

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Consulta 1/2001, de 9 de mayo, sobre retorno de extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España: alcance y límites.

Referencia: FIS-Q-2001-00001

I. Planteamiento

Los hechos que han dado lugar a la Consulta pueden sintetizarse del modo siguiente:

En la madrugada del 20 de junio de 2000 la Guardia Civil de Mijas interceptó una furgoneta, matrícula de Murcia, en la que viajaban hacinados 37 ciudadanos marroquíes. Muchos de los ocupantes presentaban sus prendas de vestir mojadas por agua de mar, detectándose en el interior del vehículo arena de playa. Igualmente fueron hallados numerosos plásticos donde traían sus ropas secas, algunos de los cuales las cambiaron por las humedecidas tras la detención por la Guardia Civil.

A juicio de la fuerza actuante los ciudadanos marroquíes acababan de desembarcar en algún punto de la costa española entre Tarifa y Málaga y se dirigían a la región de Murcia para establecerse.

Entre las actuaciones practicadas en el atestado levantado al efecto consta la identificación y posterior negativa a prestar declaración de todos los ciudadanos extranjeros y la entrega del atestado y puesta a disposición del español conductor de la furgoneta, único que resultó detenido, a la autoridad judicial.

A los efectos de la Consulta es importante destacar que la fuerza pública solicitó autorización para proceder al retorno de tales ciudadanos a su país de origen, lo que se acordó por el Subdelegado del Gobierno al amparo del art. 54.2.b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En consecuencia, no les fue incoado expediente de expulsión. El acuerdo de retorno fue inmediatamente ejecutado.

La Fiscalía consultante cuestiona y niega la procedencia de la figura del retorno en este caso, entendiendo, por el contrario, que ha de reputarse aplicable el procedimiento de expulsión al concurrir la causa señalada en el apartado d) del art. 49 de la citada norma legal, resaltando las diferencias entre una y otra solución jurídica.

Conviene con carácter previo advertir de las dificultades interpretativas inherentes a la materia que se somete a consulta. Los perfiles que separan las medidas del retorno y de la expulsión son en muchas ocasiones difíciles de establecer y poco nítidos. Existe una zona intermedia que genera dudas acerca de la aplicabilidad de una u otra figura jurídica, en la cual la valoración de las concretas circunstancias fácticas concurrentes se erige en clave para la adopción de una u otra solución.

Es de señalar finalmente que, tras el planteamiento y formalización de la Consulta, la LO 4/2000 ha sido objeto de modificación operada mediante LO 8/2000, de 22 de diciembre. Ello no obsta, sin embargo, a la necesidad y justificación de un pronunciamiento de la Fiscalía General sobre la materia atendiendo a la normativa vigente al momento de producirse los hechos, que resulta de aplicación en la resolución de la Consulta. Todo ello sin perjuicio de

referirnos en el último apartado a la regulación actual que, como veremos, no modifica el sentido de la Consulta.

II. Breve referencia al régimen legal del rechazo, de la devolución y de la expulsión de extranjeros

Se hace preciso distinguir entre tres instituciones reguladas en la LO 4/2000: el rechazo en frontera, la devolución o retorno de extranjeros y, finalmente, la expulsión.

El *rechazo en frontera o denegación de entrada* en territorio español se recogía en los arts. 56 y 24.2 de la Ley. El art. 24.2 señalaba: «A los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para ello y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada». (En la redacción actual se ha añadido que la asistencia letrada podrá ser de oficio y que el alcance de la información se extenderá también al derecho a ser asistido de intérprete).

Esta figura jurídica presupone que la entrada que se pretende efectuar no es clandestina sino, al contrario, conocida de la autoridad española, que, en su caso, la deniega por no cumplirse todos los requisitos procedentes para su autorización. En definitiva, se trata de una institución ajena al problema contemplado en la Consulta.

El *retorno o devolución de extranjeros* se encontraba regulado en el art. 54.2 de la LO 4/2000. Disponía aquel precepto: «No será preciso expediente de expulsión para el retorno de los extranjeros en los siguientes supuestos: a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España; b) *Los que pretendan entrar ilegalmente en el país...*».

El supuesto recogido en el apartado b) transcrito, que es el que nos interesa a efectos de la Consulta, se refiere a los que pretendan entrar ilegalmente en el país. Esta causa de devolución o retorno se regulaba en la anterior Ley de extranjería -Ley Orgánica 7/1985, de 11 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España- en su art. 36.2 que, conjugando el verbo en un tiempo pasado a diferencia de la redacción actual, se refería a «aquellos que hayan entrado ilegalmente en el país».

En cuanto a la *expulsión*, su regulación se recogía en los arts. 53 y concordantes de la LO 4/2000. La causa que es preciso ahora destacar se contenía en el apartado d) del art. 49, que establecía como infracción grave susceptible de motivar la sanción de expulsión «La entrada en territorio español careciendo de la documentación o de los requisitos exigibles, por lugares que no sean los pasos habilitados o contraviniendo las prohibiciones de entrada legalmente previstas».

III. Fundamento de la aplicación del retorno o de la expulsión

La expulsión y el retorno, aunque son reacciones frente a un mismo hecho -la entrada ilícita en territorio español- presentan varias diferencias.

La expulsión constituye una sanción administrativa que lleva aparejada la prohibición de entrada en España por un lapso temporal y que precisa de la tramitación de expediente administrativo de expulsión en el que se acredite la comisión del ilícito sancionable.

El retorno no es propiamente una sanción, sino una medida de restablecimiento inmediato del orden jurídico perturbado, que se acuerda, sin necesidad de incoar expediente de expulsión, por resolución administrativa de la autoridad gubernativa competente para la expulsión y que no lleva aparejada la referida prohibición de entrada.

Otra diferencia estriba en el distinto régimen de la medida cautelar de internamiento en la primitiva redacción de la LO 4/2000. La causa de expulsión del art. 49 d) no permite -a diferencia de lo que sucede con otras como las contempladas en los apartados a), b) y c) del art. 50 y en el apartado g) del art. 49 - el posible internamiento del extranjero sujeto a expediente de expulsión. Ello es así en virtud de lo dispuesto en el art. 58 de la Ley. Por el contrario, si lo que se acuerda no es la expulsión sino el retorno, sí será posible el internamiento a tenor del art. 56, debiendo ser acordado judicialmente, cuando la ejecución de

la medida de retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas. En el supuesto concreto que nos ocupa no se llegó a interesar la medida de internamiento.

La solución de la Consulta exige indagar acerca del fundamento o razón que justifica que la autoridad administrativa ante una entrada ilícita en territorio nacional reaccione mediante la elección de uno u otro instituto jurídico, acudiendo al más expeditivo camino del retorno o tramitando un expediente sancionador de expulsión.

III.1. La distinción entre retorno y expulsión en atención a la efectiva entrada en territorio español

El primer intento de aproximación a esta cuestión ha de venir necesariamente de la interpretación gramatical de la causa de retorno establecida en el art. 54.2.b) de la LO 4/2000, que permite acordar el retorno de «los que pretendan entrar ilegalmente en el país».

El hecho, por un lado, de que la redacción del derogado art. 36.2 -que permitía el retorno de «aquellos que hayan entrado ilegalmente en el país»- haya sido modificada en la vigente LO 4/2000 en términos que limitan los casos de retorno a *los que pretendan entrar* en España, así como, de otra parte, la formulación de la causa de expulsión recogida en el apartado d) del art. 49, antes transcrita, que incluye en la expulsión a los que hubieran entrado en territorio, son dos presupuestos que permiten inferir, desde una interpretación gramatical de tales preceptos, que la LO 4/2000 ha restringido los supuestos de retorno a aquellos extranjeros que no hayan conseguido entrar en territorio español, reservando a los que sí hubieren entrado el expediente de expulsión.

Según la interpretación gramatical pretender entrar es un estadio anterior al hecho de haber entrado en el país. En consecuencia, quien ya ha penetrado en el país no puede ser retornado.

El problema radica en determinar cuándo se produce la efectiva entrada en territorio español. Se abren aquí dos posibles interpretaciones: entender, en primer lugar, que ha entrado en España quien ha llegado a alcanzar el territorio nacional; considerar, en segundo lugar, que no basta por sí sola dicha circunstancia y que debe ser completada con la existencia de un mínimo de inmersión en el tejido social. Veamos ambas posibilidades.

III.1.A) Esta primera interpretación gramatical según la cual entra en España quien alcanza el territorio español nos lleva a consecuencias poco sólidas. La distinción entre *pretender entrar* y *haber entrado* en territorio español según se haya alcanzado o no el mismo, como base de la diferenciación entre retorno y expulsión, choca con un escollo insalvable: la noción de territorio empleada por la LO 4/2000 en orden a entender producida la entrada en España difiere de la noción política de territorio, y ello hace muy difícil e inseguro, si no imposible, fijar con claridad el momento de entrada.

No es posible acudir a la noción política de territorio para concluir que la entrada en el país se produce desde el momento en que se alcanza territorio sujeto a soberanía española. No puede sostenerse que ha entrado en el país y que por consiguiente no puede ser retornado y sí únicamente sujeto a expediente de expulsión, la persona que alcanza suelo, aguas o espacio aéreo español, con independencia incluso de que sea detenido inmediatamente de haberlo alcanzado.

Por ello, para solventar si procede el retorno o la expulsión no podemos atender al hecho de que los inmigrantes hubieran o no accedido a territorio español. Tanto accede quien no ha llegado a desembarcar y se encuentra en aguas españolas (art. 1 de la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre mar territorial) -y si fuere sorprendido en dicho momento procedería su retorno-, como quien desembarca y es sorprendido en dicho acto, como quien es sorprendido sin solución de continuidad tras haberse alejado varios kilómetros del punto de desembarco.

Además, la adopción de la medida de retorno sólo se justifica respecto de quienes hubieren entrado en territorio español. Las autoridades españolas carecerían de potestad para retornar a quien no hubiere traspasado los límites que definen nuestra soberanía.

Por ello, la distinción entre pretender entrar y haber entrado no reside en el hecho de que se hubiera alcanzado territorio español.

III.1.B) La otra línea interpretativa se apuntó por la Fiscalía consultante en el planteamiento de la cuestión, atribuyendo el seguimiento de tal criterio -que reputa erróneo- a la autoridad administrativa que acordó el retorno. Se señala que se entiende producida la entrada en territorio español no solamente desde que se alcanza el mismo sino desde que, en una fase ulterior, se toma contacto, siquiera mínimo, con el tejido social del país. En ese caso procedería la expulsión; de lo contrario, faltando esa mínima relación o ese mínimo establecimiento en España, lo procedente sería acordar el retorno en tanto que no ha culminado el *iter* de entrada.

La devolución o retorno se aplicaría a todo aquel que es sorprendido en condiciones que no dejan lugar a dudas acerca de su absoluta carencia de imbricación, aún mínima, en el entorno social, por cuanto que su detención se produce antes de cualquier viso de establecimiento en España, precisamente en el curso del *iter* desplegado para situarse en el país.

Según esto, en todos aquellos supuestos en que el extranjero detenido conste que se halla, sin solución alguna de continuidad, en el curso del viaje de acceso a territorio español será procedente aplicar la figura del retorno. La carencia en dicho momento de relación alguna, distinta a la generada por el viaje de acceso, del ciudadano extranjero con las circunstancias sociales del país harán, lógicamente, inviable el expediente de expulsión al carecer el sujeto de cualquier posible indicación o referencia donde poder ser citado o localizado.

Sin embargo, tampoco este criterio puede reputarse válido ni seguro. Al margen de la dificultad de integrar esa noción de contacto con el tejido social, así como de fijar un momento en el cual pudiera entenderse producido, cabe pensar en supuestos de efectiva entrada con permanencia prolongada en el país sin la existencia de dicho requisito. Así, por citar un ejemplo, el extranjero que tras su entrada vagare varios días por suelo español de un modo clandestino sin llegar a fijar paradero o residencia ni entablar contactos personales no puede decirse que no haya entrado en España. Además, en los casos frecuentes de negativa por el extranjero a suministrar datos acerca de su real situación en España sería improcedente asimilar la ausencia de datos a la falta de ese arraigo social mínimo.

Por último, ninguna de estas dos posibles interpretaciones que hemos analizado explicarían la causa de retorno recogida en el art. 54.2.a), a tenor de la cual procede el retorno de quien ha contravenido la prohibición de entrada acordada en una previa orden de expulsión de la que fue objeto, puesto que dicho retorno es procedente pese a que el sujeto haya conseguido entrar efectivamente en territorio nacional y se halle incorporado a la dinámica social propia de la comunidad de destino.

III.2. La flagrancia de la infracción administrativa de entrada en España como clave de la distinción entre retorno y expulsión

El retorno del art. 54.2.b) y la expulsión del art. 49.d) son dos institutos que procuran la consecución del mismo efecto: impedir la permanencia en España de quien ha accedido a suelo español indebidamente.

Ante la comisión por un ciudadano extranjero de un ilícito administrativo, cual es el acceso clandestino e indebido a España, el ordenamiento arbitra una doble reacción: retorno o expulsión. La razón de ser de una u otra, con distinto régimen, estriba en el hecho de la flagrancia en la comisión de dicho ilícito administrativo.

Dicha flagrancia explica que no se acuda a expulsar -sí a retornar- a quien ya ha sido expulsado previamente y contraviene la orden de prohibición de entrada en España. En estos casos, art. 54.2.a), la constancia de la infracción es tan patente que el legislador ha optado por no abrir nuevamente expediente de expulsión. No es preciso expulsar a quien ya ha sido previamente expulsado. El retorno actúa al modo de contundente reacción frente a la patente infracción de la prohibición de entrada en España; es decir, como una medida de restablecimiento inmediato del orden jurídico flagrantemente vulnerado.

De otra parte, bajo la expresión legal «los que pretendan entrar ilegalmente en el país», que utiliza el art. 54.2.b), lo que se recoge no es un momento cronológico o espacio-temporal (retorno para los que no han llegado a entrar en el país y expulsión para los que sí lo han logrado), sino que se acota la figura del retorno para aquellos que sean sorprendidos de un modo patente o in fraganti en su acción de entrada ilícita en España. Dicha flagrancia en la

comisión de la infracción administrativa es lo que justifica la respuesta más contundente e inmediata del retorno frente a la de la expulsión.

La LO 4/2000 no atiende al hecho de que efectivamente se haya alcanzado el territorio sujeto a soberanía española para decidir la aplicación de una u otra reacción, sino que se fija en el hecho de que se esté cometiendo en el momento de ser sorprendidos la comisión de tal ilícito administrativo. Procede el retorno o la expulsión según que la infracción de entrada en territorio nacional sea o no flagrante. Si la infracción no ha culminado no procede incoar expediente para acreditar su existencia sino que el legislador ha querido una reacción más directa, la reacción será la de retornar al inmigrante, sin expediente de expulsión y sin que la adopción de la medida lleve aparejada prohibición temporal de entrada en España, impidiendo así que aquel culmine el *iter* de entrada en España. Si la comisión del ilícito administrativo no es flagrante deberá incoarse expediente de expulsión en el cual se habrá de acreditar la comisión de dicha infracción y, en su caso, acordar la expulsión y la prohibición de entrada.

IV. Sobre el carácter flagrante de la acción sometida a consulta

Llegados a este punto es preciso analizar si la conducta de los extranjeros respecto de los que se acordó el retorno puede calificarse de flagrante ilícito administrativo consistente en la entrada indebida en territorio español, lo que de ser así justificaba el retorno.

Resulta pues oportuno abordar, en primer lugar, las notas definitorias del concepto de flagrancia para acercarnos a la solución de la cuestión.

El concepto de flagrancia ha sido recogido en varios textos legales. El art. 18.2 de la Constitución, sin desarrollarlo, se refiere al concepto de «flagrante delito» como uno de los supuestos que permiten la entrada en domicilio sin autorización judicial. El art. 21 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, modeló el concepto de flagrancia en desarrollo del art. 18 CE. A su vez, el derogado art. 779 de la LECrim. efectuaba una definición de delito flagrante, según la cual «Se considerará delito flagrante el que estuviere cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo el delincuente que fuere cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persigan. También se considerará delincuente *in fraganti* aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido el delito con efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehemente de su participación en él».

Por otra parte, la STC 341/1993, de 18 de noviembre, con ocasión de los recursos de inconstitucionalidad formulados contra el art. 21 de la LO 1/1992, antes citada, tuvo ocasión de definir este concepto. A juicio de la meritada sentencia flagrancia es la «situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido -visto directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito» (FJ 8). Señala la citada sentencia que, al margen de las variadas formulaciones legales, doctrinales o jurisprudenciales que de la flagrancia se han dado en nuestro ordenamiento, es nota esencial y consustancial a la noción de flagrancia que la comisión de la infracción se perciba directa o sensorialmente en atención a las circunstancias fácticas en las que se muestra dicha infracción.

Ha de examinarse si tales notas definitorias de la flagrancia concurrían en el concreto supuesto de hecho sometido a consulta. En definitiva, se ha de analizar si la conducta de entrada en territorio español se percibió directa y sensorialmente por las fuerzas de seguridad actuantes de modo que al estimar flagrante dicha conducta determinaba la aplicación de la causa de retorno del art. 54.2.b), al entender que los inmigrantes extranjeros no habían entrado sino que estaban pretendiendo entrar en territorio español.

Y en este sentido, el carácter flagrante de la entrada en territorio español puede afirmarse en el caso que nos ocupa dada la percepción por los agentes de la Guardia Civil de varias circunstancias. En primer lugar, el hecho de que los detenidos se encontraran, según relata la fuerza interviniente, con sus ropas mojadas por agua de mar y fuera encontrada arena de playa en el suelo de la furgoneta en la que viajaban se configura como una nota esencial del carácter

flagrante de la infracción. Además, se señala que algunos de los detenidos portaban en bolsas de plástico ropas secas que aún no habían utilizado y que procedieron a cambiárselas por las mojadas tras la detención y a presencia policial. Tales circunstancias, percibidas por los agentes policiales directamente, permiten afirmar que se dio -utilizando la definición de flagrancia empleada por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes citada- la «situación fáctica en la que el delincuente (infractor administrativo, en nuestro caso) es sorprendido -visto directamente o percibido de otro modo- (...) en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito». Igualmente encajaría tal situación en la definición que de la flagrancia llevaba a cabo el derogado art. 779. Primera de la LECrim, que en su párrafo 4 reputaba flagrante la conducta de quien fuere sorprendido inmediatamente después de cometida la infracción con efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehemente de su participación en la misma.

El hecho de haber sido sorprendidos los inmigrantes con signos inequívocos de la inmediatamente anterior y sin solución de continuidad comisión de la infracción administrativa, consistente en la entrada ilegal en territorio español, justifica la consideración de tal conducta como incluida entre las que recoge el art. 54.2.b) que permite el retorno de aquellos que han sido detenidos cuando pretendían la entrada en España.

Desde tal punto de vista la decisión de la autoridad administrativa autorizando la medida de retorno o devolución interesada por la fuerza actuante se considera acorde con la normativa entonces vigente y en especial con la causa de retorno del art. 54.2.b) de la LO 4/2000.

V. Posible compatibilidad de la medida de retorno con la declaración de los inmigrantes

Finalmente la Fiscalía consultante, en apoyo de la medida de expulsión que estima procedente, señala que con la adopción de la medida de retorno se ha impedido que los inmigrantes pudieran haber prestado declaración en la instrucción de la causa penal seguida contra el conductor de la furgoneta por la presunta comisión de un delito contra los derechos de los trabajadores.

La elección de la medida de retorno o la de expulsión no es óbice para que pueda recibirse declaración a las personas sujetas a cualquiera de ellas. Se trata de una cuestión, no tanto conceptual, cuanto de carácter organizativo, que dependerá en última instancia de la existencia de una adecuada coordinación entre la autoridad policial y las instancias judiciales para hacer compatibles el aseguramiento de fuentes de investigación, e incluso de prueba, del ilícito penal con la adopción de los resortes jurídicos que establece la Ley 4/2000 para restablecer el orden perturbado.

En todo caso, es de señalar que en los antecedentes de hecho de la Consulta se dejó constancia de que todos los sujetos a la medida de retorno expresaron su negativa a prestar declaración ante la autoridad policial, extremo éste que despeja, además, cualquier duda acerca de la improcedencia, en tal caso, de la aplicación a los mismos de la exención de responsabilidades administrativas que se contempla en el art. 55.1 de la Ley.

VI. Incidencia de la reforma operada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, en la materia objeto de la consulta

Como es sabido, la LO 4/2000 ha sido objeto de reforma por la citada LO 8/2000, de 22 de diciembre, cuya entrada en vigor ha tenido lugar el 23 de enero de 2001.

Tal y como se indicó *supra* las citas de preceptos llevadas a cabo en los apartados anteriores de esta Consulta lo son al texto original de la Ley 4/2000, por ser la normativa aplicable en tanto vigente al tiempo de los hechos objeto de análisis.

Sin embargo, es necesario precisar aquí que la citada reforma no afecta a la solución que se ha dado a la Consulta ya que la medida del retorno aparece regulada en iguales términos en el vigente art. 58.2, que permite la devolución de los extranjeros «que pretendan entrar ilegalmente en el país». Es de notar que el nuevo texto legal no ha vuelto a la primitiva redacción de la LO 7/1985 que se refería a la devolución de «aquellos que hayan entrado ilegalmente en el país».

En línea con lo anterior la Exposición de Motivos de la LO 8/2000 indica que «... se ha introducido como infracción sancionable con expulsión la permanencia de forma ilegal en el territorio español, pretendiéndose, con ello, incrementar la capacidad de actuación del Estado en cuanto al control de la inmigración ilegal...».

De acuerdo con lo anterior, no es la entrada sino la permanencia en España lo que constituye infracción castigada con la expulsión y consiguiente prohibición de futura entrada.

VII. Conclusiones

De cuanto antecede cabe extraer las siguientes conclusiones:

1.^a La expulsión constituye una sanción administrativa, que lleva aparejada la prohibición de entrada en España por un lapso temporal, y que precisa de la tramitación de expediente administrativo en el que se acredite la comisión del ilícito sancionado.

2.^a La devolución o retorno no es propiamente una sanción, sino una medida para el restablecimiento inmediato del orden jurídico perturbado que se acuerda, sin necesidad de incoar expediente de expulsión, por resolución administrativa de la autoridad competente y que no lleva aparejada la prohibición de futura entrada.

3.^a La adopción de la medida de devolución o retorno sin previo expediente se justifica en atención a la flagrancia de la infracción administrativa consistente en la entrada ilícita en territorio español.

Es decir, con la expresión legal «los que *pretendan entrar* ilegalmente en el país» que utiliza el art. 54.2.b), se acota la figura del retorno y se aplica a aquellos que sean sorprendidos de un modo patente o in fraganti en su acción de entrada ilícita en España, lo que justifica la respuesta más contundente e inmediata del retorno frente a la de la expulsión.

4.^a Desde tal criterio interpretativo la decisión de la autoridad administrativa autorizando la medida de retorno o devolución en el caso sometido a consulta se considera acorde con la normativa entonces vigente y en especial con la causa de retorno del art. 54.2.b) de la LO 4/2000.

5.^a La elección de la medida de retorno no es óbice para que pueda recibirse declaración a las personas a quienes se aplique la misma.