FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

Circulares

DOCUMENTO ANALIZADO

Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería .

NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

Reforma del Código Penal LO 5/2010.

MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

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

AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

Circular 5/2011.

EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

Esta Circular se emite como complemento o continuación de la Circular 3/2001. En ella se analizan una pluralidad de cuestiones relacionadas con otros aspectos civiles, contencioso-administrativos y penales relacionados con la inmigración y extranjería.

I. Aspectos Civiles. **Después de** : (1) llamar la atención sobre la proliferación de los matrimonios simulados con *la única finalidad de regularizar la situación en España de uno de los contrayentes* ; (2) recordar la extensión y contenido del derecho a contraer matrimonio por las personas; (3) sintetizar la doctrina civilista sobre los matrimonios simulados (supuesto de nulidad absoluta por falta de consentimiento); y (4) recordar que el Ministerio

Fiscal está legitimado (artículo 74 CC) para ejercitar la acción de nulidad (artículo 3.6 EOMF), poder llevar a cabo una actuación preventiva mediante la oportuna supervisión del expediente seguido al efecto ante el encargado del Registro Civil, en el que le compete defender la legalidad y denunciar en su dictamen cualquier impedimento u obstáculo que le conste (art. 247 RRC) en el caso de matrimonios celebrados en el extranjero; y que está habilitado para hacer valer los criterios e indicadores sobre la existencia de un consentimiento simulado (especialmente los recogidos en Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997); **instruye a los Fiscales** para que *extremen su celo, cuando existan datos objetivos que permitan sospechar que se trata de un matrimonio simulado, para impedir la celebración de estos matrimonios de complacencia, lo que exigirá un riguroso examen de la concurrencia de los requisitos esenciales para contraer matrimonio durante la tramitación del expediente en el Registro Civil; en particular, a través del trámite de audiencia reservada y por separado de ambos cónyuges. Asimismo, cuando por cualquier medio se tenga conocimiento a posteriori de la celebración o existencia de uno de estos matrimonios simulados, los Sres. Fiscales deberán ejercitar la acción de nulidad, a fin de evitar que los efectos jurídicos que nuestro ordenamiento vincula a la celebración del matrimonio -en atención al carácter fundamental que esta institución desempeña en la sociedad- se apliquen igualmente a quienes no han tenido verdadera intención de contraerlo.***Esta instrucción se encuentra en pleno vigor en la actualidad** .

II. El segundo apartado se interesa por el tratamiento penal de la inmigración ilegal. Todo este Capítulo ha quedado sin vigencia alguna tras la reforma del Código Penal operada por LO 5/2010 y por la publicación de la Circular 5/2011.

III. En tercer lugar se preocupa de los aspectos contencioso-administrativos. En ella –tras analizar el régimen de recursos y ejecutividad de las sanciones administrativas en el procedimiento ordinario- manifiesta la vigencia de la Circular 3/1998, sobre la Intervención del Ministerio Fiscal en la Nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo y la Consulta 3/2000 acerca de la Competencia de los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Cuestiones de Cuantía Indeterminada en Materia de Extranjería (*vide los comentarios a los referidos documentos*). Del mismo modo –en salvaguarda del principio non bis in ídem- recuerda que si los hechos enjuiciados en vía contencioso administrativa presentan características de infracción penal, procede, la paralización del procedimiento administrativo en tanto se sustancia el procedimiento penal. Si, acabada la instrucción en el procedimiento penal se dictara auto de archivo o sobreseimiento, deberá la autoridad judicial comunicarlo a la autoridad gubernativa a los efectos de continuación del procedimiento sancionador si procediera, puesto que, con absoluto respeto al principio «non bis in idem» y al reconocimiento de que «unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado», como recoge la STC 77/1983, pueden darse supuestos de compatibilidad entre la licitud penal y la ilicitud administrativa de unos mismos hechos como también ha afirmado el Tribunal Constitucional, ATC 355/1991.

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

TEXTO DE LA CIRCULAR

Circular n.º 1/2002, de 19 de febrero, *sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería.*

I. INTRODUCCIÓN

La Circular 3/2001, de 21 de diciembre sobre «actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería» ha establecido los criterios interpretativos que, adaptados a la nueva normativa, deben guiar la actividad del Ministerio Fiscal respecto a los extranjeros en España. No obstante, su contenido se ciñe a aquellas cuestiones relacionadas con la adopción de medidas privativas de libertad, la expulsión de extranjeros y la situación de los menores extranjeros en España.

Ahora bien, un tratamiento integral del fenómeno migratorio tras la situación creada con la normativa actualmente en vigor, representada por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social -reformada por la Ley Orgánica 8/2000- (en adelante LE), y por su Reglamento de Ejecución, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (en adelante RE), impone abordar, además, una serie de aspectos, como complemento a los tratados en la citada Circular 3/2001.

Por ello, a través de la presente Circular se afrontan determinados temas en relación con los distintos órdenes jurisdiccionales, en particular, respecto de las jurisdicciones civil, penal y contencioso-administrativa, estableciéndose las pautas de actuación que deben seguir los Sres. Fiscales.

II. TRATAMIENTO EN EL ÁMBITO CIVIL DE LA INMIGRACIÓN ILEGAL: ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL ANTE LOS MATRIMONIOS SIMULADOS

La proliferación de los denominados matrimonios «blancos» o de complacencia -celebrados con la única finalidad de regularizar la situación en España de uno de los contrayentes, mediante el matrimonio con quien ya se encuentra legalmente en el país- no es una práctica novedosa, sino que es por desgracia ampliamente conocida y utilizada. Frecuentemente, además, como demuestra la experiencia, este tipo de matrimonios son facilitados por redes organizadas que pretenden de este modo retener a sus víctimas en el negocio de la prostitución, a la vez que captan mediante la recompensa de una cantidad de dinero a incautos o personas sin escrúpulos que estén dispuestos a figurar como futuros esposos en el expediente matrimonial seguido al efecto. Ya la Dirección General de los Registros y del Notariado alertó de este fenómeno mediante su Instrucción de 9 de enero de 1995, sobre normas para tramitar el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes esté domiciliado en el extranjero.

Por otro lado, no es éste un fenómeno aislado que tenga lugar sólo en nuestro país, sino una preocupación común en todos los países de la Unión Europea, algo lógico dado que la obtención del permiso de residencia en un país comunitario habilita para trasladarse y moverse libremente por los restantes. Esta preocupación ha quedado plasmada en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos. Esta Resolución define como fraudulento «el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer Estado que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y la residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro».

Se alega en ocasiones que cualquier intento por controlar y erradicar esta práctica puede ser atentatoria contra un derecho esencial de la persona, como es el derecho a contraer matrimonio. Ciertamente, el *ius connubii* ha

sido considerado desde antiguo como uno de los derechos más sagrados e inviolables de la persona. Concretamente, nuestra Constitución reconoce en su art. 32.1 el derecho que el hombre y la mujer tienen a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Aunque dicho artículo esté encuadrado en la sección relativa a los derechos y deberes de los ciudadanos, es evidente que por tratarse de un derecho natural de la persona ha de reconocerse igualmente a los extranjeros que se encuentran en nuestro país. Al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que el ejercicio de este derecho, pese a tratarse de un derecho personalísimo, está regulado por la ley en lo referente a «las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos» (art. 32.2 CE). La autonomía de la voluntad en el ejercicio del *ius connubii* tiene por tanto determinados límites legales -algunos de los cuales son a su vez expresión de exigencias derivadas de la propia naturaleza del matrimonio- que condicionan su ejercicio.

El consentimiento es, con carácter general, un requisito de todo negocio jurídico (art. 1261.1.º CC). De manera particular, el art. 45 CC señala que «no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial», y el art. 73.1º CC establece que «es nulo, cualquiera que sea su forma de celebración, el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial».

Por una parte, es preciso para que concurra el consentimiento válido que no esté afectado por ningún vicio en la formación de la voluntad (error, violencia, intimidación o dolo), ya que en caso contrario el consentimiento prestado sería nulo (art. 1265 CC en general, y art. 73.4.º y 5.º por lo que se refiere al matrimonio). Por otra, el consentimiento ha de tener además un contenido concreto, que consiste precisamente en la aceptación de las obligaciones que nacen del negocio jurídico. En este sentido el consentimiento necesario para contraer matrimonio ha de referirse al objeto característico de éste, es decir, las obligaciones contempladas en los arts. 67 y 68 CC. Por tanto, si la voluntad de los contrayentes no contempla los deberes de convivencia, fidelidad y respeto y ayuda mutuos, no existe consentimiento matrimonial, estando ante lo que la doctrina civilística denomina negocio simulado, por no corresponder la voluntad real de los contrayentes con la exteriormente expresada. Se trata además de una simulación absoluta, ya que el consentimiento real ni siquiera es apto para dar vida a un negocio distinto del declarado, como sucede en los supuestos de simulación relativa a los que parece aludir el art. 1276 CC cuando habla de la expresión de una causa falsa pero válida del contrato (p.e., la donación disimulada mediante una declaración de compraventa). Por ello, frente a la dicción del art. 1261 CC, que menciona el consentimiento en general como requisito de validez de los contratos, el art. 73 CC especifica que el consentimiento necesario para la validez del matrimonio ha de ser el consentimiento matrimonial, es decir, no la mera declaración de voluntad con un contenido indefinido, sino la encaminada a hacer surgir entre los futuros cónyuges las obligaciones específicas del matrimonio. Obsérvese además que el propio art. 73 CC contempla como motivos distintos de nulidad la simulación o falta de consentimiento (n.º 1.º), y la concurrencia de vicios del consentimiento como el error (n.º 4.º) y la coacción o miedo grave (n.º 5.º).

El matrimonio simulado es, en consecuencia, radicalmente nulo por falta de consentimiento, y para ejercitar la acción de nulidad por este motivo está legitimado el Ministerio Fiscal (art. 74 CC), a quien con carácter general le corresponde tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público, en los procesos relativos al estado civil (art. 3.6. EOMF).

El supuesto más frecuente, sin embargo, consiste -como se desprende de las abundantes Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado- en celebrar el matrimonio en un país extranjero y solicitar su inscripción en el Registro Consular. En estos casos, ninguna intervención pueden tener los miembros del Ministerio Fiscal, ya que sus funciones las desempeña el Canciller del Consulado (art. 54 RRC). Sí puede, no obstante, desempeñar un papel activo el Ministerio Fiscal en otros supuestos. Concretamente, al margen de la posibilidad ya citada de ejercitar la acción de nulidad, cabe también una actuación preventiva mediante la oportuna supervisión del expediente seguido al efecto ante el encargado del Registro Civil, en el que le compete defender la legalidad y denunciar en su dictamen cualquier impedimento u obstáculo que le conste (art. 247 RRC).

La Resolución del Consejo de la Unión Europea anteriormente citada indica algunos factores que pueden hacer presumir que se trata de un matrimonio fraudulento, como por ejemplo: el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio; que se equivoquen sobre sus respectivos datos (nombre, dirección, nacionalidad, trabajo), sobre las circunstancias en que se conocieron o sobre otros datos personales; que no hablen una lengua comprensible para ambos; que se haya entregado una cantidad de dinero para que se celebre el matrimonio; etc. Por tanto, cuando se detecten algunas de estas circunstancias en el expediente que se sigue ante el encargado del Registro Civil, es particularmente importante llevar a cabo una actuación diligente en la entrevista reservada y por separado con ambos contrayentes que regulan los arts. 246 y 247 RRC. Ya la citada Instrucción de 9-1-1995 de la Dirección General de los Registros y del Notariado calificó éste como un trámite fundamental y esencial, del que no debe prescindirse ni cumplirlo formulariamente. No se tratará en esta entrevista de indagar sobre los motivos que llevan a contraer matrimonio, o sobre otros aspectos pertenecientes al ámbito de la intimidad de las personas y protegidos por tanto por la obligación de respetar este derecho fundamental, sino tan sólo de constatar si concurren o no algunas de las circunstancias objetivas anteriormente mencionadas, que permitan sostener fundadamente la ausencia de un requisito fundamental como es el consentimiento matrimonial y, consecuentemente, denegar la celebración.

En cualquier caso, hay que considerar igualmente que, si bien el convencimiento acerca del carácter simulado del matrimonio puede obtenerse a través de presunciones (art. 1253 CC), para denegar la celebración se requiere una certeza racional absoluta de la ausencia de consentimiento, sin que basten las meras sospechas susceptibles de ser contradichas por otros indicios igualmente dignos de ser valorados. Esta es también la reiterada doctrina sentada de manera más reciente por la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus Resoluciones: «ante la opción de autorizar un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii,* se ha de elegir la primera alternativa». Esto no se ha de interpretar como una renuncia a combatir la viciosa práctica de la celebración de matrimonios de complacencia, pero sí puede suponer un aumento de la intervención y control judicial a posteriori; como afirma también la Dirección General de los Registros y del Notariado en numerosas Resoluciones: «Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud puedan enjuiciarse las circunstancias del caso concreto».

Por todo ello, se interesa de los Sres. Fiscales que extremen su celo, cuando existan datos objetivos que

permitan sospechar que se trata de un matrimonio simulado, para impedir la celebración de estos matrimonios de complacencia, lo que exigirá un riguroso examen de la concurrencia de los requisitos esenciales para contraer matrimonio durante la tramitación del expediente en el Registro Civil; en particular, a través del trámite de audiencia reservada y por separado de ambos cónyuges. Asimismo, cuando por cualquier medio se tenga conocimiento a posteriori de la celebración o existencia de uno de estos matrimonios simulados, los Sres. Fiscales deberán ejercitar la acción de nulidad, a fin de evitar que los efectos jurídicos que nuestro ordenamiento vincula a la celebración del matrimonio -en atención al carácter fundamental que esta institución desempeña en la sociedad- se apliquen igualmente a quienes no han tenido verdadera intención de contraerlo.

Por último, conviene recordar las posibles implicaciones penales de este tipo de conductas, en la medida en que la actuación de quienes conciertan estos matrimonios puede ser tipificada en ciertos casos como un acto de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración ilegal. En estos casos lo procedente será, una vez haya sido declarada la nulidad del matrimonio por simulación, solicitar la deducción del correspondiente testimonio del procedimiento civil y su remisión al Juzgado de Instrucción competente, al efecto de incoar las oportunas diligencias penales.

III. TRATAMIENTO PENAL DE LA INMIGRACIÓN ILEGAL

Factores de muy diversa índole han contribuido a que España sea uno de los principales destinos de los movimientos migratorios. El estrecho de Gibraltar y las costas mediterráneas y canarias son escenario muy frecuente de la llegada de personas que abandonan sus países de origen en la esperanza de encontrar mejores condiciones de vida. Esa situación ha generado la existencia de un dramático tráfico de seres humanos controlado y dirigido por grupos organizados o asociaciones que imponen a los inmigrantes condiciones de transporte que implican en muchas ocasiones serios riesgos para su vida. En caso de que tales personas logren acceder a territorio español se encuentran en bastantes ocasiones sujetas a un régimen laboral que les impone condiciones que distan mucho del respeto a los derechos mínimos que habrían de serles reconocidos.

El inmigrante se convierte, pues, fruto de la necesidad y de sus ansias de mejora, en víctima de redes organizadas que han hecho reaparecer un terrible tráfico de seres humanos que merece la enérgica respuesta del ordenamiento penal y la atención prioritaria del Ministerio Fiscal en cuanto custodio de los derechos fundamentales, máxime aún si se trata de dispensar protección a los derechos de personas que son calificables de todo punto como desvalidas.

El Código Penal, hasta la reforma introducida en el mismo por la LO 4/2000, dispensaba un tratamiento a este fenómeno disperso en los siguientes tipos delictivos:

— En el Título XV, bajo la rúbrica «De los delitos contra los derechos de los trabajadores» que recogen los siguientes preceptos: art. 312 que castiga a quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen sus derechos; art. 313 que tipifica la conducta de quien promueva o facilite la inmigración clandestina de trabajadores a España; y el art. 314 que incrimina la producción de una grave discriminación en el empleo por razón de pertenencia a una raza, etnia o nación.

— En el Título VIII, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», dentro del Capítulo V dedicado a la prostitución y corrupción de menores, el art. 188.2 castiga el favorecimiento del tráfico de personas con el propósito de su explotación sexual.

Sin embargo, en respuesta al Informe de la Comisión de Política Social y Empleo del Congreso de los Diputados sobre la situación de los españoles que viven fuera de España, así como de los inmigrantes y refugiados que han llegado a nuestro país, de 23 de junio de 1998, que se hacía eco de la necesidad de «tipificar penalmente la utilización de embarcaciones y vehículos para el transporte clandestino de personas y castigar ejemplarmente a quienes, en definitiva, se aprovechan de los más débiles», la LO 4/2000 en su Disposición Final Primera elevó la pena de los arts. 312 y 313; en la DF Segunda introdujo en el CP el Título XV Bis, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», que consta de un único artículo, art. 318 bis; y en la DF Tercera modificó los arts. 515, 517 y 518 CP para incluir entre las asociaciones ilícitas las que promuevan el tráfico ilegal de personas.

La existencia en el CP de los diferentes delitos que han quedado señalados, que abordan desde distintos ángulos la lucha contra el tráfico ilegal de personas, suscita una serie de cuestiones que se tratan en los apartados siguientes.

III.1. Problemas concursales

La introducción del art. 318 bis CP, si bien ha supuesto la superación de algunas de las dificultades existentes en la aplicación de los tipos penales que hasta entonces castigaban la inmigración ilegal, derivadas fundamentalmente de la exigencia por tales preceptos de la condición de trabajadores de los inmigrantes, ha suscitado al tiempo no pocos problemas concursales, que se abordan en este apartado.

III.1.A. Relación concursal entre el art. 318 bis con los delitos contra los derechos de los trabajadores.

La relación del art. 318 bis con los delitos contra los derechos de los trabajadores parte de la diferencia existente entre los bienes jurídicos protegidos, las conductas tipificadas y los sujetos pasivos. En los arts. 311 y ss. se castigan conductas que afectan directamente a los derechos de los trabajadores sean o no extranjeros, en el ámbito de su relación laboral; en el art. 318 bis se protege al ciudadano extranjero sea o no trabajador.

En particular, la coexistencia del art. 318 bis con el art. 313 resulta bastante complicada y su solución no es pacífica en la doctrina.

Por un lado, en los supuestos de tránsito ilegal por territorio nacional o de salida ilegal del mismo de personas, trabajadoras o no, se aplicará el art. 318 bis, al ser supuestos no contemplados expresamente en el art. 313.1 que se ciñe a la inmigración. De esta regla cabe exceptuar la emigración de trabajadores en las especiales condiciones que recoge la conducta del art. 313.2 -favorecimiento de emigración empleando engaño- que reclamaría la aplicación de este tipo penal frente al art. 318 bis.

De otra parte, los supuestos más frecuentes en la práctica son los de entrada ilegal de personas en suelo español, cuya solución exige reparar en el diferente sujeto pasivo de uno u otro tipo.

El tipo del art. 313 exige que el sujeto pasivo sea un trabajador. En concreto, el art. 313.1 se refiere a la conducta de promover o facilitar la inmigración clandestina de «trabajadores» a España. Ha de entenderse que la condición de trabajador se da tanto en quien cuenta ya con un puesto o contrato de trabajo como en aquel que entra en España con la intención de buscar trabajo. Como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Supremo en sentencias 112/98, de 3 de febrero (FJ 3) y 995/2000, de 30 de junio basta para la consumación del art. 313 con la sola realización de actos de promoción o favorecimiento de la inmigración, sin exigirse que se consiga efectivamente la entrada en territorio español ni menos aún la posterior obtención de un concreto puesto de trabajo. Por tanto, para permitir la consideración de trabajador a efectos de aplicación del art. 313.1 es suficiente con que se trate de personas que pretendan el acceso a territorio español con la finalidad de buscar trabajo.

El delito del art. 318 bis.1 castiga, en redacción similar al art. 313.1, al que promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España. No se exige la condición de trabajador del sujeto pasivo.

Por ello, en principio, el art. 313 es ley especial frente al 318 bis.1 al requerir la condición más restringida de trabajador en el sujeto pasivo. Así, en los supuestos de traslado de personas en embarcaciones u otros medios de transporte para acceder clandestinamente a territorio español, debe sostenerse, en principio, la aplicación preferente del art. 313.1 si se tratara de personas que vienen con la clara finalidad de buscar trabajo. A tal criterio de especialidad (art. 8.1), que por sí sólo bastaría para decidir la cuestión, se suma el criterio de la mayor pena (art. 8.4) que impone el art. 313 (prisión de 2 a 5 años y multa de 6 a 12 meses) frente a la del art. 318 bis, tras la reforma operada en aquel por la LO 4/2000.

De otra parte, ha de tenerse en cuenta que se comete el delito con el traslado de una sola persona, siendo indiferente que sean varias -caso en el que se debe entender cometido un único delito y no tantos como personas se haya intentado introducir-, de modo tal que si entre las personas cuya inmigración se facilita se hallara al menos una con la condición de trabajador se aplicará el art. 313, sin que se aplique, además, en concurso de delitos, el art. 318 bis -que quedaría embebido en el anterior (art. 8.3)- por el hecho de que también existan otras personas (ancianos, por ejemplo) en las cuales no concurra la cualidad de trabajador.

Obvio resulta decir que no resultando acreditada la condición de trabajador de ninguno de los sujetos pasivos o no habiendo sido representada dicha condición por el dolo del sujeto activo, vendrá en aplicación el art. 318 bis. De hecho, en la práctica, la conexión del art. 313 con el mundo jurídico laboral ha supuesto una dificultad, a veces meramente probatoria, para la aplicabilidad del precepto que ha venido a ser subsanada con el art. 318 bis. En todo caso conviene tener presente a la hora de formular el escrito de acusación que, por aplicación del principio acusatorio, calificada la conducta por el art. 313 no existe inconveniente -si no se acreditara la condición de trabajador- en la condena por el tipo delictivo del art. 318 bis; supuesto que sería imposible a la inversa.

Mayores dificultades presenta la relación de concurso de leyes entre el art. 313 y los subtipos agravados del art. 318 bis, contenidos en sus apartados 2 a 5. La condición de precepto especial del art. 313 -por restringir el círculo de los sujetos pasivos a los trabajadores- debe llevar a la aplicación preferente del mismo frente a los

subtipos agravados del art. 318 bis. Hubiera sido deseable la existencia de agravaciones especiales también en el art. 313. En todo caso, el art. 313 impone pena mayor que cualquiera de los subtipos agravados del art. 318 bis, a excepción del supuesto de inmigración de personas a través de organizaciones (apdo. 5) cuando concurra, además, alguna de las cualificaciones de los apartados 2 ó 3 del precepto, en tanto que entonces la pena privativa de libertad puede situarse entre 4 y 6 años. Ahora bien, en los casos del art. 313 cometidos a través de asociaciones u organizaciones, dicha incongruencia penológica no es tal si se establece, como resulta obligado, un concurso de delitos entre el delito del art. 313 con el delito de asociación ilícita (arts. 515.6.º y 517 ó 518 CP, según los casos). De otra parte, en los supuestos de concurso de leyes entre el art. 313 y el art. 318 bis 4, la alternativa por el art. 313 impide apreciar la pena de inhabilitación absoluta prevista en el 318 bis para la autoridad, agente o funcionario público que realice la conducta prevaliéndose de su condición, por lo cual debe tenerse en cuenta que en la calificación por el art. 313 deberá interesarse no sólo la apreciación de la agravante genérica del art. 22.7.ª sino, además, la aplicación como accesoria de la pena de inhabilitación especial a tenor del art. 56 *infine* CP.

III.1.B. Relación concursal entre el art. 318 bis con el art. 188.2 CP

El art. 188.2 castiga con pena más grave que la del art. 318 bis el supuesto de tráfico de personas con la finalidad de explotación sexual cuando concurra violencia, intimidación, engaño o abuso de situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima. Este precepto se configura como tipo especial frente al art. 318 bis, lo que resuelve en su favor el posible concurso de leyes.

III.1.C. Relación concursal entre el art. 318 bis con el art. 515.6.º CP

La LO 4/2000 ha añadido al art. 515 un apartado 6.º en el que se incluyen como asociaciones ilícitas «las que promuevan el tráfico ilegal de personas».

Con carácter general debe sostenerse que el delito de asociación ilícita es autónomo respecto de los delitos para cuya comisión se constituye, permitiéndose el concurso de delitos entre ellos, en tanto que la asociación ilícita castiga el hecho de la articulación de una organización con fines delictivos, sin que ello abarque los delitos que se cometan ulteriormente por dicha asociación. Conforme a ello, en los supuestos de trata de blancas a través de organizaciones se dará un concurso de delitos entre el art. 515.6.º y el supuesto del art. 188.2, al no haberse previsto por este precepto una agravación por pertenencia a asociación u organización criminal, como sucede en el art. 187. A igual solución de concurso delictivo habrá de acudir en casos de inmigración clandestina de trabajadores por medio de una organización, ya que el art. 313 tampoco prevé agravación alguna por la pertenencia del sujeto activo a una organización dedicada a estos fines.

Ahora bien, en el caso del art. 318 bis, la solución concursal parece más compleja. El art. 318 bis define la conducta típica empleando la misma expresión que el art. 515.6 al definir la asociación ilícita. Y además recoge en su apartado 5 una agravación por pertenencia a una asociación, incluso transitoria, dedicada a promover el tráfico ilegal de personas. Ante tal situación optar por el concurso de delitos entre el 318 bis 5 y el art. 515.6 infringiría el principio non bis in idem ya que se emplearía dos veces el mismo hecho para agravar la pena. Establecer el concurso de delitos entre el tipo básico del art. 318 bis y el 515.6.º conduciría a la práctica

inaplicación del apartado 5 del 318 bis. Como quiera, además, que el art. 318 bis 5 señala mayor pena que el concurso 318 bis y 515.6.º, la solución del concurso de delitos entre éstos lleva a la absurda situación de que se impondría mayor pena en los casos -menos graves- de asociaciones transitorias (318 bis 5) que si se trata de asociaciones incardinables en el 515.6.º y en concurso con el tipo básico del art. 318 bis. Por ello, aun con las dificultades evidentes de una solución no respaldada jurisprudencialmente y compleja, parece preferible optar en casos de tráfico de personas a través de organizaciones por el concurso de leyes a resolver a favor de la aplicación del art. 318 bis apdo. 5; solución paralela a la que se ofrece en casos de delitos que sí prevén agravaciones cuando el hecho se realiza en el seno de una organización criminal (tráfico de drogas o blanqueo de capitales, por citar ejemplos) que se reputan ley especial frente al art. 515.

III.2. Consideración delictiva de la conducta de promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico de personas de carácter fraudulento

El art. 313 castiga a quien promoviere o favoreciere por cualquier medio la «inmigración clandestina» de trabajadores. El art. 318 bis castiga a los que promuevan, favorezcan o faciliten el «tráfico ilegal» de personas.

Ha de entenderse que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir, sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre extranjería (arts. 25 y ss. LE).

En cuanto a la entrada en territorio español, la ilegalidad resulta patente en todos los casos de paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades. Ahora bien, el delito no debe ceñirse en exclusiva a tales supuestos. Deben también considerarse ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación que, sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones, etc.). La mayor dificultad para detectar tales movimientos inmigratorios, generalmente enmascarados bajo la apariencia de situaciones de legalidad, exige un mayor esfuerzo de investigación y prueba.

En todo caso, deben diferenciarse las siguientes situaciones: la estancia legal que sobreviene ilegal y la entrada ilegal. De una parte, tanto quien favorece el acceso de personas como quien accede en unas determinadas condiciones (v.gr. con fines turísticos), si con posterioridad a tal entrada, por la concurrencia de determinadas circunstancias sobrevenidas, decide incumplir el régimen permitido de acceso, incurrirá en una irregularidad de naturaleza administrativa. De otra parte, quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas, con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que resultan así burlados, incurre en ilícito penal; sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente.

III.3. Problemas probatorios. El mecanismo de exención de responsabilidad administrativa por colaboración contra las redes organizadas

En los supuestos delictivos que venimos tratando, que podrían englobarse bajo la genérica denominación de tráfico ilegal de seres humanos, resulta evidente la importancia del testimonio de la víctima como medio para avanzar en la investigación y descubrimiento de las redes organizadas así como para sustentar una posible condena. Ahora bien, la dificultad para la obtención de testimonios incriminatorios válidos se explica por variadas razones. No cabe desconocer la existencia de organizaciones que imponen métodos tendentes a obtener el silencio de quienes caen en sus redes. Tampoco, en última instancia, la predisposición del extranjero ilegal es favorable a declarar contra aquellos que les proporcionaron la entrada a un mundo que anhelan. Y, finalmente, la posición del extranjero ilegal se sitúa, por una parte, entre la consideración de víctima de un delito de tráfico ilegal y, por otra, en su condición de responsable de una infracción administrativa que le puede acarrear su devolución o expulsión del territorio, lo que agrava, aún más, su reticencia a la colaboración con aquellas autoridades que, en definitiva, tramitan su posible expulsión.

En los escasos supuestos en que las víctimas se han decidido a colaborar ha resultado esencial acudir al mecanismo de la prueba anticipada, a tenor del art. 448 LECrim., obteniendo así una declaración que posteriormente se hacía valer en juicio oral mediante su lectura por la vía del art. 730 de dicho texto. A tal efecto, la jurisprudencia -por todas, STS 263/1998, de 5 de octubre- ha admitido la prueba así obtenida con base en la nacionalidad extranjera de los testigos y en el hecho de agotarse razonablemente las diligencias para su localización y citación.

Debe tenerse en cuenta que el Ministerio Fiscal, a tenor de lo dispuesto en los arts. 59.4 LE y 94.3 RE, podrá (facultad que ya preveía el art. 107 del Reglamento de Extranjería de 1996) dirigirse a la autoridad administrativa para interesar la inejecución de una orden de expulsión o la autorización de regreso a España del ya expulsado, cuando su testimonio se reputare imprescindible en un procedimiento penal.

Parece oportuno señalar, pese a la previsión del art. 59.4 citado y pese a las novedades introducidas en los tres primeros apartados del art. 59 LE -que examinaremos infra-, que los Sres. Fiscales habrán de procurar, en todo caso, que en este tipo de delitos la práctica de las declaraciones se efectúe de acuerdo con las previsiones del art. 448 citado, atajando así cualquier problema que pudiera derivarse de la imposibilidad de obtener la asistencia ulterior al juicio del testigo.

De otra parte, al objeto de facilitar la colaboración en la persecución de estos delitos se ha incluido en el art. 59, apartados 1 a 3 LE y en el art. 94 RE, bajo la rúbrica «Colaboración contra redes organizadas», una novedosa figura que otorga a la autoridad administrativa la facultad de eximir al extranjero ilegal de responsabilidad administrativa, concediéndole permiso de trabajo y residencia o facilitándole a su elección el retorno a su país, en consideración a la colaboración prestada en la persecución de actividades de tráfico de personas.

La competencia para acordar la exención de responsabilidad administrativa corresponde, previa propuesta por el instructor del expediente, a la autoridad administrativa que resuelva sobre la expulsión. El art. 59.1 señala que «podrá» quedar exento de responsabilidad, lo que sin duda exige una decisión que valorando el tipo de colaboración prestada y la situación del extranjero acuerde la concesión o denegación de la exención. Por ello, resulta importante que los Sres. Fiscales que intervengan en algún procedimiento penal por hechos de tráfico

ilícito de seres humanos comuniquen en forma precisa a la autoridad administrativa, con apoyo en el art. 136 RE, la situación de cualquier persona que se halle proporcionando datos o testificando contra los autores del delito, indicando la naturaleza e importancia tanto de la referida colaboración cuanto de los hechos objeto del proceso seguido al efecto. Dicha información deberá ser expresiva del criterio del Fiscal en orden a la conveniencia o no de la exención de responsabilidad, a tenor de los datos de la causa penal.

Pese a la rúbrica de la figura -«colaboración contra redes organizadas»- ha de entenderse que incluye cualquier denuncia o colaboración, ya sea policial o judicial, que permita la investigación o persecución de actos de tráfico llevados a cabo por cualquier persona, sin que se exija que la actividad denunciada sea incardinable en un acto de tráfico cometido por una organización ilícita dedicada a estos fines. Cualquier colaboración en procedimiento por delitos de los comprendidos en los arts. 188.2, 312, 313 y 318 bis CP basta para valorar la procedencia de la exención de responsabilidad administrativa del colaborador, sin que quepa reducir tal posibilidad a los casos en que se establezca concurso con el delito de asociación ilícita o se aplique el subtipo agravado de pertenencia a organización de los responsables. Ello, sin perjuicio, como ya se dijo, de que la autoridad administrativa valore en cada caso la naturaleza de la colaboración y la importancia de los hechos delictivos descubiertos para conceder o no la exención de responsabilidad.

Es de tener en consideración que la concesión de exención incide en la actividad probatoria del Fiscal, a quien le será más fácil contar con el testimonio de los perjudicados por estos delitos. Ahora bien, no cabe olvidar que la declaración como testigo, aun sin haberse obtenido la exención de dicha responsabilidad administrativa, resulta obligatoria y por ello deben, como se señaló, agotarse los mecanismos (particularmente a través de la prueba anticipada) para su consecución.

De igual manera, los Sres. Fiscales deberán tener en cuenta la conveniencia de instar las medidas de protección de testigos prevista en la Ley Orgánica 19/1994, a favor de los extranjeros víctimas de los delitos relacionados con la inmigración ilegal que colaboren contra las redes organizadas, como expresamente previene el art. 59.4 LE y el art. 107.4 RE. Resulta de relevante interés, por el grave desamparo en que muchas veces se encuentran, brindar los medios de protección legales a los testigos víctimas del delito de tráfico ilegal de personas con finalidad de explotación sexual del art. 188.2 CP.

Por último, conviene advertir que los Sres. Fiscales deberán actuar con cautela en estos supuestos de colaboración para evitar que puedan prosperar situaciones de denuncias falsas, huecas o inconsistentes o situaciones de retractación o cese de la cooperación, que tengan sólo por objeto la consecución de una regularización, imposible de obtener de otro modo.

Sólo se ha previsto por el legislador, en el art. 94.1. *in fine* RE, la situación del cese de la cooperación, que lleva anudada la revocación de la concesión de la documentación (permisos de residencia o de trabajo) otorgada al extranjero.

Los otros supuestos (denuncias falsas, simulación de delito, etc.) no están expresamente contemplados. Una primera solución sería la de entender que la comisión del delito de denuncia falsa por el extranjero le sitúa en causa de expulsión a tenor del art. 57.2 LE (ser condenado por delito doloso a pena privativa de libertad superior

a un año), cuya ejecución sobrevendría a la primitiva exención de responsabilidad. Ahora bien, esta solución no es acogible. De un lado, obligaría a esperar a la sentencia condenatoria por denuncia falsa, como se deduce del art. 57.2, a lo que se suma la exigencia (impuesta por el art. 456.2 CP) de esperar previamente al archivo de la causa por tráfico ilegal en la que se formuló tal denuncia. De otro lado, la responsabilidad por el delito de acusación o denuncia falsa suscita el problema derivado de la posible imposición de pena pecuniaria si lo que se reputa denunciado falsamente es un delito menos grave, calificación que merece el tipo básico del art. 318 bis (no así los subtipos agravados de este precepto, ni otros delitos como los de los arts. 188, 312 ó 313 CP), con lo que en tal caso no podría acogerse la solución de expulsión propuesta. Igualmente, en casos de simulación de delitos (art. 457 CP) la pena de multa que lleva aparejado este delito impediría en todo caso acoger la solución de expulsión vía art. 57.2 LE. Por ello, en consonancia con la solución recogida en el art. 94.1 in fine RE para los casos de cese de la cooperación, y en atención a la existencia de un claro supuesto de fraude de ley (art. 6.4 CC), deberá acudirse por la autoridad administrativa, en estos casos de denuncias falsas o de simulación de delitos, a la revisión de la resolución por la que se declaró la exención de responsabilidad y se concedieron los permisos, en tanto que el acto administrativo ha de reputarse nulo de pleno derecho, a tenor del art. 62.1.9 de la Ley 30/1992, para lo cual los Sres. Fiscales que vengan en conocimiento de hechos de esta naturaleza cuidarán de dar traslado de los mismos para ponerlos en conocimiento de la autoridad administrativa, a los efectos oportunos ya expuestos.

III.4. Gravedad de las conductas y adopción de medidas cautelares

La importancia y gravedad de estas conductas, sobre la que conviene ahora advertir, ha sido expresada en reiteradas ocasiones por los órganos de soberanía popular, lo que reclama y exige la decidida actuación del Ministerio Fiscal en su descubrimiento, persecución y castigo. Así, la LO 8/2000 ha destacado la gravedad intrínseca de estas conductas al establecer en su Disposición Adicional Primera que «los Ministerios de Justicia y del Interior adoptarán las medidas necesarias para que la Comisión Técnica constituida en el seno del Ministerio de Justicia para el estudio de la reforma del sistema de penas del Código Penal, examine las modificaciones necesarias en relación con los delitos de tráfico ilegal de personas, en particular en los casos en que intervengan organizaciones que, con ánimo de lucro, favorezcan dicho tráfico». En la misma línea de endurecimiento del tratamiento penal, el Consejo de los Ministros de Justicia e Interior de la Unión Europea, celebrado los días 28 y 29 de mayo de 2001, adoptó una Propuesta de Decisión marco destinada a reforzar el marco penal para la supresión de la ayuda a la entrada y a la estancia irregulares. De otra parte, finalmente, la Propuesta de resolución del Pleno del Congreso de los Diputados de 27 de junio de 2001 insta al Gobierno a «continuar con la lucha firme y decidida contra el tráfico de seres humanos y la explotación laboral de los inmigrantes». Todo lo expuesto permite afirmar que la respuesta penal a hechos de esta naturaleza debe ser, por parte del Ministerio Fiscal, contundente.

En este sentido, en orden a la adopción de medidas cautelares, debe tenerse especialmente en cuenta que el delito de tráfico de seres humanos, en cualquiera de las modalidades delictivas en que se concreta en nuestro CP (arts. 188.2, 312, 313, 318 bis o 515.6.º), es lugar frecuente de prisiones provisionales, por la necesidad, derivada de la propia naturaleza de estas manifestaciones delictivas, de asegurar el enjuiciamiento de los

hechos. Conforme a los criterios expresados en la doctrina más reciente del Tribunal Constitucional sobre la finalidad que debe guiar y que justifica la adopción de esta medida cautelar, expresada, entre otras, en SSTC 14/2000, de 17 de enero y 47/2000, de 17 de febrero, son fines que justifican constitucionalmente la medida los tres siguientes: la necesidad de evitar la fuga de los inculpados, la reiteración de actividades delictivas y la posible destrucción de pruebas mediante coacción a los testigos o a coimputados o de cualquier otra manera. Tales finalidades han de orientar la decisión del Fiscal respecto de la petición de las medidas de prisión y resulta patente que en estas infracciones penales confluyen de una manera especial una serie de riesgos que coinciden con las finalidades expuestas justificativas de la medida.

De otra parte, la previsión del art. 503.2 LECrim, que establece como uno de los criterios para la adopción de prisión provisional que el delito tenga señalada pena superior a la de prisión menor (en virtud de la regla de sustitución recogida en la Disposición Transitoria 11 del CP tal pena se equipara a la de prisión de 6 meses a 3 años), se ve cumplida en la casi totalidad de los tipos penales a que nos venimos refiriendo. Así, la previsión de pena privativa de libertad excede del límite de 3 años en los tipos penales recogidos en los arts. 188.2, 312, 313, 318 bis 2 y 5, y 517.1 CP. Fuera de tales supuestos, en los casos de asociación ilícita de los arts. 517.2 y 518 CP será frecuente que concurran en concurso con otros delitos que merezcan la calificación de graves. Igualmente, el tipo básico del art. 318 bis 1, que señala pena de hasta 3 años de prisión y multa, es difícil que concurra dado el amplio catálogo de supuestos de agravación que recogen los siguientes apartados del precepto, alguno de los cuales (ánimo de lucro, abuso de la situación de necesidad de la víctima o puesta en peligro de la integridad de las personas) concurren muy frecuentemente en este tipo de hechos delictivos. En todo caso, el límite de pena de este tipo básico no impide absolutamente que, conforme al art. 503.2 LECrim. y atendida la doctrina constitucional expuesta, pueda acordarse excepcionalmente la medida de prisión (por un periodo de un año prorrogable por otro).

Además, se recuerda la necesidad de solicitar el Ministerio Fiscal -en su caso- en los escritos de calificación provisional el comiso de los medios de transporte empleados en la comisión de delitos de tráfico de personas en cualquiera de sus modalidades, consecuencia accesoria prevista en el art. 127 CP.

III.5. Especialidades en la sustitución de las penas impuestas a los extranjeros condenados por delitos de tráfico ilegal de personas y en su expulsión

La decisión judicial de sustitución de las penas impuestas a un extranjero, no residente legalmente, por la expulsión del territorio nacional se halla contemplada en el art. 89 CP que prevé dos supuestos:

— Extranjero condenado a pena privativa de libertad inferior a 6 años, pena que podrá serle enteramente sustituida por la expulsión.

— Extranjero condenado a pena de prisión de 6 años o superior y que haya cumplido las tres cuartas partes de su condena, pudiendo sustituírsele la condena restante por la expulsión.

En ambos casos decide dicha sustitución la autoridad judicial, previo informe del Fiscal y audiencia del reo, no pudiendo éste si fuere expulsado regresar a España en un plazo, que se fijará en la resolución judicial, de 3 a 10

años. Si contraviniere dicha prohibición cumpliría las penas sustituidas.

La LO 8/2000 ha añadido al art. 89 citado un último apartado cuarto, a fin de excluir de la posibilidad de sustitución de penas los casos de extranjeros condenados por la «comisión de delitos a que se refieren los arts. 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518 del Código Penal». Por tanto, los extranjeros condenados por estos delitos habrán de cumplir la pena privativa de libertad que les haya sido impuesta sin que sea posible acudir al mecanismo de la expulsión sustitutiva de aquella por decisión judicial.

Debe repararse en que entre los ilícitos penales que enumera el art. 89.4 CP no se recogen todas las modalidades delictivas de tráfico ilegal de personas. Quedan fuera tanto el delito de inmigración clandestina de trabajadores a España o de emigración fraudulenta -art. 313- cuanto el supuesto de tráfico de personas para su explotación sexual -art. 188.2-. Tal exclusión no parece tener justificación alguna. Si la razón de ser del art. 89.4, enmarcado entre las medidas adoptadas para el endurecimiento en la lucha contra la inmigración ilegal, es la de evitar que pueda obtenerse el beneficio de la sustitución de pena por los responsables de delitos de tráfico de personas, se comprende mal que queden fuera de la previsión legal formas de tráfico especialmente graves como son las descritas en los arts. 313 y 188.2.

Por ello, como quiera que la sustitución de pena contemplada en el art. 89.1 CP es facultativa y o imperativa, los Sres. Fiscales, en estos supuestos de condena por los delitos de los arts. 313 y 188.2 CP, valorarán muy especialmente la conveniencia de informar de modo desfavorable la expulsión sustitutiva de la pena.

La previsión del art. 89.4 para los condenados por delitos de tráfico de personas (que se concreta en el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad sin posibilidad de sustitución por la expulsión del territorio) se complementa con lo señalado en el art. 57, apartados 7 y 8 LE, que establecen respectivamente dos medidas:

— No podrá autorizar la autoridad judicial -habiéndose de informar desfavorablemente por los Sres. Fiscales- la expulsión administrativa del territorio nacional de los extranjeros procesados o inculpados por alguno de los delitos recogidos en el art. 89.4 CP.

En definitiva, los Sres. Fiscales habrán de velar en los delitos de tráfico de personas porque los inculpados sean enjuiciados, cumplan efectivamente la pena privativa de libertad que les fuere impuesta y, posteriormente, sean expulsados administrativamente del territorio.

IV. ASPECTOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

IV.1. Régimen de recursos y ejecutividad de las sanciones

Conforme a lo dispuesto en el art. 65 de la LE, «Las resoluciones administrativas sancionadoras, serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes. El régimen de ejecutividad de las mismas será el previsto con carácter general».

Se trata de una reiteración, referida en este caso al ámbito sancionador, de lo dispuesto en el art. 21, cuando

reconoce al extranjero el derecho al recurso contra los actos administrativos. El n.º 2 de este art. 21 completa el enunciado: «El régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería será el previsto con carácter general en la legislación vigente, salvo lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente».

Por tanto, la ejecutividad de las sanciones impuestas en aplicación de la Ley de extranjería seguirá, el régimen general de ejecutividad de las sanciones administrativas. Sólo se excluye el supuesto de la expulsión con carácter preferente, previsto en el art. 63.4 LE.

Debemos pues examinar, en primer lugar, el régimen general de ejecutividad de las sanciones y centrarnos después, en las especialidades en la ejecución de las expulsiones acordadas mediante el procedimiento preferente.

IV.1.A.- Régimen de ejecutividad en el procedimiento ordinario

El régimen general de ejecutividad de los actos administrativos viene determinado en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, en adelante LRJA-PAC, concretamente, en los arts. 56, 94, 111 y 138, conforme a los cuales, los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos. La norma general es que el recurso administrativo no suspende la ejecutividad del acto, aunque atendiendo a las circunstancias de cada caso y sobre todo a los perjuicios que pueda provocar la ejecución del acto, se otorga al órgano administrativo a quien competa resolver el recurso la posibilidad de suspender provisionalmente su ejecución.

Sin embargo, tratándose de sanciones, cuando el art. 6 de la Ley de extranjería remite al régimen general, debemos entender que se refiere al régimen general de ejecutividad en el procedimiento sancionador, que se contiene específicamente en el art. 138 de la LRJA-PAC conforme al cual «La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa».

La imposición de las sanciones administrativas prevista en esta Ley corresponderá al Subdelegado del Gobierno o el Delegado del Gobierno en las Comunidades uniprovinciales conforme a lo dispuesto en el art. 55 de la Ley.

La Disposición Adicional Sexta del Reglamento de ejecución de la LE, prevé, que en la materia sancionadora que nos ocupa, las resoluciones de los Delegados o Subdelegados del Gobierno ponen fin a la vía administrativa: «Las resoluciones que dicten los órganos competentes de los Ministerios de Asuntos Exteriores, del Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales, con base en lo dispuesto en el presente Reglamento, sobre concesión o denegación de visado, prórrogas de estancia o permisos de residencia y permisos de trabajo, así como sobre sanciones gubernativas y expulsiones de extranjeros, pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo interponerse contra éstas los recursos administrativos o jurisdiccionales legalmente previstos».

La forma de ejecutar la sanción de expulsión se establece en el art. 64: «Una vez notificada la resolución de expulsión, el extranjero vendrá obligado a abandonar el territorio español en el plazo que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior a las setenta y dos horas, excepto en los casos en que se aplique el procedimiento

preferente. En caso de incumplimiento se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que se haya de hacer efectiva la expulsión. Si la expulsión no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, podrá solicitarse la medida de internamiento regulada en los artículos anteriores, que no podrá exceder de cuarenta días».

El art. 100 del Reglamento, concreta, la forma para ejecutar la sanción de multa y las resoluciones de expulsión acordadas en el procedimiento no preferente.

Partiendo de la previsión de la Disposición Adicional Sexta según la que las decisiones de los Delegados y Subdelegados del Gobierno ponen fin a la vía administrativa, y por tanto serán ejecutivas, la diferencia principal entre el procedimiento ordinario previsto en el art. 57 y el preferente, será la concesión, en el primero, de un plazo para la salida voluntaria del extranjero, pasado el cual y salvo que la expulsión fuera suspendida por el órgano jurisdiccional al conocer del recurso contencioso administrativo se ejecutará en la forma prevista.

La imposibilidad de adoptar la medida de internamiento mientras se tramita el expediente y tras la resolución, durante el plazo, concedido para la salida voluntaria del extranjero en cumplimiento de la sanción de expulsión adoptada, es otra de las diferencias entre el procedimiento general y el preferente.

IV.1.B. Régimen de ejecutividad en el caso del procedimiento preferente

El art. 63 prevé la tramitación preferente de los procedimientos de expulsión, en los supuestos de las letras a) y b) del apartado 1 del art. 54, Así como la a), d) y f) del art. 53. Lógicamente, son los mismos supuestos en los que cabe solicitar al Juez el internamiento en tanto se tramita el expediente.

El art. 63 dispone: «Cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, se dará traslado de la propuesta motivada por escrito, al interesado, para que se alegue lo que considere adecuado, en el plazo de cuarenta y ocho horas. En los supuestos en que se haya procedido a la detención preventiva del extranjero, éste tendrá derecho a asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos».

En este procedimiento, la especialidad principal está prevista en el art. 63.4 y consiste en que la ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata. Ello significa que la expulsión se llevará a cabo inmediata y forzosamente, y, como hemos visto, sin conceder al extranjero la posibilidad de un plazo para proceder por sus propios medios a salir del territorio.

El art. 112. 5 del Reglamento, insiste en la inmediatez de la ejecución de la expulsión una vez notificada. Puesto que en muchos de los casos, el extranjero estará internado, este artículo prevé que se interese de la propia autoridad judicial el cese del internamiento a efectos de poder llevar a cabo la conducción al puesto de salida.

La suspensión, solo podrá obtenerse del órgano jurisdiccional ante el que se hubiera interpuesto el recurso contencioso-administrativo, previa petición de la adopción de la medida cautelar de suspensión o bien en el caso previsto en el art. 64.3. En este apartado, se admite la paralización de la ejecución de expulsión «cuando se formalice una petición de asilo, hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto conforme a lo dispuesto en la

normativa de asilo».

La inmediatez de la expulsión en este procedimiento preferente no excluye el derecho al recurso, aunque no cabe recurso de alzada puesto que como se ha señalado estas decisiones agotan la vía administrativa. De todas formas, incluso en caso de que se interpusiera el único recurso administrativo posible, el potestativo de reposición, la imposibilidad de suspensión por la Administración se reitera en el art. 112. 6 del Reglamento en el que se afirma que la excepción que supone el régimen preferente no excluirá el derecho de recurso por los legitimados para ejercerlo, sin perjuicio de la inmediatividad de la expulsión y de la improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno en contra de la misma.

Respecto a la constitucionalidad de la ejecutividad prevista en este procedimiento preferente, debemos recordar que el Tribunal Constitucional en Sentencia 66/1984, reiterada posteriormente en multitud de ocasiones mantiene que «la ejecutividad de los actos administrativos sancionadores no es algo indefectiblemente contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, que, por lo demás, se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión».

El hecho de que muchos de los recursos contenciosos contra las órdenes de expulsión se opte por la vía del procedimiento especial, previsto en el art. 53 de la CE y desarrollado en el ámbito de la jurisdicción contenciosa en Capítulo I del Título V de la Ley 29/1998 de 13 de Julio, LJCA, en el que se prevé la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos fundamentales, aconsejan recordar en este momento la vigencia de la Circular 3/1998, sobre la Intervención del Ministerio Fiscal en la Nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo y la Consulta 3/2000 acerca de la Competencia de los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Cuestiones de Cuantía Indeterminada en Materia de Extranjería.

Fundamentalmente, conviene tener presente, la intervención preceptiva del Ministerio Público, en la adopción de medidas cautelares en el procedimiento especial, significadamente en la materia que nos ocupa, informar en relación con la suspensión de la orden de expulsión. Ello, aunque efectivamente, como constataba la Circular 3/1998, el art. 131 de la LJCA habla de «audiencia a la parte contraria», sin mencionar específicamente al Ministerio Fiscal, debido, sin duda, a que la regulación está pensando en el procedimiento ordinario. La falta de mención expresa no es obstáculo para que en su condición de «parte procesal» en el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales, deba informar la adopción de las medidas cautelares.

La justicia cautelar forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es indudable que, la materialización de la expulsión mientras pende el recurso puede causar perjuicios de difícil reparación. Por ello, deberán los Fiscales en sus informes relativos a la suspensión de las órdenes de expulsión, ponderar todos los intereses en juego, valorar los presupuestos de la medida, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* y contrastar las afirmaciones de los hechos alegados para justificar la solicitud de suspensión, arraigo, intereses familiares, sociales o económicos con las pruebas aportadas.

IV.2. Posibles interferencias entre el procedimiento administrativo sancionador y procedimiento penal. Principio «non bis in idem»

La modificación introducida por la LO 8/2000, ha hecho desaparecer la consideración como infracción de la normativa de extranjería del supuesto de infracción previsto en el apartado g) del art. 49 de la LO 4/2000, «La participación por el extranjero en la realización de actividades ilegales», supuesto, que ya se contemplaba en la LO 1/1985 y que dio lugar a no pocos problemas, tanto de dualidad de procedimientos penales y administrativos, como, de dificultades probatorias en los procedimientos administrativos sancionadores. Los problemas probatorios se dieron fundamentalmente, en casos de imputación de la comisión de infracción penal aún no juzgada, considerada como actividad ilegal a los efectos de la imposición de la sanción administrativa.

Múltiples sentencias en el orden contencioso-administrativo revocaron la sanción de expulsión impuesta por causa de la participación en actividades ilegales en atención a la vulneración del principio de presunción de inocencia, remitiendo a la aplicación, en su caso, de la expulsión por decisión judicial, conforme al art. 89 CP.

Pese a la desaparición de este supuesto, subsisten tras la reforma operada por la LO 8/2000, algunas coincidencias, inevitables, entre conductas calificadas como infracciones en la Ley de Extranjería y conductas tipificadas como delito en el Código Penal, piénsese por ejemplo en delitos de traición o de inmigración clandestina. En la mayoría de los casos, la propia ley resuelve la dualidad y apostilla «siempre que el hecho no constituya delito». En el resto, será necesario acudir al principio constitucional de «non bis in idem», integrado en art. 25 de la CE y recogido expresamente en el art. 133 de la LRJA-PAC «no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento».

Evidentemente, en los casos en que la conducta del extranjero por la que se haya incoado el procedimiento administrativo sancionador pueda ser constitutiva de delito, la preferencia del procedimiento penal es indiscutible, y así, se expresa en el art. 7 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Actividad Sancionadora aprobado por RD 1398/1983:

«En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicaran al Ministerio Fiscal solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación».

En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se esté desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitar del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.

2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder; el órgano competente para la resolución del procedimiento acordar su suspensión hasta que recaiga resolución judicial».

Si los hechos presentan características de infracción penal, procede, por tanto, la paralización del procedimiento administrativo en tanto se sustancia el procedimiento penal.

Si, acabada la instrucción en el procedimiento penal se dictara auto de archivo o sobreseimiento, deberá la

autoridad judicial comunicarlo a la autoridad gubernativa a los efectos de continuación del procedimiento sancionador si procediera, puesto que, con absoluto respeto al principio «non bis in idem» y al reconocimiento de que «unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado», como recoge la STC 77/1983, pueden darse supuestos de compatibilidad entre la licitud penal y la ilicitud administrativa de unos mismos hechos como también ha afirmado el Tribunal Constitucional, ATC 355/1991.

En el caso de que el procedimiento penal concluyera con la condena del extranjero, la adopción de la decisión de expulsión dependerá de la aplicación por el Juez de la medida prevista en el art. 89 del Código Penal o en su caso, si tal medida no se adoptara y la condena fuera superior al año, la incoación de un nuevo expediente administrativo para proceder a la expulsión de conformidad con lo dispuesto en el art. 57.2 de la LE.

Con el objeto de evitar que la descoordinación entre las distintas autoridades implicadas lleve a la falta de sanción de conductas infractoras, el Reglamento en el art. 136 pone especial énfasis en recordar la obligación de comunicación de las resoluciones adoptadas.

El n.º 3 del art. 136 impone al órgano judicial la obligación de comunicación a la autoridad gubernativa de la finalización de los procesos judiciales en los que concurran infracciones administrativas a las normas de Extranjería a los efectos de que pueda reanudarse, iniciarse o archivarse el correspondiente procedimiento administrativo sancionador. Igualmente, se recuerda la necesidad de comunicación de todas las condenas impuestas a extranjeros por delito. doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año.

El Art. 136.4.º se refiere al Ministerio Fiscal, para expresar la obligación de comunicación a la autoridad gubernativa de los casos que conozca en los que se encuentre imputado un extranjero por delito menos grave y pudiera estar incurso en alguna de las causas de expulsión, sin que se hubiera incoado el correspondiente procedimiento.

La coincidencia en la descripción de las conductas infractoras y la doble incidencia de la potestad sancionadora administrativa y penal sobre alguna de ellas, exige, por tanto, una cuidadosa vigilancia de las autoridades implicadas en su aplicación. Por un lado, para salvaguardar los derechos del extranjero y por otro, con el fin contribuir a que la aplicación de la Ley sea realmente eficaz.

Por lo que respecta a los Fiscales, además del cumplimiento de las comunicaciones, que expresamente se les impone en el art. 136.4º, deberán cuidar que el órgano judicial comunique a la autoridad gubernativa los archivos, sobreseimientos o sentencias a que se refiere el n.º 3 del art. 136, recordando, si fuera necesario, la necesidad de que se realice esta comunicación antes de que se archiven las diligencias o la ejecutoria, con el fin de que pueda entrar en juego el derecho administrativo sancionador si procediera.