

EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA, DEVOLUCIÓN, RETORNO Y OTRAS «SALIDAS OBLIGATORIAS» (*)

FRANCISCO VELASCO CABALLERO

SUMARIO: — I. PRELIMINAR: LOS DATOS. — II. TIPICIDAD JURÍDICA DEL EXTRANJERO EN ESPAÑA. — III. SALIDA DEL EXTRANJERO ATÍPICO. DERECHO Y POLÍTICAS DE ALEJAMIENTO. — IV. DEBERES DE SALIDA DEL EXTRANJERO: 1. Salidas de los extranjeros como «sanciones» administrativas. 2. Otras propuestas explicativas. 3. Los «deberes de salida» como sistema explicativo. 4. Deberes de salida en el ordenamiento alemán. 5. Decisiones y medidas de alejamiento en Derecho francés. — V. DEBERES DE SALIDA IMPUESTOS DIRECTAMENTE POR LA LEY: 1. Devolución por entrada ilegal: A) Limitación de la devolución a los casos de entrada ilegal «flagrante». B) La «orden de devolución» como forma de ejecución forzosa. 2. Ejecución forzosa de otros deberes legales de salida: A) Inexistencia de una autorización legal general para la ejecución forzosa de los deberes legales de salida. B) Ejecución forzosa y expulsión. — VI. DEBERES DE SALIDA IMPUESTOS POR LA ADMINISTRACIÓN DE ACUERDO CON LA LEY: 1. Deber de salida por denegación administrativa de entrada. 2. Deber de salida por denegación de prórroga de estancia o permiso de residencia. 3. Expulsión administrativa: A) La expulsión como sanción administrativa. B) Ejecución de la expulsión.

I. PRELIMINAR: LOS DATOS

Empecemos por los datos, que muestran la magnitud de las cuestiones abordadas en este estudio y, simultáneamente, los asuntos de mayor relevancia. Las estadísticas hoy disponibles dicen que en el año 2002 se iniciaron procedimientos de *expulsión* contra 40.131 extranjeros. De los expedientes iniciados se archivaron 749 y el resto concluyó con resoluciones de *expulsión*, que se ejecutaron en 12.159 casos. Esto es: de los procedimientos iniciados casi todos acabaron en resolución de *expulsión*; pero de las resoluciones de *expulsión* sólo una cuarta parte, aproximadamente, fueron

(*) Indicación formal preliminar: a) Todas las cursivas son mías; b) Una lectura normal del texto puede prescindir de los pies de página; en ellos sólo se contienen las fuentes de donde se extraen los enunciados o la nuda referencia bibliográfica a una opinión doctrinal que coincide o disiente de lo afirmado en el texto; c) Las Sentencias extranjeras se citan en la forma acostumbrada en el país de origen.

propia mente ejecutadas. Además, durante el mismo año 2002 fueron *devueltos* 14.275 extranjeros. Por último, 11.383 extranjeros fueron *retornados* desde un puesto fronterizo español (puerto o aeropuerto). Sumando datos tenemos que en el año 2002 fueron 36.817 los extranjeros que tuvieron que salir forzosamente de España (1). De estos datos totales, la abrumadora mayoría se refiere a ciudadanos no comunitarios; si tomamos como referencia los datos de los Estados pertenecientes al espacio de libre circulación «Schengen» tenemos que en el año 2002 hubieron de salir forzosamente de España 12 ciudadanos alemanes; 2 austriacos; 7 belgas; 15 franceses; 1 griego; 10 holandeses; 10 italianos; 15 portugueses; y 1 sueco. El estudio que sigue pretende explicar, en términos jurídicos, los datos estadísticos que anteceden. De las tablas estadísticas de datos extraigo varios puntos de partida que condicionan directa y decisivamente los confines de este trabajo: En primer lugar, todos los datos dan cuenta de extranjeros que *debían abandonar España* (su territorio interior, sus zonas internacionales o sus puestos de control fronterizo) con independencia de la causa que justificase ese deber de salida y con independencia, también, de que finalmente esa salida se llegase o no a materializar; el segundo punto de partida es que las expulsiones, devoluciones y retornos afectan masivamente a *ciudadanos no comunitarios*. A partir de estas premisas ya puedo anunciar que es objeto de este trabajo la racionalización y sistematización de las salidas obligatorias de los extranjeros no comunitarios; se expresen esas salidas en expulsiones, devoluciones, retornos u otras «salidas obligatorias».

(1) Me sirvo de las estadísticas elaboradas por el CEAR-Euskadi, colgadas en el sitio WEB del Colegio de Abogados de Zaragoza (www.extranjeria.info/inicio/index.htm). El dato de las 36.817 salidas obligatorias contrasta con el dato total de «repatriaciones» (74.467) del que informa el «Balance 2002» de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración. La clave de la diferencia notoria de cifras puede estar en que la estadística de CEAR-Euskadi distingue entre expedientes de expulsión incoados y expulsiones efectivamente materializadas. En cambio, parece que la Delegación del Gobierno cuenta entre las «repatriaciones» el número total de expedientes incoados, con independencia de que acabaran o no en sanción de expulsión y de que ésta efectivamente se ejecutase. Esta propuesta de explicación del descuadre de cifras se basa en una comparación selectiva de los datos referidos a países concretos. Así, para el Ministerio del Interior en el año 2002 fueron repatriados 23.381 ciudadanos marroquíes. Y si vamos a los listados que proporciona el CEAR-Euskadi tenemos que: contra nacionales marroquíes se iniciaron un total de 9.418 expedientes de expulsión con detención; se archivaron 5.152 y se materializaron sólo 845 (el resto de las resoluciones de expulsión, por tanto, fueron ineficaces); además, se ejecutaron 264 expulsiones judiciales; y por último, 13.564 ciudadanos marroquíes fueron «devueltos» conforme al art. 58.2 LOEx. Si se suma el total de expedientes de expulsión incoados, más el total de expulsiones judiciales y de ciudadanos marroquíes devueltos, la cifra resultante se aproxima mucho (aunque no es exactamente igual) al del total de repatriaciones de marroquíes que ofrece el Ministerio del Interior. En consecuencia, y a los efectos de este estudio, la referencia del Ministerio del Interior debe ser rechazada por equívoca e imprecisa; al contar como repatriaciones la simple iniciación de procedimientos no sólo confunde al lector, sino que, además, oculta un dato muy relevante: el altísimo número de expedientes archivados y, lo que es más importante, el altísimo déficit de ejecución en las expulsiones ya acordadas.

II. TIPICIDAD JURÍDICA DEL EXTRANJERO EN ESPAÑA

Empecemos por lo obvio. En nuestro Estado de Derecho *el español es, por principio, un sujeto jurídicamente atípico*. Puede ocupar, según sus características, opciones y yerros personales, cualquiera de las situaciones jurídicas definidas en el ordenamiento. Puede, incluso, optar por la ilegalidad sin que de ahí pueda derivar su extrañamiento de España. El español puede por lo pronto, entrar, salir y residir libremente en España; puede ser o no contribuyente (dependiendo de que esté sujeto o no a algún tributo); puede tener recursos económicos o carecer absolutamente de ellos; puede ser recluso o ciudadano libre; puede infringir las normas de control de fronteras u obedecerlas todas; puede contravenir el orden público o respetarlo a pies juntillas. En suma, el español puede actuar no sólo atípicamente (hasta donde le permita el libre desarrollo de su personalidad) sino incluso ilegalmente. Sus posibles formas de vida en España no son tasadas o típicas.

A diferencia del ciudadano español, el extranjero no está facultado ni para entrar ni para definir libremente los términos de su presencia en España. *El extranjero es, siempre, un sujeto jurídicamente «típico»*. Y del mantenimiento de esa tipicidad depende no sólo su presencia lícita en España sino, más allá, el disfrute del derecho fundamental (art. 19 CE) a permanecer en España. Ya está dicho en la jurisprudencia constitucional que el extranjero sólo disfruta del derecho fundamental a entrar circular y residir libremente en España (art. 19 CE) en los términos que —en atención a su condición de extranjero— fijan los Tratados y la Ley (2). Y si la Ley fija formas tasadas de entrada, estancia y residencia, los derechos fundamentales del art. 19 CE quedan condicionados a que el extranjero ajuste su entrada y permanencia a los tipos de la Ley (3).

Por de pronto, la Ley establece un sistema único para la *entrada* en España. La entrada sólo es posible —con carácter general— con la presentación de la documentación en cada caso exigible (documento de identidad, pasaporte, visado, acreditación de medios de vida) y únicamente a través de un paso fronterizo (art. 25 LOEx). Pero además, la Ley tasa los títulos y causas que justifican la *estancia o permanencia* del extranjero. Aparte de la *estancia* limitada como visitante (hasta noventa días: art. 30 LOEx) o como estudiante (art. 33 LOEx: tres meses), el extranjero no comunitario sólo puede encontrarse lícitamente en España como consecuencia de una autorización administrativa de *residencia*, temporal o permanente (art. 29.2 y 3 LOEx) o por hallarse en uno de los supuestos de *tolerancia provisional* por razones

(2) SSTC 94/1993, FJ 3; 242/1994, FJ 4; 86/1996, FJ 2; 174/1999, FJ 4; 52/2002, FJ 4.

(3) Similar: M.C. VIDAL FUEYO, *Constitución y extranjería*, CEPC, Madrid, 2002, p. 203.

humanitarias previstos en la Ley y reconocidos caso a caso por la Administración: menores a la espera de repatriación (art. 35.2 LOEx); extranjeros sin título de residencia pero no susceptibles de expulsión (arts. 53 a) y 57.5 LOEx); extranjeros con presencia ilegal que solicitan asilo (arts. 58.3.1 y 64.3 LOEx); o mujeres embarazadas en situación ilegal (art. 58.3 LOEx). No se incluyen en el grupo de las *tolerancias provisionales* las estancias antijurídicas (porque sobre el extranjero pende un deber de salida) no ejecutables forzosamente por la Administración (4); bien porque la decisión que impone la salida o su ejecución forzosa está suspendida por los Tribunales (arts. 21 y 65 LOEx), bien porque la orden de expulsión, devolución o retorno no ha podido ser ejecutada dentro del tiempo máximo de detención —setenta y dos horas— o internamiento —cuarenta días— que marca la Ley (arts. 58.5; 60.1 y 2; y 64.1 LOEx). Aquí hay, sólo, impedimentos jurídicos o fácticos para la salida de un extranjero que carece de título para estar o residir en España.

Las causas que permiten el disfrute de alguno de esos títulos jurídicos para la permanencia en España son también tasadas; y por eso el extranjero con permanencia lícita en España ha de ser «típico». Para obtener un permiso de residencia, el extranjero-inmigrante ha de ser, alternativamente: rentista (suficiencia de recursos al margen de toda actividad económica en España: art. 31.2 LOEx); trabajador, autónomo o por cuenta ajena (art. 31.2 LOEx); familiar de residente legal (art. 31.2 LOEx); apátrida indocumentable por terceros Estados o asilado (art. 34 LOEx); o menor de edad no repatriable (art. 35.4 LOEx). La concurrencia de alguna de estas causas típicas para la estancia o permanencia ha de ser reconocida expresamente por el Estado (normalmente, por la Administración) a través del procedimiento establecido en la Ley.

Varios son los supuestos en los que el extranjero *deja de ser un visitante o residente «típico» o regular*. En primer lugar porque caduque, se revise o revoque la autorización administrativa que permite la estancia o la residencia. En segundo lugar, porque a la vista de ciertas infracciones administrativas la Administración acuerde, en procedimiento sancionador, que el extranjero debe abandonar España (art. 57.1 LOEx). Y por último, porque sobrevenidamente desaparezcan las razones humanitarias que justificaban la tolerancia provisional del Estado a la presencia del extranjero.

Conforme a lo anterior, el extranjero sólo puede permanecer lícitamente en España si se mantiene dentro de la tipicidad: si entra en la forma única descrita en la Ley; si, además, la Administración comprueba que en el extranjero concurre alguna de las causas legales tasadas que autorizan la

(4) E. SAGARRA I TRIAS, «Un nuevo «status» de extranjero en España (el inmigrante irregular, empadronado, residente trabajando y con orden de expulsión)», en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, núm. 1 (2002), pp. 89 y ss. (p. 95).

estancia o permanencia. Y si, por último, no se quiebra la situación de tipicidad como consecuencia de una decisión administrativa. En quien no concurren los tres requisitos legales descritos es un extranjero simultáneamente atípico e ilegal. O un inmigrante ilegal. A diferencia del nacional español, cuya atipicidad en las formas de vida no implica ilegalidad, el extranjero «atípico» se encuentra simultáneamente en una situación ilegal.

III. SALIDA DEL EXTRANJERO ATÍPICO: DERECHO Y POLÍTICAS DE ALEJAMIENTO

El dato de la tipicidad (en la entrada y en la permanencia del extranjero) vertebraba el actual *Derecho* de extranjería e inmigración. Tanto en España como en el conjunto de la Unión Europea. Más allá del *Derecho* positivo, el dato de la tipicidad (en la entrada y en la permanencia) es también el punto de partida de las *políticas públicas* propuestas o en ejecución en la Unión Europea y en muchos de sus Estados miembros. El inmigrante «típico» es, en términos jurídicos, titular de derechos de libertad, participación y prestación que favorecen su *integración real* en España; en términos políticos el inmigrante «típico» es destinatario de políticas públicas (se formalicen o no en Derecho) encaminadas a su integración social. En cambio, el inmigrante «atípico» o irregular queda al margen del Derecho y de las políticas de integración. Aquí el objetivo del Derecho y de las políticas de inmigración es la *salida, repatriación o alejamiento* de España. A tal fin se disponen medios jurídicos —y administrativos— que, de un lado, impidan las entradas ilegales en España y que, de otro lado, eviten las estancias o residencias sin título jurídico típico. Hablamos aquí de expulsiones, devoluciones, retornos y otras «salidas obligatorias».

El Derecho español de extranjería e inmigración establece el *marco regulador* de las salidas o alejamientos obligatorios de los extranjeros atípicos. Aquel Derecho prevé, como opción político-normativa de principio, la salida del extranjero «atípico». Pero deja amplios espacios de opción o decisión para el Gobierno y la Administración. Esos extensos ámbitos de decisión permiten, de un lado, *políticas públicas de «repatriación» más o menos rigurosas*; y permiten, también, la cohesión del principio general de salida del extranjero atípico con otras normas y principios jurídicos (nacionales o supranacionales). En cuanto a lo último, los ámbitos de opción o decisión que la Ley concede al Gobierno y a la Administración hacen posible la vigencia del *principio de proporcionalidad* (tal y como viene exigiendo con nitidez el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (5)) y

(5) STJCE de 25 de julio de 2002, *Mouvement contre le racisme l'antisemitisme et la xénophobie c. Bélgica*, párr. 78.

permiten el respeto —en cada caso concreto— a los *derechos humanos* reconocidos en el Convenio de Roma de 1950; fundamentalmente, al derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o degradantes (art. 3 CEDH) (6) y al derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), en los amplios términos en que lo ha interpretado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (7), términos amplios que, por lo demás, pueden dar una pauta para la aplicación de nuestro art. 18.1 CE (derecho a la intimidad personal y familiar) en relación con las salidas obligatorias (8).

En España, en la actualidad, la política pública de inmigración está dirigida a optimizar las previsiones legales para la salida obligatoria del extranjero atípico. En esto el Gobierno y la Administración españoles se adaptan a la política de extranjería e inmigración de la Unión Europea (9). Otra cosa es el notorio «déficit de ejecución» apreciable en aquella políticas.

a) La *política de repatriaciones o retornos* está enunciada, en el ámbito europeo, en las conclusiones de los Consejos Europeos de los últimos años, en especial el de Sevilla de 21 y 22 de junio de 2002. En ese Consejo Europeo, luego de enunciarse como principio rector de la política europea de inmigración la adecuación de los flujos migratorios a la «capacidad de acogida de la Unión» (apartado 29.1), se fija para finales de 2002 la aprobación de un «programa de repatriaciones» (apartado 30.3). La política de salidas obligatorias o repatriaciones también está presente en numerosas iniciativas de la Comisión Europea sistemáticamente expuestas en la «Comunicación de la Comisión al Consejo y Parlamento Europeo para una política común sobre inmigración ilegal» (10). Destacan en este ámbito la negociación de tratados de readmisión con terceros Estados y los programas para la gestión integrada de fronteras exteriores en el «espacio Schengen», ya comunitarizado (así,

(6) Sobre esta jurisprudencia, L. POMED, «La inmigración, un nuevo reto para la justicia constitucional», ponencia presentada en Seminario de Economía de la Fundación Duques de Soria, Universidad de Salamanca, 26 de noviembre de 2002 (inédito) p. 16.

(7) SSTEDH de 7 de agosto de 1996, *C. v. Bélgica*; 16 de diciembre de 1992, *Niemitz v. Alemania*; 29 de enero de 1997, *Bouchelkia v. Francia*; 19 de febrero de 1998, *Dalia v. Francia*; 11 de julio de 2000, *Clitz v. Países Bajos*.

(8) Así, L. POMED, *La inmigración...*, p. 18.

(9) V. AGUADO I CUDOLÁ, «El control de entrada de los extranjeros en territorio español», ponencia presentada en Seminario de Economía de la Fundación Duques de Soria, Universidad de Salamanca, 25 de noviembre de 2002 (inédito), p. 4; J. DE LUCAS, «Sobre Los presupuestos de una política de inmigración: entre el prejuicio y el beneficio», ponencia presentada en Seminario de Economía de la Fundación Duques de Soria, Universidad de Salamanca, 25 de noviembre de 2002 (inédito), pp. 8 y 12.

(10) COM (2001) 672 final.

el programa «OISIN» o concretas operaciones de coordinación policial frente a la inmigración ilegal, como la reciente operación «ULISES») (11).

b) Lo mismo se puede decir de la política pública española de «acogida limitada». En el Programa GRECO 2001-2004 (Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración en España) se contempla como «línea básica» de actuación (apartado III.2) la «regulación de los flujos migratorios» a fin de que los residentes extranjeros se correspondan con la «capacidad de acogida limitada» que se predica de España. En concordancia con esta «línea básica» se prevén, entre otras «acciones», la contingentación de los inmigrantes mediante un sistema de cupos (acción 1.3 a) y la potenciación de los controles fronterizos (acción 3.2). El resultado eficaz de aquellas acciones será, obviamente, la salida de los extranjeros que rebasen la «capacidad de acogida limitada» de España. Ciertamente es que el programa GRECO no fija como acción singularizada la salida obligatoria de los extranjeros excedentes, pero es obvio que esa política pública existe y que es el complemento necesario e implícito del propio programa GRECO. Así se explica que en el balance político del año 2002, ofrecido por la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, se vincule expresamente la política de contingentes con la «lucha contra la inmigración ilegal» (12) y que se ofrezcan los datos totales sobre «repatriaciones» de inmigrantes «clandestinos» (13). De menor calado, pero expresivas también de la política pública de repatriación de extranjeros son las numerosas operaciones policiales destinadas a identificar y expulsar o devolver a inmigrantes clandestinos o irregulares (así, la «operación LUDECO», dirigida contra los grupos de inmigrantes irregulares ecuatorianos y colombianos; o más recientemente el plan «FOCUS» contra la delincuencia (14). Cuestión bien distinta es que, como se desprende de los datos estadísticos expuestos al principio de este trabajo, la política de «repatriaciones» de los extranjeros irregulares sea notoriamente ineficaz; unas veces por los límites legales para esas repatriaciones, otras veces por las dificultades materiales para su completa ejecución. En este punto, por lo demás, la política española de extranjería coincide con la de otros Estados europeos (15).

(11) Más información, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2002, pp. 162 y ss.

(12) «Balance 2002», p. 6 (según el texto de www.mir.es).

(13) «Balance 2002», p. 19.

(14) De esas operaciones policiales queda reflejo en las notas de prensa provenientes del Ministerio del Interior que se encuentran en www.mir.es.

(15) En relación con Alemania, W. BAMBERGER, *Ausländerrecht und Asylverfahrensrecht*, 2. ed., C.H. Beck, München, 1997, p. 2, párr. 4.

IV. DEBERES DE SALIDA DEL EXTRANJERO

Como ya se ha dicho más arriba, el Derecho español de extranjería e inmigración regula diversos supuestos de salida de los extranjeros en situación atípica: expulsión (administrativa o judicial), devolución, retorno, entrega o remisión a otro Estado europeo, repatriación de menores y extradición. De todos estos supuestos de salida vamos a detenernos ahora en la expulsión administrativa, la devolución y el retorno. Primero porque son los tres supuestos de salida más relevantes para el control de la inmigración ilegal; y segundo porque presentan una clara coherencia sistemática que pretendo destacar.

1. Salidas de los extranjeros como «sanciones» administrativas

La Ley de Extranjería regula separadamente la expulsión administrativa (arts. 57.1 y 58.1 LOEx), la devolución (art. 58.2 LOEx) y el retorno de los extranjeros (art. 60 LOEx). Pero los tres supuestos de salida se agrupan en el Título III de la LOEx, que lleva por título «de las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador». Este título responde a la tradición de nuestro Derecho público, que apoya en las sanciones administrativas el cumplimiento de las normas administrativas sustantivas, las que imponen deberes de conducta a los ciudadanos (16). Sin embargo, debajo de esa primera apariencia punitiva de los tres supuestos de salida (expulsión, devolución y retorno) se encuentra una realidad normativa más compleja y diferenciada. Por lo pronto, porque el propio Reglamento de Extranjería (art. 139 REx) regula una «salida obligatoria» que abiertamente carece de carácter punitivo y que es la consecuencia ordinaria de la denegación de un título administrativo —previamente solicitado por el interesado— que autorice la estancia o residencia del extranjero. Es evidente que la denegación de una solicitud no puede tenerse por sanción; y que, por tanto, la «salida obligatoria» del art. 139 REx carece de verdadero contenido punitivo, por más que dicho precepto se ubique en el capítulo IV del Reglamento, que lleva por título «infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador». Más allá de esta imprecisión normativa, tanto la jurisprudencia como la doctrina vienen cuestionando el carácter sancionador de las expulsiones, devoluciones y retornos.

De un lado, la *jurisprudencia* de los últimos años viene identificando diversos supuestos en los que la salida forzada del extranjero carece de todo

(16) F. VELASCO CABALLERO, «Comentario al art. 24 LCGC» en A. MENÉNDEZ y L. Díez-PICAZO, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de los Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 855 y ss (p. 856).

carácter punitivo; es el caso de ciertas devoluciones y de salidas forzadas o expulsiones derivadas de la falta de autorización para la estancia o la residencia. Ha dicho el Tribunal Supremo, en relación con la expulsión por «encontrarse ilegalmente en territorio español» (tipificada en el art. 26.1 a) LOEx de 1985) que «...no tiene el significado de una sanción, sino de una devolución» (17). Y en relación con una *expulsión* por falta de autorización administrativa de residencia (infracción hoy tipificada en el art. 53 a) LOEx) ha dicho también la jurisprudencia que: «...no constituye una sanción [la expulsión] sino la lógica consecuencia derivada de hallarse ilegalmente en España» añadiendo luego que el procedimiento que precede a aquella expulsión no es propiamente un procedimiento sancionador sino «un procedimiento de comprobación de que la interesada reúne las condiciones que la legalidad vigente exige para que una extranjera pueda residir en España» (18). Se sigue aquí la estela de otra jurisprudencia —la constitucional— que ya tenía declarado que la expulsión judicial (hoy prevista en los arts. 89 y 108 del Código penal) no es una pena sino una «medida frente a una conducta incorrecta del extranjero» (19). En relación con la *devolución* por contravención de una prohibición de entrada (en la actualidad, art. 58.2 a) LOEx) también ha dicho la jurisprudencia que «la devolución aquí cuestionada es una manifestación de la propia ejecutividad del acto administrativo incumplido, no teniendo sustantividad propia como para justificar un nuevo procedimiento ni pudiendo ser calificada, tampoco, como un procedimiento sancionador» (20). En lo que hace a la *doctrina*, la más cualificada también ha reparado en que la devolución no es propiamente una sanción administrativa (21), aunque se proponga la extensión de ciertas garantías constitucionales propias de las sanciones.

2. Otras propuestas explicativas

La doctrina, tras constatar que no todas las repatriaciones o salidas de extranjeros tienen carácter sancionador, ha propuesto varios esquemas

(17) STS de 14 de diciembre de 1998, Ar. 10307.

(18) STS 18 de marzo de 2002 (Ar. 3011), dictada en un proceso de impugnación de un Auto que acuerda la no suspensión de una expulsión acordada por falta de autorización administrativa de residencia.

(19) STC 242/1994, FJ 4.

(20) STS de 14 de noviembre de 2001 (Ar. 659 de 2002).

(21) En relación con la devolución del extranjero que pretende entrar ilegalmente en España (art. 58.2 b) LOEx): D. MOYA MALAPEIRA, «La devolución de los extranjeros en el ordenamiento jurídico español», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 62 [2002], pp. 189 y ss, p. 206; también, F.M. DORADO NOGUERAS, «Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador», en M. MOYA ESCUDERO (Coord), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001, pp. 835 y ss (pp. 863 y ss).

explicativos de las expulsiones, devoluciones y retornos regulados en la LOEx. Con estas propuestas se pretende explicar la *ratio* última de que la LOEx establezca un procedimiento complejo y muy garantista para ciertas salidas de los extranjeros (expulsiones) y que la misma Ley establezca formas expeditivas de salida para otros casos (devoluciones y —en menor medida— retornos) (22). Veamos el alcance de estas propuestas explicativas:

a) Se ha distinguido, en primer lugar, entre *sanciones* administrativas (expulsiones) y *medidas policiales* para el aseguramiento de las normas sobre entrada en el país (devoluciones y retornos) (23). Esta distinción tiene, sin duda, un cierto valor explicativo, pero también insuficiencias. Fundamentalmente porque una gran parte de las infracciones al régimen de entrada han de canalizarse en nuestro Derecho a través de la expulsión del art. 57.1 LOEx; es el caso de la *entrada ilegal no flagrante* en territorio español que, conforme al art. 58.2 b) LOEx (en los términos que ha interpretado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de marzo de 2003, FJ 18), no puede dar lugar a una devolución policial: sólo es posible la repatriación del extranjero si la Administración acuerda su expulsión (en procedimiento sancionador) (24). De otro lado, no consigue explicar aquellas expulsiones «no sancionadoras» a las que —según se ha dicho más arriba— viene haciendo referencia nuestra jurisprudencia.

b) Otra explicación propuesta es la que distingue entre las salidas *desde la frontera* o el puesto fronterizo y las que se refieren a extranjeros que *ya se encuentran en el país* (25). Esta explicación también presenta insuficiencias. Básicamente, porque las repatriaciones desde el interior del país presentan dos regulaciones muy diferenciadas: las «expulsiones administrativas» (art. 57.1 LOEx), de un lado, y las «devoluciones» por contravención de una prohibición de entrada (art. 58.2 a) LOEx), de otro lado. De manera que hay más proximidad de régimen jurídico entre la devolución desde el interior (art. 58.2 a) LOEx) y la devolución desde frontera (art. 58.2 b) LOEx) que entre la devolución desde el interior y la expulsión administrativa.

c) Por último, una tercera propuesta de explicación sistemática distingue entre la salida obligada del extranjero por *entrada o intento de entrada*

(22) Con claridad, M.C. VIDAL FUEYO, *Constitución y Extranjería*, p. 246; D. MOYA MALAPEIRA, *Devolución...*, p. 220.

(23) V. AGUADO I CUDOLÀ, *Control de entrada...*, p. 7; D. MOYA MALAPEIRA, *Devolución...*, pp. 203-204.

(24) Así J.M. GARCÍA CATALÁN, *Infracciones, sanciones y procedimiento en la Ley y el Reglamento de Extranjería*, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 59 y 324.

(25) En relación con la LOEx de 1985, C. APRELL LASAGABASTER, *Régimen administrativo de los extranjeros en España*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 191.

ilegal (devolución y retorno) y la salida obligada por *ilegalidad sobrevenida* (expulsión) (26). El valor explicativo de esta propuesta queda limitado, en la actualidad, por el hecho de que conforme al art. 58.2 b) LOEx las entradas ilegales consumadas sólo pueden determinar la salida forzosa del extranjero si media una resolución de expulsión. Además, el mero hecho de que la situación ilegal del extranjero lo sea *ab initio* o sobrevenida no da razón alguna de por qué la jurisprudencia afirma el carácter sancionador de la expulsión y niega ese carácter sancionador, en cambio, a la devolución y al retorno. Aquella propuesta explicativa tampoco explica por sí misma la distinta regulación procedimental que va de la expulsión (arts. 50 y 57.1 LOEx) a la devolución (art. 58.2 LOEx) o al retorno (art. 60 LOEx). Ninguna duda cabe de que partiendo de la realidad es posible distinguir entre el extranjero que entra —o pretende entrar— ilegalmente y el extranjero que, habiendo entrado legalmente, incurre en una situación de ilegalidad sobrevenida. Pero no se trata ahora, creo, de distinguir supuestos de la realidad sino de explicar sistemáticamente por qué la Ley y la jurisprudencia distinguen diversas formas de actuación administrativa para la salida obligatoria del extranjero. En mi opinión, esa explicación se encuentra en que unas veces el deber de salida lo impone directamente la Ley (y aquí la Administración actúa ejecutoriamente) y otras veces lo impone la Administración.

3. Los «deberes de salida» como sistema explicativo

Asumo como punto de partida que —como se ha apuntado ya en la doctrina y en la jurisprudencia— las expulsiones, devoluciones y retornos no se explican hoy suficientemente con la mera atracción del concepto de sanción administrativa. Pero creo también que las propuestas explicativas enunciadas más arriba son insuficientes. Teniendo a la vista la jurisprudencia contemporánea propongo una explicación diferente. Consiste, básicamente, en identificar *diversos «deberes de salida» detrás de la expulsión, la devolución y el retorno*; y luego precisar las formas de ejecución forzosa de aquellos «deberes de salida». Esta propuesta explicativa tiene fuerte arraigo en el Derecho alemán, y nos aleja, en cambio, del Derecho francés.

A mi juicio, la regulación diferenciada de las expulsiones, devoluciones, retornos y otras «salidas obligatorias» no se debe a la mayor o menor cercanía del extranjero respecto de la frontera o puesto fronterizo; ni a que se hagan cumplir normas reguladoras de la entrada o normas atinentes a la permanencia del extranjero. La existencia de formas administrativas más o menos expeditivas para procurar la salida del extranjero se debe —en mi

(26) M.C. VIDAL FUEYO, *Constitución y extranjería*, p. 219.

opinión— a cuál sea en cada caso *el acto jurídico que decide la salida obligatoria* del extranjero. Cuando la decisión de salida la adopta *directamente la Ley*, la tarea de la Administración es ejecutiva; y por lo mismo la Administración no sigue las formas del procedimiento administrativo que concluye en una resolución, sigue los trámites propios de una ejecución forzosa. En cambio, *cuando la Ley no decide la salida sino que permite o autoriza a la Administración* a adoptar esa decisión, la actuación administrativa es impositiva de gravámenes, se cataloguen estos o no como sanciones; y el procedimiento administrativo es el adecuado a una resolución administrativa constitutiva de un deber de conducta.

Según el esquema anunciado tendríamos tres tipos básicos de «deberes de salida» en atención al órgano del Estado que los impone o del que proceden: por resolución judicial (expulsión judicial); por resolución administrativa; y por imposición de la Ley. Como se ve, *la devolución y el retorno no son en sí mismos actos constitutivos de deberes de salida*. Aquí se van a tratar como *formas de ejecución forzosa* de previos deberes legales de salida. De esta forma se explica, creo, la neta diferenciación que tanto la Ley como la jurisprudencia —en menor medida la doctrina— han establecido entre la expulsión administrativa y la devolución; fundamentalmente, en lo que hace a la simplicidad de la devolución frente a la mayor complejidad procedimental de la expulsión. También explica una jurisprudencia creciente que no ve sanción administrativa alguna en la salida forzosa de quien carece de título para la residencia. Y por último —y aunque en ello no me voy a detener en este estudio— la propuesta sistemática permite integrar a la expulsión judicial en un sistema explicativo general.

4. Deberes de salida en el ordenamiento alemán

Un esquema próximo al propuesto se encuentra en el Derecho de extranjería alemán. Fundamentalmente en lo que hace a la distinción elemental, dentro de los «deberes de salida» (*Ausreisepflichten*), entre los impuestos por la Ley y los decididos por la Administración en una resolución concreta (27). Tomo como referencia las explicaciones formuladas a partir de Ley de Extranjería (*Ausländergesetz*) de 9 de julio de 1990; pues aunque esta Ley fue derogada por la posterior Ley de Inmigración (*Zuwanderungsgesetz*) (28), de 20 de junio de 2002, la Sentencia del Tribunal

(27) HAILBRONNER, *Ausländerrecht*, actualización: marzo de 1998, § 42, párrafo 13.

(28) «Ley de Orientación y Restricción de los Flujos Migratorios y para la Ordenación de la Residencia e Integración de los ciudadanos de la Unión Europea y de los Extranjeros» (*Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern*).

Constitucional Federal de 18 de diciembre de 2002 (29) declaró inconstitucional en su integridad —si bien por razones procedimentales— esta última Ley. Con todo, la estructura general de los §§ 50 y ss de la Ley de Inmigración no afectaba sustancialmente al sistema de «deberes de salida» formulado a partir de la Ley de 1990 y que a continuación se explica.

a) Hay deber legal de salida, directamente impuesto por la Ley, cuando el extranjero (no comunitario) carece del preceptivo permiso de residencia (*Aufenthaltsgenehmigung*), a no ser que se encuentre en una situación excepcional en la que no es preceptiva la obtención del permiso, tal y como ocurre con el solicitante de asilo (§ 55.1 AsylVfG). Salvadas las situaciones especiales, la falta de un permiso de residencia, determinante del deber de salida, puede responder bien a que el extranjero siempre careció del permiso (así, porque su estancia original fue como visitante o turista), bien a que el permiso original de residencia ya se ha extinguido *ope legis*: por llegada de su término final o por abandono prolongado del país (§ 44 AuslG). *Aquí el deber de salida procede, inmediatamente, de la Ley*. Así que el extranjero sin permiso de residencia está obligado directamente por la Ley, y con independencia de la causa que determina la falta de ese permiso, a abandonar Alemania. No es necesaria resolución administrativa alguna para que surja el deber de salida (30); así que cuando la Administración comunica al extranjero que concurre en él un deber legal de salida (por las causas apuntadas) y le fija un plazo y puesto fronterizo para el cumplimiento de ese deber, no estaría dictando propiamente una resolución administrativa impugnabile (31). Cuestión bien distinta es la *ejecución forzosa* de ese deber de salida (*Abschiebung* o, cuando media una entrada ilegal, *Zurückweisung*), para el caso de incumplimiento voluntario dentro de un plazo fijado, y que sólo es posible si se dan conjuntamente dos condiciones: primera, que el deber de salida sea *ejecutable* (*vollziehbar*), porque se dé alguno de los supuestos tasados del 42.2 AuslG (entrada ilegal; falta de solicitud de un nuevo permiso después de la extinción del primigenio; y falta de petición de un primer permiso, siempre que ya se haya pasado el plazo máximo para formular la solicitud); y segunda condición, que *no concurra una de las causas humanitarias* que conforme a los §§ 53 a 55 AuslG, permiten la suspensión temporal de la salida coactiva (*Abschiebung*). En este último caso, cuando la ejecución forzosa de la salida queda en suspenso, el extranjero se halla en

(29) BVerfG, 2 BvF 1/02 vom 18.12.2002, Absatz-Nr. (1-180), <http://www.bverfg.de>.

(30) W. BAMBERGER, *Ausländerrecht* p. 119, párrafo 274; HAILBRONNER, *Ausländerrecht*, § 42, párrafos 3 y 12.

(31) W. BAMBERGER, *Ausländerrecht*, p. 119, párrafo 275; HAILBRONNER, *Ausländerrecht* § 42, párrafos 3 y 17.

una situación jurídica formal de «tolerancia» (*Duldung*) prevista y regulada en los §§ 56 y 56a AuslG.

b) Otras veces el deber de salida del extranjero no proviene inmediatamente de la Ley sino que lo impone una *resolución administrativa*: claramente, la que revoca un permiso existente (§ 43 AuslG), y la resolución administrativa de expulsión (*Ausweisung*) por razones de «seguridad y orden público» o para la protección de «intereses relevantes de la República» (§ 45 AuslG). A estos supuestos también se añaden en la doctrina la resolución que deniega un permiso pedido, la que declara la caducidad del permiso de residencia por incumplimiento de una condición resolutoria, y la resolución que revisa (por motivos de legalidad) un permiso existente (32). También en todos estos casos la ejecución forzosa del deber de salida está condicionada a que la resolución administrativa sea ejecutable y a que no concurra una suspensión temporal por razones humanitarias.

5. Decisiones y medidas de alejamiento en Derecho francés

La propuesta sistemática que he formulado más arriba (*supra* 3) se aleja del Derecho francés de extranjería. El eje de este Derecho está en la existencia —siempre— de una *resolución concreta que impone la salida* o, según la expresión característica de aquel ordenamiento, el «alejamiento» (*éloignement*) del extranjero. Aquí no se habla propiamente de sanciones, sino, simplemente, de resoluciones que imponen una obligación de salir de Francia. El alejamiento puede provenir de (33):

a) Una *sanción judicial penal* de prohibición de entrada (*interdiction du territoire*) impuesta por la comisión de un delito de entrada o estancia ilegal tipificado en el art. 19.1 y 2 de la Ordonnance núm. 45-2658, de 2 de noviembre de 1945, relativa a las condiciones de entrada y estancia de los extranjeros en Francia (34). Expresamente establece el art. 19.1.2 de la Ordonnance que «la prohibición de entrada o residencia lleva consigo la reconducción a frontera del condenado». Tratándose de una consecuencia necesaria de la condena penal, no es necesaria una posterior resolución prefectoral (administrativa) para la devolución del extranjero (35). Por último, adviértase ya (y esto es relevante para la comparación con el Derecho español) que la

(32) W. BAMBERGER, *Ausländerrecht*, p. 120, párrafo 278.

(33) Véase la exposición sistemática de F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Droit des étrangers*, PUF, Paris, 2000, p. 125.

(34) El texto original de la Ordonnance ha sido modificado en múltiples ocasiones hasta hoy. El texto consolidado se encuentra en www.legifrance.gouv.fr

(35) J. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Droit des étrangers*, p. 114.

decisión de devolución la adopta el Juez o Tribunal penal, no la Administración. Aunque antes de 1998 la Ordonnance núm. 45-2658 preveía también una prohibición *administrativa* de entrada (*interdiction administrative du territoire*), para casos graves y por el máximo de un año, el claro carácter punitivo de aquella medida llevó a su derogación por medio de la Ley 98-349, de 11 de mayo de 1998 (36).

b) El alejamiento del extranjero también puede provenir directamente de una *resolución administrativa* de: expulsión (art. 23 de la Ordonnance); devolución (*reconduite a frontière*) prevista en los arts. 22 y 26 bis de la Ordonnance; remisión a otro Estado europeo (art. 33 de la Ordonnance); o prohibición de entrada (*refus d'entrée*), ésta última asimilada a las medidas de alejamiento por el art. 27 de la Ordonnance. Así que la Administración nunca ejecuta directamente un deber legal de salida: subsume cada caso en el supuesto de hecho de las normas sobre alejamiento de extranjeros y a partir de ahí decide la imposición, o no, de una resolución que obliga a dejar Francia. De ahí que el deber de salida siempre sea impugnabile y revisable mediante un recurso de anulación ante un Juez administrativo (37). Ciertamente es que antes de dictarse una resolución de devolución (*reconduite a frontière*) por falta de título para la residencia puede cursarse la llamada «*invitation à quitter la France*» (IQF), pero de aquella invitación que informa al extranjero de que su solicitud de permiso de residencia ha sido denegada (art. 22.1.1 de la Ordonnance) o que el tiempo de su permiso inicial de residencia ha expirado y no se ha solicitado su renovación (art. 22.1.2 de la Ordonnance) no deriva directamente el deber de salida, razón por la cual tampoco es impugnabile (38). El deber de salida provendrá, propiamente, del *arreté de reconduite à frontière*.

Como se ve, lo que con más claridad distingue a los Derechos de extranjería alemán y francés es la existencia, o no, de deberes de salida directamente impuestos por la Ley e inmediatamente ejecutables por la Administración.

V. DEBERES DE SALIDA IMPUESTOS DIRECTAMENTE POR LA LEY

El art. 28.3 c) LOEx impone directamente el deber de salida al extranjero que carezca de «una autorización para encontrarse en España». Bajo este enunciado general se comprenden, en realidad, dos grupos de supuestos diversos, de acuerdo con la explicación sistemática que se ha propuesto en

(36) Véase J. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Droit des étrangers*, p. 133.

(37) J. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Droit des étrangers*, p. 136.

(38) CE 14 oct. 1987, *Ramkhalawson*, req. N° 70626.

este estudio. Está, de un lado, la falta de autorización que *deriva de la denegación* —expresa o presunta— de una previa solicitud de visado o permiso de residencia; estos supuestos se analizarán más adelante.

Y están, de otro lado, los casos donde la falta de autorización no se funda en una denegación, pues el extranjero *ni siquiera solicitó autorización o permiso administrativo alguno*. En estos casos el deber de salida del extranjero no proviene de una resolución administrativa (la denegatoria del permiso o la autorización) sino inmediatamente de la Ley, del art. 28.3 c) LOEx. Los supuestos en los que concurre este deber legal de salida pueden ser muy diversos. Entre los más típicos se cuentan el del extranjero que *intenta entrar ilegalmente en España* y el de quien entró legalmente en España (con visado o sin él de acuerdo con el país de procedencia) pero *ha expirado el tiempo máximo* para la estancia y no ha solicitado una prórroga del permiso de estancia o un permiso de residencia. En los casos descritos, el deber legal de salida ex art. 28.3 c) LOEx —por falta de autorización para la estancia o la residencia— ha de cumplirse voluntariamente por el propio extranjero (en ocasiones, con vigilancia policial, lo cual no excluye la voluntariedad). Al igual que se ha subrayado en la doctrina alemana (véase *supra* II.4), para el cumplimiento de ese deber legal de salida ni siquiera es necesario un acto administrativo que conmine a la salida; puede, ciertamente, existir un recordatorio o «advertencia» de la obligatoriedad de la salida, pero ese acto de la Administración «no constituye una resolución de expulsión sino sólo un simple recordatorio de una imposición legal preexistente» (39). Haya o no advertencia previa, el incumplimiento voluntario del deber de salida desencadena su imposición coactiva por parte de la Administración. Aunque, como en seguida vamos a ver, la actual legislación de extranjería no regula de forma completa y directa la ejecución forzosa de los deberes legales de salida; sólo en los casos de entrada ilegal flagrante está prevista en el art. 58.2 b) LOEx una forma específica de coerción administrativa, la devolución. Los demás deberes legales de salida sólo son coercibles mediando una sanción administrativa de expulsión. Veamos en detalle estos supuestos.

1. Devolución por entrada ilegal

Por principio, *quien entra ilegalmente en España carece de título jurídico para permanecer en ella*, sea en forma de estancia, sea como residencia. Por de pronto, quien entra ilegalmente en España no podrá obtener un prórroga de estancia (art. 37.1 b) REx) ni un permiso de residencia (art. 51.2 REx). Y por lo mismo, sobre el extranjero que entra ilegalmente en España

(39) STS de 22 de noviembre de 1993, Ar. 8529.

recae el deber general de salida establecido en el art. 28.3 c) LOEx. Este deber claudica únicamente en los supuestos tasados en los que la propia Ley prevé la «regularización» del extranjero. Hablo de las llamadas «regularizaciones permanentes» (las del art. 31.3 y 4 LOEx) y de las «extraordinarias» (las previstas en la Disposición transitoria 1ª de la Ley Orgánica 4/2000 y en la Disposición transitoria 4ª de la Ley Orgánica 8/2000) (40). En todos estos casos la Ley autoriza al Gobierno y a la Administración a extinguir el deber de salida que pesa sobre quienes entraron ilegalmente en España pero han arraigado ya en el país. Pero fuera de estos casos tasados la regla general es el deber de salida de quien, por haber entrado ilegalmente en España, carece de toda autorización (legal o administrativa) para encontrarse en el país. Cuestión distinta es la coercibilidad de este deber que, como vamos a ver, no está prevista de forma directa y completa en nuestra legislación de extranjería. La LOEx sólo contempla de forma directa la coerción del deber de salida (por entrada ilegal) cuando aquella entrada aún no se ha consumado. Es el supuesto de «devolución» previsto en el art. 58.2 b) LOEx frente a los extranjeros que «pretendan entrar ilegalmente en el país». La devolución es aquí —en mi opinión— la ejecución forzosa del deber de salida (ex art. 28.3 c) LOEx); la coerción administrativa no requiere aquí, entonces, de la previa imposición de una sanción (expulsión) por la comisión de una infracción (como, por ejemplo, la tipificada en el art. 53 a) LOEx) (41).

A) Limitación de la devolución a los casos de entrada ilegal «flagrante»

He dicho que sólo en los casos de entrada ilegal *flagrante* o no consumada rige la devolución del art. 58.2 b) LOEx. Así resulta en la actualidad, con toda claridad, del la STS de 20 de marzo de 2003, por la que se declara la nulidad del art. 138.1 b) REx. Este precepto consideraba expresamente incluidos en el régimen de devolución del art. 58.2 b) LOEx a «los extranjeros que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o en el inte-

(40) El régimen de «regularización» previsto en la Ley Orgánica 8/2000 se desarrolla en el Real Decreto 142/2001 que, en sustancia, viene a corregir la exigencia rigurosa de arraigo que se exigía en el previo Real Decreto 239/2000 (dictado en aplicación de la Disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000). Si en el primer Reglamento de regularizaciones se exigía la acreditación de estancia en España antes del 1 de junio de 1999, en el segundo Reglamento (R.D. 149/2001) se suprime justamente este requisito, exigiéndose la estancia sólo con anterioridad a la entrada en vigor del segundo Reglamento. El arraigo queda cifrado, entonces, en «(H)aber sido titulares de permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia en algún momento de los últimos tres años anteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, o bien haber solicitado permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia en alguna ocasión hasta el día 31 de marzo de 2000, inclusive» (art. 1.2 del Real Decreto 239/2000, sobre regularización de extranjeros (conforme a la Disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000).

(41) En contra, J.M. GARCÍA CATALÁN, *Infracciones...*, pp. 59 y 324.

rior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada». Con sucinta argumentación consideró la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo que esta previsión reglamentaria se excedía del concepto legal, y de ahí su nulidad (42). De esta forma se vino a confirmar el criterio de interpretación estricta del art. 58.2 b) LOEx propuesto tanto por el Ministerio Fiscal (43) como por la doctrina (44). Ahora bien, lo resuelto por el Tribunal Supremo es, únicamente, que el precepto reglamentario (art. 138.1 b) REx) no es conforme con el art. 58.2 b) LOEx. Nada excluye, por tanto, que una modificación de la LOEx — como la ya anunciada por el Ministerio de Justicia — eleve el rango de la norma anulada y, con ello, se extienda la devolución por entrada ilegal más allá de los supuestos flagrantes. Se volvería, con ello, a la regulación hasta ahora contenida en el art. 36.2 LOEx (de 1985) que expresamente preveía la devolución frente a los extranjeros «que hayan entrado ilegalmente en el país». Ciertamente es que en la doctrina se vienen oponiendo reparos a la figura de la devolución, por su carácter expeditivo y supuestamente menos garantista que el procedimiento sancionador propio de la expulsión regulada en el art. 57.1 LOEx. Pero esos reparos no alcanzan a expresarse en parámetros jurídicos constitucionales que pudieran impedir a la Ley la extensión de la devolución por entrada ilegal más allá de los supuestos flagrantes. Además, creo que los reparos frente a la devolución no son necesariamente comparables:

(42) Dice así el FJ 18 de la Sentencia citada: «El artículo que ahora se recurre lo que pretende llevar a cabo es una interpretación del apartado 2.b del artículo 58 de la Ley (...) cuando dice en el apartado 1.b "considerándose incluidos, a estos efectos (pretensión de entrar ilegalmente en el país) a los extranjeros que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada". La cuestión es si el precepto reglamentario va más allá del mandato legal y realiza una interpretación contra Ley, en cuyo supuesto deberá ser anulado. El precepto legal de referencia no ofrece duda de que se está refiriendo a la tentativa de entrada, la expresión "pretender entrar" es concluyente al efecto. Es evidente, por otra parte, que quienes se encuentran en el interior del territorio nacional, por más que estén en ruta o en tránsito, no pretenden entrar ya que ésta es una situación incompatible con la de encontrarse "en el interior", es decir, dentro del territorio nacional, por más que, decimos, estén en ruta hacia un lugar concreto o en tránsito, tanto si esa situación lo es de una localidad a otra del territorio nacional o hacia un país tercero. El precepto legal se refiere de forma estricta al a pretensión de entrar ilegalmente en el país, no a los supuestos de tránsito, una vez en el país, desde un lugar a otro del mismo o hacia un país tercero. El precepto impugnado efectúa, en consecuencia, una interpretación extensiva que va más allá del mandato legal ampliándolo a un supuesto no previsto en éste. Estamos por tanto ante una interpretación contra Ley que aplica un régimen excepcional que no goza de las garantías de la expulsión a supuestos distintos de los legalmente establecidos. Por esta razón el precepto debe ser anulado».

(43) Consulta 1/2001, de 9 de mayo de 2001, conclusión tercera.

(44) J.M. DORADO, *Infracciones...*, p. 866; D. MOYA MALAPEIRA, *Devolución...*, p. 214; J.M. GARCÍA CATALÁN, *Infracciones...*, p. 461.

i) Ningún obstáculo ontológico hay para que el *control administrativo de entrada* reciba una regulación legal especial, distinguida del control difuso sobre la regularidad y tipicidad del extranjero en el interior. Y que la salida del extranjero por entrada ilegal se diferencie también de la expulsión del extranjero que carece de título para la permanencia o que incurre en una infracción del ordenamiento interno. Tampoco hay objeción ontológica alguna a que el control administrativo de entrada (y el consiguiente régimen especial de salida) se desplace desde las fronteras y los puestos de control fronterizo hacia el interior del país. Por de pronto, el Derecho comparado muestra con claridad la posibilidad de un control administrativo de entrada —complementado con un régimen singular de devoluciones inmediatas— que no tenga lugar en la frontera sino en el interior del país. Así, el Derecho alemán prevé expresamente la devolución (*expeditiva*, aunque no carente de garantías) de quien ha entrado ilegalmente en la República (*Zurückschiebung*, prevista en el § 61 AuslG); y distingue claramente esa devolución del «rechazo» (*Zurückweisung*, del § 60 AuslG) desde cualquier lugar de la frontera a quien pretende entrar ilegalmente. Esto es, expresamente se prevé y regula una posibilidad de conducción forzosa a la frontera de quien hace menos de seis meses que entró ilegalmente en el país.

ii) Por lo demás, la existencia de devoluciones más allá del cruce ilegal flagrante está en la propia lógica del Derecho Schengen. El levantamiento de los controles y de la vigilancia fronteriza en el interior del espacio Schengen no supone, pese a las apariencias, ni la eliminación de las fronteras ni la supresión de los controles policiales de entrada. Supone, antes bien, que el control de entrada se relocaliza en las fronteras exteriores y en el interior de los países. Tal y como se describe en el «Catálogo Schengen» (45), el llamado «control integral de fronteras» contempla tanto el reforzamiento de los controles y vigilancia en las *fronteras exteriores* como la intensificación de los *controles en el interior de cada país Schengen*. Ambos criterios se optimizan mediante la devolución de extranjeros con entrada ilegal ya consumada: por un lado, extienden espacialmente la vigilancia de las fronteras exteriores; y por otro lado, refuerzan la eficacia de los controles de entrada en el interior del país. Con lo anterior no vengo a decir que el Derecho Schengen contemple directamente (menos aún que exija) la devolución del extranjero con entrada ilegal consumada; digo únicamente, que la devolución administrativa (como medida expeditiva para el control de entrada en el interior) resulta adecuada al sistema normativo Schengen. De la forma en que cada Estado regule aquella devolución resultará la conformidad con su

(45) «Catálogo de recomendaciones y de mejores prácticas para la correcta aplicación del acervo Schengen», presentado el 28 de febrero de 2002 por el Consejo de la Unión Europea.

ordenamiento constitucional, con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. Pero no hay obstáculo alguno en el acervo Schengen para que los Estados extiendan la devolución administrativa más allá de la frontera-línea y de los puestos fronterizos.

iii) En el caso de España, la idoneidad de la devolución como medida policial para el control de entrada (en el interior) resulta de su propia idiosincrasia geográfica. Pues fuera de las fronteras terrestres de Ceuta, Melilla, Gibraltar y Andorra la *interceptación del extranjero «en la frontera» es más bien ilusoria*. De un lado, una vez suprimidos los controles fronterizos sobre las personas, el cruce de la frontera terrestre con Francia y Portugal no es una operación clandestina e impedida por la policía de fronteras; es un acto notorio, aunque pueda ser ilegal. Aquí el Estado español renuncia a interceptar a extranjeros «en la frontera» y, con ello, a la devolución del art. 58.2 b) LOEx. Similar es la conclusión *cuando la entrada ilegal es por mar*. Hay que tener en cuenta, por de pronto, que «el territorio estatal comprende no sólo el territorio terrestre, sino también ciertos espacios marítimos» (46); así que el «intento» de entrar en España tendrá lugar en el acceso a nuestro mar territorial, esto es, en un momento tan impreciso como es el de cruzar la línea imaginaria de doce millas desde la costa, conforme al art. 3 de la Ley 10/1977, de 4 de enero (47). Y por lo mismo, *el control policial normalmente tiene lugar respecto de quien ya está en España* (en su mar territorial, en sus aguas interiores o ya en la ribera del mar) y es interceptado, detenido e identificado por la policía española conforme a la Instrucción de 3 de agosto de 2001, del Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración (48). Y ya por último, en la *frontera aérea* los frecuentes intentos de entrada ilegal por medio de documentos falsos (49) dan lugar, simplemente, a la denegación de la entrada (art. 26 LOEx) y consiguiente retorno (art. 60 LOEx) y no propiamente a órdenes de devolución.

iv) Hasta aquí sólo me he referido a la idoneidad de las devoluciones para el control administrativo de entrada. Nada he dicho todavía del reproche de falta de garantías que, por comparación con la expulsión del art. 57.1 LOEx, se proyecta sobre la devolución. En mi opinión, y más allá de las apa-

(46) M. DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 361.

(47) En este sentido, J.M. DORADO NOGUERAS, *Infracciones...*, p. 867.

(48) Transcrita íntegramente en J.M. GARCÍA CATALÁN, *Infracciones...*, p. 462 y en la *Revista de Documentación del Ministerio del Interior*, número especial (febrero de 2002), p. 84.

(49) Véanse los datos que aporta J. GARCÍA SANTALLA, «La inmigración ilegal en España», en G. ARIAS FERNÁNDEZ y B. RAMÍREZ SÁNCHEZ (Coords), *Asilo, inmigración y cruce de fronteras*, Madrid, 2000, pp. 113 y ss (p. 115).

riencias, el extranjero no resulta mejor tratado porque se le incoe, ante su entrada ilegal, un procedimiento de expulsión (en lugar de un procedimiento de devolución). Tal y como dispone el art. 58.1 LOEx, «toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años y máximo de diez»; en cambio, la devolución no tiene prevista en nuestro ordenamiento (al igual que en el alemán: § 8.2 AuslG) la prohibición de entrada. Así que, a la vista de las graves consecuencias de la expulsión —frente a la devolución— no parece correcto señalar que la expulsión es una decisión jurídica más favorable para el extranjero. Creo más bien que, en coincidencia con lo que se ha sugerido en la doctrina alemana (50), la devolución es de aplicación preferente frente a la expulsión. Con lo anterior nada se dice sobre la validez constitucional de la devolución regulada en el art. 58.2 b) LOEx. Tan sólo pretendo afirmar que aquella devolución es —comparativamente— una actuación administrativa menos gravosa que la expulsión y que esto tanto puede explicar el régimen *a priori* más garantista del procedimiento de expulsión (por ser un procedimiento sancionador) como abogar por una utilización legal más amplia de la devolución administrativa.

B) La «orden de devolución» como forma de ejecución forzosa

La devolución del art. 58.2 b) LOEx es, en mi opinión, una forma especial de ejecución forzosa de un previo deber legal de salida (el que deriva del art. 28.3 c) LOEx). La comúnmente denominada «orden de devolución» no es una resolución administrativa que establezca ese deber; menos aún se puede calificar a la devolución como sanción (51). Aquella «orden de devolución» no puede tener por destinatario al devuelto sino, lógicamente, a quien debe ejercer la coacción para alejar al extranjero del país. La Administración (Delegación o Subdelegación del Gobierno) dicta una «orden de devolución» a fin de que el extranjero que soporta un deber de salida sea efectivamente repatriado. Así que esa «orden» no es una resolución (del art. 89.1 LRJ-PAC) que defina la situación jurídica del extranjero. La «orden de devolución» no impone el deber de salida, pues este proviene directamente de la Ley (del art. 28.3 c) LOEx).

Ya estaba dicho en nuestra doctrina que el deber de salida del extranjero que pretende entrar ilegalmente en España procede propiamente de la

(50) Si bien allí la opción se ha propuesto a favor de la devolución (Zurückschiebung) frente a la ejecución forzosa de un deber de salida, que lleva aparejada la prohibición indefinida de entrada (Abschiebung): HAILBRONNER, *Ausländerrecht*, § 42, párrafo 11.

(51) Otra opinión: J.M. GARCÍA CATALÁN, *Infracciones...*, p. 457; y bajo la vigencia de la LOEx de 1985: C. APRELL, *Régimen administrativo...*, p. 191.

Ley, no de la «orden de devolución». Pero en esa misma doctrina no se había desprovisto totalmente de contenido obligatorio a la orden, pues ésta vendría a concretar, caso por caso, el alcance del deber legal de salida. Se ha dicho, en este sentido, que «las órdenes de devolución (...) no son constitutivas del deber de salida, sólo definen su extensión, son meramente declarativas de la vinculación que surge de los arts. 25 y 58.2 [LOEx]» (52); y por lo mismo se ha calificado a la orden de devolución como «falsa orden» o «intimación». La «orden de devolución» cumpliría la función de «título ejecutivo» que concreta en tiempo y forma los términos de un *genérico deber personal* de salida derivado de la Ley (53). En última instancia se acaba afirmando que la «orden de devolución» es un acto administrativo que impone la salida obligatoria del extranjero: obligación ésta que, de no cumplirse voluntariamente, puede ser ejecutada por la fuerza (54). En mi opinión, el arranque de esta teoría explicativa es acertado (la preexistencia de un deber legal de salida), pero no así la configuración de la «orden de devolución» que a ella se liga. La racionalidad de la tesis contradicha exige ahora que me detenga en la justificación del concepto de «orden de devolución» que vengo proponiendo:

i) Ciertamente es que en el Derecho público español carece de todo arraigo y elaboración la existencia *deberes legales directamente ejecutables por la Administración*. Prima, entre nosotros, una concepción del deber como situación pasiva imprecisa o genérica del particular; de manera que sólo cuando la Administración dicta un acto administrativo concreto aquel «deber» se transforma propiamente en una «obligación» susceptible de cumplimiento por su destinatario (55). Piénsese, como ejemplo claro de nuestro Derecho, en el «deber de conservación» de los edificios, que incumbe a cada propietario (art. 19 de la Ley 6/1998, del Régimen del Suelo y Valoraciones) y la paradoja de que el incumplimiento de ese deber no desencadene la ejecución forzosa, sino una «orden de ejecución» que concreta los términos del deber genérico de conservación e impone al particular una verdadera «obligación» de conservar. Y sólo si el particular incumple aquella «orden de ejecución» se dispone la ejecución forzosa (ejecución subsidiaria) de las obras de conservación. En última instancia, sólo hay verdadero deber de conservación cuando hay «orden de ejecución»; el cumplimiento o incumplimiento del deber legal de conservación es, paradójicamente, un hecho jurídico-

(52) D. MOYA MALAPEIRA, *Devolución...*, p. 209.

(53) Así, D. MOYA MALAPEIRA, *Devolución...*, p. 232.

(54) D. MOYA MALAPEIRA, *Devolución...*, *in toto*, en especial, pp. 206 y 235.

(55) Así, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, vol. II, 7ª ed., Civitas, Madrid, 2000, p. 34.

mente irrelevante (56). Y ello es tanto como decir —a mi juicio— que el art. 19 de la Ley 6/1998 no contiene una verdadera obligación sino una autorización para que la Administración dicte órdenes de conservación a los propietarios. Ejemplos como el precedente podrían alargarse. Incluso en el ámbito de la policía de seguridad, donde la Ley suele establecer deberes de conducta que han de ser ejecutados con celeridad por los agentes de policía, y donde la doctrina explica la coacción administrativa directa por la preexistencia de un previo acto administrativo (orden policial), dejando en un segundo plano la posible eficacia directa de los deberes legales de hacer, no hacer o soportar (57). La situación reseñada quizá pueda explicarse por la importancia tradicional del acto administrativo en nuestro sistema jurisdiccional contencioso-administrativo, que hacía depender el control judicial de la previa existencia de un acto administrativo; y por eso se esforzaba la doctrina en identificar un acto administrativo detrás de toda forma de coacción administrativa (58). En ese contexto, postular la existencia de deberes legales directamente ejecutables por la Administración (sin el intermedio de actos administrativos) era tanto como proponer la restricción del control contencioso. Pero ahora que toda actuación administrativa está sometida al control de los Tribunales (arts. 106.1 CE y 25 LJCA), y que el control judicial no depende de un «acto administrativo previo» (59), ahora ya no hay razón alguna que impida reparar en la existencia de deberes legales directamente eficaces para los particulares, cuyo incumplimiento desencadena, directamente, la coacción o ejecución administrativa.

ii) De acuerdo con lo expuesto, ningún inconveniente hay hoy para afirmar que la «orden de devolución» no es la resolución administrativa que impone —mediante un procedimiento simplificado— la salida obligatoria de quien pretende entrar ilegalmente en España. La «orden de devolución» es una decisión administrativa que dispone, por vía jerárquica, la ejecución forzosa de un deber legal de salida (impuesto directamente por el art. 28.3 c) LOEx). Ejecución forzosa que no es la de los arts. 93 y ss. LRJ-PAC, pues lo que ahí se regula es —únicamente— la ejecución de

(56) J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Deber urbanístico de conservación y órdenes de ejecución: crisis de la regulación tradicional, nuevas regulaciones autonómicas y algunas propuestas», en *Revista Jurídica de la UAM*, núm. 6 [2002], pp. 273 y ss (p. 289).

(57) Por todos: I. AGIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 398 y ss.

(58) En relación con la actuación policial, con claridad y precisión: J. BARCELONA, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria, 1995, p. 315.

(59) En extenso, J.R. FERNÁNDEZ TORRES, *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 297 y ss.

actos administrativos, no de deberes legales. Estamos ante una forma singular de «coacción administrativa directa» (60): la Administración no impone una obligación para el particular que, a falta de cumplimiento voluntario, ejecuta coactivamente la propia Administración. A la actividad coactiva de la Administración precede el incumplimiento de un deber legal (no de una resolución administrativa); aquí no hay una obligación previa impuesta por la Administración con opción de cumplimiento voluntario por su destinatario, notas que permiten el reconocimiento de la «coacción directa» frente a la «ejecución forzosa» (61). Ninguna dificultad hay en considerar que a la coacción o compulsión administrativa precede siempre un acto administrativo, como razonadamente —aunque no de forma unánime— se exige en la doctrina (62). Ese acto administrativo es la «orden de devolución». Ahora bien, la «orden de devolución» es un *acto administrativo dirigido a los agentes de policía* para que desplieguen la coacción sobre el extranjero que debe salir de España porque ha intentado entrar ilegalmente. Se trata entonces de una orden «interna», no reconducible a la categoría tradicional de las «ordenes» (mandatos a los ciudadanos) (63). La «orden de devolución» no es la «resolución» que resuelve sobre el fondo de un asunto poniendo fin al expediente, en el sentido del art. 89.1 LRJ-PAC; es un «acto administrativo» (del art. 53 LRJ-PAC) que ordena internamente la ejecución forzosa de un deber legal, si bien esa orden afecta directa y decisivamente a los derechos e intereses del extranjero. Tiene pleno sentido aquí la distinción entre «acto administrativo» en sentido amplio y «resolución administrativa», distinción ya apuntada en la doctrina posterior a la LRJ-PAC (64). Aunque la «orden de devolución» tenga por destinatarios primarios a los agentes de policía, lo cierto es que *afecta decisivamente* al extranjero que en situación irregular, razón por la cual la orden ha de ser motivada (art. 54.1 a) LRJ-PAC); tomar forma escrita (art. 55 LRJ-PAC); notificarse al interesado (art. 58.1 LRJ-PAC); y es impugnativa

(60) En contra, D. MOYA MALAPEIRA, *Devolución...*, p. 206.

(61) J. BARCELONA, *Ejecutividad...*, p. 313; y en relación con el previo apercibimiento para el cumplimiento voluntario, p. 333.

(62) I. AGIRREAZKUEGANA, *La coacción administrativa directa*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 398 y ss.

(63) J.A. GARCÍA-TREVIANO FOS, *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1986, p. 261.

(64) Por todos, A. GALLEGO y A. DE MARCOS, *Derecho administrativo I. Materiales*, Madrid, 1989 (hay reimpresiones posteriores), p. 321; MENÉNDEZ REXACH, «Procedimientos administrativos, finalización y ejecución», en J. LEGUINA y M. SÁNCHEZ MORÓN (Directores), *Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 248; F. VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 49; A. GALLEGO, A. MENÉNDEZ REXACH y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 50 y ss. en especial, párrafo 47.

ble ante la jurisdicción contenciosa (art. 25.1 LJCA). Téngase en cuenta, y esto es relevante, que aunque la «orden de devolución» impone coactivamente un deber legal incumplido, esa misma orden contiene opciones ejecutivas propias, que pueden afectar directamente a los intereses y derechos del extranjero; de ahí las garantías citadas más arriba. Así, aun existiendo deber de salida por entrada ilegal, ese deber no es ejecutable (en forma de devolución) cuando el extranjero presenta solicitud de asilo y sobre ésta aún no ha recaído una primera resolución de administrativa de admisión a trámite (art. 58.3.1 LOEx), o en los casos de mujeres embarazadas (art. 58.3.2 LOEx).

iii) Es evidente que a la «orden de devolución» precede cierta actividad administrativa de indagación y comprobación; pero esa actuación no tiene que adecuarse a las formas procedimentales del Título VI de la LRJ-PAC. Téngase en cuenta que aquella actuación administrativa de comprobación se realiza —en la mayoría de los casos— mediando una situación de detención preventiva (art. 138.2 REEx); esta situación de detención priva de sentido a la audiencia procedimentalizada en el art. 84 LRJ-PAC y, simultáneamente, explica la asistencia jurídica gratuita y la asistencia de intérprete previstas en el art. 138.2 REEx. Por lo demás, decir que la devolución es actuación coactiva de la Administración no supone, en forma alguna, desprotección del extranjero. Significa, tan sólo, que a la actuación ejecutoria no precede un procedimiento administrativo declarativo del deber de salida del extranjero. El deber de salida es preexistente y concreto (lo impone el art. 28.3 c) LOEx) y para su cumplimiento —no para su declaración— está el procedimiento de devolución previsto en el art. 58.2 b) LOEx. La actuación administrativa de ejecución se contrae a comprobar que el extranjero detenido efectivamente intentó entrar ilegalmente en España.

2. Ejecución forzosa de otros deberes legales de salida

Tal y como vengo diciendo, la devolución administrativa prevista en el art. 58.2 b) LOEx abarca un elenco muy limitado de deberes de salida impuestos directamente por la Ley y sometidos, para su ejecución coactiva, a la simple comprobación por la Administración. Se hace necesario indagar, más allá de la devolución, cómo se ejecutan forzosamente los demás deberes legales de salida.

A) Inexistencia de una autorización legal general para la ejecución forzosa de los deberes legales de salida

El extranjero que entró legalmente en España, pero carece de un título jurídico que legitime una prolongación de su estancia (prórroga de estan-

cia) o su residencia (permiso de residencia), está obligado a salir de España (art. 28.3 c) LOEx). Salvo en los casos de falta de título por denegación administrativa expresa, el deber de salida proviene *inmediatamente de la Ley*, no de la Administración. Lo paradójico de este supuesto es que nuestro Derecho no autoriza la ejecución forzosa de este deber de salida, para el caso de incumplimiento voluntario. Téngase en cuenta que la salida de España es, indudablemente, un acto personalísimo, por lo que las únicas dos formas de ejecución forzosa serían *a priori* la multa coercitiva y la compulsión personal. Pero estas dos formas de ejecución no están a disposición de la Administración. Los arts. 99 y 100 LRJ-PAC no autorizan directamente ninguna de esas dos formas de ejecución forzosa; la LRJ-PAC se limita a imponer una reserva legal de Ley para ambos tipos de ejecución. Y dicho esto, basta con añadir que ninguna norma legal —desde luego no la LOEx— autoriza multas coercitivas y, lo que es más importante, la compulsión personal contra el extranjero irregular. Nada aporta aquí el art. 139 ROEx, que alambicadamente pretende extender el régimen de ejecución forzosa de las expulsiones a las «salidas obligatorias» resultantes de la «denegación administrativa de solicitudes de prórrogas de estancia, de permisos de residencia o de cualquier otro documento necesario para la permanencia...». Y no aporta nada porque, primero, se trata de un Reglamento (lo que no satisface la reserva legal de Ley del art. 100 LRJ-PAC); y segundo porque está referido a los casos en que el deber de salida proviene de un acto administrativo (denegatorio de solicitud), no inmediatamente de la Ley. Así que el deber legal de salida de quien entró legalmente en España y que —no habiendo solicitado el permiso o prórroga correspondiente— se encuentra en una situación irregular, no es ejecutable forzosamente por la Administración. Sólo en el supuesto de que el incumplimiento del deber de salida se convierta en infracción administrativa del art. 53 a) LOEx será posible la expulsión como forma coactiva de un previo deber legal de salida (65).

B) Ejecución forzosa y expulsión

En efecto, el art. 53 a) LOEx tipifica como infracción grave «encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente». Y esta infracción grave puede llevar apareja-

(65) M.C. VIDAL FUEYO, *Constitución y extranjería*, p. 219. Para la regulación de la LOEx de 1985, C. APRELL, *Régimen administrativo...*, p. 189.

da la sanción de expulsión (conforme al art. 57.1 LOEx). Parecería, entonces, que el deber de salida —en los casos de estancia o residencia irregular— no procede directamente del art. 28.3 c) LOEx sino de la Administración, en forma de sanción. La paradoja recién descrita se expresó con toda claridad —estando vigente el REx de 1986 (R.D. 1189/1986)— en la STS de 22 de noviembre de 1993 (Ar. 8529). En ella se habla de la «imposición legal preexistente [de abandonar el territorio español por falta de prórroga de estancia]», de que esa imposición legal debía ser objeto de recordatorio al extranjero, conforme al art. 86 REx de 1986, y de que «únicamente en el caso de que esa advertencia no se atiende espontáneamente sería cuando se debiera iniciar el procedimiento de expulsión». De esta manera *no queda claro dónde está el verdadero fundamento del deber de salida*, si en la Ley (aunque la LOEx de 1985 no enunciaba expresamente ese posible deber, tal y como hace hoy el art. 28.3 c) LOEx) o en la decisión de expulsión. Aun reconociendo la dificultad de la cuestión creo que se puede eludir motivadamente la aparente contradicción entre los actuales arts. 28.3 c) y 53 a) LOEx.

Sería posible considerar, en primer lugar, que conforme al criterio de la STS de 14 de diciembre de 1998 (Ar. 10307) la expulsión del extranjero que se encuentre ilegalmente en España no es propiamente una sanción sino «la ejecución forzosa de su obligación de salir de España por no encontrarse en las situaciones contempladas en el art. 13 [de la LOEx de 1985]». De esta forma, la salida obligatoria del extranjero no tendría su origen en la decisión de expulsión, pues sería ésta —de forma similar a la «orden de devolución»— una *orden de ejecución forzosa de un previo deber legal de salida* (que derivaría —hoy— del art. 28.3 c) LOEx). Con este criterio se afirmaría, sin duda, la relevancia e independencia del deber legal de salida respecto del acto que acuerda la expulsión. Pero el criterio expresado en la Sentencia citada presenta hoy un alcance muy limitado. Primero porque no expresa una jurisprudencia consolidada (más bien es una excepción al tratamiento general de la expulsión como medida sancionadora). Y segundo, porque en aquella Sentencia se habla simultáneamente de «expulsión» y de «devolución» pareciendo incluso que el fundamento de la repatriación era una «entrada ilegal» no una permanencia ilegal; y si bien la jurisprudencia ha ratificado posteriormente la exclusión de todo carácter sancionador en la devolución (66), no se puede afirmar lo mismo de la expulsión.

La difícil aceptación —hoy— de la expulsión del art. 53 a) LOEx como forma de ejecución forzosa de un deber legal de salida exige fundamentar de otra manera la posible independencia del deber de salida (*ex* art. 28.3 c)

(66) STS de 14 de noviembre de 2001 (Ar. 659 de 2002).

LOEx) respecto de la expulsión por falta de título para estar en España (del art. 53 a) LOEx). Como sigue:

a) En primer lugar hay que tener en cuenta que la infracción administrativa no siempre deriva, de forma directa, de la estancia o la residencia irregular. La permanencia irregular por caducidad del título de estancia o residencia sólo constituye infracción grave del art. 53 a) LOEx (sancionable con expulsión) cuando aquella irregularidad se prolonga por más de tres meses (67). Antes de esos tres meses la permanencia con título caducado se tipifica como infracción leve (art. 52 b) LOEx), sancionable sólo con multa, no con expulsión. En estos casos, por tanto, primero surge el deber de salida conforme al art. 28.3 c) LOEx (para quien se encuentra con título de estancia o residencia caducado) y sólo cuando se incumple el deber de salida más allá de tres meses se produce propiamente la infracción sancionable con expulsión. Desde que existe el deber de salida es posible su cumplimiento voluntario, aunque no hay forma legal posible para su ejecución forzosa. Y sólo cuando el incumplimiento voluntario se prolonga en el tiempo se incurre en una infracción administrativa.

b) Un segundo argumento consiste en subrayar que el verdadero efecto sancionador de la expulsión, en los casos del art. 53 a) LOEx, no se encuentra propiamente en la imposición del deber de salida sino en la *prohibición de entrada* por un plazo mínimo de tres años (y máximo de diez) que va a aparejada a la sanción de expulsión (art. 58.1 LOEx). De hecho, tanto en el ordenamiento jurídico francés como en el alemán la «sanción» (o mejor, la consecuencia jurídica gravosa por la estancia irregular del extranjero) no es propiamente la expulsión, sino la prohibición de entrada. En Derecho francés, la *interdiction du territoire* (art. 19 de la Ordonnance de 1945) es una sanción penal (no administrativa) que lleva como consecuencia jurídica implícita la devolución (*reconduite a frontière*); esto es, la pena no es la salida forzosa de Francia sino la prohibición de entrada por un cierto tiempo; el efecto sancionador no está en la salida (que es una consecuencia normal, no punitiva, de una situación irregular) sino en la prohibición de volver a Francia una vez materializada la salida. Un resultado similar, aun siendo la regulación bien distinta, se puede encontrar en el Derecho alemán: una cosa es el deber de salida, impuesto por el § 42 AuslG para cuando el extranjero carece de permiso de residencia, deber de salida ejecutable coactivamente (*Abschiebung*: § 49 AuslG), y otra cosa es la prohibición indefinida de entrada («*Sperrwirkung*») que el § 8.2 AuslG anuda a la ejecución forzosa de un deber de salida. Al margen de que esa prohibición de entrada no se conciba propiamente como sanción (sino como causa legal de denegación de visados y permiso de residen-

(67) En detalle, J.M. GARCÍA CATALÁN, *Infracciones...*, p. 59.

cia), lo relevante ahora es que la consecuencia jurídica más gravosa para el extranjero no está en el deber de salida sino en otro efecto independiente al deber de salida que la Ley liga al incumplimiento voluntario de ese deber. De nuevo se observa cómo el deber de salida es la consecuencia jurídica elemental que sigue a la irregularidad en la estancia o residencia, y la prohibición de entrada es un efecto jurídico independiente, específicamente previsto en la Ley, que reprocha al extranjero el incumplimiento voluntario de un deber legal de salida. Así que el hecho de que nuestro ordenamiento no contemple expresamente la ejecución forzosa del deber legal de salida del art. 28.3 c) LOEx (por falta de autorización para encontrarse en España) no autoriza a concluir que el deber de salida nace de la decisión de expulsión (como sanción por la comisión de una infracción del art. 53 a) LOEx).

Hasta aquí he intentado fundamentar la existencia de un deber legal de salida —por falta de título de estancia o permanencia— directamente impuesto por el art. 28.3 c) LOEx; el deber existe aunque la Ley no prevea expresamente su ejecución forzosa. También he intentado distinguir ese deber legal del deber de salida impuesto por la Administración, en forma de expulsión sancionadora, para los casos de falta de título jurídico para estar en España (art. 53 a) LOEx). Ahora quiero llamar la atención sobre las consecuencias negativas últimas de que en nuestro Derecho el incumplimiento del deber legal de salida sólo pueda imponerse coactivamente si previamente se dicta una sanción de expulsión. Puede parecer paradójico, pero la falta de ejecución forzosa directa del deber de salida, en el caso que nos ocupa, no actúa en beneficio del extranjero. Porque reconduce al ámbito sancionador, a la expulsión del art. 57.1 LOEx, la eficacia forzada de aquel deber de salida. Y con ello se convierte en regla lo que en el ordenamiento francés es excepción: la prohibición de entrada por un lapso extenso, con los problemas de desarraigo y posible desagrupamiento familiar que de ahí pueden derivar. Recuérdese que, como ya se dijo más arriba, en Derecho francés la prohibición de entrada (*interdiction du territoire*) no es la consecuencia natural de una salida coactiva (*reconduite à frontière*) sino una sanción penal independiente. Otra cosa es que una salida coactiva (de la que quede señalada en la documentación del extranjero) tenga un efecto fáctico impediendo de una nueva entrada, dado el margen de discrecionalidad o propio criterio de que dispone la Administración a la hora de expedir visados o permitir directamente la entrada de quien no los precisa.

VI. DEBERES DE SALIDA IMPUESTOS POR LA ADMINISTRACIÓN DE ACUERDO CON LA LEY

En lo que precede se han descrito los deberes de salida impuestos directamente por la Ley (art. 28.3 c) LOEx). Y se ha explicado que, precisamen-

te porque es la Ley quien establece directamente el deber de salida para cada extranjero, su ejecución forzosa no requiere de ninguna concreción administrativa ulterior. La ejecución forzosa bien puede ser directa, por medio del procedimiento especial de devolución regulado en el art. 58.2 b) LOEx. Para otros deberes legales de salida la legislación de extranjería carece de una forma de ejecución forzosa específica y sólo mediante la conversión del deber legal de salida en un supuesto de expulsión es posible la salida forzosa del extranjero. Aparte de los *deberes legales* de salida descritos, la LOEx también contempla dos supuestos en los que es la Administración mediante resoluciones singulares (por tanto no directamente la Ley) quien impone el deber de salida al extranjero. Tres son las resoluciones administrativas que establecen deberes de salida: denegación de entrada (art. 26.2 LOEx); denegación de las solicitudes para continuar permaneciendo en España (art. 28.3 c) *in fine* LOEx); y expulsión-sanción (art. 28.3 b) LOEx). Aparte de estos tipos generales también podrían tomarse en cuenta aquí, siguiendo la sugerencia de la doctrina alemana (68), la revocación del permiso de residencia (cuando la Ley lo permita) o la revisión de oficio de un permiso ilegal, conforme a los arts. 102 y ss. LRJ-PAC.

1. Deber de salida por denegación administrativa de entrada

De acuerdo con el art. 26.2 LOEx, la Administración dictará resolución denegatoria de la entrada a quien carezca de los requisitos necesarios (del art. 25 LOEx) para entrar en España. Aquí es directamente la Administración, no la Ley, la que a la vista de la solicitud del extranjero, acuerda o deniega la entrada en España. Y dado que quien solicita la entrada se encuentra en España (siquiera en sus puestos fronterizos) de la denegación resulta un deber de salida para el extranjero que, si no se cumple voluntariamente, da lugar a la ejecución forzosa en forma de «retorno» (art. 60 LOEx).

El retorno regulado en el art. 60 LOEx puede catalogarse —en la mayoría de las ocasiones— como una forma de ejecución forzosa de un deber administrativo de salida (69). Se habla en el art. 60 LOEx del retorno de los extranjeros «a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país». Así que al retorno precede una denegación de entrada; esto es, de una «resolución motivada» (art. 26.2 LOEx) y procedimentalizada conforme al art. 137.2 REx. Y justamente *esa resolución que deniega la entrada crea el deber de salida del extranjero*, ejecutable forzosamente en forma de «retorno». La resolución ejecutada no es, en ningún caso, una «orden de devolu-

(68) W. BAMBERGER, *Ausländerrecht*, p. 120, párrafo 278.

(69) E el mismo sentido, J.M. DORADO NOGUERAS, *Infracciones...*, p. 860.

ción» (70), no sólo porque «devolución» y «retorno» se regulan como supuestos diferenciados y paralelos en la LOEx (arts. 58.2 y 60 LOEx) sino también porque ya se ha explicado más arriba que la «orden de devolución» no es una resolución creadora de un deber de salida sino una orden para la ejecución policial del deber de salida establecido por el art. 28.3 c) LOEx; «orden de devolución» y «orden de retorno» no son dos fases de una misma salida, sino dos formas diferenciadas para la ejecución de deberes de salida diversos.

Podría parecer, a simple vista, que el retorno no es una forma de salida de España sino, simplemente, un impedimento de paso en frontera. Si esto fuera así, no tendría sentido hablar del retorno como forma de ejecución de un deber de salida, porque no puede salir quien no ha entrado. Pero las cosas no son así. Ni la regulación del retorno en la LOEx, ni la realidad actual de los movimientos migratorios en España permiten afirmar que estamos ante un simple impedimento de paso. La imagen del puesto fronterizo como pared medianera entre dos Estados sólo vale —y de forma muy limitada— para las fronteras con puestos policiales de control que aún mantiene España: Andorra, Gibraltar, Ceuta y Melilla. Pero no describe con precisión, ni real ni jurídicamente, los puestos fronterizos portuarios y aeroportuarios. Y estos son los más relevantes para España. De los 11.698 retornos ejecutados en 2002, únicamente 315 se realizaron en un puesto fronterizo terrestre: 4 en Melilla y 311 en Ceuta (71). El levantamiento de los controles fronterizos terrestres en el espacio Schengen (en lo que hace a España, respecto de Portugal y Francia) lleva consigo que los retornos se planteen hoy, mayoritariamente, en los puestos fronterizos aéreos o marítimos. Y ello es tanto como decir que el extranjero retornado ya está en España (porque se encuentra en un puerto o un aeropuerto español) (72) y se somete a la jurisdicción territorial española, por mucho que a los efectos del art. 25 LOEx aún no haya «entrado legalmente» en España. No se trata de una «ficción legal» de entrada (73) sino de una entrada real para la que el ordenamiento jurídico dispone un régimen jurídico peculiar y limitado. Un planteamiento comparado próximo al expuesto, que diferencia jurídicamente entre el retorno terrestre y el marítimo o aéreo, se puede encontrar en Derecho francés. Allí la denegación de entrada (*refus d'entrée*) presenta un régimen de cumplimiento diferenciado en atención a

(70) Frente a lo que ha sugerido E. CALVO ROJAS, «El procedimiento sancionador», en J.M. ÁLVAREZ CIENFUEGOS (Director), *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*, Cuadernos de Derecho Judicial núm. VIII-2001, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 177 y ss, pp. 206-207.

(71) CEAR-Euskadi: «Retornados en fronteras exteriores, año 2002».

(72) J.M. DORADO NOGUERAS, *Infracciones...*, p. 871.

(73) Otra opinión, J.M. GARCÍA CATALÁN, *Infracciones...*, p. 468.

que el puesto fronterizo sea terrestre, marítimo o aéreo. Sólo en pasos fronterizos aéreos o marítimos está prevista una medida de ejecución forzosa (*mesure de rapatriement*) de la previa denegación de entrada; y por lo mismo, sólo en estos casos el extranjero disfruta del plazo de un día (*jour franc*) dispuesto por el art. 5.7 de la Ordonnance de 1945 para contactar con terceras personas u organizaciones de asistencia o auxilio (74). En el caso de la frontera terrestre se considera que la denegación de entrada no precisa de una verdadera actuación coactiva (*mesure de rapatriement*), porque no llega a materializarse la entrada del extranjero en territorio francés.

La imagen del puesto fronterizo como espacio ajeno o extraterritorial carece hoy de consistencia jurídica. Ninguna duda cabe de la singular situación jurídica del extranjero que se encuentra en el puesto fronterizo o sus anejos («zona de tránsito», «zona internacional», «zona de espera»). Pero igualmente claro es que ese extranjero está en España y sometido al poder público español, sea en un aeropuerto, en el mar territorial o en un puerto del litoral español. Esta es la conclusión a la que, desde la perspectiva de los derechos fundamentales de los extranjeros, han llegado tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (75) como el Tribunal Constitucional español (76). La propia regulación del retorno en el art. 60 LOEx deja claro que el extranjero a quien no se permite «el ingreso en el país» paradójicamente se encuentra en España —aunque carezca de libertad para circular por ella. Es en España (y conforme al Derecho español) donde se practica la posible detención del extranjero (art. 60 LOEx) y donde —si el retorno no puede ejecutarse en las primeras setenta y dos horas— procede el internamiento judicial del extranjero (arts. 60.2 LOEx y 137.3 REx). Como ejemplo de lo dicho valga aquí la regulación especial del retorno de polizones conforme a la Instrucción 3/1998, de 17 de noviembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad (77); en esta Instrucción queda clara la total sumisión del polizón

(74) Circular de 2 de agosto de 1989, del Ministerio del Interior. Cuestionada la legalidad de esta circular, fue confirmada por resolución del Consejo de Estado (CE 23 janvier 1991, GISTI, req.núm: 115876). Véase J.JULIEN-LAFERRIÈRE, *Droit des étrangers*, p. 62.

(75) STEDH de 25 de junio de 1996, caso *Amuur c. Francia*, § 52: «A pesar de que los demandantes no se encontraban en Francia en el sentido de la Ordonnance de 2 de noviembre de 1945, el hecho de que fueran retenidos en la zona internacional del aeropuerto de París-Orly los hacía también sujetos pasivos del Derecho francés. A pesar de su nombre, la zona internacional carece de un verdadero estatus extraterritorial».

(76) ATC 55/1996, FJ 3; SSTC 174/1999, FJ 3; 53/2002, FJ 4 b). Sobre ello véase VILLAVARDE, «El régimen jurídico constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros con ocasión de su expulsión», de próxima publicación en PRESNO LINERA (coordinador), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, p. 3. Cito por el texto original al que generosamente me ha permitido acceder el autor.

(77) El texto de esta Instrucción, en J.M. GARCÍA CATALÁN, *Infracciones...*, pp. 458-460.

a las decisiones policiales españolas (así entre otras: mantenimiento a bordo o desembarco del buque; repatriación o no del polizón por la consignataria del buque).

Al igual que se dijo en relación con la «orden de devolución», el retorno se ordena por un acto administrativo interno (en este caso de las autoridades policiales encargadas del control de fronteras a sus agentes). Y aunque el art. 137.2 REx habla de una «resolución de retorno», no podemos considerar que estemos aquí ante una resolución administrativa que impone el deber de salida, sino ante la orden de ejecución forzosa del deber de salida impuesto por una resolución administrativa previa (la denegación de entrada conforme al art. 26.2 LOEx). De hecho, los requisitos procedimentales a que alude el art. 137.2 REx no se refieren a la orden de retorno, sino a la previa resolución administrativa denegatoria de la entrada. Por último, y al igual que se dijo en relación con la «orden de devolución», también la orden de retorno —en la medida en que afecta a los intereses del extranjero— ha de ser escrita, motivada e impugnabile. Precisamente a la impugnabilidad se refiere expresamente el art. 137.5 REx.

2. Deber de salida por denegación de prórroga de estancia o permiso de residencia

El fundamento del deber de salida también puede ser —directamente— la resolución administrativa denegatoria de un título típico que autorice la permanencia en España. El deber de salida que deriva de una denegación de permiso (o de su prórroga) ha sido desarrollada con pormenor en el art. 139 REx. De este precepto resulta claramente que, tal y como había advertido la jurisprudencia, la situación irregular del extranjero (por falta de un título para su estancia o residencia) genera el deber de salida sin necesidad de que la Administración dicte una resolución sancionadora (expulsión). Dice en este sentido el art. 139.1 REx que «la resolución administrativa dictada al efecto contendrá la *advertencia al interesado de la obligatoriedad de su salida del país*». Es claro que mientras estaba en trámite la solicitud del permiso no había deber de salida del extranjero (art. 53 a) *in fine* LOEx), a no ser que hubiera entrado ilegalmente en España; así que el deber de salida proviene de la resolución administrativa denegatoria.

Aunque el deber de salida derive directamente del acto administrativo en cuestión, lo cierto es que también aquí *falta toda previsión legal de ejecución forzosa* del deber de salida. De nuevo la coacción sólo puede desplegarse por medio de la sanción de expulsión prevista en el art. 57.1 LOEx, en relación con la infracción grave tipificada en el art. 53 a) LOEx. Esta insuficiencia ha querido ser superada por el art. 129.2 REx al disponer que «una vez transcurrido el plazo indicado sin que se haya efectuado la salida, se apli-

cará lo previsto en este Reglamento para los supuestos a que se refiere el art. 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000...» Dado que la LOEx carece de toda previsión de compulsión personal al margen de la sanción de expulsión (art. 64 LOEx), y dado que en esta materia el art. 100 LRJ-PAC impone una reserva legal de Ley, hay que concluir que la previsión del art. 139.2 REx sólo puede significar que el incumplimiento del deber de salida a que se refiere el propio art. 139.1 REx sólo es ejecutable si se tramita el correspondiente procedimiento sancionador que concluya en una decisión de expulsión del extranjero.

3. Expulsión administrativa

El extranjero también está obligado a salir de España cuando la Administración acuerda su expulsión conforme al art. 57.1 LOEx. Aquí el deber de salida procede inmediatamente de la Administración, no directamente de la Ley. Lo peculiar de esta expulsión no es su configuración como acto administrativo que impone directamente un gravamen sino su caracterización como sanción administrativa (78).

A) La expulsión como sanción administrativa

Los arts. 53 y siguientes LOEx se limitan a tipificar infracciones administrativas cuya comisión puede llevar aparejada la sanción de expulsión. Como se ve, nuestro ordenamiento establece un sistema de expulsiones sancionadoras. Este punto de partida tiene relevantes consecuencias, tanto procedimentales como materiales. De un lado, las expulsiones se han de adoptar tras un procedimiento típicamente sancionador (art. 50 LOEx), que es el regulado en la LRJ-PAC y en el R.D.1398/1993, en el que rigen los derechos procedimentales del art. 24.2 CE (con los matices, eso sí, que ha ido señalando la jurisprudencia constitucional); singular relevancia tiene, en este sentido el derecho a la presunción de inocencia, de frecuente invocación —y estimación— en la Jurisdicción contenciosa (79). De otro lado, toda expulsión ha de atenerse a los principios de legalidad, tipicidad y personalidad, amparados por el art. 25.1 CE.

La regulación descrita se diferencia tanto del Derecho francés como del Derecho alemán.

(78) Así, V. AGUADO I CUDOLÀ, *El control de entrada...*, p. 7.

(79) Entre las recientes: SSTs de 7 de diciembre de 2001, Ar. 931 (supuesto ejercicio de prostitución); 21 de enero de 2002, Ar. 7917 (supuesto trabajo como empleada de hogar); 30 de septiembre de 2002, Ar. 9118 (supuesta actividad de alterne); 25 de octubre de 2002, Ar. 9615 (supuesta actividad de alterne).

a) En *Derecho alemán* las infracciones administrativas en materia de extranjería son —como en general en el Derecho público de aquel país— claramente secundarias. Sólo son infracciones administrativas las tipificadas en el § 93 AuslG, y en todo caso la única sanción posible es la multa. *Las expulsiones no se conciben como sanciones por conductas antijurídicas imputables al extranjero*, sino como resoluciones de gravamen dictadas para la protección de intereses o bienes estatales: seguridad, orden público y otros intereses relevantes de la República. Es cierto que del catálogo de causas de expulsión que contienen los §§ 45 a 47 AuslG una buena parte se vinculan a conductas ilícitas de los extranjeros que han sido ya objeto de sanción penal (§ 44 AuslG), pero en muchas otras no hay elemento alguno de ilicitud: así, el simple consumo (no penalizado) de cocaína o heroína (§ 46.4 AuslG), o la carencia prolongada de un techo o habitación (§ 46.5 AuslG). Además, rige con carácter general la cláusula abierta del § 45.1 AuslG, conforme a la cual «un extranjero puede ser expulsado cuando su permanencia resultar perjudicial para la seguridad, el orden o cualesquiera otros intereses relevantes de la República».

b) También el *Derecho francés* prevé las expulsiones; y también en este caso se trata de medidas de gravamen para la protección del interés de la República. Dos son los supuestos generales en los que la Ordonnance de 1945 prevé la expulsión: según el art. 23 «si la presencia en territorio francés de un extranjero constituye una amenaza grave para el orden público»; y según el art. 26 de la Ordonnance procederá la expulsión siempre que esta medida responda a una «necesidad imperiosa para proteger la seguridad pública o la seguridad del Estado». En todo caso, tal y como ha reiterado la jurisprudencia francesa, *la expulsión no tiene carácter sancionador*; se trata de una «medida de policía exclusivamente destinada a proteger el orden y la seguridad públicas» (80).

La generosa calificación de la expulsión como sanción administrativa es, en España, causa de paradojas y problemas aplicativos. Ya se ha aludido más arriba a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en relación con una expulsión por falta de título administrativo para la estancia (hoy infracción tipificada en el art. 53 a) LOEx), afirmó que no se trataba propiamente de una sanción administrativa (81) (*supra* III.1). En la tipificación de infracciones determinantes de expulsión en la LOEx de 1985 resultaba paradójico, también, la existencia de un tipo de injusto administrativo como el de «carecer de medios lícitos de vida», donde lo sancionado no era sólo la realización de una actividad ilícita, sino la carencia de fuentes de ingresos (82). No se

(80) CE 20 janvier 1988, Min. De l'Interieur c/ Elfenzi, Rec. P. 17 (AJDA 1988, p. 223).

(81) STS 18 de marzo de 2002 (Ar. 3011).

(82) Así, STS de 21 de enero de 2002 (Ar. 6868).

discute ahora que, de acuerdo con el criterio de tipicidad del extranjero, la Ley pudiera prever la expulsión del extranjero atípico (así, del que carece de ingresos); lo llamativo es que esa carencia de medios fuera objeto de un reproche subjetivo de antijuricidad: de una sanción.

También es dudosa y problemática la expulsión *por previa imposición de una pena privativa de libertad*. Conforme al art. 57.2 LOEx: «Asimismo constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados». En estos casos se ha planteado la existencia de un posible supuesto de doble sanción (*bis in idem*) contrario al art. 25.1 CE (83). La jurisprudencia, sin cuestionar que aquí la expulsión es también una sanción, niega que estemos ante una doble sanción porque el fundamento de la pena y la expulsión son diferentes (84). A juicio del Tribunal Supremo (en relación con el anterior art. 26.1 d) LOEx de 1985) (85): «el hecho [tráfico de drogas], en cuanto que tipificado penalmente, origina en el orden penal una condena, y tal condena supone la comprobación de la actuación de un extranjero tan indeseada como *incompatible con su convivencia pacífica con los nacionales*. Y es la comprobación de tal conducta a través de la sentencia penal firme la que faculta a la Administración a dar solución a la permanencia del extranjero en España. Las penas impuestas y la expulsión constituyen los resultados de dos procedimientos sucesivos, de los que el primero es antecedente inexcusable del segundo, teniendo los aludidos resultados un fundamento o "ratio essendi" totalmente distinto...» Sólo porque se parte de que la expulsión es, en todo caso, una sanción, se hace necesario singularizar el fundamento jurídico de la expulsión, respecto de la pena privativa de libertad. Lo llamativo es, en este caso, que la expulsión del art. 57.2 LOEx no se corresponde con ninguna infracción de las tipificadas en los arts. 53 y 54 LOEx, lo cual pudiera indicar la singularidad de esta expulsión incluso para el propio legislador.

El efecto punitivo está no sólo en la imposición de un deber de salida sino, y sobre todo, en la *prohibición de entrada* (entre tres y diez años) que lleva consigo la expulsión (art. 58.1 LOEx). Castigo doblemente relevante si se tiene en cuenta que la expulsión acordada por la Administración español-

(83) M.C. VIDAL FUEYO, *Constitución y Extranjería*, p. 227; para la LOEx de 1985: C. APRELL, *Régimen administrativo...*, p. 206.

(84) Cuestiona esta distinción en el fundamento de la expulsión y la pena: E. CALVO ROJAS, *El procedimiento sancionador...*, p. 197.

(85) STS de 21 de junio de 2002 (ar. 5753).

la impide también la entrada en los Estados europeos donde está vigente el «acervo Schengen». La inscripción de la expulsión española en la sección europea del Sistema Informático Schengen (SIS) implica la prohibición directa de entrada de ese extranjero en otro país del área Schengen (arts. 5.1 d) y 96.3 del Convenio de 19 de junio de 1990 para la aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985). Claro que el automatismo pretendido por el acervo Schengen es compatible con comprobaciones complementarias de terceros Estados; así, la práctica judicial francesa viene exigiendo que las devoluciones basadas en el SIS contenga también en su motivación la precisión de qué decisión ejecutoria de expulsión es la incluida en el SIS, qué órgano la dictó y por qué lapso (86).

B) Ejecución de la expulsión

La expulsión, como resolución administrativa que impone un deber de salida, ha de ser cumplida voluntariamente por su destinatario. Desde que se notifica la resolución de expulsión ésta vincula a su destinatario (art. 57.2 LRJ-PAC), y a partir de ese momento soporta el deber de salir de España. Si no lo cumple, procede su ejecución forzosa. No estando aquí ante el cumplimiento de un deber legal, sino ante el acatamiento de una resolución administrativa obligatoria, la ejecución forzosa no será nunca «coacción administrativa directa», sino ejecución forzosa de actos administrativos (de los arts. 93 y ss LRJ-PAC). Ejecución forzosa que presenta aquí ciertas especialidades: aunque el deber de salida surge de la notificación de la expulsión, ello no significa necesariamente que el extranjero disponga de un plazo para el cumplimiento voluntario de ese deber. No siempre es necesario un «apercibimiento» previo para el cumplimiento voluntario, como resultaría del art. 95 LRJ-PAC y del art. 64.1 LOEx. Antes bien, el art. 21.2 LOEx prevé la existencia de supuestos «de tramitación preferente» en los que la «ejecución» de la expulsión ha de ser inmediata.

No son supuestos marginales sino, a la vista del art. 109 REx, supuestos tan comunes como la falta de título para la estancia o residencia (infracción grave del art. 53 a) LOEx). Ahora bien, el hecho de que hablemos aquí de «ejecución inmediata» no supone necesariamente detención para conducción a la frontera. Inmediato significa que el extranjero no dispone del plazo general mínimo de setenta y dos horas (art. 100.2 b) REx) para abandonar el país, pero no necesariamente que en esa salida haya de mediar la coacción o sujeción física. En este sentido, en Derecho alemán se alude a la «expulsión vigilada» de extranjeros (§ 49.1 y 2 AuslG) para aquellos casos en los que la sali-

(86) Así, TA Lyon, 6 de abril de 1995 (*AIDA* 1995, pp. 648 y ss).

da del extranjero no puede quedar al margen del control policial; en estos casos, la vigencia del principio de proporcionalidad excluye que la simple vigilancia para la ejecución forzosa de una expulsión comporte necesariamente medidas de sujeción o compulsión personal. También en Derecho español se puede considerar que la «detención y conducción» de que habla el art. 64.1 LOEx sólo procede cuando en el trámite de ejecución forzosa el expulsado dificulta la salida «inmediata», pero no cuando realiza actos encaminados a la salida y efectivamente se dirige —aun con estrecha vigilancia— al puesto de salida (87).

De acuerdo con nuestra jurisprudencia, *la expulsión puede ser reejecutada tantas veces como el extranjero incumpla la prohibición de entrada* aneja a la expulsión. Esta idea de «reejecución» de una previa expulsión se explica históricamente por la falta —hasta la Ley Orgánica 7/1985— de una previsión legal expresa para la devolución expeditiva de extranjeros que entraban ilegalmente en España (quebrando una previa prohibición de entrada) (88). Pero la jurisprudencia posterior, pese a que ya el art. 36.2 LOEx de 1985 preveía expresamente la devolución del extranjero que contraviniera una prohibición de entrada (previsión hoy reiterada en el art. 58.2 a) LOEx), sigue sirviéndose de la idea de la «reejecución». La razón de fondo está ahora en eludir la posible calificación de la devolución como nueva sanción administrativa, y con ello la aplicación de las formas y garantías anejas al ejercicio de la potestad sancionadora. Esta explicación es patente cuando la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo declara que «la devolución aquí cuestionada es una manifestación de la propia ejecutividad del acto administrativo incumplido [previa expulsión], no teniendo sustantividad propia como para justificar un nuevo procedimiento ni pudiendo ser calificada, tampoco, como un procedimiento sancionador» (89). De nuevo se observa en esta jurisprudencia que, como se viene subrayando en este estudio, una cosa es la decisión que establece el deber de salida del extranjero (así, la resolución de expulsión) y otra bien distinta su ejecución forzosa (en ciertos supuestos, en forma de devolución).

Desde un punto de vista práctico, la consideración de la devolución (del art. 58.2 a) LOEx) como «reejecución» presenta consecuencias relevantes. Así, la consideración de la *detención* de un extranjero (sobre el que pesa una prohibición de entrada como consecuencia de una previa expulsión) como una detención «ejecutiva» o «asegurativa», y no como una detención preventiva criminal. En efecto, la detención de un extranjero sobre el que pesa

(87) Otra opinión. J.M. GARCÍA CATALÁN, *Infracciones...*, p. 428.

(88) D. MOYA MALAPEIRA, *Devolución...*, p. 199.

(89) STS de 14 de noviembre de 2001 (Ar. 659).

una prohibición de entrada ha de entenderse como una actuación policial en la línea de ejecución (por medio de devolución) de una previa resolución de expulsión. La ejecución forzosa de la resolución de expulsión se consumará mediando una «orden de devolución», pero ya incluso la previa detención policial del extranjero ha de entenderse como una medida de ejecución de la expulsión (90). Y no estando aquí ante una detención cautelar criminal, no rigen los límites constitucionales del art. 17.2 y 3 CE (91), sino los límites del art. 17.1 CE (comunes a todas las privaciones de libertad) y el principio de «limitación temporal» (92) que también se predica de toda forma de privación o limitación de la libertad.

(90) G. ARANDA Y ANTÓN, «Comentario a la STC 174/1999», en *Tribunales de Justicia*, núm. 3 (2001), pp. 78 y ss (pp. 85-86).

(91) Respecto del plazo de setenta y dos horas del art. 17.2 CE: SSTC 341/1993, FJ 6 a); 174/1999, FJ 4; 179/2000, FJ 2; 53/2002, FJ 6; y en relación con los derechos del art. 17.3 CE, por todas, STC 107/1985, FJ 3.

(92) SSTC 341/1993, FJ 6 a); 174/1999, FJ 4.