Consulta 12/1997, de 30 de octubre, sobre la interpretación que deba darse al art. 41.2 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, sobre extranjeros.

I. PRESUPUESTOS LEGALES Y PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA

Como consecuencia de la aprobación del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio sobre Extranjeros, por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, a partir de ahora «el Reglamento», y a la vista del contenido del art. 41.2 del mismo, directamente referido al Ministerio Fiscal, se ha presentado recientemente una Consulta a la Fiscalía General del Estado acerca de la interpretación que deba darse a esta disposición.

Se trata de una norma incardinada en la sección 3ª del Reglamento, referida a la «Entrada: requisitos y prohibiciones». El precepto controvertido dispone que «Si el hecho que determinase la denegación de entrada pudiera ser también constitutivo de delito, los funcionarios encargados del control consultarán con el Ministerio Fiscal, quien ordenará la incoación de diligencias y la puesta del detenido a disposición judicial una vez concluidas estas, o confirmará la prohibición de entrada». Por lo demás, nos encontramos ante un Reglamento aplicable en principio a los denominados «extranjeros de terceros países», aunque su contenido, y a tenor de su art. único, puede extenderse supletoriamente a los extranjeros pertenecientes a países de la Unión Europea, a los extranjeros de países que hayan suscrito el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como a los beneficiarios del derecho de asilo y a los que fueran poseedores de la condición de refugiados.

Es interesante destacar, como pone de relieve la propia consulta, que la denegación de entrada a que se refiere el art. 41.2 del Reglamento, nada tiene que ver con la expulsión del extranjero, ya que esta medida presupone que el extranjero en cuestión se halla en territorio nacional, que ha entrado en él, y a consecuencia de lo cual se procede a su expulsión, mientras que el supuesto objeto de análisis se refiere a un momento anterior a la entrada del extranjero en nuestro país.

Realmente, tal como viene expresada la consulta, no se plantean uno o varios puntos específicos a resolver, salvo la legalidad del hecho confirmatorio por parte del Fiscal de la prohibición de entrada del extranjero, sino que se describen diferentes supuestos hipotéticos y de los que se desprenden diversas cuestiones debatibles. Es, por lo tanto, desde esa perspectiva desde la que se procederá al análisis de la materia en el presente documento.

Importa poner de relieve también otro dato: nos encontramos ante una norma extraordinariamente ambigüa y que parece querer atribuir al Ministerio Fiscal, por vía reglamentaria, una serie de funciones que no le corresponden legalmente. Ese aspecto debe quedar perfectamente claro. En todo caso, y como es necesario seguir o utilizar una metodología para resolver la cuestión

debatida, pasaremos a analizar el precepto objeto de debate, examinando las diferentes posibilidades que se pueden plantear en base a su contenido.

De la lectura del precepto controvertido se observa que si el hecho determinante de la prohibición de entrada pudiera ser también constitutivo de delito, el Ministerio Fiscal, una vez «consultado» por los funcionarios encargados del control, tiene dos alternativas:

a) ordenar la incoación de diligencias y la puesta del detenido a disposición judicial una vez concluidas estas, o

b) «confirmar» la prohibición de entrada, presumiblemente por no existir delito, dado que la norma analizada no es más explícita al respecto.

Procedemos a examinar ambas posibilidades, si bien alterando su orden por constituir la segunda la parte más sustancial de la consulta y origen de los más importantes aspectos del debate.

II. LA CONFIRMACION DE LA PROHIBICION DE ENTRADA POR PARTE DEL MINISTERIO FISCAL

El órgano consultante se inclina por considerar la improcedencia de que se manifieste el Ministerio Fiscal sobre la entrada o no del extranjero en territorio nacional, aunque parezca que el sistema legal obligue a lo contrario por mor del art. 41.2 del Reglamento, al señalar: «o (el Fiscal), confirmará la prohibición de entrada». Ello es lógico, y así lo pone de relieve el órgano consultante, dado que no existe base legal competencial alguna para una toma de posición en ese sentido. De igual forma, no se efectúa referencia alguna al Ministerio Fiscal en disposiciones tan relevantes como los arts. 11 y 12 de la Ley Orgánica 7/85, sobre Extranjeros, reguladores ambos del «Régimen de entrada de los extranjeros». Tampoco se menciona al Ministerio Público en el art. 36-2º de la misma norma legal, relativo a la expulsión de extranjeros que habiendo sido expulsados previamente del país contravinieran la prohibición de entrada o que hubieren entrado ilegalmente en España.

La conclusión alcanzada por la Fiscalía consultante resulta perfectamente ajustada a Derecho. En efecto, en absoluto cabe que el Ministerio Fiscal «confirme» una prohibición de entrada de un extranjero en territorio nacional, puesto que se trata de una decisión cuya competencia corresponde exclusivamente a las Autoridades gubernativas. Así pues, desde el momento en que el Ministerio Fiscal procediera a tal confirmación estaría, o bien participando de la función pública administrativa, labor que no corresponde ni institucional ni constitucionalmente al Ministerio Fiscal, o bien estaría ejercitando una forma de control de la Administración cuya competencia corresponde exclusivamente a los órganos judiciales a tenor del art. 106 de la Constitución.

Respecto al primer supuesto, además, es decir el que la prohibición de entrada sea competencia exclusivamente administrativa, se desprende de la

lectura del art. 39 del Reglamento, referido a la «Prohibición de Entrada», que establece lo siguiente:

«Se considerará prohibida la entrada de los extranjeros y se les impedirá el acceso al territorio español, aunque reúnan los requisitos exigidos en los artículos precedentes, cuando:

a) Hayan sido expulsados de España, dentro del plazo que se hubiere determinado en la orden de expulsión.

b) Se hallen incursos en los supuestos de los párrafos c) o d) del art. 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985.

e) Por conductos diplomáticos, a través de Interpol o por cualquier otra vía de cooperación internacional, judicial o policial, se tenga conocimiento de que se encuentran reclamados, en relación con causas criminales derivadas de delitos comunes graves, por las autoridades judiciales o policiales de otros países.

d) Por sus actividades contrarias a los intereses españoles o los derechos humanos o por sus notorias conexiones con organizaciones delictivas, nacionales o internacionales, hayan sido objeto de prohibición expresa, en virtud de resoluciones de la Secretaría de Estado de Interior.

e) Pueda prohibirse o tengan prohibida la entrada en virtud de Convenios internacionales en los que sea parte España, salvo que se considere necesario establecer una excepción por motivos humanitarios o por interés nacional.»

Pero, no solamente existe una imposibilidad material de confirmación por parte del Fiscal de una decisión cuya competencia inicial corresponde a la Administración; podría decirse incluso que la norma controvertida carece de fuerza obligatoria para los representantes del Ministerio Fiscal, dado que nos encontramos ante una norma con rango de reglamentario. Recordemos que lo propio del Reglamento, lo que le separa definitivamente de la Ley es que es una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la Ley, y, además, es obra de la Administración. De producirse alguna irregularidad en relación con un Reglamento, el art. 6 de la L.O.P.J. es taxativo al señalar que «Los Jueces o Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquiera otra disposición contraria a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa ».

III. ORDENAR LA INCOACION DE DILIGENCIAS POR LA POSIBLE EXISTENCIA DE DELITO

La siguiente alternativa que el precepto controvertido establece es que el hecho determinante de la denegación de entrada «pudiera ser también constitutivo de delito». En tal caso, «los funcionarios encargados del control

consultarán al Ministerio Fiscal, quien ordenará la incoación de diligencias y la puesta del detenido a disposición judicial».

Hay que comenzar subrayando que esa «consulta», a la que se refiere el precepto, en modo alguno debe entenderse como una especial forma de relación entre el Ministerio Fiscal y los representantes del poder ejecutivo, ni un nuevo o más expeditivo procedimiento para atender a este tipo específico de problemática. La normativa en vigor continúa siendo la misma y los cauces de relación entre ambos órgano siguen siendo los legalmente establecidos. No obstante la Fiscalía consultante suscita dos cuestiones precisas en relación con la materia, que son necesario clarificar.

En primer lugar, las diligencias a practicar en este tipo de supuestos, y «una vez recibido el atestado en Fiscalía», no necesariamente deben ser Diligencias de Investigación Penal basadas en el art. 785 bis de la LECrim, tal como suscita la Fiscalía consultante. De hecho, existen numerosas disposiciones en la LECrim en las que se habla de «diligencias» practicadas por los funcionarios de la Policía Judicial. Tal es el caso de los arts. 284, 286, 287, 289, 297, etc. Además, el art. 296 de ese mismo cuerpo legal dispone que «Cuando se hubieren practicado diligencias por orden o requerimiento de la Autoridad judicial o del Ministerio Fiscal, comunicarán el resultado obtenido en los plazos que en la orden o en el requerimiento se hubiesen fijado».

Por otra parte, y en la misma línea de argumentación trazada, el art. 20 del Real Decreto 769/87, de 19 de junio sobre Regulación de la Policía Judicial, establece que «Cuando los funcionarios integrantes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial realicen diligencias de investigación criminal formalmente concretadas a un supuesto presuntamente delictivo, pero con carácter previo a la apertura de la correspondiente actuación judicial, actuarán bajo la dependencia del Ministerio Fiscal. A tal efecto, darán cuenta de sus investigaciones a la Fiscalía correspondiente que, en cualquier momento podrá hacerse cargo de la dirección de aquéllas, en cuyo caso, los miembros de la Policía Judicial actuarán bajo su dependencia directa y practicarán sin demora las diligencias que el Fiscal les encomiende para la averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente».

Observemos que, hasta cierto punto, esa «consulta» del art. 41.2 del Reglamento de Extranjería, a la que estamos haciendo referencia, está en consonancia con el art. 20 citado, y en ese sentido, y no otro, debe ser interpretada la misma. Por ello los miembros de la Policía Judicial «darán cuenta de sus investigaciones a la Fiscalía correspondiente», la cual, sigue diciendo esta norma, «podrá hacerse cargo de la dirección de aquéllas». Esa expresión «podrán», es indicativa del carácter potestativo de las iniciativas a adoptar por parte del Ministerio Fiscal al respecto, lo cual es lógicamente extensible a la apertura de Diligencias de Investigación Penal.

En segundo lugar y en relación con la conclusión de la investigación, la Fiscalía consultante expresa lo siguiente: lógicamente, y siguiendo el tenor del art. 785 bis LECrim, las Diligencias de Investigación de Fiscalía pueden

terminar archivándose, si los hechos no son constitutivos de delito, o bien siendo remitidas a la Autoridad judicial, si los hechos fueran delictivos, instando además la apertura del correspondiente procedimiento penal.

Sin embargo, y después del desarrollo teórico efectuado, la Fiscalía consultante plantea una tercera vía, además de las dos posibilidades expresadas, y que, según se argumenta, «daría pleno sentido a la finalidad que entendemos pretende el precepto... y es que el resultado de las Diligencias de Investigación de la Fiscalía fuese considerar que no existe base probatoria suficiente para formular acusación por el hecho presuntamente delictivo. Se trataría de hacer un juicio preliminar de prosperabilidad de una acción penal en el caso concreto, de tal forma que si se considera no viable la misma, se acordase igualmente el archivo de las actuaciones, con la libertad del detenido y la entrega de su pasaporte. Se produciría así una anticipación de la decisión futura de solicitar el sobreseimiento provisional de las actuaciones judiciales, conforme a lo dispuesto en los arts. 790.1 y 641.1 ó 2 de la LECrim, evitando el ejercicio de acciones penales de dudosa efectividad práctica ».

Esta solución, según el órgano consultante, «configuraría la consulta al Ministerio Fiscal (a la que hace referencia el art. 41.2. Reglamento 155/1996) como un auténtico filtro al ejercicio de acciones penales y una manifestación más del reforzamiento que en nuestros días tiene el principio acusatorio en el ámbito del Derecho penal moderno ... (Además) con la solución propuesta ... se podría obviar la necesidad de acudir siempre al procedimiento judicial cuando los hechos, aún revistiendo los caracteres de infracción penal, no vayan a quedar finalmente acreditados, siendo esto determinado precisamente por las averiguaciones ya realizadas en el seno de las Diligencias de Fiscalía, sobre los informes preliminares y la experiencia práctica. Lógicamente, esta decisión habría de tomarse siempre con cautela para evitar la impunidad de ciertos hechos sobre la base de una precipitada investigación fiscal, pero sí puede servir para no acudir a la vía judicial en supuestos en los que está perfectamente claro desde el principio que la acción penal no tiene visos de prosperabilidad».

Tanto si el hecho no fuera constitutivo de delito, como si no existiese base probatoria suficiente para formular en su día acusación, se decretaría archivo por parte de la Fiscalía que sería de inmediato puesto en conocimiento de los funcionarios de control fronterizo.

Este punto merece también algunas reflexiones al respecto. Es indudable que el sobreseimiento provisional de las actuaciones judiciales, a que hace referencia el art. 641.1 ó 2º de la LECrim comporta, por su propia naturaleza, una decisión que ha de exteriorizarse en la correspondiente resolución judicial -es decir a través de un auto debidamente motivado- por ineludibles exigencias de los principios constitucionales. Decisión que, necesariamente, demanda un cierto soporte procesal. El planteamiento descrito por la Fiscalía consultante -y es importante poner de relieve que ella misma lo pone en duda por evidentes razones- supondría, en cierto modo, la omisión de estos esenciales elementos y el penetrar en una peligrosa dinámica de

funcionamiento paralelo, nada aconsejable en un momento de evolución clave para el Ministerio Fiscal. Es indiscutible que todo nuevo paso o evolución, en uno u otro sentido, que afecte al Ministerio Fiscal, debería ir avalado al menos por la procedente disposición legal. Por ello debe rechazarse esa tercera vía planteada por la Fiscalía consultante.

CONCLUSIONES

Cabría concluir, a la vista de las consideraciones efectuadas, que el art. 41.2 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre extranjeros, ni introduce novedad alguna que suponga un cambio sustancial en el ordinario quehacer profesional del Ministerio Fiscal, ni obliga al mismo a confirmar una prohibición cuya competencia le resulta totalmente ajena. Se trata, además, de una competencia conferida por un Reglamento que, por su naturaleza, no puede suplir a la Ley allí donde ésta es necesaria para producir un determinado efecto o regular un cierto contenido. En consecuencia, la aplicación de la citada disposición procesal deberá sujetarse a la interpretación efectuada en el presente documento.