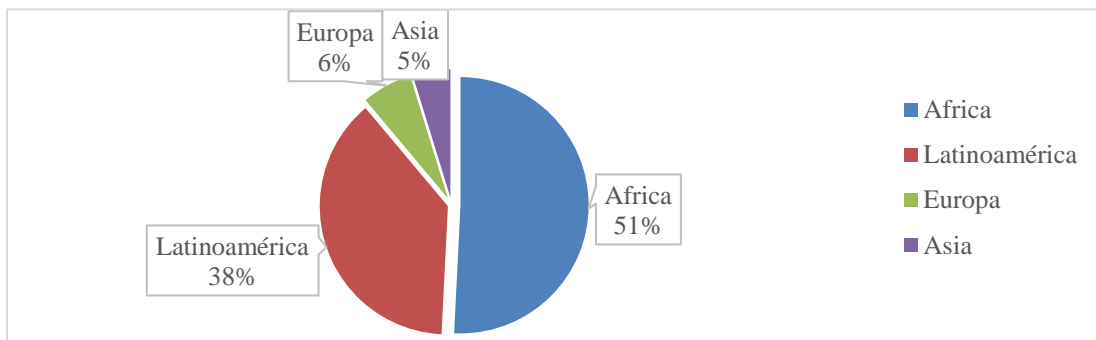
**Gráfico 7.** Distribución de los expedientes analizados según edad del extranjero



Fuente: elaboración propia

Si analizamos su procedencia, encontramos que la mitad tenía origen en países de África (32 casos), seguidos por los procedentes de Latinoamérica (24 casos). Encontramos también 3 personas procedentes de Asia y 4 procedentes de Europa (tres de ellos extracomunitarios y uno comunitario).

**Gráfico 8.** Distribución de los expedientes analizados según continente de procedencia.

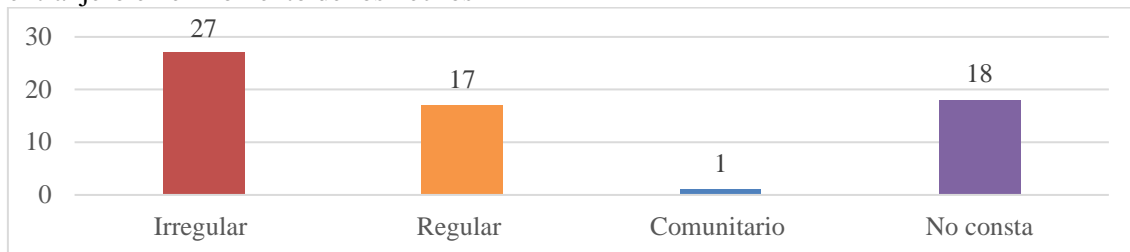


Fuente: elaboración propia

En relación a su situación administrativa, llama la atención que 17 de ellos estuvieran en situación regular en el momento de los hechos, de lo que cabe extraer que la situación de irregularidad, y la consiguiente tramitación del expediente de expulsión, se produce durante el periodo en que se está tramitando también el proceso penal, por lo que respecto de ese grupo tenemos que aceptar que la delincuencia no fue resultado de una decisión racional para obstaculizar su expulsión, presupuesto material para el que, recordamos,

estaba diseñada la renuncia del proceso penal según la Circular del Ministerio Fiscal de 1994. Respecto a la situación administrativa del resto, constan 27 personas que estaban en situación irregular en el momento de los hechos. En 18 casos no hemos encontrado en el expediente suficiente información para determinar la situación administrativa del sujeto en el momento de los hechos.

**Gráfico 9.** Distribución de los expedientes judiciales según situación administrativa del extranjero en el momento de los hechos



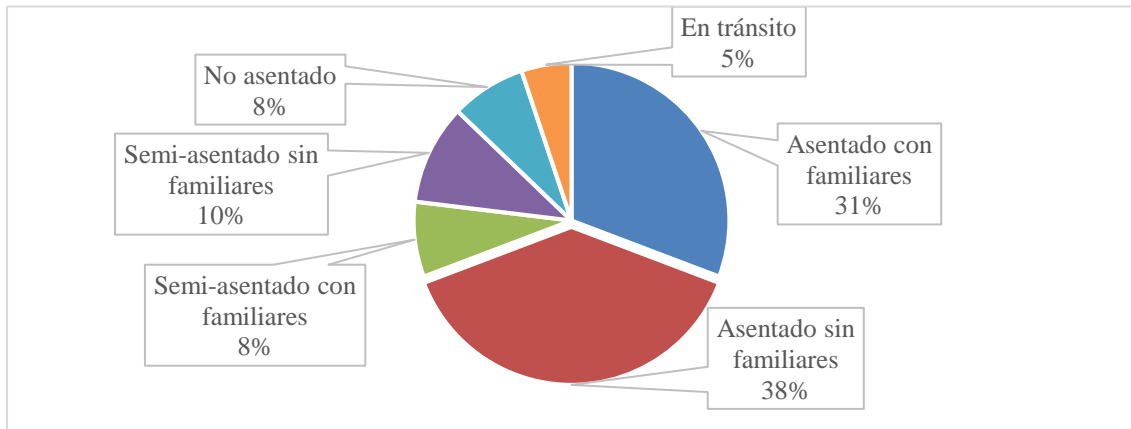
*Fuente: elaboración propia*

Asimismo, clasificamos a los sujetos en atención a su arraigo. Para ello, consideramos primero el tiempo que llevaban residiendo en España, entendiéndose que están asentados aquellos que llevan residiendo en el país durante, al menos, tres años, con independencia de su situación administrativa. Así hemos creado cinco categorías:

- asentados (llevan más de 3 años viviendo en España),
- semi-asentados (aquellos que llevan entre 1 y 3 años),
- no asentados (aquellos que llevan menos de 1 año),
- en tránsito (aquellos que manifiestan estar de camino a otro país)
- no consta (aquellos casos en que no hemos sido capaces de encontrar en el expediente judicial suficiente información que nos permita identificar ni el tiempo que llevan ni sus circunstancias personales).

A su vez, para aquellos extranjeros asentados o semi-asentados, nos ha parecido interesante distinguir si tenían o no familiares en España. La distribución de los expedientes analizados utilizando ambos criterios queda tal como se refleja el siguiente gráfico, resultando especialmente llamativo que el 69% de los extranjeros estén asentados en España desde hace más de tres años y que la mitad de ellos, además, tenga arraigo familiar (seis de ellos, además, con hijos menores a cargo residiendo en España).

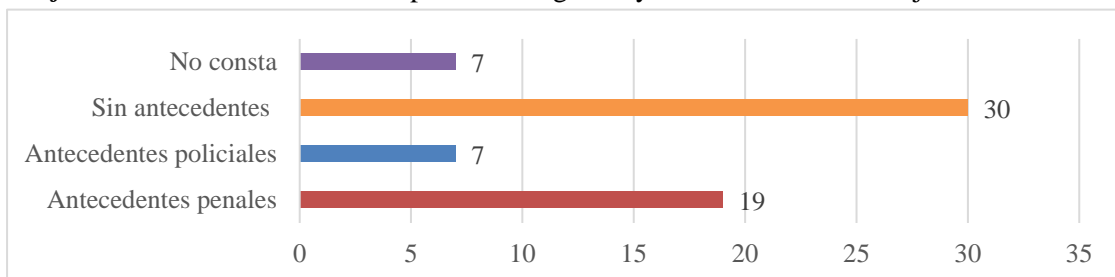
**Gráfico 10.** Distribución de los extranjeros incurso en procedimiento penal según situación de arraigo



Fuente: elaboración propia

Resulta interesante también conocer la trayectoria delictiva previa de los sujetos encausados, encontrando que casi la mitad de ellos no tenían antecedentes penales ni policiales, por lo que respecto de este grupo tenemos que descartar que sea posible afirmar sin más, que se trate de extranjeros que han acreditado un comportamiento hostil al orden público nacional, una voluntad contraria a una mínima integración en la sociedad española o con desprecio de nuestro ordenamiento jurídico, premisa de la que parte la Circular del Ministerio Fiscal de 2006 haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aclara que es para ese tipo de extranjeros para los que está pensada la sanción de expulsión.

**Gráfico 11.** Distribución de los expedientes según trayectoria delictiva del sujeto

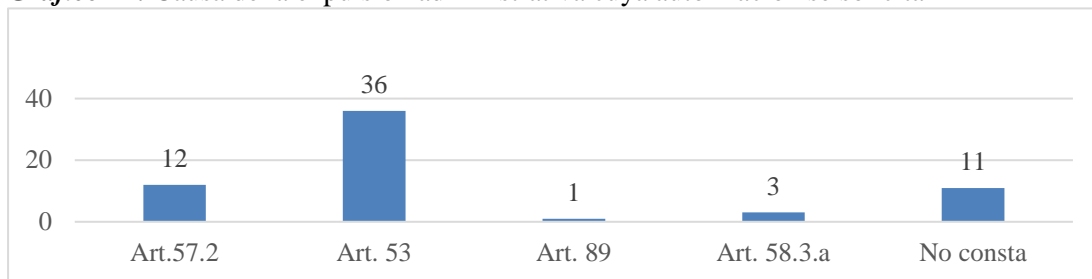


Fuente: elaboración propia

Sobre las causas de la expulsión contenidas en las resoluciones administrativas que dan lugar a la solicitud de renuncia al proceso penal, la mayoría se refieren a la causa prevista en el art. 53 LOEX que alude a encontrarse en España sin la documentación requerida para ello (36 casos), seguida de la causa prevista en el art. 57.2 LOEX que alude a tener antecedentes penales por haber sido condenado a una pena de prisión de más de un año (12 casos). Sobre esta causa queremos llamar la atención sobre el hecho de que en algunos casos la sentencia que ha generado los antecedentes penales es la del mismo procedimiento cuya renuncia se solicita, lo que resulta de dudosa legalidad por vulneración del principio non bis in ídem y, desde luego, de dudosa coherencia.

Encontramos también 1 caso en que la expulsión pendiente no es una expulsión administrativa sino una expulsión penal (art. 89 CP) y 3 casos en los que la autorización no se solicita para proceder a una expulsión sino a una devolución por incumpliendo de una prohibición previa de entrada. Asimismo, encontramos 10 expedientes en los que no consta la causa de expulsión, bien porque no hay copia de la resolución administrativa de expulsión en el expediente judicial analizado, bien porque habiéndola resulta ilegible o no hace alusión a la causa por la que se ha instruido el expediente de expulsión, algo que tampoco parece demasiado acorde a la legalidad.

**Gráfico 12.** Causa de la expulsión administrativa cuya autorización se solicita



Fuente: elaboración propia

### 5.3. Momento procesal en el que llega la solicitud

Resulta fundamental prestar atención ahora al momento procesal en el que llega la solicitud, recordando que la renuncia al proceso prevista en el art. 57.7 LOEX está diseñada para casos en que el procedimiento se encuentra en fase de instrucción. La siguiente tabla permite visibilizar que únicamente 16 de las 63 solicitudes llegaron en esa fase, mientras que el resto (44 casos) llegaron con posterioridad al señalamiento del juicio oral. En 3 casos no fuimos capaces de identificar el momento en que llegó la solicitud de autorización.

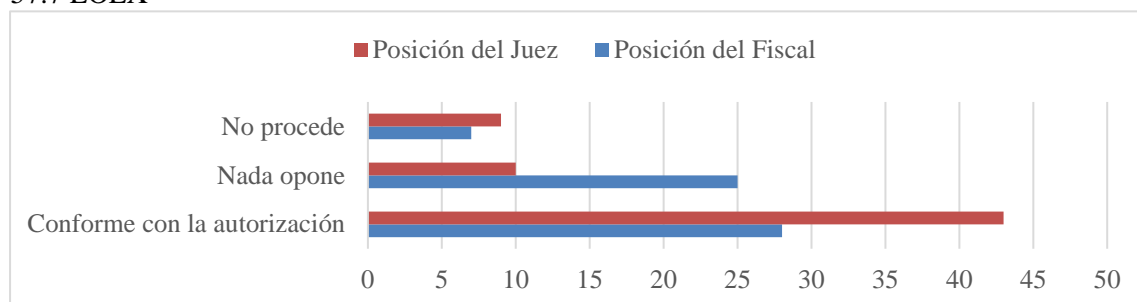
**Tabla 5.** Momento procesal en el que llega la solicitud de aplicación del 57.7

	Antes de la sentencia	Después de la sentencia
Inicio de la instrucción	9	
Durante la instrucción	7	
Señalado el juicio oral		13
Celebrado el juicio oral antes de la sentencia		1
Después de la sentencia, en fase ejecutoria		24
Después de la sentencia, finalizada la pena		5
Prescrito el delito		1
<b>Total</b>	<b>16</b>	<b>44</b>

#### 5.4. Sobre la resolución de autorización o denegación de la renuncia al procedimiento penal y criterios empleados para decidir

En relación a las resoluciones sobre la autorización judicial de la expulsión, hemos encontrado que las fórmulas lingüísticas adoptadas por jueces y fiscales para expresar su valoración siguen un criterio denominador uniforme, siendo posible clasificarlas en tres categorías: se autoriza la expulsión, nada opone la expulsión y no procede la expulsión. En los casos en que se valora que no procede la expulsión, jueces y fiscales comparten criterios, sin embargo, en aquellos casos en que se valora que sí procede la autorización o que nada opone la autorización, encontramos que mientras los fiscales sí siguen entre ellos un criterio uniforme a la hora de optar por una cosa o la otra – que además, coincide en gran medida con las directrices dadas por el Ministerio Fiscal – los jueces no tienen un criterio uniforme y utilizan de forma indistinta la fórmula “se autoriza la expulsión” o “nada opone a la expulsión”. El siguiente gráfico muestra esa diferencia en los usos lingüísticos.

**Gráfico 13.** Posición de jueces y fiscales sobre la autorización de la expulsión por la vía del 57.7 LOEX



Fuente: elaboración propia

No obstante, si se suman los casos en que jueces y fiscales han dicho se autoriza o nada opone, vemos que en ambos supuestos suman 53 casos. Respecto a los casos de “no procede” la diferencia se explica porque hubo 2 casos en que el juez resolvió que no procedía autorizar sin dar audiencia previa al fiscal, vulnerándose así los requisitos normativos exigidos por el art. 57.7 LOEX.

Para analizar ahora cuáles son los motivos que justifican que se opte por una decisión o por otra, nos centramos únicamente en las posiciones de los fiscales debido a esa mayor coherencia interna.

**Tabla 6.** Motivación del Fiscal para justificar su posición respecto a la autorización de la expulsión administrativa por la vía del 57.7 LOEX

Posición del Fiscal	Motivación alegada	Casos	Total
Conforme con la expulsión	Sin motivación	24	28
	En aquellos casos en que en el mismo informe que se posiciona sobre la expulsión también lo hace sobre el internamiento en CIE, sí se alude a la situación de ausencia de arraigo social y/o laboral	4	
	Porque la pena, siendo privativa de libertad, está suspendida	7	
	Porque la pena no es privativa de libertad	6	
	Porque la sentencia no es firme	3	
	Porque la sentencia fue absolutoria	2	
	Porque la pena está cumplida	2	
Nada opone la expulsión	Porque ha prescrito el delito	1	25
	Porque la causa fue sobreeséida por falta de pruebas	1	
	Porque la pena está prescrita	1	
	Porque se trata de un extranjero que ya había sido expulsado y ha quebrantado la prohibición de entrada	1	
	Porque la pena privativa de libertad impuesta está cumplida y las que quedan por cumplir no son privativas de libertad y porque, respecto a la responsabilidad civil, se ha dictado auto de insolvencia	1	
No procede la expulsión	Por las circunstancias del procedimiento y el tipo penal del mismo, siendo necesaria la presencia de la imputada que, por otra parte, es madre de dos menores de edad que residen en España.	1	7
	Porque la expulsión para la que se solicita autorización no es administrativa sino penal (art. 89)	1	
	Porque se trata de un delito del art. 312 CP	1	
	Porque resulta necesaria la presencia del extranjero para testificar en otro procedimiento	1	
	Porque se trata de un penado a prisión en sentencia firme.	3	



Confusión de precepto	Porque el fiscal cree que la solicitud de la Brigada se refiere a la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del art. 89 CP y justifica que no es aplicable porque la pena está suspendida	1	1
No se emite informe	No se da audiencia al Ministerio Fiscal	2	2

Como se observa en la tabla, cuando los fiscales muestran su “*conformidad*” con la autorización de la expulsión no suelen dar ningún argumento para justificar la decisión. Sólo de forma excepcional, cuando la audiencia al fiscal se hace para pedir de forma simultánea autorización de internamiento en CIE y autorización de expulsión, se aluden a motivos de ausencia de arraigo social y/o laboral o falta de medios económicos. Nos resulta llamativa la ausencia generalizada de motivación, aunque ello es coherente con la posición del Ministerio Fiscal cuando insta a la autorización generalizada salvo circunstancias excepciones debidamente fundamentadas.

Por lo que respecta a los casos en que “*nada opone la expulsión*” encontramos casos en que la sentencia fue absolutoria, casos en que la sentencia fue condenatoria pero la pena está ejecutada, casos en que ha prescrito el delito o la pena, o la causa fue sobreseída. Sin embargo, lo más habitual es entender que nada obstaculiza la expulsión si administrativamente resulta procedentes en casos en que la pena impuesta no es privativa de libertad (6 casos) o, siéndolo, está suspendida (7 casos), lo que ciertamente es coherente con la posición del Ministerio Fiscal contenida en su Circular de 2011, en la que insta a los fiscales a autorizar la expulsión aun cuando el procedimiento esté en fase de ejecución si se trataba de una pena no privativa de libertad. Sin embargo, tenemos que llamar la atención sobre la cuestionable legalidad de esta postura, pues carece de cobertura normativa e implicaría aceptar que el art. 57.7 LOEX se está utilizando vía para la sustitución de la pena por la expulsión en supuestos que, por no ser penas privativas de libertad, quedan fuera del ámbito de la expulsión penal del art. 89 CP.

En un único caso se aluden varios motivos, algunos de los ya mencionados relativos a las penas, pero otro, por primera vez, referido a intereses de los perjudicados “*porque la pena privativa de libertad impuesta está cumplida y las que quedan por cumplir no son privativas de libertad y porque, respecto a la responsabilidad civil, ya se ha dictado auto de insolvencia*”. Precisamente se echa en falta en los expedientes analizados más alusión a los intereses de los perjudicados y a la necesidad de atender a sus necesidades de reparación o indemnización, especialmente si tenemos en cuenta que casi la mitad de los casos de la muestra (27 casos) tenían una víctima directa.

En un caso también llama la atención que se entiende que nada opone la expulsión puesto que el extranjero ya había sido expulsado y ha quebrantado la prohibición de entrada. En estos casos, la posición del Ministerio Fiscal en sus directrices (Instrucción 4/2001) es que lo que procede no es ni la autorización de la expulsión administrativa ni la continuación del procedimiento que había quedado provisionalmente sobreesido, sino la simple devolución del extranjero a cargo de la autoridad administrativa.

Por su parte, en los casos en que “no procede la expulsión” encontramos mayoritariamente aquellos supuestos en los que el fiscal alega que no se trata de un imputado o procesado como exige el art. 57.7 LOEX, sino de un penado a prisión en sentencia firme, en cuyo caso suele hacerse referencia a que la única vía de expulsión que queda es la expulsión penal del 89 CP. También hay un caso en el que el fiscal entiende que resulta necesaria la presencia de la imputada en el país, por el tipo de procedimiento (delito de adopciones ilegales del art. 221 CP) y por sus circunstancias familiares (pues tiene dos hijos pequeños a su cargo en España). También encontramos un caso en el que se trata de un delito de los que, en atención a su naturaleza quedan específicamente excluidos (delito contra los derechos de los trabajadores del art. 312 CP). También un caso en que se entiende que no procede autorizar la expulsión porque es necesaria la presencia del extranjero para testificar en otro procedimiento. Por último, destacamos un caso en el que el fiscal dice que no procede autorización para la expulsión que se solicita porque la expulsión que se pide autorizar no es administrativa sino penal y, por tanto, no es aplicable el art. 57.7 LOEX.

## 5.5. Sobre la efectiva ejecución de la expulsión judicialmente autorizada

De los 53 casos en que se aceptó la expulsión – ya fuera con la fórmula “se autoriza” o “nada opone” – encontramos 6 casos en los que la Brigada de Extranjería no había comunicado al juzgado si había podido proceder a materializar la expulsión o no. De los 47 casos restantes, encontramos que se confirmó la efectiva expulsión en 31 casos, lo que representa el 59% del total de expulsiones autorizadas. Destacamos un caso en el que la expulsión se ejecutó con fecha anterior a la resolución judicial y un caso en el que se informó de la expulsión a pesar de que la resolución judicial no la había autorizado.

**Tabla 7.** Efectiva materialización de la expulsión autorizada

Estado de la expulsión	Se autoriza	Nada opone	No procede	Total
Ejecutada	13	13	1	31
Ejecutada con anterioridad a la resolución judicial	0	1	0	
Ejecutada con posterior incumplimiento de prohibición de entrada	1	2	0	
No se ha podido ejecutar	8	2	0	10
Se desconoce	6	0	0	6
Total	28	18	1	47

Como se observa, encontramos 10 casos en los que la Brigada de Extranjería informó que no había podido llegar a materializar la expulsión. Entre los motivos alegados para explicarlo, en la mitad de los casos la Brigada de Extranjería hace referencia a la imposibilidad de documentar al extranjero en el periodo legal de internamiento, por lo que solicita se deje sin efecto la autorización. En dos ocasiones el extranjero mostró fuerte resistencia en el momento de ir a ser embarcado, por lo que el comandante de la aeronave negó su embarque. En una ocasión el extranjero solicitó asilo el día anterior al previsto para la expulsión, por lo que fue cancelada. En una ocasión el extranjero no pudo ser expulsado por encontrarse en paradero desconocido y en otra no se pudo materializar porque el extranjero aparecía encartado en otra causa penal nueva por la que se requería su presencia en España.

En los casos en que se produce la imposibilidad de materializar la expulsión, el procedimiento penal debe continuar. Sintetizamos en la siguiente tabla cómo continuó el procedimiento en cada caso y añadimos uno más en el que se reactiva el procedimiento penal cuando el extranjero es identificado contraviniendo la prohibición de entrada pese a que, insistimos, en estos casos, la directriz del Ministerio Fiscal es no reactivar el procedimiento sino simplemente proceder a la devolución por la autoridad admirativa, cosa que sí sucedió en otros dos casos informados de contravención posterior de la prohibición de entrada.

**Tabla 8.** Formas de continuación del procedimiento penal en aquellos casos en que no es posible materializar la expulsión.

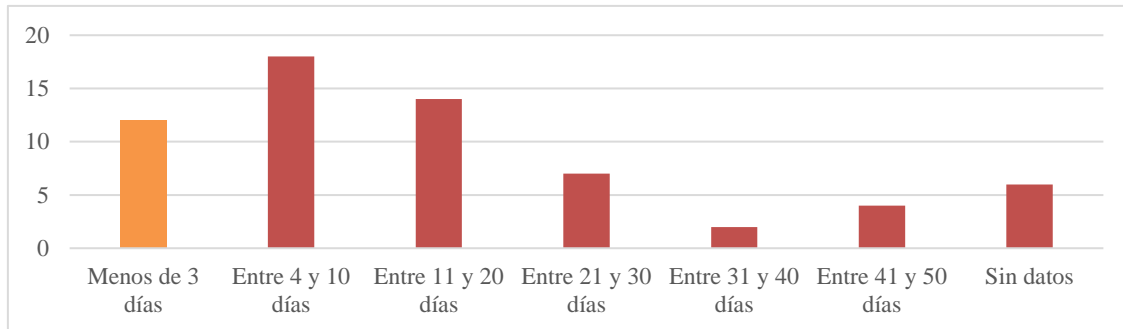
Causa por la que no se materializó la expulsión	Archivo definitivo por cumplimiento de condena	Archivo definitivo por prescripción del delito	Archivo provisional con extranjero en paradero desconocido	Causa abierta con sujeto en paradero desconocido	Total
Extranjero en paradero desconocido	1				1
Expulsado con incumplimiento de la prohibición de entrada	1				1
Haber opuesto fuerte resistencia cuando iba a ser embarcado		2			2
Haber solicitado asilo			1		1
Imposibilidad de documentar al extranjero	3	1		1	5
<b>Total</b>	<b>5</b>	<b>3</b>	<b>1</b>	<b>1</b>	<b>10</b>

Como se observa en la tabla, ocho de los diez casos se encontraban en archivo definitivo en el momento de nuestro trabajo de campo y dos estaban paralizados (uno con archivo provisional, otro no) a causa del paradero desconocido del extranjero. De los que estaban en archivo definitivo, cinco lo estaban por haberse cumplido la pena y tres por haber prescrito el delito.

### 5.6. Sobre el plazo máximo de tres días de que dispone el juez para resolver

Recordamos que el art. 57.7 LOEX establece que el juez, en el tiempo más breve posible, y en todo caso no superior a tres días, autorizará la expulsión salvo que aprecie circunstancias excepcionales que justifiquen la continuación del procedimiento. El análisis de los expedientes judiciales revela que únicamente en 12 ocasiones ese plazo se respetó. Es decir, que en el 81% de los casos se está excediendo el plazo normativamente establecido.

**Gráfico 14.** Distribución de los casos en función del tiempo que se tardó en resolver sobre la solicitud de autorización recibida



Fuente: elaboración propia

## 5.7. Recursos presentados contra las resoluciones judiciales

Por último, nos parece interesante destacar que en la mitad de los casos analizados encontramos recursos de los abogados defensores dirigidos al juzgado penal contra las resoluciones administrativas que acuerdan la expulsión, pero no contra las resoluciones judiciales que la autorizan. Por ese motivo, los jueces penales aclaran que no son ellos los que han decidido la expulsión, sino que esta ha sido decretada por la autoridad gubernativa y que, por tanto, la jurisdicción que tiene la competencia para resolver los recursos sobre las causas de la expulsión es la contencioso-administrativa y no la penal.

Únicamente encontramos un recurso - de reforma y subsidiario de apelación - presentado, esta vez sí, contra el auto de autorización judicial de la expulsión, en el que el abogado de la defensa denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al haber sido acordada la autorización sin audiencia previa al extranjero, lo que se entiende vulnera el art. 24 CE. Especialmente llamativa es la respuesta del juez que desestima el recurso alegando que, en su resolución se limitó a informar que “nada oponía” el procedimiento penal a la expulsión si administrativamente resultaba procedente, dado que le han sido concedidos al extranjero los beneficios de suspensión de condena, por lo que al no tratarse propiamente de una autorización de expulsión, no requería de ninguna audiencia previa del penado.

## 6. Discusión y conclusiones

A lo largo de estas páginas hemos destacado el interés por estudiar la renuncia al procedimiento penal prevista en el art. 57.7 LOEX para supuestos de extranjeros investigados o imputados que son administrativamente expulsables. Así, hemos justificado dicho interés, en el hecho de que supone una excepción al principio de legalidad que rige en nuestro ordenamiento jurídico y en el hecho de que no puede aceptarse dicha excepción por el mero interés político de expulsar al extranjero no deseado, siendo necesario que concurran otras causas de justicia material. Asimismo, hemos justificado la necesidad de verificar que se cumplen los requisitos normativos que regulan su aplicación, pues lo contrario sería una vulneración del principio de oportunidad reglada. Pero, sobre todo, hemos justificado el interés por estudiar la aplicación de la renuncia penal, fusión extraña de derecho penal y derecho administrativo, por la ausencia de trabajos empíricos que hayan indagado sobre cómo se pone en marcha la maquinaria necesaria y sobre qué criterios están guiando la discrecionalidad de los operadores jurídicos que deben decir sobre la renuncia o la continuación penal.

Por lo que respecta a los resultados del análisis realizado con una muestra de 63 expedientes judiciales de los juzgados de la ciudad de Málaga, hemos encontrado la existencia de un conjunto de disfunciones en la aplicación que ponen en tela de juicio los fundamentos sobre los que se sustenta esta renuncia penal y hacen cuestionable su legalidad. Así, respecto de la naturaleza del delito, hemos destacado que la mayoría de los casos se sitúan fuera del ámbito de la delincuencia de bagatela, lo que hace más cuestionable la ausencia de interés público en su persecución.

Por lo que respecta a las características de los extranjeros para cuya expulsión se pide la autorización judicial, hemos encontrado que el perfil mayoritario es el de hombre (89%), menor de 40 años (70%), procedente de África (51%) o Latinoamérica (38%), que en el momento de los hechos se encontraba en situación irregular (43%). Ahora bien, también hemos destacado la existencia de un porcentaje importante de extranjeros que se encontraban en situación administrativa regular (27%) en el momento de los hechos, lo que nos lleva a aceptar que, para ellos, la delincuencia no fue resultado de una decisión racional para obstaculizar su expulsión, presupuesto material para el que, recordamos, estaba diseñada la renuncia del proceso penal según la Circular del Ministerio Fiscal de 1994. También ha resultado interesante comprobar que la mitad de los extranjeros no tenían antecedentes penales previos (48%), lo que desmonta la imagen del extranjero peligroso que ha encontrado en la delincuencia su forma de vida en España contra el que el Estado debe actuar.

Por lo que respecta al momento procesal en el que llega la solicitud, hemos encontrado que en el 70% de los casos la solicitud de autorización llega una vez que ya hay sentencia, lo que resulta especialmente relevante dado que la previsión legal establece que una vez se haya acordado la apertura del proceso penal ya no se podrá autorizar por la vía del 57.7 LOEX. Pese a ello, cuando los procedimientos están en fase de ejecución y ha habido una sentencia condenatoria a una pena no privativa de libertad, la fórmula diseñada por el Ministerio Fiscal en sus circulares – y aplicada por los fiscales en la práctica – es decidir que “nada opone” el procedimiento penal a la expulsión si ésta resulta administrativamente procedente, fórmula que creemos de cuestionable legalidad, porque carece de cobertura normativa y porque implicaría aceptar que el art. 57.7 LOEX se está utilizando como vía para la sustitución de la pena por la expulsión en supuestos que, por no tratarse de penas privativas de libertad, quedan fuera del ámbito de la expulsión penal del art. 89 CP.

En relación a las resoluciones adoptadas, hemos encontrado, tal como era esperable, que los casos en que jueces y fiscales consideran que no procede la expulsión son una minoría (sólo en el 14% de los casos estudiados) y que, por tanto, la postura generalizada es la autorización. No obstante, hemos destacado que no existe un criterio común entre jueces y fiscales a la hora de concretar la fórmula lingüística que se utiliza para autorizar la expulsión, usándose por parte de los jueces las fórmulas “conforme, se autoriza o nada opone” indiscriminadamente, mientras que los fiscales usan las fórmulas lingüísticas “conforme” o “nada opone” en supuestos mejor tasados. De ahí que, a la hora de analizar las motivaciones que hay detrás de las decisiones, nos hayamos decantado por el análisis de los informes de los fiscales en lugar de las resoluciones de los jueces; que, por otra parte, se limitan la mayoría de veces en reproducir los argumentos del ministerio fiscal.

Respecto a los criterios utilizados en la motivación de las resoluciones, hemos encontrado que la postura generalizada es no motivar las autorizaciones, salvo que la aplicabilidad del 57.7 LOEX sea valorada al mismo tiempo que la medida cautelar de internamiento en CIE. Por lo que respecta a los casos en que “nada opone la expulsión” lo más habitual es encontrar casos en que la pena impuesta no es privativa de libertad o, siéndolo, está suspendida o está cumplida. También encontramos que nada opone la expulsión cuando la sentencia no es firme o fue absolutoria, cuando ha prescrito el delito o la pena, o cuando la causa había sido previamente sobreseída por alguna causa. Asimismo, hemos destacado un caso en el que se entiende que nada opone la expulsión puesto que el extranjero ya había sido expulsado y había quebrantado la prohibición de entrada, lo que hemos valorado contrario a la postura del Ministerio Fiscal que entiende que en estos casos lo que procede no es ni la autorización de la expulsión administrativa ni la continuación del procedimiento, sino la simple devolución del extranjero.

Por su parte, en los casos en que se decide que “no procede la expulsión”, si bien los criterios utilizados son coherentes con las directrices del Ministerio Fiscal, hemos llamado la atención sobre la ausencia generalizada de alusión a las circunstancias personales de los extranjeros, especialmente llamativo cuando hemos constatado que el 63% estaba asentados en España desde hacía más de 3 años, y que la mitad, además, tenía arraigo familiar. Asimismo, hemos destacado la ausencia de alusión generalizada a los intereses de los perjudicados, especialmente llamativo porque la mitad de los delitos tuvieron una víctima concreta.

Respecto a la efectiva materialización de las expulsiones autorizadas, hemos encontrado que esta se pudo ejecutar efectivamente en un 59 % de casos (incluido un caso en el que la expulsión se materializó con fecha anterior a la resolución judicial y un caso en el que se informó de la efectiva expulsión a pesar de que la resolución judicial no la había autorizado). Pero también hemos destacado que en un 19% de casos no se pudo llegar a materializar la expulsión, siendo la imposibilidad de documentar al extranjero en el periodo legal de internamiento y la resistencia a subir en el avión en el momento del embarque, los dos principales motivos que lo explican. En los casos en que no se pudo materializar la expulsión, se reprimió el procedimiento penal, pero solo la mitad de ellos terminaron sobreseídos definitivamente por cumplimiento de condena, mientras que la otra mitad se sobreseyó por prescripción del delito o por no poder localizar al extranjero.

Asimismo, en relación a los plazos que emplean jueces y fiscales para resolver sobre la aplicación del 57.7 LOEX, hemos destacado que únicamente en el 19% de los casos se respeta el plazo de 3 días que marca la ley, en todos los demás se supera ese plazo, que incluso puede llegar a superar los 40 días.

También hay que destacar que pese a todas estas incidencias, los abogados de los extranjeros están presentando recursos ante el juez que nada tienen que ver con la aplicación del art. 57.7 LOEX, sino con la orden de expulsión administrativa, confundiendo quién es el juez competente para conocer de una u otra cosa, lo que revela la necesidad de que este colectivo profesional cuente con una mejor formación sobre cuáles son los elementos normativos que hay detrás de esta figura legal, para que puedan velar en mejores condiciones por el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por todo lo expuesto, consideramos fundamental subsanar las deficiencias que se están dando en la aplicación del art. 57.7 LOEX para asegurar su legalidad. Consideramos especialmente prioritario corregir la práctica de renunciar al procedimiento penal en fase de ejecución cuando la pena no es privativa de libertad, pues carece de cobertura



# INTERNATIONAL E-JOURNAL OF CRIMINAL SCIENCES

Supported by DMS International Research Centre



normativa. Asimismo, creemos que jueces y fiscales deberían prestar una mayor atención a las circunstancias personales del sujeto extranjero procesado y a los intereses de reparación de la víctima a la hora de ejercitar la discrecionalidad que la ley les otorga para conciliar los intereses de la política migratoria y de la política criminal. Pero sobre todo, creemos imprescindible revisar los aspectos éticos y empíricos en torno a los cuales se fundamentan respuestas penales excepcionales y discriminatorias basadas en el hecho de que la persona sobre la que se decide es una persona extranjera administrativamente expulsable.

## 7. Referencias

- Acosta Gallo, P. (2016). El interés general como principio inspirador de las políticas públicas. *Revista General de Derecho Administrativo*, Nº. 41
- Antón García, L. & Larrauri Pijoan, E. (2009). Violencia de género ocasional: Un análisis de las penas ejecutadas. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 7, 1-26.
- Cid Moliné, J. & Larrauri Pijoan, E. (2002). *Jueces penales y penas en España: aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Contreras Román, M. (en prensa). La renuncia al proceso penal como respuesta a la delincuencia de sospechosos extranjeros administrativamente expulsables. En: *Securitización de las fronteras y criminalización de las migraciones en la era de la globalización*. Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Díez Ripollés, J.L. (2003). La racionalidad de las leyes penales. Madrid: Editorial Trotta.
- Fernández Bessa, C. y Brandariz García, J.A. (2016). Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica: El giro gerencial del dispositivo de deportación. *Indret*, 4, 1-25.
- Fiscalía General del Estado (1994). Circular 1/1994, de 15 de febrero, sobre intervención del ministerio fiscal en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en España
- Fiscalía General del Estado (2001). Instrucción 4/2001, 25 de julio de 2001, sobre la autorización judicial de la expulsión de los extranjeros imputados en procedimientos penales.
- Fiscalía General del Estado (2006). Circular 2/2006, 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España.
- Fiscalía General del Estado (2011). Circular 5/2011, de 02 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.
- Fiscalía General del Estado (2006-2017). Memorias anuales. Especialidad Extranjería.
- García España, E. (2001). *Delincuencia de los inmigrantes en España: Análisis criminológico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- García España, E. (2017). Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de exclusión. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-15, 1-28.
- García España, E. (2018). *Enfoque criminológico de las migraciones*. Madrid: Síntesis.
- Gimeno Sendra, V. (2016). El principio de oportunidad y el MF (1). *Diario La Ley*, (8746), 2.

- González Beilfuss, M, Vallbé, J. J. & Kalir, B. (2018). El internamiento de extranjeros: ¿qué dicen los datos? Análisis de los expedientes de internamiento tramitados en la provincia de Barcelona en el año 2015. *Migraciones*. Publicación del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones, (45), 57-88.
- González Cámara, N. (2011). *Migrantes, procesos de irregularización y lógicas de acumulación y exclusión: Un estudio desde la filosofía política*. Doctoral dissertation. Universitat Pompeu Fabra
- Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros,
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
- Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
- Larrauri, E. (2016). Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes. *InDret*, 2, 1-29.
- Martínez Escamilla, M. (2009). Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal. ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar? *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 3.
- Martinez Escamilla (Coord). Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras. *Colección Cuadernos Digitales de Formación*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Ministerio del Interior. Anuarios estadísticos. (2008 – 2017).
- Ministerio del Interior. Balances anuales sobre inmigración irregular (2008-2016).
- Monclús Masó, M. (2008). *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*. Tesis Doctoral. Departament de Dret Penal i Ciències Penals. Barcelona: Universitat de Barcelona.
- Naranjo Giraldo, G. (2016). *El nexo migración-desplazamiento-asilo, entre el orden fronterizo de las cosas y su desafío: políticas migratorias/fronterizas de control y gestión y prácticas emergentes de ciudadanías transfronterizas*. Tesis doctoral. Universidad de Granada.
- Pérez Pérez, J.J. (1994). La expulsión del extranjero en el proceso penal. En C. Picó Lorenzo (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial, Extranjeros* (p. 505). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

# INTERNATIONAL E-JOURNAL OF CRIMINAL SCIENCES

Supported by DMS International Research Centre



- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.
- Rogriguez Yagüe, C. (2012). El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (14), 7.
- Stumpf, J. (2006). The the crimmigration crisis: Immigrants, crime, and sovereign power. *American University Law Review*, 56(2), 367-419.
- Vecina Cifuentes, J. & Vicente Ballesteros, T. (2018). Las manifestaciones del Principio de Oportunidad en el proceso penal español. *Derecho & Sociedad*, (50), 307-323.