

PONENCIA PRESENTADA EN EL CURSO SOBRE INMIGRACIÓN ILEGAL, CELEBRADO
POR LA UIMP EN TENERIFE

INCENTIVOS LEGALES POR COLABORACIÓN EN LA PERSECUCIÓN DE
DETERMINADOS DELITOS

Ya nuestro Congreso aprobó el 23 de Junio de 1998 un informe de la subcomisión creada en el seno de la Comisión de política social y empleo del Congreso¹, donde instó al Gobierno a “modificar las normas administrativas necesarias para luchar contra las redes ilegales de tráfico de personas”, lo que directamente suponía la aprobación y aplicación de medidas que protegiesen al extranjero que había sido víctima de estas mafias. Hasta que esa sensibilidad penetró en la administración, cualquier actuación policial encaminada a la persecución contra esas redes organizadas, necesariamente llevaba consigo la incoación de expedientes de expulsión contra aquellos extranjeros que habían entrado o permanecían en el país de forma irregular de mano de esos grupos. Esta realidad entorpecía seriamente la investigación policial, ya que los únicos que podían colaborar con éxito con las fuerzas de seguridad no lo hacían, pues veían peligrar su estancia en el territorio del Estado por encontrarse de forma irregular.

¹Publicación del Congreso de los Dipuitados 1999. “Situación de los espa?oles que viven fuera y de los inmigrantes y refugiados que han llegado a Espa?a”, pag.38.

Nuestra normativa anterior a la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en adelante ley de extranjería², proponía soluciones parciales a esta situación.

El artículo 56.9 del R.D. 155/96³, entendemos que aún en vigor, al no existir contradicción con la actual regulación que de las exenciones de visado hace el artículo 31.7 de la Ley de extranjería, cuyo texto viene a copiar casi literalmente el primer inciso del antiguo reglamento, autoriza a que, excepcionalmente, por motivos humanitarios o de **colaboración con la justicia**, pueda concederse exención del visado al extranjero clandestino que fue víctima de esos delitos. En el mismo sentido se pronuncia el artículo segundo 2. de la O.M. de 11 de Abril de 1996⁴, sobre exenciones de visado, donde en su apartado a) concede exención de visado al extranjero cuya residencia en España sea considerada de interés público, o el apartado k) a quienes colaboren o hayan colaborado con las autoridades en procedimientos administrativos o judiciales. Introduce la Orden Ministerial la posibilidad de poder colaborar en los procedimientos administrativos⁵, para hacerse acreedor de los beneficios a los que nos referiremos a continuación.

²LO 4/2000, BOE 12 de Enero del 2000, modificada por la LO \$.

³Reglamento de ejecución de la LO 7/85 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España RD 155/96 de 2 de Febrero (BOE 23 de Febrero).

⁴BOE 17 de Abril de 1996.

⁵Por ejemplo los apartados b), c), y d) del artículo 54.1 de la LO 4/2000, según redacción dada por la LO & que tipifican como infracción muy grave el inducir, favorecer o facilitar, con ánimo de lucro, la inmigración clandestina, o la realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos del art. 21 de esta ley o la contratación o utilización habitual de trabajadores extranjeros sin autorización.

En estos preceptos se premia, concediendo exención del visado, como primer paso para poder acceder a los correspondientes permisos de trabajo y/o residencia, al extranjero que delate a quienes le introdujeron en el país clandestinamente o facilite una investigación judicial o administrativa al respecto, siempre con la garantía de privacidad y anonimato que otorga la Ley de protección de testigos⁶ en el marco del procedimiento penal.

Esta posibilidad de premiar la delación va más allá, permitiendo el Reglamento de la Ley de extranjería del 85, en su artículo 53, la concesión de un permiso de residencia por motivos excepcionales cuando concurren razones humanitarias, en particular haber sido víctima de conductas racistas o xenófobas, de interés nacional o de seguridad nacional. La O.M. de 19 de Noviembre de 1997⁷, por la que se concreta el régimen de los permisos de residencia de extranjeros en España por circunstancias excepcionales, en sus artículos 1.c) y d) lo conceden por razones humanitarias, haber sido víctimas de delitos racistas o xenófobos o por motivos de interés nacional y cuando concurren razones de seguridad nacional. En todos estos supuestos y de conformidad con el art. 2.4, los extranjeros están exentos de obtener el visado. Estos preceptos lo consideramos en vigor al no oponerse al dictado del actual artículo 23.4 de la ley de extranjería. En este sentido no nos cabe ninguna duda de que la lucha contra esas mafias, es y será una fuerte razón de interés y seguridad nacional.

⁶LO 19/94, de 23 de Diciembre,

⁷BOE 22 de Noviembre de 1997.

Por su parte el artículo 2º de la Ley 35/95, de 11 de Diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual⁸, limita la aplicación de sus beneficios a los españoles, nacionales de algún otro Estado de la Unión Europea o para quienes residan habitualmente en España o para aquellos que, pese a no concurrir estos requisitos, sean nacionales de un Estado que reconozca ayudas análogas a los españoles en su territorio. Además estos requisitos van referidos, siempre, al momento de comisión del hecho delictivo. De esta redacción nos preocupa especialmente el concepto de "residencia habitual", que el R.D. 738/97, de 23 de Mayo, por el que se aprueba el reglamento⁹ de la Ley antes citada, en su artículo 2º define como aquellos extranjeros que permanezcan en territorio nacional en situación de residencia legal, en el sentido establecido por los artículos 29 y ss de la Ley de Extranjería. Hemos de hacer, necesariamente, una interpretación de lo que ha de entenderse por residencia legal. El artículo 29.3 de la Ley entiende que sólo se considerarán extranjeros residentes a aquellos amparados por un permiso de residencia temporal o permanente¹⁰, lo cual incluye el permiso unificado de trabajo y residencia¹¹ y a los

⁸BOE nº 296, de 12 de Diciembre, BOE 24 Diciembre de 1994.

⁹BOE nº 126, de 27 de Mayo.

¹⁰Sánchez Yllera, I. "Comentarios al Código Penal de 1995", Tirant lo Blanch , 1996, pág.504.

¹¹Inicial, ordinario, permanente o por circunstancias excepcionales, art. 49 del RD 155/96.

que tengan reconocida la condición de refugiados¹². Quedan, por tanto, fuera del concepto de residentes legales, y no tendrían derecho a asistencia, no ya sólo los que carecieran de cualquier tipo de documentación y se encuentren ilegalmente en España, sino también aquellos que se encuentren en España de forma legal, amparados en un periodo de estancia¹³.

¹²Art. 29.2 del RD 203/95, de 10 de Febrero, por el que se aprueba el reglamento de aplicación de la Ley 5/84, de 26 de Marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/94, de 19 de Marzo. BOE 2 de Mayo de 1995.

¹³Art. 30 de la LO 4/2000 y 43.1 del RD 155/96, "Se halla en situación de estancia el extranjero que, no siendo titular de un permiso de residencia, se encuentre autorizado para permanecer en España por un plazo no superior a tres meses en un periodo de seis."

Respecto de los estudiantes¹⁴ la situación es confusa, toda vez que el artículo 29 de la Ley de extranjería tan sólo distingue tres situaciones¹⁵ en las que se puede encontrar un extranjero en España: La estancia, no superior a 90 días, y la residencia temporal o permanente. El estudiante puede estar autorizado a permanecer durante más de 90 días¹⁶ pero, según la Dirección General de Registros y del Notariado, no podría ser considerada residencia legal, ya que por ésta no puede entenderse cualquier forma de estancia o permanencia en territorio español, sino únicamente aquella que se encuentre amparada por el correspondiente permiso. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 19/9/88, Sala 1ª, considera residente legal tan solo “al titular de un permiso de residencia conforme al artículo 13 de la LO 7/85”¹⁷. Ahora bien, el artículo 1º del acuerdo de Schengen¹⁸ define el permiso de residencia como toda autorización expedida que dé derecho a permanecer en ese territorio. La ley de

¹⁴ Art. 24 de la LO 7/85 y 48 del RD 155/96.

¹⁵ Parejo Alfonso, L. "El régimen de permanencia de los extranjeros", Capítulo XI del libro "Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio". Ministerio de Asuntos Sociales (INSERSO) 1995, pág. 336.

¹⁶ El tiempo de duración de los estudios, art. 48.4 del RD 155/96, pudiendo ser incluso superior al año.

¹⁷ Garau Juaneda, L. "El concepto de residencia legal y continuada en el artículo 22 del Cc" Revista Jurídica española "La Ley" 1989-4, pág. 1161.

¹⁸ Convención de aplicación del Acuerdo de Schengen del 14 de Junio de 1985. Acuerdo de Adhesión del Reino de España de 25 de Junio de 1991, ratificado por Instrumento de 23/7/93, BOE 5/4/94.

extranjería, antes de su reforma solucionaba este eterno conflicto, pues cuando regulaba el régimen especial de estudiantes¹⁹ se refería a la autorización de admisión y **residencia**. Sin embargo tras su reforma se vuelve a la situación inicial, pues no se considera residente al estudiante, del cual sólo se habla a los fines de estudio.

¹⁹ Art. 40 LO 4/2000.

Situación distinta es la del titular de una cédula de inscripción²⁰, que no tiene aparejada "per se", como ocurría antes del R.D. 155/96²¹, permiso de residencia²², por lo que en teoría no tendrán derecho a estas prestaciones. Tampoco puede ser considerado residente legal, como bien pone de manifiesto Miquelt Calatayud²³, aquel extranjero que acredite la dispensa del visado²⁴, tenga un resguardo acreditativo de haber demandado la inicial autorización de residencia o tenga pendiente de resolución una dispensa del visado.

Toda esta situación se complica más por la exigencia de que la residencia legal se posea en el momento de perpetrarse el delito, lo que excluirá a aquellos que precisamente por ser víctimas de éstos hayan podido acceder a la residencia por motivos humanitarios, como vimos anteriormente.

Por su parte la reciprocidad, aplicable según el artículo 3º del R.D. 738/97 a los no residentes habituales, es un canto de sirenas, ya que es ilusorio pensar que terceros estados

²⁰ Art. 34 LO 4/2000, según redacción dada por la LO &.

²¹ Art. 27.8 del derogado RD 1119/86, de 26 de Mayo, por el que se aprobó el reglamento de ejecución de la LO 7/85 (B.O.E. de 12 de Junio de 1986).

²² Art. 63.10 del RD 155/96.

²³ Miquelt Calatayud, J.A. "Consideraciones sobre el Derecho administrativo sancionador operativo en el foro de la extranjería" Cuadernos de Derecho Judicial "Extranjería" CGPJ, 1994, pág. 287 y 399.

²⁴ Art. 56.9 del RD 155/96.

puedan reconocer ayudas económicas y asistencias a víctimas de delitos, sobre todos aquellos estados de donde procede la inmigración irregular, países del Magreb, África Subsahariana, Latino América y países del Este, debido a su precaria situación económica²⁵.

Incluso para aquellos extranjeros frente a los cuales ya se había iniciado un procedimiento de expulsión, el R.D. 155/96, en su artículo 107.4, preveía la posibilidad de que la autoridad administrativa, a instancias del fiscal, valorase la inejecución de la expulsión, o incluso se facilitase el regreso a España de aquellos extranjeros que sean víctimas, perjudicados o testigos en un procedimiento penal y se considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales. Quizás es en este precepto donde más parca se mostraba nuestra normativa, ya que no se refería a la revocación de la orden de expulsión, sino tan sólo a una suspensión transitoria por el interés público existente de colaborar con la administración de justicia, lo que nada impedía que una vez celebrado el juicio pudiera procederse a su ejecución.

²⁵Ver cuadros de residentes por nacionalidades en Pajares, M. “ La inmigración en España”, edi. Icaría-Antrazyt. Barcelona 1999. Pags.139,144,145 y 150.

Esta redacción ya ha sido superada por el actual párrafo 4º del artículo 59 de la Ley 4/2000, que según nuestra opinión, pese a conservar la mayor parte del antiguo texto si supone una novedad importante²⁶.

Es cierto que los incentivos legales a la delación en el ámbito de la ley de integración, distan en mucho del concepto de delación que en el ámbito del derecho penal conocemos, ya que aquí el delator no es responsable de la comisión de un hecho delictivo, sino víctima, perjudicado o testigo de éste, pero a su vez responsable de una infracción administrativa a la ley de extranjería²⁷.

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 59. COLABORACIÓN CONTRA REDES ORGANIZADAS

²⁶Véase infra.

²⁷Apartados a), b), o incluso f) del art. 53 o c) del art. 52 de la LO 4/2000, según redacción dada por la LO &

El artículo donde se regula la delación es el 59 de la Ley de extranjería, titulado “colaboración contra redes organizadas”²⁸. Título que no recoge el verdadero ámbito de

28

1. El extranjero que haya cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos al efecto o no haya cumplido con su obligación de declarar la entrada y se encuentre irregularmente en España o trabajando sin permiso, sin documentación o documentación irregular, por haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a las autoridades competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico o coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando en el proceso correspondiente contra aquellos autores.

2. Los órganos administrativos competentes encargados de la instrucción del expediente sancionador harán la propuesta oportuna a la autoridad que deba resolver.

3. A los extranjeros que hayan quedado exentos de responsabilidad administrativa se les podrá facilitar a su elección, el retorno a su país de procedencia o la estancia y residencia en España, así como permiso de trabajo y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente ley.

4. Cuando el ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa competente a los efectos de que se valore la inejecución de su expulsión y, en el supuesto de que se hubiese ejecutado esta última, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a

aplicación, ya que en el texto en ningún momento se exige que el autor actúe en el marco de una asociación ilícita²⁹.

Requisitos: De forma acumulativa se exigen:

España durante el tiempo necesario para poder practicar las diligencias precisas, sin perjuicio de que se puedan adoptar algunas de las medidas previstas en la ley Orgánica 19/94, de 23 de Diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

²⁹Art. 515 del C.P. según redacción dada por la D.F. 3ª de la LO 4/2000.

1º) Que el extranjero haya cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos o no haya cumplido con su obligación de declarar la entrada³⁰, aunque entrara por los pasos habilitados. Tal entrada puede producirse cruzando una frontera exterior o interior de la Unión en España. Como primer error de esta regulación encontramos que queda fuera de la aplicación de este beneficio el que haya entrado por los pasos habilitados y haya declarado la entrada, aunque posteriormente su estancia devenga irregular, circunstancia que concurre en un gran número de personas procedentes de países del Este y de Sudamérica. Estas personas pueden encontrarse ante situaciones de abuso o de tráfico de personas a las que luego nos referiremos.

³⁰ Conforme al vigente art. 42 del RD 155/96, que obliga a declarar la entrada al extranjero procedente de un Estado con el que España haya firmado un acuerdo de supresión de controles fronterizos, en el momento de la entrada o en el plazo de 72 horas desde que esta se produjo.

2º) Que se encuentre irregularmente en España, bien de forma originaria, si la entrada fue ilegal, o bien de forma sobrevenida. También podría aplicarse si se encuentra en situación de regularidad administrativa (periodo de estancia o de estudiante), pero está trabajando sin permiso de trabajo, o cuando carezca de documentación, que será una especialidad de la situación de irregularidad, ya que nadie sin documentación puede ser regular, o cuando esta documentación que posea sea irregular, entendiéndose que la ley se está refiriendo al uso de documentos de identidad falsos³¹. Mas difícil de imaginar es cuando sea víctima, perjudicado o testigo de un delito contra los derechos de los trabajadores, ya que la víctima, testigo o perito, nunca podrá ser encajada en alguna de las infracciones a la Ley de Extranjería, si se encuentra en situación de legalidad.

Es criticable que el precepto, al aludir al hecho de que haya cruzado la frontera, y que se encuentre en España, deje fuera de su aplicación a los que intenten entrar³² o a quienes puedan ser retornados en frontera³³, aún cuando estas personas hayan sido víctimas, testigos o perjudicados por los delitos a los que nos referiremos a continuación.

³¹ Hecho que con el Código penal de 1995 es impune, pues sólo se castiga el uso del documento falso presentado en juicio o para perjudicar a otro, art. 393 del C.P. El anterior Código Penal preveía esta situación, tipificándola como delito en el art. 310.

³² Art. 58.2 b) de la LO 4/2000, según redacción dada por la LO \$.

³³ Art. 26 y 60 de la LO 4/2000, según redacción dada por la LO \$.

Mayor problema interpretativo presenta el supuesto de devolución por haber contravenido una prohibición de entrada tras haber sido expulsado³⁴. Estas personas sí han cruzado la frontera por puestos no habilitados, al igual que se encuentran de forma irregular en el país, por lo que podrán encuadrar dentro del ámbito de aplicación de estos beneficios, pero el problema surge cuando el art. 59 se refiere a la exención de responsabilidad administrativa y en particular a que no será expulsado. Y ello es así, porque el que entró tras la prohibición de entrada no puede ser objeto de expulsión, sino de devolución. Además surge la duda si esa devolución sería una sanción o una coacción administrativa directa³⁵. Si la naturaleza jurídica de esa figura³⁶, fuese la de una coacción administrativa directa o la de una ejecución administrativa, mediante la compulsión personal, no sería posible aplicar en estos casos los beneficios de la delación, ya que el art. 59 se enmarca dentro de un expediente sancionador³⁷; sin embargo si fuese, como ya hemos mantenido, una sanción³⁸, no debería existir ningún impedimento para aplicar los beneficios de la delación al que pudiera ser objeto,

³⁴ Art. 58.2 a) de la LO 4/2000, según redacción dada por la LO \$.

³⁵ Rodríguez Candela, J.L. y García España E. “La devolución del extranjero” Revista la Ley 3 de Septiembre de 1996, n? 4114.

³⁶ Art. 58.2 de la LO 4/2000, según redacción dada por la LO &.

³⁷ Según el párrafo 2º del art. 59 de la LO 4/2000.

³⁸ Según la conclusión a la que llegamos en nuestro trabajo sobre la devolución citado ut supra, que se ve refrendado por la inclusión de ésta dentro del títuloIII de la Ley, titulado “de las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”.

dentro de un expediente sancionador, de la sanción de devolución por haber infringido una prohibición de entrada.

Por otro lado debe existir una relación de causalidad entre esta situación irregular y el haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos (art. 318 bis del código penal)³⁹; inmigración ilegal (art. 313 del C.P.); de tráfico ilícito de mano de obra (art.312.1 del C.P.)⁴⁰; o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad (art. 188.2 del C.P.), en este último supuesto entiendo que no podrían recogerse los demás tipos del 188 ni los del 187, ya que la situación de irregularidad no devendría, como así lo exige el artículo comentado, de la situación de explotación sexual, de ahí que lo limite al favorecimiento de la entrada, estancia o salida del territorio nacional con el propósito de su explotación sexual. En este sentido discrepo de Huertas González ⁴¹, quien lo amplía a los tipos del 187 y demás del 188 del C.P. lo que parece contrariar al propio párrafo 1º del art. 59, cuando habla de denunciar a los autores o cooperadores de **dicho tráfico**, lo que significa que es precisa una operación de tráfico de personas, como dice el párrafo 2º del art. 188 del C.P.

Se hecha en falta la referencia al párrafo 2º del art. 313 del C.P., referido al empleo de súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan sus derechos laborales. La explicación puede ser que la situación de irregularidad, trabajar sin permiso, no deriva de haber sido víctima, testigo o perjudicado, sino que es precisamente un elemento integrante del tipo, y por lo tanto preexistente a la comisión del hecho delictivo.

Por otra parte, esa relación de causalidad, exigible en todos los supuestos, es

³⁹Introducido por la Disposición Final 2ª de la LO 4/2000.

⁴⁰Modificado por la Disposición Final 2ª de la LO 4/2000.

⁴¹ Huertas González, Rosa “Comentarios a la nueva ley de extranjería” Editorial Lex Nova, Valladolid 2000, pag.289.

difícilmente predicable para los testigos que no sean víctimas o perjudicados, ya que el mero hecho de ser testigos de alguno de estos delitos no le ha colocado en la situación irregular, como exige el precepto. Y si los testigos a los que se refiere, son a las víctimas o perjudicados, su mención es redundante e inútil.

Cabe preguntarse si procede la aplicación del art. 59 cuando el acto de tráfico ilícito no pueda incardinarse en un tipo penal sino en la infracción administrativa tipificada en el apartado b) del art. 55⁴². En principio no encontramos argumento alguno que lo excluya, ya que nunca se refiere el artículo 59 a actos de tráfico constitutivos de delito, por lo que incluiría a los constitutivos de infracción administrativa. El problema será encontrar un acto encuadrable en el apartado b) del art. 54 que no pueda, a su vez, incardinarse en alguno de los tipos delictivos a los que nos hemos referidos. Tan sólo podríamos plantearnos, y no es el objetivo de este trabajo, si quienes induzcan a la inmigración clandestina no formarían parte del tipo penal y si del tipo administrativo, situación bastante inviable, desde mi punto de vista, dada la amplia redacción del art. 318 bis del C.P.⁴³, que recogería como autores, al igual que en el delito de tráfico de drogas, a los inductores y otros partícipes.

⁴²"**Inducir**, promover, favorecer o facilitar, formando parte de una organización con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español siempre que el hecho no constituya delito".

⁴³"Los que promuevan, favorezcan o faciliten...".

A quienes cumplan estos requisitos, el art. 59 ha querido premiarle eximiéndole de responsabilidad administrativa, cualquiera que sea la sanción a imponer, redundando la ley en su expresión cuando manifiesta que no será expulsado, lo que resulta evidente si ha quedado exento de responsabilidad administrativa, pues no olvidemos que la expulsión es una sanción más⁴⁴. No existe una exención de responsabilidad penal, por lo que si la víctima o perjudicado ha participado en la comisión del delito, frente a terceras personas, no frente así mismo, pues la participación de la propia víctima en el delito contra él perpetrado sería impune, debería responder por éste.

Las condiciones legales necesarias para la aplicación del premio a la delación, que deben cumplirse de forma alternativa, son las siguientes:

1º) Que denuncie a las autoridades competentes, policiales o judiciales, no solo el hecho, sino a los autores o cooperadores. Carece de sentido que la ley silencie a otros partícipes.

⁴⁴Art. 57.3 y 4 de la LO 4/2000, según redacción dada por la LO &..

2º) O si coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso, judicial o administrativo, correspondiente contra aquellos autores. La mención referida a los funcionarios policiales de extranjería no debe ser interpretada de forma restrictiva, pudiendo colaborar o cooperar con la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, ya que lo contrario sería absurdo, pues una vez iniciadas las diligencias judiciales el órgano competente para la investigación es el juez, siendo éste el que pueda pedir la participación de la policía. También este párrafo se refiere solo al testimonio contra los autores, pero debería⁴⁵ ampliarse a otros partícipes. Del contenido de este apartado deduzco que no es necesario identificar directamente a los partícipes, pero si deben darse datos suficientes que puedan llevar a su identificación, aún cuando ésta al final no sea posible. Por ello vuelvo a disentir de Huertas González, que exige, para la aplicación de la exención de responsabilidad, que se llegue a obtener una condena por alguno de esos delitos, fundándola en el riesgo de denuncias infundadas o falsas. No obstante la existencia real de ese riesgo, que por otra parte existe en todos los supuestos de delación en el ámbito del derecho penal⁴⁶, no puede descansar sobre el delator la existencia de múltiples circunstancias que impidan el dictado de una sentencia condenatoria, como podría ser la rebeldía del reo. Basta, por tanto, la seriedad de la delación, así como la esencialidad de los datos proporcionados y la efectividad y valor de la cooperación⁴⁷ pues lo contrario, lejos de beneficiarle le convertiría en un delincuente por

⁴⁵Op. cit. ut supra, pag. 288.

⁴⁶ Tráfico de drogas, art. 376 del C.P.; delitos de terrorismo, art. 579; en supuestos de víctimas de chantajes, art. 171.3, etc.

⁴⁷ Aja, Eliseo y otros “La nueva regulación de la Inmigración en España” Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pag.166.

cometer el delito de denuncia falsa o falso testimonio en causa penal en contra del reo. Ese fué el espíritu que presidió el debate parlamentario, según obra en el diario de sesiones⁴⁸.

TRAMITACIÓN

⁴⁸ DSCD Comisiones n? 745 de 10 de Noviembre de 1999.

El párrafo 2º del art. 59 confiere a los órganos competentes para la instrucción del expediente sancionador, que según el art. 104 del R.D. 155/96, aún vigente, es la policía nacional, la facultad de hacer la propuesta al órgano competente para resolver dicho expediente, el Delegado del Gobierno en las comunidades uniprovinciales o el Subdelegado en el resto⁴⁹. Nada impide el que pueda realizarse a propuesta de parte legítima, como sería el propio interesado, o bien de oficio por el propio órgano competente para resolver el expediente⁵⁰.

Aprobada la propuesta, consistente en declarar exento de responsabilidad administrativa al extranjero, se le podrá facilitar a su elección, o bien el retorno a su país de procedencia, corriendo el Estado español con todos los gastos, incluso con la posibilidad de dotar a esta persona de una subvención⁵¹, o la concesión de permiso de trabajo y residencia⁵², así como facilidades para su integración social.

Por último, el párrafo 4º del art. 59, es de aplicación a aquellos supuestos en los que no se ha aplicado el premio a la delación, bien porque ésta es posterior a la resolución de expulsión, o bien porque la autoridad administrativa entendió que no procedía su aplicación por no concurrir alguno de los requisitos a los que hemos hecho referencia. En este supuesto nos estamos refiriendo tan solo a los expedientes sancionadores que terminaron con resolución

⁴⁹ Art. 55.2 de la LO 4/2000, según redacción dada por la LO &.

⁵⁰ Huertas González, Op. Cit. Pag. 288

⁵¹ Ya existen en los programas sociales del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales con cargo al 0'52 % del IRPF, líneas de actuación preferentes en el sentido de ayudas al retorno.

⁵² En el sentido que ya vimos al comienzo de este trabajo.

de expulsión, no a las sanciones económicas.

También puede aplicarse este precepto cuando el perjudicado, víctima o testigo lo sea por delito distinto a los recogidos en el párrafo primero⁵³, es decir, podemos aplicar este apartado, cualquiera que sea el delito, y siempre dentro del ámbito de la investigación dentro de un proceso penal⁵⁴.

Sorprende que la decisión última, es decir, la valoración de la inejecución de la expulsión o la autorización de regreso del extranjero, quede en manos de la autoridad gubernativa competente, Subdelegado o Delegado del Gobierno respectivamente. Este precepto estaría hurtando a la autoridad judicial la decisión última sobre la cuestión, ya que los testigos se encuentran en todo momento a disposición del órgano jurisdiccional, según se desprende de los artículos 410 y ss y 701 y ss de la L.E.Crim. No debemos olvidar que la autoridad judicial tiene la obligación de remover cuantos obstáculos existan para la consecución de pruebas en un procedimiento penal.

También sorprende que sea una atribución concedida sólo al Ministerio fiscal y no a otras acusaciones personadas ni al propio juez instructor ni al competente para dictar sentencia. El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en el apartado 5º del artículo 3º, exige a éste intervenir en el procedimiento penal, instando de la autoridad judicial cuantas medidas cautelares y prácticas de diligencias sean imprescindibles para el esclarecimiento de los hechos, y una de estas sería la solicitud de paralización de la orden de expulsión de una víctima o testigo del procedimiento penal. Igualmente el artículo 4º.3 le permite requerir el auxilio de las autoridades de cualquier clase, como sería la petición de inejecución de la orden de expulsión dirigida a la autoridad gubernativa competente.

⁵³ Véase supra.

⁵⁴ Bertran Damian, M?. Africa. "Comentarios a la Ley de Extranjería", Edit.Edijus, Zaragoza 2000.

No compartimos la opinión de Huertas González⁵⁵ cuando dice que este apartado es una reproducción literal del texto del reglamento. Y ello es así porque el reglamento decía “inejecución de su expulsión durante el tiempo necesario...”, mientras que la ley habla de “inejecución de su expulsión...”, es decir no parece referirse a una fórmula transitoria sino definitiva, cual si de una suspensión de la ejecución de la pena se tratase, no de una suspensión del procedimiento sancionador en su fase ejecutiva. Idéntica opinión a Huertas mantiene Bertran⁵⁶.

Esta interpretación la entendemos mas acorde con la otra medida o incentivo legal, que se introduce ex novo con la actual legislación, cual es la verdadera delación o lo que es lo mismo, el descubrimiento por parte del extranjero de las actividades delictivas de otras personas.

A nuestro entender, podría dejarse sin efecto la resolución de expulsión y podría otorgársele los correspondientes permisos.

⁵⁵ Op. Cit. ut supra, pag. 288.

⁵⁶ Op. Cit. ut supra.

No podemos llegar a comprender el alcance que se le quiere dar a la aplicación de la ley de protección de testigos, ley orgánica 19/94⁵⁷, a quienes regresen para las prácticas de diligencias. Estamos convencidos que la idea del legislador no fue aplicar los supuestos de protección de estas personas, mediante la reserva respecto de su identidad, sino que nos tememos lo peor, en el sentido de poder aplicar algunas de las medidas restrictivas o limitativas de derechos, tales como conducción y custodia policial, sin el consentimiento del extranjero. Interpretación imposible cuando se introdujo este precepto, con similar redacción, en el reglamento de la ley de extranjería⁵⁸, por afectar a derechos fundamentales, pero hoy posible al estar incluido en una Ley Orgánica.

Si la inexecución de la expulsión, como dice Huertas, fuese transitoria, estas medidas cautelares se establecerían para evitar que el que regrese a testificar pueda eludir la prohibición de entrada vigente tras la resolución de expulsión, permaneciendo posteriormente en nuestro país.

José Luis Rodríguez Candela.

Abogado

Profesor Asociado de Derecho Penal, Universidad de Málaga. Presidente Andalucía Acoge

⁵⁷ LO 19/94, de 23 de Diciembre, BOE 24 Diciembre de 1994.

⁵⁸ Art. 107.4 del RD 155/96.