

LAURA SÁNCHEZ SANTOS

**PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN MATERIA
DE EXTRANJERÍA. UN ANÁLISIS TEÓRICO-
PRÁCTICO SOBRE LA FIGURA DE LA
EXPULSIÓN DEL TERRITORIO**

TRABAJO FIN DE GRADO

dirigido por la Sra. Silvia Carmona Garias

GRADO DE RELACIONES LABORALES Y OCUPACIÓN



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

TARRAGONA, 2014

Contenido

ABREVIATURAS	2
INTRODUCCIÓN	4
MARCO JURIDICO GENERAL APLICABLE EN MATERIA DE EXTRANJERÍA.....	8
En el ámbito internacional	8
En el ámbito europeo.....	11
En el ámbito estatal.....	18
En el ámbito autonómico	21
REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY ORGÁNICA 4/2000 Y SU DESARROLLO REGLAMENTARIO	25
Régimen de entrada de los extranjeros en el territorio español	28
Autorizaciones.....	28
Visados.....	30
La prohibición de entrada en España	32
Situaciones de los extranjeros en el estado español	33
Salidas del territorio español	35
PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN MATERIA DE EXTRANJERÍA	40
Potestad sancionadora.....	42
Principios del procedimiento sancionador	44
Tipos de infracciones	49
En el caso de las órdenes de expulsión.....	51
Resolución de expulsión.....	59
El funcionamiento de la vía jurisdiccional:.....	62
Demanda contencioso administrativa.....	62
Medidas cautelares	65
Recursos y plazos	67
Internamientos en el CIE.....	68
PROBLEMÁTICA DETECTADA.....	72
La discrecionalidad de Jueces y Tribunales respecto de la proporcionalidad de la sanción... 72	
La existencia de regímenes distintos para la salida obligatoria	79
La ilegalidad de las devoluciones exprés.....	80
CONCLUSIONES	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85

ABREVIATURAS

CE: Constitución Española, 1978.

LOEX: Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

RELOEX: Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

LJCA: Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LECr: Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LRJAPAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial.

EAC: Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley de emprendedores: Ley 14/2013, de 27 de setiembre de soporte a los emprendedores y su internacionalización.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

UE: Unión Europea.

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Directiva retorno: Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

INE: Instituto Nacional de Estadística.

CIE: Centro de internamiento de Extranjeros.

GOE: Grupo Operativo de Extranjeros.

CCAA: Comunidades Autónomas.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

BOE: Boletín Oficial de Estado.

SS: siguientes.

FJ: Fundamento Jurídico.

INTRODUCCIÓN

En el contexto actual de globalización, en que las migraciones de personas son continuas, es necesario prestar atención al régimen legal de extranjería para ofrecer ciertas garantías y seguridad jurídica a todas esas personas que emigran para mejorar su calidad de vida. En España desde hace décadas hay mucha inmigración, en 2013, según los datos del Instituto Nacional de Estadística, el número de inscritos en el Padrón asciende a un total de 5.000.258 y esto significa un 10,7% del total de inscritos¹.

Actualmente, muchas son las noticias que han salido sobre las “devoluciones exprés”, una cuestión muy controvertida. Las devoluciones exprés suponen la devolución de los inmigrantes interceptados en Ceuta, Melilla o Canarias de forma inmediata, sin respetar la legislación vigente y los Acuerdos entre Marruecos y España. Así pues, el Gobierno explica que están aplicando correctamente el acuerdo bilateral con el reino alauí, pero la realidad no es así. El artículo 2 apartado segundo del Acuerdo dice de forma clara y objetiva que: *“La solicitud de readmisión deberá ser presentada en los diez días posteriores a la entrada ilegal en el territorio del Estado requerido. En ella se harán constar todos los datos disponibles relativos a la identidad, a la documentación personal eventualmente poseída por el extranjero y a las condiciones de su entrada ilegal en el territorio del Estado requirente, así como cualquier otra información de que se disponga sobre el mismo. Cuando la readmisión es aceptada, se documenta mediante la expedición por las Autoridades de frontera del Estado requerido de un certificado o de cualquier otro documento en el que se hace constar otro documento en el que se hace constar la identidad y, en su caso, la documentación poseída por el extranjero en cuestión”*. Es decir, este Acuerdo da unas pautas de cómo se tiene que llevar a cabo el procedimiento de devolución, el cual ha sido totalmente obviado. Por lo que, las autoridades españolas, han actuado de manera arbitraria y contraria al Acuerdo establecido con el Reino de Marruecos. Buen ejemplo de ello son las sonadas devoluciones exprés de febrero de 2014, de las que todas las noticias se hacían eco, cuestionando la actuación de la Guardia Civil ante esta situación.

¹ INE: “Avance de la Estadística del Padrón Continuo a 1 de enero de 2014 (Datos provisionales)”. Publicación 22 abril 2014.

A esto se debe añadir que la Ley de Extranjería, en su artículo 23.2 establece que: *“En el supuesto del párrafo b) del apartado anterior, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretenden entrar irregularmente en España los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución”*. Es decir, las Fuerzas y Seguridad del Estado son las encargadas de velar por aquellos inmigrantes y proceder a la identificación de los mismos.

Otro problema reciente es el trato de los extranjeros cuando están en el CIE (Centro de Internamiento de Extranjeros). También son muchas las noticias y las denuncias que se hacen al respecto. ¿Estos centros cumplen con las medidas de seguridad mínimas? Se cuestionan muchas cosas, como, por ejemplo, si existen medidas de seguridad adecuadas contra incendios, si se les pone a disposición un abogado y un intérprete (en su caso), si las resoluciones llegan en el momento adecuado o cuando ya es demasiado tarde y han expulsado al inmigrante, etc.

El Tribunal Constitucional en la sentencia de STC Pleno de 7 julio 1987 [EDJ 1987/115] en su F.J primero establece que: *“el internamiento ha de ser en centros o locales "que no tengan carácter penitenciario", garantía adicional que trata de evitar que el extranjero sea sometido al tratamiento propio de los centros penitenciarios”*.

Los artículos 60.2 y 3 de la LOEX dicen que: *“Los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio. El extranjero durante su internamiento se encontrará en todo momento a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó, debiéndose comunicar a ésta por la autoridad gubernativa cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados”*. Además el artículo 62 bis establece una serie de derechos que se ven truncados según las últimas noticias.

En este escenario cobra especial importancia el régimen sancionador, sobre todo en el caso de las órdenes de expulsión, objeto principal del presente estudio, pues se trata de un procedimiento que puede llegar a ser muy duro para los extranjeros que se encuentran en esta situación, causándoles un estado de preocupación e incluso desesperación. Una circunstancia de gran sensibilidad en la que, muchas veces, se

olvida la garantía de los Derechos Humanos de estas personas, que se ven obligadas a abandonar un territorio que habían convertido en su hogar. El derecho a una vida digna, a un trabajo y a una vivienda, sea en el país que sea, y perteneciendo a la nacionalidad que sea, es inherente a todo ser humano.

Uno de los principales problemas detectados a lo largo del desarrollo del presente trabajo es la discrecionalidad de jueces y tribunales en la imposición de la sanción de la orden de expulsión. La Ley de Extranjería establece en su artículo 55 que se tendrá en cuenta el principio de proporcionalidad para la resolución del procedimiento de expulsión, es decir, que el órgano competente para resolver interpretará la proporcionalidad según su parecer, no según unos criterios de proporcionalidad estipulados y objetivos. Cuestión a la que se otorgará mayor preponderancia en el estudio que nos ocupa.

Dicho estudio consta de cuatro capítulos: el primero se dedica al marco teórico, en él se ha realizado una aproximación de la legislación vigente sobre la materia de extranjería en el ámbito internacional, en el ámbito nacional y en el ámbito autonómico, concretamente de la Comunidad Autónoma catalana, pues tratar todas las Comunidades excedería el objeto central del trabajo; el segundo capítulo realiza un análisis exhaustivo de la regulación contenida en la Ley Orgánica 4/2000 y en su desarrollo reglamentario, para asentar la principal base legal de que se parte en España sobre esta materia; el tercer capítulo se ocupa principalmente del procedimiento sancionador en materia de extranjería, observando tanto los tipos de infracciones como sus recursos, y prestando especial atención al caso de las órdenes de expulsión como punto estrella del trabajo; por último, el quinto capítulo intenta ofrecer un análisis jurídico relativo a la problemática detectada en la práctica real de la aplicación de esos principios y esa regulación tratada en los capítulos anteriores, para ello se ha hecho una reflexión centrada en los criterios que se tienen en cuenta cada vez que se inicia un procedimiento de expulsión, y la valoración de la proporcionalidad por parte de jueces y tribunales. Con todo, el estudio se cierra con unas consideraciones finales que intentan hacer un balance de todo lo expuesto, reflejando los diferentes puntos de vista y las valoraciones sobre la materia objeto de estudio, a modo de conclusión.

Para la realización de este trabajo se ha seguido la metodología propia del ámbito jurídico, a través del estudio de normas de distinto rango (Directivas, Tratados, Leyes

estatales y autonómicas), así como la doctrina y jurisprudencia especializada en la materia y observación de fuentes normativas tanto internacionales, como europeas, estatales y autonómicas.

MARCO JURIDICO GENERAL APLICABLE EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

Primeramente, antes de entrar en materia de extranjería, se debe hacer una aproximación al Derecho internacional privado. El régimen de extranjería forma parte de esta rama del Derecho, que contiene un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones surgidas en la sociedad internacional entre personas privadas, esta regulación determina el ordenamiento jurídico competente para regular las relaciones privadas que no dependen por completo de la legislación interna, y por lo tanto, está íntimamente relacionada con los temas de nacionalidad y extranjería, objeto central del trabajo que nos ocupa.

De modo que, se debe tener en cuenta que existe regulación relacionada con esta materia en los distintos niveles normativos, con competencias atribuidas sobre estas cuestiones a muy diversos organismos. Al objeto del presente estudio -las órdenes de expulsión de inmigrantes-, se tendrán en cuenta los principales textos legales -pues todos los existentes excederían de la finalidad perseguida por este trabajo- de los cuatro ámbitos que afectan al ordenamiento jurídico español, esto es: el ámbito internacional; el ámbito europeo; el ámbito estatal; y por último, dentro del ámbito autonómico, se prestará atención únicamente al marco jurídico catalán por razones de proximidad y de extensión del estudio, cuyo límite no permite un análisis pormenorizado de la variada normativa autonómica aplicable en materia de extranjería.

A continuación se van a tratar las diferentes regulaciones relativas al ámbito de extranjería que son de aplicación en el Estado español. Por ello, en este punto, se detallarán de manera sucinta las Directivas, los Reglamentos, los Acuerdos y los Convenios que se han formalizado para llevar a cabo el procedimiento sancionador de los extranjeros en situación irregular, así como otros derechos y obligaciones de los extranjeros recogidos en instrumentos de distinto rango, que resulten de aplicación en territorio español en general, y concretamente en el catalán.

En el ámbito internacional

El ámbito internacional en esta materia es de obligada apreciación, puesto que trata temas que afectan de manera general a todos los miembros de la Comunidad

Internacional. Esta materia regula el conjunto de relaciones sociales a nivel internacional, que surge como una necesidad supranacional de aportar seguridad jurídica a las relaciones de derechos y obligaciones que tengan lugar entre personas de distintos países en un mundo globalizado como el actual, ya que en toda sociedad es preciso someterse a un sistema de reglas jurídicas.

Datos arrojados por la UNESCO en 2005 estimaron que el número de migrantes internacionales oscila entre 185 y 192 millones y los. La migración afecta a un número muy elevado de países ya sea por los motivos que sea: países de emigración, de inmigración, de tránsito, o todos ellos juntos². Por lo que era necesaria la existencia de un cuerpo legal supranacional que recogiera tan importante circunstancia.

Corresponde a los Estados unilateralmente la reglamentación de las relaciones jurídicas internacionales de orden privado corresponde mediante sus propias Leyes Nacionales o recurriendo a la concertación de Tratados. De hecho, uno de los instrumentos más importantes y extendidos en el ámbito internacional son los Tratados internacionales, pues tienen una función fundamental en la historia de las relaciones internacionales, y también se debe reconocer su importancia, cada vez mayor, como fuente del derecho internacional y como medio de desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones, sean cuales sean sus regímenes constitucionales y sociales.

Todo ello debe estar orientado por los principios del libre consentimiento y de la buena fe, y la norma "*pacta sunt servanda*", universalmente reconocidos. De hecho, el artículo 2 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de mayo de 1969, que establece que: "*se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*". Añade que todos los Estados tienen capacidad para celebrar tratados, manifestando su consentimiento de obligarse por un tratado mediante la firma, el canje de instrumentos, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido.

² UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura). *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes*. 2005 (Francia), pág. 5

Por otro lado, en la normativa internacional tocante al objeto del trabajo que nos ocupa, se pueden distinguir cuatro tipos de convenios: los convenios de flujos migratorios laborales; los convenios marco de cooperación en materia de inmigración, los convenios de readmisión de personas en situación irregular; los convenios de movilidad de jóvenes; y, por último, los convenios de doble nacionalidad. Más adelante se tratará con mayor profundidad qué tipo de mecanismos y procedimientos son los que se utilizan para la readmisión de las personas en situación irregular.

Es importante mencionar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado por España el 28 de septiembre de 1976, y ratificado en 13 de abril de 1977. En concreto su artículo 13 establece que: *“El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente, o bien, ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente. y hacerse representar con tal fin ante ellas”*.

En lo que concierne a los Derechos Humanos, no está de más añadir que en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 en París, el artículo 15 habla de que toda persona tiene derecho a una nacionalidad. Concretamente dice: *“Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”*. Y, el artículo 13.2 del mismo: *“Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”*.

Otra de las cuestiones importantes a tratar es la debatida en la Asamblea de Naciones Unidas de 1990, en que se aprobó la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, en vigor desde 2003, ratificada por 22 países y firmada por otros 10 Estados. Actualmente, a este texto están adheridos 36 estados. Aunque España no ha firmado ni ratificado dicho documento.

El objetivo de esta Convención es la protección efectiva de los Derechos Humanos fundamentales de los trabajadores migrantes y de sus familias, con independencia de su

condición jurídica en el país de acogida, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento u otra condición.

El hecho de no tener ratificada ni firmada la Convención deja en el aire muchos de los derechos de las personas reconocidos en su articulado, porque dicha Convención garantiza de forma efectiva los Derechos Humanos de las personas migrantes y la protección adecuada para todas las personas con independencia de su situación administrativa. Además de luchar contra la especial vulnerabilidad de los migrantes frente a los abusos de los Derechos Humanos - especialmente la de quienes se encuentran en situación irregular, las mujeres y los menores - y, por último, contribuye a prevenir y a combatir el racismo y la xenofobia, fijando unas normas para un trato justo y sin abusos.

En el ámbito europeo

Uno de los elementos nucleares de la Unión Europea es la libre circulación de personas, configurada como un Derecho Fundamental que asiste a los ciudadanos de la Unión Europea en virtud del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Se expresa a través del espacio de libertad, seguridad y justicia exento de fronteras internas. La supresión de las fronteras internas implica una gestión reforzada de las fronteras externas de la Unión, así como la regularización de la entrada y la residencia de personas de países extracomunitarios a través de medidas como la política común de asilo e inmigración³.

El concepto de la libre circulación de personas emana de la firma del Acuerdo de Schengen en 1985 y del posterior Convenio de Schengen de 1990, que marcó el inicio de la supresión de los controles fronterizos entre países participantes. La cooperación Schengen, como parte del marco jurídico e institucional de la Unión Europea, se ha expandido paulatinamente hasta incluir a la mayoría de los Estados Miembros y a algunos países extracomunitarios.

³ LACUEVA BERTOLACCI, R. *Situación actual de la inmigración irregular en la Unión Europea*. Artículos Doctrinales: Derecho Comunitario, Noticias Jurídicas. Julio 2007: “El Pacto Europeo de Inmigración y Asilo, alcanzado en octubre de 2.008, constata la preocupación de la UE por organizar la inmigración legal, controlar la inmigración irregular, mejorar los controles en las fronteras, construir una Europa de asilo y colaborar con los países de origen y de tránsito”.

Dicho esto, es importante al objeto del estudio que nos ocupa tratar la normativa proveniente de la Unión Europea en tanto que el Derecho comunitario tiene primacía sobre el Derecho nacional para poder garantizar su uniformidad en todos los Estados Miembros, de manera que sus previsiones y directrices inciden directamente en el ordenamiento jurídico español. De todos modos, no se debe obviar el hecho de que el Derecho comunitario tiene autonomía con respecto al Derecho interno de cada Estado. Además, la normativa europea confiere derechos e impone obligaciones directas tanto a las instituciones comunitarias como a los Estados miembros y a sus ciudadanos, en el marco del denominado efecto directo del Derecho comunitario⁴.

El Derecho comunitario se compone de un parte de los Tratados constitutivos y de los Tratados de adhesión (lo que se denomina comúnmente Derecho originario), y de otra, de las normas contenidas en los actos aprobados por las instituciones comunitarias en aplicación de dichos Tratados (lo que se conoce como Derecho derivado).

Antes de explicar las principales Directivas y Reglamentos que engloban este apartado, haremos mención del instrumento fundamental del que debemos partir para analizar la normativa relativa a extranjería desde el punto de vista europeo es el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Concretamente, es interesante la disposición que se incluye en su artículo 78.1.c), que establece que: *“La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas”*. A lo que añade en su apartado segundo que: *“el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas en los ámbitos siguientes:[...] la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal”*.

Ahora bien, para el objeto del presente estudio, se centrará la atención del ámbito europeo sobre las Directivas y los Reglamentos. En primer lugar, las Directivas son normas aprobadas por la Comisión Europea –órgano que constituye el poder legislativo de la Unión- que establecen unos criterios generales en la Unión Europea para luego desarrollarlas internamente a través de la normativa de cada país miembro. También establecen los objetivos que deben lograr los Estados Miembros, dejándoles elegir los

⁴ Ministerio del Gobierno. *El Derecho Comunitario*

medios para hacerlo. La Directiva puede ir dirigida a uno, varios o todos los Estados miembros. Para que los principios surtan efecto para los ciudadanos, el legislador nacional debe adoptar una norma de derecho interno que conforme el ordenamiento jurídico nacional a los objetivos de la Directiva, proceso que se denomina transposición y para el que se prevé una fecha límite.

En segundo lugar, los Reglamentos son normas jurídicas de Derecho comunitario con alcance general y eficacia directa. Esto implica que es directamente aplicable en todos los Estados de la Unión por cualquier autoridad o particular, sin que sea precisa ninguna norma jurídica de origen interno o nacional que la transponga para completar su eficacia plena. Asimismo, puede ser invocada la tutela jurisdiccional de las disposiciones recogidas en estos Reglamentos ante los tribunales nacionales o comunitarios por los particulares⁵.

La gran diferencia entre estos dos instrumentos radica en que las Directivas no son de aplicación directa, mientras que los ya citados Reglamentos comunitarios sí lo son sin necesidad de transposición alguna.

Hechas estas observaciones preliminares, para continuar con este estudio teórico práctico, en el ámbito europeo, la Directiva con más relevancia es la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (en adelante, Directiva retorno), por la cual se establecen todos los criterios que deben seguir los países que forman la Unión Europea (en adelante UE) en el proceso de retorno de nacionales de terceros países que se encuentran en situación irregular. Es la más importante para el estudio sobre el procedimiento sancionador en materia de extranjería, concretamente, en cuanto a la expulsión del territorio español, porque es la que ha marcado las pautas a seguir para que cada país elabore los mecanismos conforme a la Ley y su correspondiente desarrollo reglamentario respecto de este procedimiento. Por este motivo se va a dedicar una especial atención al contenido de esta Directiva en el presente apartado.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) analiza en primer lugar si el régimen nacional aplicable en el asunto está o no sometido al ámbito de aplicación

⁵ PACHECO GALLARDO, M. *Proceso de transposición de Directivas*. Artículos Doctrinales: Derecho Comunitario. Enero 2008

de la Directiva. La Directiva Retorno es un instrumento de lucha contra la inmigración ilegal, por lo que quedan fuera de su propósito otros objetivos de política criminal o de seguridad u orden público. Se aplica “a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro” (artículo 2.1) siendo indiferente cómo se haya llegado a esa situación. Por ello, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la misma los nacionales de un tercer Estado que sean solicitantes de asilo y aquellos que sean beneficiarios del derecho a la libre circulación⁶. Además, la propia Directiva contempla dos supuestos que los Estados pueden excluir de su ámbito de aplicación, y por tanto aplicar normas nacionales autónomas: el primero, cuando se trate de nacionales de terceros Estados a los que se deniegue la entrada o sean detenidos o interceptados con ocasión del cruce de las fronteras exteriores de la Unión; y el segundo, cuando la medida de expulsión se imponga a nacionales de terceros Estados como sanción penal o como consecuencia de la pena impuesta, de acuerdo con la legislación nacional (artículo 2.2 b))⁷.

Así, la Directiva retorno establece normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, de conformidad con los Derechos Fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de Derechos Humanos.

En lo tocante a la transposición, se rige de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 1 del Tratado, algunas de las cuestiones importantes que se deben tener en cuenta de esta Directiva son:

“Procede que los Estados miembros se aseguren de que la finalización de la situación irregular de nacionales de terceros países se lleve a cabo mediante un procedimiento justo y transparente. De conformidad con los principios generales del Derecho

⁶ Considerando 9º Dir «retorno» y Sentencia del TJUE de 11.30.2009 as. Kadzoev C-357/09 PPU y art. 2.3 Dir «retorno». (Véase GONZÁLEZ SAQUERO, P. *La Directiva “retorno” y el alcance de la armonización del procedimiento de expulsión de extranjeros (Sentencia del TJUE de 28.4.2011, as. El Dridi C-61/11)*. Página 4.

⁷ En el caso del derecho español, se trata de la medida de expulsión por la que deberán sustituirse las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España (art. 89 CP), y la expulsión como consecuencia accesoria de la pena privativa de libertad superior a un año impuesta por la comisión de un delito, dentro o fuera de España, sancionado con pena de prisión superior a un año (Art. 57.2 LOEx).

comunitario, las decisiones que se tomen en el marco de la presente Directiva deben adoptarse de manera individualizada y fundándose en criterios objetivos, lo que implica que se deben tener en cuenta otros factores además del mero hecho de la situación irregular. Cuando se usen formularios tipo para las decisiones relativas al retorno, es decir, las decisiones de retorno, y, si se dictan, las decisiones de prohibición de entrada y de expulsión, los Estados miembros deben respetar este principio y dar pleno cumplimiento a todas las disposiciones aplicables de la presente Directiva.”

“Se reconoce que es legítimo que los Estados miembros hagan retornar a los nacionales de terceros países en situación irregular, siempre y cuando existan sistemas de asilo justos y eficientes que respeten plenamente el principio de no devolución”.

“Debe establecerse un conjunto mínimo común de garantías jurídicas respecto de las decisiones relativas al retorno para garantizar una protección eficaz de los intereses de las personas de que se trate. Debe facilitarse la asistencia jurídica necesaria a aquellas personas que no dispongan de recursos suficientes. Los Estados miembros deben prever en su legislación nacional los casos en que se considera necesaria la asistencia jurídica.”

“El recurso al internamiento a efectos de expulsión se debe limitar y supeditar al principio de proporcionalidad por lo que se refiere a los medios utilizados y a los objetivos perseguidos. Solo se justifica el internamiento para preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión, y si la aplicación de medidas menos coercitivas no es suficiente.”

“Los Estados miembros deben aplicar la presente Directiva sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.”

“En consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989, el «interés superior del niño» debe ser una consideración primordial de los Estados miembros al aplicar la presente Directiva.”

Una vez aclaradas estas consideraciones iniciales, y ya entrando en materia, los capítulos más importantes al objeto que nos ocupa de la presente Directiva son: el Capítulo III relativo a las garantías procedimentales; y el Capítulo IV referente al internamiento a efectos de expulsión. En éste último se establece un conjunto mínimo común de garantías jurídicas respecto de las decisiones relativas al retorno, para garantizar una protección eficaz de los intereses de las personas de que se trate. También incluye el deber de supeditarse expresamente el uso de medidas coercitivas a los principios de proporcionalidad y eficacia en lo tocante a los medios utilizados y a los objetivos perseguidos, disponiendo que los Estados Miembros deben poder contar con distintas posibilidades para controlar el retorno forzoso y que el recurso al internamiento a efectos de expulsión se debe limitar y supeditar al principio de proporcionalidad. Sólo se justifica el internamiento para preparar el retorno, o para llevar a cabo el proceso de expulsión, siempre y cuando la aplicación de medidas menos coercitivas no es sea suficiente.

Otra Directiva que cabe mencionar es la Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea. El artículo 1 nos dice el objeto de ésta, es decir, la finalidad de la presente Directiva: *“Definir medidas de asistencia entre las autoridades competentes de los aeropuertos de tránsito de los Estados miembros en relación con las repatriaciones o alejamientos con escolta o sin ella por vía aérea.”*

Por último, otra Directiva que da directrices sobre la expulsión de nacionales de terceros países es la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, cuyo objeto se establece claramente en el artículo 1: *“Permitir el reconocimiento de una decisión de expulsión adoptada por una autoridad competente de un Estado miembro, denominado en lo sucesivo «Estado miembro autor», contra un nacional de un tercer país que se encuentre en el territorio de otro Estado miembro, denominado en lo sucesivo «Estado miembro de ejecución»”.*

No se puede dejar de atender a la Directiva 2004/38 del Parlamento y del Consejo de 29 de abril, sobre el derecho de los ciudadanos de la UE a circular y residir libremente, que establece las condiciones de ejercicio del derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su

familia, así como el derecho de residencia permanente en el territorio de los Estados miembros de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia y las limitaciones de estos derechos por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Esta Directiva será de aplicación para a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, que le acompañen o se reúnan con él.

Una de las consideraciones que más relevancia tiene es: *“Para mantener la unidad de la familia en un sentido amplio y sin perjuicio de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, los Estados miembros de acogida deben estudiar, basándose en su propia legislación nacional, la situación de las personas no incluidas en la definición de miembros de la familia con arreglo a la presente Directiva y que, por consiguiente, no disfrutan del derecho automático de entrada y residencia en el Estado miembro de acogida, con objeto de decidir si se les podría permitir la entrada y la residencia, teniendo en cuenta su relación con el ciudadano de la Unión o cualquier otra circunstancia, tales como la dependencia financiera o física del ciudadano de la Unión”*⁸. Por ello, la UE ya establece claramente que se debe valorar la familia por encima de todo para decretar o no la expulsión de cualquier persona.

También, cabe mencionar el Reglamento (CE) No 539/2001 del Consejo de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores, y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación.

Por último, para terminar este somero análisis relativo a la normativa básica relacionada con la materia de extranjería en el ámbito europeo, debemos citar la Directiva 2003/109 de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración. El artículo 12.1 de la misma únicamente permite que los Estados Miembros puedan expulsar a un ciudadano extranjero residente de larga duración cuando éste represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública. De hecho, la Directiva 2004/38/CE también establece dicho criterio en su artículo 28.1 para la expulsión de los extranjeros de larga duración.

⁸DIRECTIVA 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, Exposición de motivos número 6.

Aunque, no se les puede expulsar sin ver antes otros condicionantes como la situación económica, familiar, edad, integración social y cultural, etc.

En el ámbito estatal

El Estado tiene competencia exclusiva en materia de inmigración y extranjería por lo que es necesario hacer una primera remisión a la norma suprema, la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE). En concreto, al primer Capítulo de su Título I, en cuyo artículo 149.1.2 CE se dispone que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: “*Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo*”. Las competencias que se deben atribuir en cada Comunidad Autónoma han tenido problemática, pero el Tribunal Constitucional es claro en este sentido: sólo se traspa a las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA), en nuestro caso más cercano a la Generalitat de Cataluña, potestades en materia de carácter social y asistencial siempre y cuando éstas cumplan con la legislación española⁹.

La CE, como ya se ha dicho anteriormente, es la norma suprema a la cual nos remitimos, pero no es la única norma de aplicación. Lo que se pretende es tener un conocimiento preciso del reparto de funciones existente entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de inmigración y extranjería. Por ello, se aprobó la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEX). En cuanto a su aplicación, se ocupa de su desarrollo reglamentario el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009

⁹ En la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 83, el TC afirma «*la evolución del fenómeno migratorio en España impide configurar la competencia estatal ex artículo 149.1.2 CE como un título horizontal de alcance ilimitado que enerve los títulos competenciales de las Comunidades Autónomas de carácter sectorial con evidente incidencia en la población migratoria, en relación con la cual han adquirido especial importancia las prestaciones de determinados servicios sociales y las correspondientes políticas públicas (educación, asistencia social, sanidad, vivienda, cultura, etc.)*». Esa doctrina llevó al Tribunal a considerar conforme a la Constitución, por ejemplo, la previsión que realiza el artículo 138 del vigente Estatuto de Autonomía de Cataluña en relación con la competencia de la Generalitat en materia de primera acogida de las personas inmigradas, que incluye las actuaciones socio-sanitarias y de orientación, pues se afirma que «*precisamente en el contexto de la integración social y económica de la población inmigrante se insertan el conjunto de competencias o potestades, de evidente carácter asistencial y social que el artículo 138.1 EAC atribuye a la Generalitat, las cuales en ningún caso puede entenderse que releguen la competencia exclusiva que el Estado ostenta en materia de inmigración.*» (STC 31/2010, FJ 83) [EDJ 2010/121768].

(en adelante, RELOEX). Regulación a la que se dedicará el siguiente capítulo del presente estudio.

Se debe tener presente la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tal como se establece en su Disposición Adicional Decimonovena (en adelante LRJAPAC): *“Los procedimientos regulados en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, se regirán por su normativa específica, aplicándose supletoriamente la presente ley”*.

En el Capítulo II de la LRJAPAC, concretamente en los artículos 134 al 138, se establece los principios del procedimiento sancionador. Estos principios serían el de garantía del procedimiento, los derechos del presunto responsable, las medidas de carácter provisional, la presunción de inocencia y, por último la resolución.

También, para la aplicación de la LOEX y su Reglamento, debemos remitirnos a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA). El apartado 4 del artículo 8 en la redacción ofrecida por la DA 14ª de la LOPJ, amplía la competencia de los Juzgados de lo contencioso-administrativo a las resoluciones dictadas por las Administraciones autonómicas en materia de extranjería. Tales cuestiones anteriormente estaban atribuidas a la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia en virtud del apartado j) del artículo 10 de la LJCA, como bien nos recuerda Escudero Herrera¹⁰.

La reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, relativa a la posibilidad de sustituir penas privativas de libertad inferiores a seis años, impuestas a extranjeros no residentes legalmente en España, por la expulsión del territorio nacional, tiene mucha importancia. Esta previsión legal, incorporada en su día a través del artículo 89 del Código Penal (en adelante CP), como medida sustitutiva de penas privativas de libertad, ubicada en la Sección 2ª, Capítulo III, Título III, del mencionado

¹⁰ ESCUDERO HERRERA, C.: *La delimitación de la competencia objetiva de los órganos jurisdiccionales contencioso administrativo*. Anuario de la Facultad de Derecho, 2004, Pag.41.

Código, ha sido criticada en varias ocasiones por el Tribunal Supremo, el cual ha llegado a afirmar que *"la expulsión viene a resultar una pena añadida y no una sustitución de la privativa de libertad impuesta"*, así como que *"es asistemática y perturbadora de la legalidad penal"*, y que *"se aparta de los fines de reinserción y rehabilitación social que la Constitución Española otorga a la pena"*¹¹.

Otra de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en el referido artículo del CP es, que una vez acordada la expulsión, el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado, lo que supone la posibilidad del Juez de modular el período de prohibición de regreso del extranjero expulsado al territorio español, cuando con anterioridad a la reforma, nos encontrábamos con que el plazo era de 10 años, y en todo caso, mientras no hubiese prescrito la pena.

Como pone de manifiesto Quiles Martín, en ambas reformas el legislador atiende a las reclamaciones históricas del Tribunal Supremo sobre la imperiosa necesidad de dar trámite al extranjero penado, basándose en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, relativa a la exigencia de un examen individualizado del caso concreto y de las circunstancias personales del extranjero penado, para poder acordar la expulsión del extranjero del territorio español (circunstancia de arraigar que es extensible a la protección de la familia o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos)¹².

No está de más tener en cuenta el Real Decreto Legislativo 16/2012 de 20 de abril, que restringe el derecho a la sanidad en diferentes colectivos, entre ellos los inmigrantes irregulares. Como consecuencia de esta Real Decreto-ley, las personas inmigrantes en situación administrativa irregular pasan a estar excluidas del Sistema Nacional de Salud

¹¹ (Sentencias del Tribunal Supremo número 1231/2006, de 23 de de noviembre, Sala lo Penal, Sección 1ª; 125/2008, de 20 de febrero, Sala de lo Penal, Sección 1ª; 901/2004, de 8 de julio, Sala de lo Penal; 165/2009, de 19 de febrero, Sala de lo Penal, Sección 1ª; 470/2009, de 7 de mayo, Sala de lo Penal, Sección 1ª; 617/2010, de 22 de junio, Sala de lo Penal, Sección 1ª).

¹² QUILES MARTIN, S.: *Artículo 89 del Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Publicación 19/10/2011

a partir del 1 de septiembre de 2012¹³. Sólo contempla una excepción: en un añadido al modificado artículo 3 (artículo 3 ter) establece que los extranjeros no registrados ni autorizados en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: *a)* de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica; y *b)* de asistencia al embarazo, parto y postparto. El mismo artículo contempla asimismo que, en todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

Por último, también la reciente Ley 14/2013, de 27 de setiembre de soporte a los emprendedores y su internacionalización, introduce algunas novedades en el régimen de extranjería por intereses económicos para agilizar la concesión de visados y autorizaciones de residencia. En concreto, desde la entrada en vigor de esta nueva Ley, los extranjeros que pretendan invertir en España o emprender alguna actividad económica podrán solicitar ante el Consulado español competente un visado de residencia en España, así como la posterior solicitud de autorización de residencia ante la Oficina de Extranjería correspondiente. Es decir, la Ley de emprendedores facilita el permiso de residencia a empresarios e inversores extranjeros, con la finalidad de atraer inversión y talento a España. Un cambio en la política de inmigración, que ahora se contempla como elemento de competitividad¹⁴.

En el ámbito autonómico

Por regla general, la materia de extranjería es competencia del Estado español con la particularidad de que se le han atribuido competencias a las Comunidades Autónomas. La normativa de extranjería ha ido permitiendo, progresivamente, una mayor implicación de las CCAA y entidades locales para la gestión de los flujos migratorios.

Un buen ejemplo de ello es el artículo 138 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que establece las competencias de la Generalitat en materia de inmigración, y dispone que tendrá la competencia exclusiva en materia de primera acogida de las personas inmigradas. Cosa que incluirá: las actuaciones socio-sanitarias y de orientación; el desarrollo de la política de

¹³ La Disposición Transitoria Primera del Real Decreto-ley 16/2012 estableció como fecha límite el 31 de agosto de 2012 para poder recibir asistencia sanitaria en España sin tener que acreditar la condición de asegurado.

¹⁴ ROS, Rosa Maria. *Novetats en matèria de dret d'estrangeria introduïdes per la Llei d'Emprenedors*. Mòn jurídic, núm. 282. Publicación 2013, pág. 16-17

integración de las personas inmigradas en el marco de sus competencias; el establecimiento y la regulación de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigradas y para su participación social; el establecimiento por ley de un marco de referencia para la acogida e integración de las personas inmigradas; la promoción y la integración de las personas regresadas; y la ayuda a las mismas, impulsando las políticas y las medidas pertinentes que faciliten su regreso a Cataluña.

También se atribuye a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña, en virtud del apartado segundo del mismo artículo 138. Esta competencia, prosigue el mismo precepto, *“se ejerce necesariamente en coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros”* e incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena, y la tramitación y resolución de los recursos que se deriven.

Finalmente, el tercer apartado dispone la participación de la Generalitat en las decisiones del Estado sobre inmigración, con especial trascendencia para Cataluña y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título V¹⁵

Sobre este tema hay muchas discrepancias, y los recurrentes consideran que el artículo 138 del EAC sería inconstitucional en su conjunto, *“sobre todo en sus apartados 1 y 2, por atribuir a la Generalitat competencias en materia de inmigración y vulnerar así el art. 149.1.2 CE, que inequívocamente confiere al Estado la competencia exclusiva al respecto”*¹⁶.

¹⁵ Artículo 176 Efectos de la colaboración entre la Generalitat y el Estado:

1. La participación de la Generalitat en los órganos y los mecanismos bilaterales y multilaterales de colaboración con el Estado y con otras Comunidades Autónomas no altera la titularidad de las competencias que le corresponden.
2. La Generalitat no queda vinculada por las decisiones adoptadas en el marco de los mecanismos multilaterales de colaboración voluntaria con el Estado y con otras Comunidades Autónomas respecto a las cuales no haya manifestado su acuerdo.
3. La Generalitat puede hacer constar reservas a los acuerdos adoptados en el marco de los mecanismos multilaterales de colaboración voluntaria cuando se hayan tomado sin su aprobación.

¹⁶ APARICIO WILHELMI, Marco. *La Decisión sobre las Competencias Relacionadas con la Inmigración*. Página 352

Una de las razones de esta inconstitucionalidad, que pone de manifiesto Aparicio Wilhelmi¹⁷, estaría en que: *“en virtud del artículo 13.1 CE, las personas extranjeras son titulares del derecho al trabajo, junto con el resto de derechos del Título I, con las excepciones referidas al derecho de sufragio que establece el mismo artículo 13 en su segundo apartado. Por ello, no se puede afirmar sin más que el acceso al trabajo sea una cuestión no únicamente propia del régimen de extranjería, pues hablamos del ejercicio de un derecho constitucional que debe desarrollarse de acuerdo con las previsiones competenciales”*.

El citado autor ofrece también una segunda razón: *“que el criterio esencial para autorizar la entrada y permanencia de inmigrantes podría perfectamente desligarse de la previa existencia de un vínculo laboral. En otras palabras, la laboralización del régimen de extranjería, por mucho que se trate de algo que siempre ha estado en nuestra legislación de extranjería (desde 1985), no deja de ser una opción política que, en caso de ser tomada por quien es competente según el artículo 149.1.2 CE, debe asumirse en el marco de la distribución competencial establecido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía”*¹⁸.

La aprobación de la Ley Orgánica 2/2009, de 18 de diciembre ha afectado a las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia de autorizaciones iniciales de trabajo, las cuales ya habían sido asumidas en virtud del acuerdo de traspaso de competencias de 12 de febrero, publicado en el Real Decreto 1463/2009, de 18 de septiembre. Por ello, la regulación derivada de la Ley Orgánica 2/2009 también afectará en su momento a otras Comunidades que hayan asumido en sus correspondientes Estatutos de Autonomía competencias en esta materia.

Las competencias en materia de inmigración derivadas del EAC han pasado a asumir más ámbitos de gestión de lo previsto cuando se pactó inicialmente la transferencia. Particularmente en la promoción de la inserción laboral de los inmigrantes¹⁹.

Por último, dentro del ámbito autonómico, también encontramos la Ley 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de les personas inmigradas y de les retornadas a Cataluña. Esta

¹⁷ APARICIO WILHELMI, Marco. *La Decisión sobre las Competencias Relacionadas con la Inmigración*. Página 355

¹⁸ Ibid. P. 355

¹⁹ CAMAS RODA (coord.), F. *L'atribució de competències en matèria d'immigració derivades de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*. Publicación Diciembre 2010. Página 38

Ley tiene la finalidad de crear y regular el servicio de primera acogida de los inmigrantes y de los retornados en Cataluña. Se enmarca en el seno de las políticas migratorias, también tiene como objetivo crear la Agencia de Migraciones de Cataluña. Con el fin de hacer efectivos los principios de igualdad y de cohesión social a través de este servicio de primera acogida, orientada a la promoción de la autonomía personal de los extranjeros y los retornados en Cataluña que se encuentran en desventaja por su desconocimiento de la sociedad catalana, de sus normas jurídicas principales, o por falta de las competencias lingüísticas básicas. De este servicio se beneficiarán los extranjeros después de su empadronamiento, o después de la presentación de solicitud de asilo. Entre los conocimientos a adquirir se incluyen la asunción de competencias básicas en catalán, regula que el catalán es la lengua vehicular de información y de formación. Con esta finalidad, según el artículo 9, apartado 4, el aprendizaje lingüístico ofrecido por los servicios de primera acogida empieza por la adquisición de las competencias básicas en lengua catalana. El servicio de primera acogida también prevé la enseñanza de conocimientos de carácter laboral de extranjería. Asimismo, los conocimientos adquiridos se acreditarán mediante un certificado oficial.

REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY ORGÁNICA 4/2000 Y SU DESARROLLO REGLAMENTARIO

Antes de hacer el análisis y para poder entrar en el objeto del trabajo debemos remitirnos a la LOEX, para saber los motivos por los cuales se instó esta ley y la necesidad de ésta. Está claro que el hecho de hacerse una Ley de Extranjería significa que se quiere dar respuesta a las cuestiones que afectan a la unidad de nuestro país y, para ello, se aprueba esta regulación.

En la Exposición de Motivos del RELOEX encontramos las repuestas del gobierno para la elaboración de dicha regulación. El Estado se basa en dos motivos para haber llevado a cabo la reforma: en primer lugar; en la evolución del fenómeno migratorio y, en segundo lugar; a la oportunidad de clarificar, simplificar y ordenar procedimientos complejos. En cuanto al primero se basan en el descenso del número de solicitudes de entrada por motivos laborales y al aumento del número de procedimientos por parte de os extranjeros para renovar o prorrogar sus autorizaciones. Es por ello, que pretenden optimizar los principios ya regulados en Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, como por ejemplo los principios migratorios laborales, la lucha contra la inmigración irregular, las relaciones con terceros países en materia de inmigración, etc. Por lo que concierne al segundo motivo, establece que la tramitación puede ser mejorada desde la agilidad y la seguridad jurídica, es decir, la reordenación y simplificación. También hacen referencia a la incorporación de las nuevas tecnologías para dicha agilidad.

Concluye de la siguiente manera: *“En definitiva, la regulación de la inmigración tiene tres claros motivos: la evolución del fenómeno migratorio, clarificar, simplificar y ordenar procedimientos complejos y de mejorar su naturaleza de norma procedimental”*.

La inmigración hacia España, fundamentalmente económico-laboral, ha pasado en unas pocas décadas de ser considerada un fenómeno marginal a una realidad social indiscutible, con todas las implicaciones tanto sociológicas, como económicas, políticas, sociales, jurídicas, etc. Cosa que explica las reformas que ha sufrido la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su

integración social, así como la influencia de los pronunciamientos de los Tribunales Constitucional, Supremo o de diferentes Tribunales de Justicia de las Comunidades Autónomas. Pero donde más significativamente puede apreciarse este cambio fenomenológico es en la última reforma, recogedora de un amplio conjunto de novedades de gran calado e importancia técnica, jurídica y política en el conjunto de las dimensiones y aspectos tratados legalmente. Con ésta última reforma se pretende lograr un pacto social y político y, por ende, un marco jurídico estable sobre inmigración, que garantice el respeto a los derechos y sea impulsor de una sociedad plural como la española²⁰.

Ahora bien, cabe mencionar que, en el escenario actual, se está experimentado con un carácter restrictivo de los derechos sociales, siendo uno de los significativos el que se ha producido en la sanidad pública que hasta hace poco era universal. El Real Decreto-ley 16/2012, del 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, impuso a los ciudadanos una serie de condiciones que supusieron la retirada de la tarjeta sanitaria a los inmigrantes residentes en España en situación irregular. Ahora, los extranjeros, no tienen derecho a la sanidad pública en todos los sentidos, sino que sólo tienen derecho a los servicios de urgencias. Estas reformas se han producido en un contexto de crisis económica y financiera, primando los beneficios económicos sobre las consecuencias negativas que suponen estas medidas en un país como España, caracterizado por ser un país receptor de inmigración.

En primer lugar, para analizar la regulación del régimen de extranjería, se debe atender a los artículos que hablan sobre el ámbito de aplicación de la misma. Éstos establecen que se consideran extranjeros, a los que carezcan de la nacionalidad española sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte. Quedando excluidos del ámbito de aplicación de la Ley los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales, y de las oficinas consulares y sus familiares que, en virtud de las normas del Derecho internacional, estén exentos de las obligaciones relativas a su inscripción como

²⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Coords), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000-RD 557/2011)* Publicación 27/01/2013.

extranjeros y a la obtención de la autorización de residencia. También quedan excluidos los representantes, delegados y demás miembros de las Misiones permanentes o de las Delegaciones ante los Organismos intergubernamentales con sede en España o en Conferencias internacionales que se celebren en España, así como sus familiares y los funcionarios destinados en Organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en España, y sus familiares (artículo 1 y 2 de la LOEX).

También se debe tener en cuenta que, en régimen de extranjería, al ser la Administración pública la competente para resolver los asuntos derivados de este ámbito²¹, se rige por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Por este motivo, es necesario tener claro qué organismos concretos comprenden la Administración pública. De acuerdo con esta Ley, se entiende como tal a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local (artículo 2 de la LRJAPAC).

En lo tocante a los principios generales de la Administración, es fundamental recordar que las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. También deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima (artículo 3.1 de la LRJAPAC).

Además, no debe perderse de vista en el tema que nos ocupa, que las Administraciones públicas, en sus relaciones, se rigen por el principio de cooperación y colaboración, y en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos (artículo 3.2 LRJAPAC)

En sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas deben actuar de conformidad con los principios de transparencia y de participación (artículo 3.5 LRJAPAC)

²¹ Concretamente, el artículo 259 RELOEX establece que: *“Las Oficinas de Extranjería son las unidades que integran los diferentes servicios de la Administración General del Estado competentes en materia de extranjería e inmigración en el ámbito provincial, al objeto de garantizar la eficacia y coordinación en la actuación administrativa”*.

Régimen de entrada de los extranjeros en el territorio español

El régimen de entrada en el territorio español está contenido en la LO 4/2000 y desarrollado en el RD 557/2011. Los artículos donde se encuadra la entrada son del artículo 25 al 28 de la LOEX y del artículo 1 al 18 de la RELOEX.

El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

Salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, será preciso, además, un visado (no será exigible el visado cuando el extranjero se encuentre provisto de la tarjeta de identidad de extranjero o, excepcionalmente, de una autorización de regreso).

Estos requisitos no serán exigibles para aquellas personas que soliciten asilo, circunstancia regulada por otra normativa²².

Autorizaciones

Para que los extranjeros puedan acceder legalmente al territorio español se requiere, en los casos en que así lo determine la ley, que dispongan de una autorización. Esta autorización puede ser de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado o, una autorización de residencia. La autorización de estancia se caracteriza porque será titular el extranjero que haya sido habilitado a permanecer en España por un periodo superior a noventa días con el fin único o principal de llevar a cabo actividades de carácter no laboral (artículo 37 del RELOEX) y la autorización de residencia se caracteriza por la situación de residencia temporal el extranjero que se encuentre autorizado a permanecer en España por un periodo superior

²² Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

a noventa días e inferior a cinco años, sin perjuicio de lo establecido en materia de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado (artículo 46 del RELOEX).

Dos son los tipos de autorizaciones: por estancia y por residencia. La primera, se encuentra regulada en el mismo artículo que explica el concepto, el artículo 37 del RELOEX, es decir, los tipos de estancia serían los siguientes: para la realización o ampliación de estudios en un centro de enseñanza autorizado en España, en un programa de tiempo completo, que conduzca a la obtención de un título o certificado de estudios, la realización de actividades de investigación o formación, sin perjuicio del régimen especial de investigadores, la participación en un programa de movilidad de alumnos, para seguir un programa de enseñanza secundaria y/o bachillerato en un centro docente o científico oficialmente reconocido, la realización de prácticas no laborales en un organismo o entidad pública o privada y, por último, la prestación de un servicio de voluntariado dentro de un programa que persiga objetivos de interés general. La segunda, se rige también, por el mismo artículo que detalla el concepto, el artículo 45 del RELOEX y serían los siguientes tipos de autorizaciones: la autorización de residencia temporal no lucrativa, la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar, la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, la autorización de residencia temporal y trabajo para investigación, la autorización de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una Tarjeta azul-UE, la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada, la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia, la autorización de residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, y por último, la autorización de residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo.

Las autorizaciones de estancia se pueden prorrogar anualmente siempre y cuando, el interesado acredite que sigue reuniendo los requisitos para la obtención del visado. Esta prórroga deberá solicitarse dentro de los sesenta días anteriores a la expiración del visado Gobierno en la provincia y, como máximo, hasta los 90 días de la expiración del permiso (sin perjuicio de la incoación del procedimiento sancionador por la infracción) ante la Delegación o Subdelegación en la provincia. Hasta que éste no resuelva, se entenderá prorrogado el visado de estancia (artículo 40 del RELOEX).

En cuanto a las autorizaciones de residencia, cada uno de los supuestos que contiene la ley tiene unas particularidades para la renovación. Por ello, sólo se citara en el marco legal de la regulación de extranjería, donde se regulan, ello es en el Título IV del Reglamento (RELOEX)

En referencia a los tipos de autorizaciones se distinguen entre: las autorizaciones de estancia y residencia. Su regulación se encuentra en los artículos 29 a 35 de la LOEX, y en los artículos 28 a 36 y 45 a 154 del RELOEX. En el caso de autorizaciones para la realización de actividades lucrativas, se contienen en los artículos 36 a 43 de la LOEX.

También se podrá autorizar la entrada a España a extranjeros que soliciten arraigo por circunstancias excepcionales de carácter humanitario, de interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España.

Otro de los requisitos de entrada que aparecen en la normativa de extranjería es que los extranjeros que deseen acceder a territorio español deberán presentar, en su caso, los certificados sanitarios expedidos en el país de procedencia por los servicios médicos que designe la misión diplomática u oficina consular española, o someterse, a su llegada en la frontera, a un reconocimiento médico

Todo ello sin olvidar que, en ningún caso, estas entradas deberán suponer un peligro para la salud pública, el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de España o de otros Estados con los que España tenga un convenio en tal sentido.

No obstante todo lo anterior, la Comisaría General de Extranjería y Fronteras podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos anteriormente establecidos por razones humanitarias, de interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España.

Visados

El visado es un documento expedido por la autoridad consular española del lugar de residencia del extranjero, o en su defecto, por la Embajada de España, que habilita el tránsito, la entrada, la residencia, el trabajo y la residencia, y los estudios en territorio español, según los casos para los que se solicite.

Hay determinados supuestos en que este visado no se precisa, tales como: los Extranjeros que tengan la condición de refugiados y cuenten con documentación que pueda probar este hecho; los Extranjeros cuya estancia en el país no vaya a ser superior a tres meses y tengan la nacionalidad de determinados países²³; y los ciudadanos y residentes de la Unión Europea.

El visado se solicitará y expedirá en las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España.

En el caso de España hay siete tipos de visados: el visado de tránsito, que habilita a transitar por la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español o a atravesar el territorio español; el visado de estancia, que habilita para una estancia ininterrumpida o estancias sucesivas por un período, o suma de períodos, cuya duración total no exceda de tres meses por semestre a partir de la fecha de la primera entrada; el visado de residencia: que habilita para residir sin ejercer actividad laboral o profesional; el visado de residencia y trabajo, que habilita para la entrada y estancia por un período máximo de tres meses y para el comienzo, en ese plazo, de la actividad laboral o profesional para la que hubiera sido previamente autorizado²⁴; el visado de residencia y trabajo de temporada, que habilita para trabajar por cuenta ajena hasta nueve meses en un período de doce meses consecutivos; el visado de estudios, que habilita a permanecer en España para la realización de cursos, estudios, trabajos de investigación o formación, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado, no remunerados laboralmente; y, por último, el visado de investigación, que habilita al extranjero a permanecer en España para realizar proyectos de investigación en el marco de un convenio de acogida firmado con un organismo de investigación.

²³ REGLAMENTO (CE) No 539/2001 DEL CONSEJO de 15 de marzo de 2001 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. Artículo 1.2 (ANEXO II): Andorra, Antigua e Barbuda, Argentina, Australia, Bahama, Barbados, Brasil, Brunei Darussalam, Canadá, Corea, Costa Rica, Croacia, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, Israel, Japón, Malasia, Mauricio, México, Mónaco, Nicaragua, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Saint Christopher e Nevis, San Marino, Santa Sede, Seycelle, Singapur, Uruguay, Venezuela, regiones administrativas especiales de la República Popular China de Hong Kong y Macao y ciudadanos británicos que no tienen la condición de nacionales del reino unido de Gran Bretaña e Irlanda del norte en el sentido del derecho comunitario: British Nationals (Overseas) [nacionales británicos (ultramar)].

²⁴ En este tiempo deberá producirse el alta del trabajador en la Seguridad Social, que dotará de eficacia a la autorización de residencia y trabajo, por cuenta propia o ajena. Si transcurrido el plazo no se hubiera producido el alta, el extranjero quedará obligado a salir del territorio nacional, incurriendo, en caso contrario, en la infracción contemplada en el artículo 53.1.a) de la LOEX.

La denegación del visado deberá ser motivada en los casos de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena, así como en el caso de visados de estancia o de tránsito. Si la denegación se debe a que el solicitante del visado está incluido en la lista de personas no admisibles prevista en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1990²⁵, se le comunicará así de conformidad con las normas establecidas por dicho Convenio. La resolución expresará los recursos que contra la misma procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos.

La prohibición de entrada en España

Los supuestos de prohibición de entrada en el Estado Español se encuadran en el artículo 11 del RELOEX. Se les prohibirá la entrada, aunque cumplan los requisitos establecidos cuando, hayan sido previamente expulsados de España y se encuentren dentro del plazo de prohibición de entrada que se hubiera determinado en la resolución de expulsión, o cuando haya recaído sobre ellos una resolución de expulsión, salvo caducidad del procedimiento o prescripción de la infracción o de la sanción, cuando hayan sido objeto de una medida de devolución y se encuentren dentro del plazo de prohibición de entrada que se hubiera determinado en el correspondiente acuerdo de devolución, cuando se tenga conocimiento, por conductos diplomáticos, a través de Interpol o por cualquier otra vía de cooperación internacional, judicial o policial, de que se encuentran reclamados, en relación con causas criminales derivadas de delitos comunes graves, por las autoridades judiciales o policiales de otros países, siempre que los hechos por los que figuran reclamados constituyan delito en España y sin perjuicio de su detención, en los casos en que ésta proceda, cuando hayan sido objeto de prohibición expresa de entrada, en virtud de resolución del titular del Ministerio del Interior, por sus actividades contrarias a los intereses españoles o a los derechos humanos o por sus notorias conexiones con organizaciones delictivas, nacionales o internacionales, u otras razones judiciales o administrativas que justifiquen la adopción de esta medida, sin perjuicio de su detención, en los casos en que ésta proceda, cuando tengan prohibida la entrada en virtud de convenios internacionales en los que España

²⁵Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes; El acuerdo de Schengen permite suprimir los controles en las fronteras interiores entre los Estados firmantes y crear una única frontera exterior donde se efectúan los controles de entrada en el espacio de Schengen con arreglo a procedimientos idénticos; Artículo 95

sea parte o de acuerdo con lo establecido en la normativa comunitaria, salvo que se considere necesario establecer una excepción por motivos humanitarios o de interés nacional.

A los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo (artículo 26 LOEX).

Situaciones de los extranjeros en el estado español

El artículo 3 de la LOEX establece la práctica equiparación de los extranjeros y españoles en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que viene a decir que *“los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados Internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”*.

Previsión que, en su primer inciso, viene casi a reproducir lo previsto en el artículo 13 de la CE, en el sentido de condicionar el disfrute de derechos a lo que fijen los Tratados Internacionales y las leyes. Esto debe interpretarse en los términos en los que ya lo hiciera Tribunal Constitucional Sala 2ª, en su STC 23-11-1984, nº 107/1984, BOE 305/1984, de 21 de diciembre de 1984, rec. 576/1983, cuando en su Fundamento Jurídico cuarto afirma que: *“El problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, que es el tema aquí planteado, depende, pues, del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”*. Por lo tanto, debe interpretarse entendiendo que

ese condicionamiento a lo dispuesto por esos Tratados Internacionales y leyes, no debe significar que los extranjeros no gocen en absoluto de esos derechos, sino que, más bien, al ser derechos y libertades de configuración legal, se puede modular por ley su reconocimiento, y tomar o no en cuenta la consideración de extranjero. Siempre y cuando, evidentemente, esa modulación no suponga en ningún caso una discriminación, prohibida en virtud del artículo 14 de la CE.

No obstante, según se deduce del marco jurídico que fija la normativa en el régimen de extranjería en nuestro país, el extranjero puede encontrarse en dos situaciones: la primera sería la situación de forma regular; y la segunda, la situación de forma irregular. De forma regular estará aquél extranjero cuya situación sea reconducible a alguna de las previstas en la norma²⁶ (bien por encontrarse entre los colectivos que quedan exceptuados de la norma, bien por contar con visado de permanencia temporal, con autorización de residencia temporal o definitiva, con autorización de trabajo, residencia no lucrativa, etc.); de forma irregular, sería aquella situación del extranjero que está en el país sin ningún tipo de autorización establecida en la ley de extranjería.

La situación irregular es una situación administrativa que se puede producir de tres maneras: la primera, por no haber entrado de manera regular por los puestos habilitados ni con la documentación requerida; la segunda por haberse caducado el visado; y, la tercera, por no haber renovado el permiso de residencia una vez expirado por diferentes motivos. Un claro ejemplo de situación irregular sería el hecho de haber entrado por los puestos habilitados con un visado de tres meses y, una vez expirado el tiempo convenido, la persona en cuestión, no haya salido del territorio español. Otro ejemplo de situación irregular podría ser la entrada en territorio español por un puesto no habilitado, es decir, la persona que ha entrado con una patera, escondido en un camión, entre otros.

No está de más añadir que existen cuatro circunstancias excepcionales que permiten tramitar el permiso de residencia sin tener que volver al país de origen para solicitar el visado de residencia y trabajo. Estos supuestos son: por arraigo laboral o social; por protección internacional; por razones humanitarias; o por colaboración con las

²⁶ El régimen de entrada en el territorio español está contenido en la LO 4/2000 y desarrollado en el RD 557/2011. Los artículos donde se encuadra la entrada son del artículo 25 al 28 de la LOEX y del artículo 1 al 18 de la RELOEX.

autoridades administrativas, judiciales, policiales y fiscales, regulado en el Título V (artículo 123 al 146 del RELOEX).

Salidas del territorio español

Adaptándose al nuevo ciclo migratorio, el Reglamento también apuesta por fomentar y garantizar la movilidad y el retorno voluntario de los inmigrantes. La atracción de investigadores y personal altamente cualificado, así como la regulación en sede reglamentaria de los flujos laborales que afectan a actividades en que concurren razones de interés económico, social o laboral, o a actividades docentes, de investigación o artísticas constituyen medidas que favorecerán indudablemente la competitividad de la economía española y la internacionalización de las empresas. Al mismo tiempo, y dando respuesta al fenómeno creciente de la movilidad, se introducen previsiones sobre el retorno voluntario que hacen posible el regreso en un futuro recuperando los periodos de residencia previos siempre que se cumplan los requisitos para ello y el compromiso de no retorno²⁷.

Las salidas por parte de los extranjeros del territorio nacional podrán hacerse libremente excepto en los casos previstos en el Código Penal.

El régimen de salida se regula en Título I, Capítulo III (Salidas: requisitos y prohibiciones) del RELOEX. Los extranjeros podrán efectuar libremente su salida del territorio español, salvo en los supuestos previstos en el artículo 28.3 de la LOEX.

La salida es obligatoria en los siguientes casos: expulsión del territorio español por orden judicial (en los casos previstos en el artículo 89 Código Penal); expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa en los casos previstos en la LOEX (Título III De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador en su artículo 57 y también, en el Título XIV Infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador Capítulo I Normas comunes del procedimiento sancionador del RELOEX), denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español (Título I, Capítulo III, IV, V, VI, VII y VIII; falta de autorización para encontrarse en España; y por último, por cumplimiento

²⁷ Exposición motivos RELOEX.

del plazo en el que un trabajador extranjero se hubiera comprometido a regresar a su país de origen en el marco de un programa de retorno voluntario²⁸.

Como ya se ha visto sucintamente en el capítulo anterior, en lo que concierne al Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en el Capítulo II, Sección II se determina la sustitución de las penas privativas de libertad. El artículo 89 viene a establecer las posibles sustituciones que se pueden hacer cuando se condene a un extranjero a una pena privativa inferior a seis meses. La sustitución de esta pena viene impuesta por la expulsión del extranjero que reside de manera irregular en España, de modo que todo extranjero irregular con una pena inferior a seis meses será expulsado del territorio español, a excepción de que el Juez o Tribunal establezca lo contrario.

Además, dependiendo del hecho delictivo y de la pena impuesta, dicho extranjero tendrá prohibida la entrada al territorio español durante, como mínimo, 5 años hasta un máximo de 10. Dicha expulsión lleva consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo para la obtención del permiso de residencia (artículo 89.2 y 3 del CP)

En el caso de que ese extranjero intentase entrar en territorio español podrían suceder dos supuestos: si regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumpliría las penas que fueron sustituidas; no obstante, si fuera sorprendido en la frontera, sería expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad (artículo 89.4 del CP).

En otro orden de cosas, el citado artículo del Código Penal (artículo 89.6 del CP) dispone que: *“Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar,*

²⁸En el caso de Catalunya, según la Generalitat el Programa de Retorno Voluntario de inmigrantes desde Cataluña, PreviCat (Programa de Retorn Voluntari d'Immigrants des de Catalunya) se dirige a las personas extranjeras inmigradas residentes en Cataluña que, a causa de encontrarse en situación de vulnerabilidad social y económica, quieren volver a su país de origen.

Es un programa cogestionado por la Generalitat de Cataluña, a través de la Dirección General para la inmigración y la Organización Internacional para las Migraciones, OIM (Organització Internacional per a les Migracions, OIM). La tramitación se realiza por medio de los servicios sociales de los ayuntamientos y de entidades sociales.

El beneficiario obtiene un billete de avión que le permite viajar hasta un aeropuerto cercano a su destino final.

con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa”.

Como ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia, son genéricamente aplicables al procedimiento administrativo sancionador, los derechos fundamentales que rigen el proceso penal, entre ellos, claro está, el derecho a utilizar los medios pertinentes para la defensa, sin que en el presente el Juez Instructor en el trámite de audiencia se haya hecho nada para comprobar la veracidad de las afirmaciones de mi cliente, ni se ha permitido a su letrado informar en función de la declaración prestada y la documentación obrante en las actuaciones.

Dada la similitud del Internamiento Cautelar con la prisión provisional, la Jurisprudencia ha entendido que resulta plenamente aplicable a casos como el que nos ocupa la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 96/1995 de 19 de junio-1995 EDJ 1995/2617 , en la que se mantiene que *"la decisión judicial, en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, ha de ser adoptada mediante resolución judicial motivada, que debe respetar los derechos fundamentales de defensa (arts. 24,1 y 17,3 CE), incluidos los previstos en el art. 30,2 LO 7/85 de 1 julio , en conexión con el art. 6,3 Convenio Europeo para la Protección de los derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales , así como la interposición de los recursos que procedan contra la resolución judicial y eventualmente los reconocidos en el art. 35 LO 7/85 de 1 julio , en conexión con el art. 5,4 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales . Se cumple así establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en S 18 junio 1971 (caso de Wilde, Ooms y Versyp EDJ 1971/1) de que toda persona privada de su libertad, con fundamento o no tiene derecho a un control de legalidad ejercido por un tribunal y por ello con unas garantías comparables a las que existen en las detenciones en materia penal. La intervención judicial no sólo controlará el carácter imprescindible de la pérdida de libertad sino que permitirá al interesado presentar sus medidas de defensa, evitando que la detención presente el carácter de un internamiento arbitrario”*. Igual doctrina se contiene también la STC 144/90 a la que asimismo nos hemos referido.

Como se comprueba tanto en el artículo 62, párrafo segundo, de la LOEX, como en el trascrito 505.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se emplea el término audiencia, y siendo ambas medidas cautelares privativas de libertad.

Es reiterada la Jurisprudencia que estima aplicable a cualquier detenido lo dispuesto en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, precepto que contempla una intervención activa de la defensa, independientemente de la causa que haya motivado su privación de libertad. Por lo que, se acuerda prisión sin seguir el cauce especificado en la ley, hecho que genera indefensión.

La Audiencia Provincial de Barcelona, también se ha pronunciado al respecto de la siguiente manera: *“En efecto, en la sentencia del T.S. de fecha 8 de julio de 2004 se declaró que la vigente normativa (art . 89 C.P redactado por la L.O. 11/03) debe ser interpretada desde una lectura constitucional ante la afectación que puede tener para derechos fundamentales de la persona reconocidos en la C.E., en los Tratados Internacionales firmados por España -que conforme al art . 10 de la C.E. constituyen derecho interno aplicable-, y por deber interpretarse tales derechos conforme a los Tratados y en concreto a la Jurisprudencia del TEDH relativa al Convenio Europeo de Derechos Humanos, concluyendo que "para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores , en principio , al orden público o a una determinada política criminal , parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión , incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado , arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión . Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto , en cada caso , se ha salvaguardado el que se considere más relevante , con lo que se conjura , eficazmente , la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto , tal y como está en la actualidad . Una vez más hay que recordar que, todo juicio es un concepto esencialmente individualizado, y si ello tiene una especial incidencia en la individualización judicial de la pena, es obvio que también debe serlo aquellas medidas sustitutivas de la pena de prisión”²⁹.*

²⁹ Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 20ª, A 10-9-2007, nº 604/2007, rec. 43/2007 [EDJ 2007/190561].

Por otra parte y haciendo remisión al artículo 57.7 de la LOEX se dice que también es posible la sustitución por la expulsión cuando aun no habiendo condena, el extranjero es imputado por la comisión de un delito que contemple la imposición de una pena privativa de libertad menos a 6 años o pena de distinta naturaleza.

La Circular Núm. 2/2006, Fiscalía General es clara y concisa, la falta de permiso del extranjero debe estar debidamente acreditada, de lo contrario, será prueba suficiente para acreditar la aplicabilidad o inaplicabilidad del régimen legal del artículo 89 del CP. Pero también establece que, si la aplicación del 89 del CP conduce a resultados contrarios de la TEDH no se expulsará al extranjero³⁰. Por lo que, la calificación de residente es imprescindible ya que, si se encontrase de manera irregular en el Estado Español sería causa determinante para la expulsión del mismo por haber cometido delitos tipificados en el artículo 89 del CP. El problema que surge en los casos que, ante los supuestos de no documentación, se le expulsa sin tener en cuenta la presunción de inocencia del extranjero. La presunción de inocencia está regulada en la CE como derecho fundamental de toda persona³¹.

³⁰ VIII. Conclusiones “Sobre expulsión sustitutiva de extranjeros no residentes legalmente condenados por delito (arts. 89 y 108 del CP)”

³¹ EL DERECHO, Memento Procesal: *Garantías del imputado*: “El derecho fundamental a la presunción de inocencia consiste simplemente en la verdad interina o provisional de que el imputado de una infracción penal no ha tenido participación en ella en tanto no se acredite el hecho constitutivo de la misma y la propia circunstancia de su participación en él, por lo que la carga de probar los hechos constitutivos de la infracción incumbe al acusador, sin que pueda exigirse al inculcado la prueba de que no ha cometido los hechos que se le imputan.

Ello implica necesariamente que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, la construcción técnica del derecho a la presunción de inocencia se asienta en varias ideas básicas, que se exponen en los números siguientes.”

PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

Como se viene afirmando a lo largo del presente estudio, el objeto principal del trabajo es el procedimiento sancionador en materia de extranjería, concretamente las órdenes de expulsión. Por ese motivo este capítulo se dedica a analizar este procedimiento, tras la aprobación de la LO 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades en España de los extranjeros (no nacionales de la Unión Europea) y su integración social, ha sufrido un serie de cambios importantes en relación con su regulación anterior: el Reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. En el mismo preámbulo de la nueva LOEX (apartado 5.3) se dice que uno de los objetivos perseguidos es: *“Aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, reforzando los medios e instrumentos de control y los sancionadores, especialmente por lo que se refiere a quienes faciliten el acceso o permanencia de la inmigración ilegal en España, agravando el régimen sancionador en este caso y reforzando los procedimientos de devolución de los extranjeros que han accedido ilegalmente a nuestro país”*. Es decir, la reforma se ha encaminado hacia la restricción, y no hacia un consenso del Estado español entorno a la problemática de la inmigración ilegal.

En el escenario actual ha cobrado renovada importancia el tema de las devoluciones y expulsiones de los extranjeros por los recientes sucesos ocurridos en las ciudades de Ceuta, Melilla con las denominadas “devoluciones express”. Por ello, se hará una breve explicación del concepto de devolución tal y como dice Hurtado Martínez³². El concepto devolución se emplea jurídicamente con un significado preciso, distinto y diferenciado de la expulsión, como se aprecia en los arts. 22, 28, 34 y, sobre todo, 58,2º de la anterior versión de la LOEX. Pero esta mención de la nueva ley parece abarcar a la generalidad de los extranjeros que han accedido irregularmente, tanto a los detectados en la frontera como en el interior del país, por lo que habrá de entenderse que el legislador se refiere, propiamente, al fortalecimiento de los procedimientos de devolución y también a los de expulsión de quienes acceden y permanecen ilegalmente. La palabra expulsión deberá entenderse también puesta aquí, aunque haya podido ser omitida en el preámbulo, quizá, por un criterio estético³³. Es decir, el concepto de

³² HURTADO MARTINEZ, J.A: “El procedimiento administrativo sancionador sobre extranjeros no nacionales de la Unión Europea”, El Derecho. Publicación 29/12/2010

³³ Ibid.

expulsión ha desaparecido pero la finalidad intrínseca del mismo sigue persistiendo y con más fortaleza ya que, aproximan el sentido jurídico de la devolución como herramienta para que la policía pueda abrir expediente sancionador con expulsión como consecuencia de la infracción de una norma jurídica.

Otra de las particularidades de esta nueva reforma permite que sin necesidad de abrir un expediente de expulsión, se pueda devolver a los extranjeros que, habiendo sido expulsados hubieran entrado en España, y de los extranjeros que pretendieran entrar ilegalmente en el país, incluyéndose los interceptados en las fronteras y sus inmediaciones.

Esta última modificación ha afectado diferentes aspectos de la regulación del procedimiento sancionador con carácter general (artículos 52 al 64 LOEX), principalmente por la introducción de modificaciones en la tipificación de las infracciones, de las sanciones, y de las medidas cautelares. A esto cabe añadir introducción de nuevas infracciones para evitar actuaciones fraudulentas, tales como la celebración de matrimonios de conveniencia, la promoción de la inmigración irregular por medios indirectos o el falseamiento de los datos para el empadronamiento, aumentando en este sentido la cuantía de las sanciones económicas para todas las infracciones.

Por otro lado, se conserva la tipificación de las sanciones aplicables a los ilícitos en materia de extranjería. Ello con sumisión al principio de proporcionalidad, una proporcionalidad que en todo caso es genérica en virtud del artículo 55.3 LOEX.

Para abordar el estudio de este procedimiento es necesario atender a la regulación del mismo y su diseño normativo, por ello se va a atender en primer lugar al titular de la potestad sancionadora en materia de extranjería, así como a los principios tradicionales que deben inspirar todo el procedimiento como marco básico a partir del cual se desarrolla procedimiento. Un procedimiento que se basa en un conjunto de infracciones entre las que se encuentran las órdenes de expulsión, que como objeto principal del estudio van a ser analizadas con mayor preponderancia, dedicándoles un apartado independiente del resto.

Potestad sancionadora

Una cuestión fundamental a la hora de hablar del procedimiento sancionador en cualquier ámbito es concretar quién tiene la potestad sancionadora, en el caso que nos ocupa, en materia de extranjería, esta potestad corresponde -bien por iniciativa propia bien como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia- a los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, a los Subdelegados del Gobierno, al Comisario general de Extranjería y Fronteras, al Jefe Superior de Policía, a los Comisarios Provinciales y a los titulares de las comisarías locales y puestos fronterizos (artículo 58.3 LEOX), quienes serán competentes para ordenar la incoación del procedimiento sancionador.

Concretamente, para saber el órgano competente para sancionar e instruir cada infracción nos debemos remitir al artículo 55 de la LOEX. En los supuestos del artículo 52. a) y b) instruye la Policía Nacional y sanciona el Delegado o Subdelegado de Gobierno. En los supuestos del 52. c), d) y e) instruye la Inspección de Trabajo y sanciona el Órgano que designen las CCAA. En los supuestos del 53.1 a), c), d), e), f) y g), y 53.2 a), c) y d) instruye la Policía Nacional y sanciona el Delegado o Subdelegado de Gobierno. Si fuese el artículo 53.1 b) y 53.2 a) instruye la Inspección de Trabajo y sanciona el Órgano que designen las CCAA. En los casos del artículo 54.1 a) instruye la Policía Nacional y sanciona el Secretario de Estado de seguridad. Respecto de los artículos 54.1 b), c), e) y g), y 54.2 a), b) y c) instruye la Policía Nacional y sanciona el Delegado o Subdelegado de Gobierno. Y, por último, el 54.1 d) y f) instruye la Inspección de Trabajo y sanciona el Órgano que designen las CCAA.

El ejercicio de la potestad sancionadora viene establecido en el Título XIV, Capítulo I – titulado: *Infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador*- del RELOEX. Concretamente, en sus artículos 216 y siguientes, en los que se desprende que el ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones administrativas previstas en la LOEX, se ajustará a lo dispuesto en ella y en la LRJPAC.

No debe olvidarse que no se podrá interponer sanción alguna por infracciones de los preceptos establecidos en la LOEX si no es en virtud de procedimiento instruido al efecto. Además, en virtud del artículo 218 RELOEX, antes del inicio del procedimiento

sancionador cabe la posibilidad de que se realicen actuaciones previas para determinar si concurren circunstancias para que se inicie dicho proceso.

Antes de explicar los tipos de incoación del expediente sancionador se debe distinguir, tal como lo hace la LOEX, entre devolución y expulsión. La devolución es una medida coercitiva de carácter administrativo que se le impone a los extranjeros cuando hayan entrado o pretendido entrar ilegalmente, sin cumplir los requisitos de entrada en territorio nacional. En cambio, la expulsión es una sanción de carácter administrativo que se puede imponer a aquellos extranjeros que habiendo entrado legalmente en España incurrir posteriormente en alguna de las conductas tipificadas como muy graves (artículo 54 LOEX), graves (apartados *a*), *b*), *c*), *d*) y *f*) del artículo 53 LOEX) o leves (apartados *c*), *d*) y *e*) del artículo 52 LOEX).

Por una parte, la tramitación de las devoluciones se halla contenida en el Capítulo IV de la LOEX (las devoluciones y salidas obligatorias). Se considera devolución cuando los extranjeros que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España, y cuando existan extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país. Se considerarán incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones. La competencia en este último supuesto corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras en España, quienes los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución.

Por la otra parte, se incoará expediente de expulsión en casos calificados como infracción leve en el artículo 52.c),d) y e) de la LOEX, es decir: encontrarse trabajando en España sin haber solicitado autorización administrativa para trabajar por cuenta propia, cuando se cuente con autorización de residencia temporal; encontrarse trabajando en una ocupación, sector de actividad, o ámbito geográfico no contemplado por la autorización de residencia y trabajo de la que se es titular; y la contratación de trabajadores cuya autorización no les habilita para trabajar en esa ocupación o ámbito geográfico, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados. En segundo lugar, en casos de infracción grave, previstos por el artículo 53.1.b) y 53.2.a): encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no se cuente con

autorización de residencia válida; y no dar de alta, en el régimen de la Seguridad Social que corresponda, al trabajador extranjero cuya autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena hubiera solicitado, o no registrar el contrato de trabajo en las condiciones que sirvieron de base a la solicitud, cuando el empresario tenga constancia de que el trabajador se halla legalmente en España habilitado para el comienzo de la relación laboral. No obstante, el artículo advierte que estará exento de esta responsabilidad el empresario que comunique a las autoridades competentes la concurrencia de razones sobrevenidas que puedan poner en riesgo objetivo la viabilidad de la empresa o que, conforme a la legislación, impidan el inicio de dicha relación. Por último, también se incoará el expediente de expulsión, de acuerdo con el Capítulo IV del RLOEX, en casos de infracción calificada como muy grave de los artículos 54.1.d) y f): la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito; y simular la relación laboral con un extranjero, cuando dicha conducta se realice con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente derechos reconocidos por la Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito.

En cuanto al procedimiento sancionador, tal como dispone el artículo 217 del RELOEX, pueden distinguirse tres tipos bien diferenciados: el procedimiento ordinario; el procedimiento preferente; y el procedimiento simplificado. A continuación de este capítulo se expondrán las características y requisitos necesarios para que se inicie un procedimiento u otro. También se explicará la problemática que tiene el hecho de expulsar a un extranjero y también se advertirá de que, en ocasiones, se hace de manera un tanto arbitraria o no muy clara.

Principios del procedimiento sancionador

La Exposición de Motivos de la LRJAPAC se pronuncia respecto los principios y señala, tras citar el contenido del art. 149.1.18ª de la CE que *“la Ley recoge esta concepción constitucional de distribución de competencias y regula el procedimiento administrativo común, de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y fija las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa. Esta regulación no agota las competencias estatales o autonómicas de establecer procedimientos específicos “ratione materiae” que deberán respetar, en todo caso,*

estas garantías (...) La regulación de los procedimientos propios de las Comunidades Autónomas habrán de respetar siempre las reglas de procedimiento que, por ser competencia exclusiva del Estado, integra el concepto de Procedimiento Administrativo Común.”

La regulación de la potestad sancionadora del procedimiento administrativo común está contenida en la LRJAPAC en cuyos artículos 127 y siguientes: principio de legalidad, irretroactividad, principio de tipicidad, responsabilidad, principio de proporcionalidad, prescripción y concurrencia de sanciones.

Con carácter general, los principios generales son los que se derivan de la propia CE y de los que nacen las garantías del procedimiento, cuyo control último se reside en los Tribunales de Justicia, a tenor del artículo 106 de la CE. Como principios podemos citar los siguientes: el principio de legalidad, artículo 9.3 CE y 103 CE; la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, artículo 9.3 CE; la objetividad, artículo 103.1 CE e imparcialidad, artículo 103.3 CE; la igualdad en la actuación administrativa frente a los administrados, artículo 14 CE y la no indefensión y presunción de inocencia derivado del artículo 24 CE. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha excluido de su ámbito material de conocimiento jurisdiccional las cuestiones relativas a la indefensión en los procedimientos administrativos. Las infracciones o vicios de forma que se puedan cometer durante la tramitación del procedimiento administrativo han de ser corregidos en vía judicial y planteados ante los órganos judiciales pero no originan indefensión que pueda fundamentarse en el art. 24.1 CE³⁴.

A continuación se hará una somera descripción del principio de legalidad, principio de seguridad jurídica, principio de responsabilidad, principio de proporcionalidad, y, por último, del principio non bis in ídem.

En cuanto al principio de legalidad, el artículo 25.1 CE establece que se ejercerá la potestad sancionadora cuando haya sido expresamente prevista en una norma con rango de ley. La LOEX cumple este principio a tenor de su artículo 50, que dispone: “*El ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones administrativas previstas en la presente Ley Orgánica, se ajustará a lo dispuesto en la*

³⁴ Sentencia Tribunal Constitucional. Sección Tercera. Auto 232/1983, de 25 de mayo de 1983 (FJ Único)

misma y en sus disposiciones de desarrollo, y en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

Este principio implica que, los delitos deben estar tipificados por la ley y que las conductas prohibidas deben estar claramente delimitadas por ella, es decir, constituye la precisa definición de la conducta. Por otro lado, también implica la prohibición de la aplicación por analogía³⁵ y el uso de las cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones.

De hecho, como muy acertadamente afirma el Tribunal Constitucional en su sentencia 133/1987, de 21 de julio de 1987 (RTC 1987, 133) para que se inicie el mecanismo sancionador en materia de extranjería, se requiere: “*la existencia de una ley; que la ley sea anterior a lo sancionado, y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado*”. Por lo tanto, y como bien apunta Martínez Pardo³⁶, en materia de extranjería se rige mediante lo conceptuado en la ley (lo que se denomina como *lex scripta* o reserva de ley); en el orden que la jerarquía normativa establezca (lo que se conoce como *lex previa* o irretroactividad); y por conductas que se encuentren claramente descritas (lo que se conoce como *lex certa* o mandato de tipificación).

Por otro lado, el principio de responsabilidad es reflejo del principio de culpabilidad en el ámbito penal, y supone que únicamente podrán ser sancionadas aquellas personas a quienes se les pueda imputar una conducta dolosa o culposa, y cuyo resultado sea la vulneración de una norma administrativa o penal. Aquí también debemos hacer mención de la presunción de inocencia articulada en la CE, concretamente en el artículo 24, es decir, no se puede culpar a alguien sin más, es necesaria una mínima responsabilidad probatoria³⁷.

³⁵ MEMENTO PROCESAL, Capítulo 4 (Proceso contencioso-administrativo): *Sección 1 Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa*”, El Derecho: “Es posible la aplicación analógica de las disposiciones generales. Procede la analogía en la aplicación de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto determinado, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón (CC art.4.1). Se excluye la analogía en las normas excepcionales, temporales y penales. Tampoco procede para instrumentos de planeamiento urbanístico o territorial. En estos casos, la exclusión de la analogía no se debe tanto a que los instrumentos de ordenación sean normas excepcionales, cuanto a que su ligazón fundamental a un espacio físico o geográfico impide su extensión a otro, por falta de identidad de razón.”

³⁶ MARTÍNEZ PARDO, V.J. *Derecho sancionador en materia de extranjería: Consideraciones Generales*. Revista Internauta de Práctica Jurídica. Septiembre-Diciembre 2006, pág. 1 a 3

³⁷ Ibid. Pág.3

En cuanto al principio de proporcionalidad, su importancia desde el punto de vista del procedimiento sancionador, genera muchas discusiones entre los mismos juzgadores. La ley de la ponderación y las relaciones de preferencia *prima facie* ponen de manifiesto la relevancia del principio de proporcionalidad en el marco de la justificación de los juicios ponderativos³⁸.

El profesor Arroyo Jiménez, L. citando a Prieto Sanchís, afirma que “*mientras que algunos autores sostienen que el juicio de ponderación consiste en una sucesión de estadios entre los que se encuentran los diversos elementos que integran el principio de proporcionalidad*”³⁹. El mismo profesor, basándose en Rodríguez de Santiago, dice que el “*control de proporcionalidad culmina con el test de la proporcionalidad en sentido estricto, en el marco del cual se realizaría propiamente la ponderación*”⁴⁰. En cuanto que la Administración, en algunos casos parece que no tiene en cuenta este criterio, en el análisis de la problemática que se realizará en el último capítulo del presente estudio, se analizará cómo la sanción impuesta por parte de la Administración desde un primer momento suele ser la máxima -es decir, la expulsión-, hecho por el cual se puede afirmar *a priori* que este principio no siempre es respetado en el procedimiento administrativo sancionador en materia de extranjería.

Compartiendo y siguiendo la opinión del profesor Arroyo Jiménez⁴¹, “*es probable que esta oscuridad esté asociada al hecho de que, aunque en algunas jurisdicciones hayan adquirido una cierta estabilidad, ambas técnicas se encuentran en permanente evolución, tanto por lo que atañe a su contenido y funciones, como por lo que se refiere a su ámbito de aplicación*”.

Hay muchas preguntas para tratar de esclarecer este principio, como por ejemplo: ¿Por qué incoan la expulsión y no la multa? ¿Se mide siempre la proporcionalidad de la falta o delito cometido?

³⁸ Sobre el principio de proporcionalidad, véase, entre otros, BARNÉS VÁZQUEZ (1994 y 1998); RODRÍGUEZ DE SANTIAGO(2000); GONZÁLEZ BEILFUSS (2003); SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO (2004); BERNAL PULIDO (2008).

³⁹ ARROYO JIMÉNEZ, L.: *Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo*. Mayo 2009. Página 15.

⁴⁰ Ibid. Página 15.

⁴¹ Ibid. Página 15.

En cuanto al principio *non bis in ídem*, que es uno de los principios clásicos del Derecho sancionador, establece que nadie puede ser sancionado dos veces por un mismo hecho. Con ello, en materia de extranjería, lo que se quiere es que no pueda tratar de sancionar tanto por vía administrativa como por vía penal.

A propósito de esta cuestión, la CE en su artículo 25.1 establece que: *“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”*. A lo que debe añadirse lo previsto en la LRJPAC, que en su artículo 133 dice que: *“No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”*.

Cabe añadir que este principio está relacionado con el de cosa juzgada y con el de seguridad jurídica. En cuanto al primero, se halla en los artículos 400 y ss. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y como señala Alcalde Santos, citando a De la Oliva: *“Cuando se habla de cosa juzgada se distinguen dos sentidos: como el especial estado jurídico en que se encuentran algunos asuntos o cuestiones por haber sido objeto de enjuiciamiento definitivo en un proceso (se ha dicho una resolución con fuerza o autoridad de cosa juzgada formal), o como los efectos de determinadas resoluciones judiciales consistentes en una precisa y determinada fuerza de vincular en otros procesos a cualesquiera órganos jurisdiccionales respecto del contenido de estas resoluciones (cosa juzgada material, con su efecto positivo-prejudicial o efecto negativo-excluyente)”*⁴². En cuanto al segundo, se encuentra en el artículo 9.3 de la CE y según González Fernández citando a García Luengo la seguridad jurídica es un postulado de muy amplia proyección, informador de todo el ordenamiento, y del que se derivan otros principios como el de la protección de la confianza que, sin embargo, no tienen rango constitucional⁴³.

En definitiva, el derecho sancionador de extranjería, como recuerda Martínez Pardo citando a Fernández Rozas, se caracteriza por *“el conjunto de actos administrativos*

⁴² ALCALDE SANTOS, J.A: *La interpretación jurisprudencial del artículo 400 de la LEC*. Artículos Doctrinales: Derecho Procesal Civil. Noticias Jurídicas, Mayo 2008.

⁴³ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, J.J.: *Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima en derecho administrativo*. Artículos Doctrinales: Derecho Administrativo. Noticias Jurídicas, Abril 2005.

reguladores de las infracciones y sanciones que en el ámbito de la extranjería están sometidos a los principios y seguridades que tutelan la potestad sancionadora de la Administración como los de legalidad, respeto a la jerarquía y tipicidad”.

Tipos de infracciones

Antes de explicar los tipos de procedimientos sancionadores en materia de extranjería debemos remitirnos a los artículos precedentes para saber cuáles son los tipos de infracciones que se pueden cometer, y cuya comisión activa, precisamente, esos procedimientos.

Los tipos de infracciones se encuentran en la LOEX, concretamente entre los artículos 51 y 54 del mismo. Como ya se ha avanzado en otros capítulos del presente estudio, las infracciones pueden ser de carácter leve⁴⁴ (artículo 52 LOEX), de carácter grave (artículo 53 LOEX) y, por último, de carácter muy grave (artículo 54 LOEX). La multa que se impone para las infracciones se halla en el artículo 55 LOEX: las infracciones de carácter leve se sancionaran con una multa de hasta 500 euros; las graves se sancionaran con una multa de entre 501 a 10.000 euros⁴⁵; y en las infracciones de carácter muy grave la multa tendrá un importe de entre 10.001 y 60.000 euros⁴⁶.

En cuanto a las infracciones graves, en algunos supuestos la sanción podrá ser multa o expulsión. Estos casos serán los del artículo 53.1 a), b), c), d), y f) LOEX: encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia; carecer de autorización de residencia o tener caducada más de 3 meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente; encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar,

⁴⁴ Por lo que respecta a las infracciones leves no serán objetivo de estudio para el presente trabajo.

⁴⁵ En el caso de no dar de alta al extranjero en el sistema de Seguridad Social, cuando éste haya solicitado el correspondiente permiso por circunstancias excepcionales, la infracción estaría tipificada en el artículo 53.2.a), y además, el empresario estará obligado a sufragar los costes derivados del viaje.

⁴⁶ A excepción de la infracción prevista en el artículo 54.2.b): “el transporte de extranjeros por vía aérea, marítima o terrestre, hasta el territorio español, por los sujetos responsables del transporte”, que lo será con una multa de 5.000 a 10.000 euros por cada viajero transportado o con un mínimo de 750.000 euros a tanto alzado, con independencia del número de viajeros transportados. También de la infracción prevista en el artículo 54.2.a): “el incumplimiento de las obligaciones previstas para los transportistas en relación con el artículo 66.1”, que lo será con una multa de 10.001 hasta 100.000 euros por cada viaje realizado sin haber comunicado los datos de las personas transportadas o habiéndolos comunicado incorrectamente, con independencia de que la Autoridad gubernativa pueda adoptar la inmovilización, incautación y decomiso del medio de transporte, o la suspensión provisional o retirada de la autorización de explotación.

cuando no cuente con autorización de residencia válida; incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del Ministerio de Interior los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio; así como incurrir en falsedad en la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal a los efectos previstos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito; incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente; y la participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de Seguridad Ciudadana (en adelante LOPSC)⁴⁷.

Por último, en lo que respecta a las infracciones muy graves, también habrá en algunos supuestos que la sanción impuesta pueda ser multa o expulsión. Estos supuestos serán los regulados en el artículo 54.1 a), b), c), d), e), f), y g) LOEX: participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la LOPSC; inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito; la realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, siempre que el hecho no constituya delito; la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo⁴⁸; realizar, con ánimo de lucro, la infracción prevista en la letra d) del apartado 2 del artículo anterior (inscripción en el Padrón); simular la relación laboral con un extranjero, cuando dicha conducta se realice con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente derechos reconocidos por la LOEX, siempre que tales hechos no constituyan delito; y, la comisión de una tercera infracción grave siempre que en un plazo de un año anterior hubiese sido sancionado por dos faltas graves de la misma naturaleza.

⁴⁷ Cuando cualquier autoridad tuviera conocimiento de una posible infracción por estas dos últimas causas, lo pondrá en conocimiento de las autoridades competentes con el fin de que pueda instruirse el oportuno expediente sancionador.

⁴⁸ Incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados siempre que el hecho no constituya delito.

Para la graduación de las sanciones, el órgano competente para imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia. Para la determinación de la cuantía de la sanción se tendrá especialmente en cuenta la capacidad económica del infractor en virtud del artículo 55 LOEX.

En el caso de las órdenes de expulsión

El procedimiento sancionador en materia de extranjería está regulado del artículo 219 al 241 del RELOEX.

Se iniciará de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa bien como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia.

Los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales y los Subdelegados del Gobierno dictarán resolución motivada que confirme, modifique o deje sin efecto la propuesta de sanción, y decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del procedimiento. Esta resolución no podrá tener en cuenta hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción del procedimiento, sin perjuicio de su diferente valoración jurídica.

Para la determinación de la sanción que se imponga, se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia, así como la capacidad económica del infractor (Art.55.3 y 4 LOEX) y las circunstancias de la situación personal y familiar del infractor.

El artículo 223 del RELOEX establece la voluntad de recurrir y la voluntad expresa de ello se encuentra reflejado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), concretamente en el artículo 7.

El extranjero que se hallase privado de libertad podrá manifestar su voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo o ejercitar la acción correspondiente contra la resolución de expulsión ante el instructor del expediente o el funcionario del

Centro de Internamiento de Extranjeros bajo cuyo control se encuentre, que lo harán constar en acta que se incorporará al expediente.

Para la ejecución de la resolución, según el artículo 224 del RELOEX, podrán adoptarse las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva pero no se podrá adoptar como medida cautelar, el internamiento preventivo durante el plazo de cumplimiento voluntario que se hubiera fijado en la resolución de expulsión.

Las resoluciones administrativas sancionadoras serán recurribles tanto en vía administrativa como jurisdiccional.

Plazo máximo en que debe dictarse y notificarse la resolución que resuelva el procedimiento será de 6 meses desde que se acordó su iniciación, artículo 224 del RELOEX y artículo 42.2 de la LJAPAC. Si transcurridos estos seis meses no se resuelve se producirá la caducidad del procedimiento y se procederá al archivo de las actuaciones, a instancia de oficio o del interesado, siempre que no se haya paralizado por causa imputable de los interesados o si se hubiese acordado su suspensión.

Además, En los procedimientos en los que pueda proponerse la sanción de expulsión de territorio español, el extranjero tendrá derecho a la asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o no habla castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos

A continuación se explicará cada procedimiento según se haya iniciado de forma ordinaria o preferente.

El procedimiento ordinario

El procedimiento ordinario está regulado en el artículo 63. Bis de la LOEX y en el artículo 226 al 233 del RELOEX.

Según el Reglamento de Extranjería, los pasos que se deben seguir para la iniciación del procedimiento ordinario son los siguientes: la identificación de la persona o personas presuntamente responsables, los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder. El instructor y, en su caso, secretario del procedimiento, con expresa indicación del régimen de recusación de éstos, el órgano competente para la resolución del expediente y norma que le atribuya

tal competencia, la indicación de la posibilidad de que el presunto responsable pueda reconocer voluntariamente su responsabilidad, las medidas de carácter provisional que se hayan acordado, la indicación del derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio.

El acuerdo de iniciación se comunicará al instructor con traslado de cuantas actuaciones existan al respecto y se notificará a los interesados, entendiéndose en todo caso por tal al expedientado. En la notificación se advertirá a los interesados que, de no efectuar alegaciones sobre el contenido de la iniciación del procedimiento, no realizarse propuesta de prueba o no ser admitidas, por improcedentes o innecesarias, las pruebas propuestas, la iniciación podrá ser considerada propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada.

En los casos de que se le iniciara un procedimiento de expulsión, el extranjero tendrá derecho a la asistencia letrada y si hiciese falta, a un intérprete de forma gratuita en los supuestos que tuviere medios económicos, según la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita⁴⁹.

El procedimiento seguido será el ordinario salvo en los supuestos especificados en el artículo 234 del RELOX⁵⁰, que se tramitarán por el procedimiento preferente.

La regulación del plazo para la interposición de las alegaciones, documentos o informaciones y, si se estimare, proponer las pruebas y concretar los medios que pretendan valerse está contenida en el artículo 228 del RELOEX. El plazo en el procedimiento ordinario es de quince días

⁴⁹ Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita: artículo 2. a): *“Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que se encuentren en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar.”*

⁵⁰ La tramitación de los expedientes en los que pueda proponerse la expulsión se realizará por el procedimiento preferente cuando la infracción imputada sea alguna de las previstas en las letras a) y b) del artículo 54.1, así como en las letras d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Asimismo, se tramitarán por el procedimiento preferente aquellas infracciones previstas en la letra a) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Riesgo de incomparecencia.
- b) Que el extranjero evite o dificulte la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos.
- c) Que el extranjero represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

Una vez haya sido notificado, el instructor de oficio realizará cuantas actuaciones resulten necesarias para examen de los hechos y podrá recabar las informaciones que puedan determinar la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción. Si en la instrucción se modificaran hechos iniciales se harán constar en la propuesta de resolución.

Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo de quince días para la interposición de las alegaciones, el órgano instructor podrá acordar la apertura de un periodo de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez días. Cuando la valoración de las pruebas practicadas pueda constituir el fundamento básico de la decisión deberá incluirse en la propuesta de resolución, artículo 229 RELOEX.

Una vez concluida, en su caso, la prueba, el órgano instructor del procedimiento formulará la propuesta de resolución en la que se fijarán de forma motivada los hechos y se especificarán los que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan y la persona o personas que resulten responsables y se fijará la sanción que propone que se imponga y las medidas provisionales que se hubieran adoptado, en su caso, por el órgano competente para iniciar el procedimiento o por su instructor, o bien se propondrá la declaración de inexistencia de infracción o responsabilidad, artículo 231 RELOEX.

En todo caso, la determinación de la propuesta de sanción será realizada en base a criterios de proporcionalidad, debiendo tenerse en consideración el grado de culpabilidad de la persona infractora, así como el daño o riesgo producido con la comisión de la infracción.

La propuesta de resolución se notificará a los interesados y se acompañará una relación de los documentos que obren en el procedimiento para que los interesados puedan obtener las copias de los que estimen convenientes y se les concederá un plazo de quince días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimen pertinentes ante el instructor del procedimiento.

Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas, en

su caso, por el interesado, de conformidad con lo previsto en el artículo 228.1 del RELOEX.

La propuesta de resolución se cursará inmediatamente al órgano competente para resolver el procedimiento, junto a todos los documentos, alegaciones e informaciones que obren en aquél, artículo 232 RELOEX.

La resolución del procedimiento ordinario se halla contenida en el artículo 233 del RELOEX: Antes de dictar la resolución, el órgano competente para resolver podrá decidir mediante acuerdo motivado la realización de las actuaciones complementarias indispensables para resolver el procedimiento. Ello se notificará a los interesados y se les concederá un plazo de siete días para formular las alegaciones que tengan por pertinentes. Las actuaciones complementarias deberán practicarse en un plazo no superior a quince días. Mientras se esté practicando la prueba, el procedimiento quedará suspendido. No tendrán la consideración de actuaciones complementarias los informes que preceden inmediatamente a la resolución final del procedimiento.

El órgano competente dictará resolución motivada, que decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del procedimiento.

La resolución se adoptará en el plazo de 10 días desde la recepción de la propuesta de resolución y los documentos, alegaciones e informaciones que obren en el procedimiento. En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción del procedimiento, salvo los que resulten, en su caso, de la aplicación de las actuaciones complementarias, con independencia de su diferente valoración jurídica. Cuando se considere que la infracción reviste mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al interesado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes, a cuyos efectos se le concederá un plazo de quince días.

Las resoluciones de los procedimientos sancionadores, además de contener los elementos previstos en el artículo 89.3 LJAPAC⁵¹, incluirán la valoración de las pruebas

⁵¹ Artículo 89.3 LJAPAC: Las resoluciones contendrán la decisión, que será motivada en los casos a que se refiere el artículo 54. Expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

practicadas y, especialmente, de aquéllas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión, fijarán los hechos y, en su caso, la persona o personas responsables, la infracción o infracciones cometidas y la sanción o sanciones que se imponen o bien la declaración de inexistencia de infracción o responsabilidad.

La sanción se determinará en base a criterios de proporcionalidad, debiendo tenerse en consideración el grado de culpabilidad de la persona infractora, así como el daño o riesgo producido con la comisión de la infracción.

Las resoluciones se notificarán al interesado y cuando el procedimiento se hubiese iniciado como consecuencia de orden superior se dará traslado de la resolución al órgano administrativo autor de aquélla.

Resumiendo, para el procedimiento sancionador hay dos fases, la primera sería el inicio del procedimiento ordinario donde se establece un periodo de quince días para realizar las alegaciones pertinentes, si se hubieren presentado. El órgano instructor podrá acordar la apertura de un periodo de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez días y, una vez valorado, se dictaminará la segunda fase, es decir, la propuesta de resolución, que deberá ser notificada a los interesados. Con la consiguiente propuesta de resolución se establece un periodo de quince días para presentar alegaciones y se cursará inmediatamente al órgano competente para resolver el procedimiento, en el caso de Tarragona sería la Oficina de Extranjería. Ésta podrá decidir mediante acuerdo motivado la realización de las actuaciones con un periodo máximo de quince días donde quedará suspendido el procedimiento. La resolución se adoptará en el plazo de 10 días desde la recepción de la propuesta de resolución.

El procedimiento preferente

El procedimiento preferente está regulado del artículo 234 al 237 RELOEX.

La ejecución de la orden de expulsión en los supuestos previstos en este artículo se efectuará de forma inmediata. De no haber sido puesto en libertad el extranjero por la autoridad judicial dentro del plazo de 60 días, deberá interesarse de la propia autoridad judicial el cese del internamiento para poder llevar a cabo la conducción al puesto de salida. La excepción de la aplicación del régimen general de ejecutividad de los actos administrativos, en el caso de la resolución que ponga fin al procedimiento de expulsión

con carácter preferente, no excluirá el derecho de recurso por los legitimados para ejercerlo, sin perjuicio de la inmediatez de la expulsión y de la improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno en contra de ella.

La tramitación de los expedientes en los que pueda proponerse la expulsión se realizará por el procedimiento preferente cuando la infracción imputada sea alguna de las previstas en las letras a) y b) del artículo 54.1, así como en las letras d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 LOEX.

Asimismo, se tramitarán por el procedimiento preferente aquellas infracciones previstas en la letra a) del artículo 53.1 LOEX, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: riesgo de incomparecencia, que el extranjero evite o dificulte la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos o que el extranjero represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

En cuanto a la iniciación y tramitación del procedimiento preferente en el artículo 235 se establece que, cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, se dará traslado del acuerdo de iniciación motivado por escrito al interesado para que alegue en el plazo de cuarenta y ocho horas lo que considere adecuado y se le advertirá que de no efectuar alegaciones por sí mismo o por su representante sobre el contenido de la propuesta, no realizar propuesta de prueba o si no ser admitidas de forma motivada, por improcedentes o innecesarias, las pruebas propuestas, el acuerdo de iniciación del expediente será considerado como propuesta de resolución remitiéndose el expediente a la autoridad competente para resolver .

Si se formularan alegaciones y realizaran proposición de prueba y el órgano instructor valorará la pertinencia o no de ésta. De no admitirse la prueba o pruebas propuestas por improcedentes o innecesarias, se le notificará al interesado de forma motivada y se le dará trámite de audiencia que será considerado como propuesta de resolución con remisión a la autoridad competente para resolver. De estimarse por el instructor se realizará en el plazo máximo de tres días.

Practicada la prueba, el instructor formulará propuesta de resolución que se notificará al interesado y le dará trámite de audiencia en el que se le concederá un plazo de cuarenta

y ocho horas para formular alegaciones y presentar los documentos que estime pertinentes. Transcurrido dicho plazo se procederá a elevar la propuesta de resolución, junto con el expediente administrativo, a la autoridad competente para resolver.

En tanto se realiza la tramitación del expediente, el instructor podrá solicitar al juez de instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero expedientado en un Centro de Internamiento de Extranjeros, debidamente motivado.

El periodo de internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente y no podrá exceder en ningún caso de sesenta días pero se podrá establecer un periodo de internamiento inferior, atendiendo a las circunstancias concurrentes. No se podrá acordar un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en el mismo expediente.

Cuando se solicite el internamiento por parte del instructor y la autoridad judicial lo denegare, el instructor podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares: retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado de recibo acreditativo de tal medida, presentación periódica ante el instructor del expediente o ante otra autoridad que éste determine en los días que, en atención a las circunstancias personales, familiares o sociales del expedientado, se considere aconsejable, residencia obligatoria en lugar determinado o cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente.

Según el artículo 236 RELOEX, la resolución, en atención a la naturaleza preferente y sumaria del procedimiento, se dictará de forma inmediata. Deberá ser motivada y resolverá todas las cuestiones planteadas en el expediente; no podrá aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica; y será notificada al interesado. La ejecución de la orden de expulsión se efectuará de forma inmediata. De no haber sido puesto en libertad el extranjero por la autoridad judicial dentro del plazo de sesenta días, deberá interesarse de la propia autoridad judicial el cese del internamiento para poder llevar a cabo la conducción al puesto de salida.

La excepción de la aplicación del régimen general de ejecutividad de los actos administrativos en el caso de la resolución que ponga fin al procedimiento de expulsión

con carácter preferente, establecida en el artículo 21.2 LOEX, no excluirá el derecho de recurso por los legitimados para ejercerlo, sin perjuicio de la inmediatez de la expulsión y de la improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno en contra de ella. En la resolución, además de la motivación que la fundamente, se harán constar los recursos que frente a ella procedan, el órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos.

Todas lo especificado anteriormente será comunicado a la embajada o consulado del país del extranjero y se procederá a su anotación en el Registro Central de Extranjeros de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil. En el caso de no haberlo podido notificar o no radique en España se dirigirá a Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, artículo 237 RELOEX.

Por lo que, en resumidas cuentas, en el procedimiento preferente también se distingue entre el inicio del procedimiento preferente y la propuesta de resolución. En este caso, el tiempo establecido para aportar las pertinentes alegaciones es de cuarenta y ocho horas, tanto para el primero como para el segundo. Por su naturaleza preferente y sumaria se resolverá de manera inmediata. En tanto se realiza la tramitación del expediente, el instructor podrá solicitar al juez de instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero expedientado en un Centro de Internamiento de Extranjeros, debidamente motivado y el tiempo máximo del internamiento será de 60 días. La ejecutividad de la expulsión será inmediata.

Resolución de expulsión

Una vez explicados los procedimientos de expulsión ordinario y preferente, se hará el estudio de aspectos específicos en los procedimientos sancionadores para la imposición de las sanciones de expulsión, regulados en los artículos 242 a 248 RELOEX.

El contenido del acuerdo de iniciación del procedimiento de expulsión (además de los contenidos mínimos requeridos por el artículo 227.1 RELOEX) tendrá que incluir: el derecho de asistencia letrada (que se le asignará de oficio en caso de no tener medios económicos); el derecho a ser asistido por un intérprete si no entiende el idioma; y la duración de la prohibición de entrada en España conforme el artículo 245.2 RELOEX.

En cuanto a las medidas cautelares, el instructor podrá adoptar en cualquier momento, mediante acuerdo motivado, las medidas de carácter provisional que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución, a tenor de los artículos 55 y 51 del LOEX. Si el procedimiento se instó de manera ordinaria no se podrá decretar el internamiento en el CIE del extranjero. Por el contrario, si el procedimiento hubiera sido preferente, el internamiento en el CIE podría ser una medida decretada por el instructor si lo considerase necesario en el caso concreto.

La resolución que ponga fin al procedimiento deberá estar motivada, con indicación de los recursos que contra ella puedan interponerse, órgano ante el que hubiera de presentarse y plazo para su presentación, de conformidad con lo establecido en el artículo 222 RELOEX.

La resolución que, como en el caso que nos ocupa, lleve consigo la expulsión, deberá establecer la prohibición de entrada al territorio español, que se extenderá a los Estados con que España se haya suscrito tratados en este sentido. Esta prohibición no será de más de cinco años, excepto si el extranjero supone una amenaza grave para el orden público, la seguridad nacional o para la salud pública, casos en los que podrán imponerse diez años de prohibición de entrada, previo informe de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras. En el caso de que se abandone el territorio nacional durante la tramitación del expediente o el extranjero abandonara el territorio español en el plazo de cumplimiento voluntario, no se impondrá esta prohibición de entrada.

Para que esto sea así, la salida del territorio deberá ser oportunamente comunicada al órgano competente, siempre que el expediente sancionador haya sido tramitado por alguno de los supuestos contemplados en las letras *a)* y *b)* del artículo 53.1 LOEX.

Según el artículo 246 RELOEX, y como ya se ha avanzado anteriormente, la ejecución de la resolución del procedimiento de expulsión, cuando sea de manera preferente, se ejecutará de manera inmediata. En los que se tramiten de forma ordinaria, se concede al extranjero un plazo de entre siete y treinta días para que haga la salida voluntaria del territorio español que *“podrá prorrogarse en atención a las circunstancias que concurran en cada caso concreto, tales como la duración de la estancia, tener a cargo menores escolarizados o la existencia de otros vínculos familiares y sociales. En el caso de que el extranjero tenga a cargo menores escolarizados, no procederá la ejecución de*

la sanción de expulsión hasta la finalización del curso académico salvo que el otro progenitor sea residente en España y pueda hacerse cargo de ellos” (artículo 246 del RELOEX).

Una vez haya transcurrido el plazo de salida voluntario, si el extranjero no lo ha hecho, el GOE procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que haya de hacerse efectiva la expulsión. Si la ejecución no se pudiera hacer en setenta y dos horas, se podrá solicitar el internamiento en el CIE del extranjero por el tiempo imprescindible para ejecutar la expulsión, que no podrá exceder de 70 días.

Debe puntualizarse que, si el extranjero tuviere medios económicos, la expulsión se hará a cargo del mismo, en caso contrario se dará traslado al representante diplomático o consular de su país, a los efectos oportunos.

La salida será acreditada mediante un certificado emitido por el funcionario del puesto fronterizo. En el certificado deberá constar: la identidad del extranjero; su número de pasaporte; la identificación del medio de transporte que se haya empleado para la salida; y la fecha de abandono del territorio español.

En el caso de que el extranjero pidiese protección internacional, se suspendería la ejecución de la resolución de expulsión hasta que se hubiera inadmitido a trámite o resuelto, y en cualquiera caso, se regiría por su propia ley⁵².

También se suspenderá en el caso de mujeres embarazadas, cuando la ejecución de la expulsión suponga un riesgo para la gestación o para la vida o la integridad física de la madre, así como en el caso de personas enfermas cuando la medida pueda suponer un riesgo para su salud.

Cabe añadir que, de conformidad con el artículo 247 RELOEX, cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado por delitos o faltas cuya pena de prisión sea inferior a seis años, o bien cuando el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados, y así conste suficientemente acreditado en el expediente administrativo de

⁵² Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

expulsión⁵³, en el plazo máximo de tres días, el juez podrá autorizar su expulsión, salvo que excepcionalmente se motive su denegación.

El funcionamiento de la vía jurisdiccional:

Las resoluciones que ponen fin a los procedimientos administrativos sancionadores que se acaban de exponer, es decir, las resoluciones administrativas que decretan una sanción de expulsión a extranjeros, son susceptibles de impugnación ante la vía jurisdiccional mediante la interposición de un recurso contencioso-administrativo.

Conforme a lo previsto en el artículo 24 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, y al artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio (en adelante LOPJ), el conocimiento de este recurso se atribuye al orden jurisdiccional Contencioso Administrativo.

El artículo 8.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), establece que: “Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocerán, igualmente, de todas las resoluciones que se dicten en materia de extranjería por la Administración periférica del Estado o por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas”.

Demanda contencioso administrativa

Respecto de la competencia territorial, corresponde el conocimiento del recurso que nos ocupa, al Juzgado de lo Contencioso-administrativo que corresponda (artículos 8.4 y 14 LJCA).

La asistencia del letrado se encuentra regulada según lo dispuesto en el artículo 23 LOPJ no siendo necesaria la representación de un procurador.

En cuanto al tipo de procedimiento, el procedimiento a seguir es el abreviado en base a lo establecido en el artículo 78.1 de la LJCA.

⁵³ Se considerará por acreditado cuando el interesado lo haya acreditado documentalmente en cualquier momento de la tramitación, o cuando haya existido comunicación de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal al órgano competente para la instrucción o resolución del procedimiento sancionador, en cualquier forma o a través de cualquier tipo de requisitoria (artículo 247 RELOEX).

En materia de extranjería, los recursos se hacen mediante el procedimiento abreviado por lo que, en cuanto al contenido y forma de la demanda, debemos remitirnos al artículo 78 de la LJCA.

Este artículo establece que el recurso se iniciará mediante demanda con los documentos que funden la pretensión y los previstos en el artículo 45.2 de la misma ley (documentación requerida). Una vez se haya presentado la demanda, es el secretario judicial el que determina si se admite o no, y el que dará traslado para que se resuelva. También se encarga de comunicarlo al demandado y de citar a las partes para la celebración de la vista. La Administración demandada deberá remitir el expediente administrativo con al menos quince días de antelación al día de la vista⁵⁴.

Una vez dicho esto, si el actor pide por otro sí en la demanda que no se celebre la vista, el secretario judicial dará traslado a la parte demandada para que conteste en veinte días, (artículo 54 LJCA). Pero, ésta podrá pedir que se celebre la vista en un plazo de diez días desde que recibió la demanda. Si esto sucediera, el secretario deberá citarlos debidamente. En caso contrario, el Secretario Judicial procederá de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57, declarando así concluso el pleito sin más trámite, una vez contestada la demanda, salvo que el Juez haga uso de la facultad que le atribuye el artículo 61⁵⁵.

Una vez recibido el expediente administrativo, el secretario judicial lo remitirá al actor y a los interesados para que se puedan hacer las alegaciones pertinentes el día de la vista.

El día de la vista, el Juez, una vez comparecidas las partes, o una de las partes, dará por abierta la vista. En el caso de que no compareciera ninguna de las partes o sólo compareciera la demandada, el Juez o Tribunal tendrá al actor por desistido del recurso, y lo condenará a las costas. Si por el contrario, la parte que no se hubiera presentado fuera la demandada se celebrará la vista.

En cuanto a la celebración de la vista, el procedimiento a seguir es el siguiente: en primer lugar, se hará la exposición del demandante de los fundamentos o ratificación de

⁵⁴ Los criterios a seguir para la vista son los del artículo 182 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (señalamiento de las vistas).

⁵⁵ El Juez o Tribunal podrá acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto.

lo expuesto en la demanda; en segundo lugar el demandado podrá formular alegaciones⁵⁶; en tercer lugar, el Juez resolverá lo que proceda y el demandando podrá mostrar su disconformidad, así como el demandante, si el Juez inadmitiera el recurso; en cuarto lugar, si en las alegaciones el demandado hubiera impugnado la adecuación del procedimiento por razón de cuantía, el Juez, antes de practicarse la prueba, en su caso, o las conclusiones, exhortará a las partes a ponerse de acuerdo. En el caso que no hubiere acuerdo, lo decidirá el Juez y no habrá recurso alguno; en quinto lugar, si en las alegaciones se desprende la conformidad entre las dos partes, se dictará sentencia sin más dilación.; en sexto lugar, una vez se haya formulado la oposición, el Juez resolverá estimándola o no. Si la estimara se proseguirá la vista, si no la estimara, procederá a dictar sentencia; en séptimo lugar, los medios de prueba se practicarán igual que en un juicio ordinario⁵⁷; en octavo lugar, una vez practicadas las pruebas, en las conclusiones se podrán hacer las manifestaciones pertinentes sobre ello.

Contra las resoluciones del Juez sobre denegación de pruebas o sobre admisión de las que se denunciaron como obtenidas con violación de Derechos Fundamentales, las partes podrán interponer en el acto recurso de reposición.

Si alguna de las pruebas no se pudieran practicar y el Juez estimara su relevancia, se suspenderá la vista señalando el secretario judicial otro día para la práctica de las mismas.

Antes de dar por terminada la vista, las personas que sean parte, con la venia del Juez, podrán exponer lo que crean oportuno.

Se dictará sentencia en el plazo de diez días desde la celebración de la vista⁵⁸.

⁵⁶ Las cuestiones relativas a la jurisdicción, a la competencia objetiva y territorial y a cualquier otro hecho o circunstancia que pueda obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.

⁵⁷ Las preguntas del interrogatorio se harán verbalmente (no se admitirán escritos de preguntas en la testifical), si el número de testigos fuere excesivo y repetitivo, el Juez, podrá limitarlos discrecionalmente, en la prueba pericial no será de aplicación las reglas generales de insaculación de peritos.

⁵⁸ La vista se documentará en la forma establecida en los apartados 3 y 4 del artículo 63: en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales. El Secretario judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido.

Medidas cautelares

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 129 y ss. LJCA, la adopción de medidas cautelares se podrá solicitar en cualquier estado del proceso para asegurar la efectividad de la sentencia. Si se impugnase una disposición general, y se solicitase la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda.

La medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y, por el contrario podrá denegarse cuando pueda generar perturbación grave de los intereses generales o de tercero, cosa que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada (artículo 130 LCJA).

El incidente cautelar se sustanciará en pieza separada, con audiencia de la parte contraria, que ordenará el Secretario judicial por plazo que no excederá de diez días, y será resuelto por auto dentro de los cinco días siguientes, artículo 131 LJCA.

Las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado. Las medidas cautelares no podrán modificarse ni revocarse (artículo 131 LJCA).

Según el artículo 132 LJCA, el auto que acuerde la medida se comunicará al órgano administrativo correspondiente, el cual dispondrá su inmediato cumplimiento⁵⁹.

Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el Juez o Tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá ~~mediante auto~~ apreciar o no las circunstancias de especial urgencia, y adoptar o denegar la medida mediante auto. Y en los supuestos que tengan relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen retorno y el afectado sea un menor de edad, el órgano jurisdiccional oirá al Ministerio Fiscal con carácter previo a dictar el auto (artículo 135 LJCA).

Mucha es la jurisprudencia que se ha pronunciado en este sentido, STS Sala 3ª de 14 octubre 2005 [EDJ 2005/197741] en su FJ 6 destaca también que: “*La finalidad*

⁵⁹ Siendo de aplicación lo dispuesto en el capítulo IV del Título IV, salvo el artículo 104.2.

*legítima del recurso es, no solo, pero si prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencias, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, es ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad. La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto. De ahí, que no quepa entender vedad, en esa valoración y para apreciar si concurre o no aquella causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, pues los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen”.*

La doctrina de la apariencia del buen derecho permite, en un marco de provisionalidad y dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y sin prejuzgar lo que en su día declare la Sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, siquiera a los meros fines de la tutela cautelar (STS Sala 3ª de 21 junio 2006 FJ: 5 [EDJ 2006/98803])

Ha de significarse, por último, que en la ponderación de intereses en conflicto, con valoración del *fumus boni iure* y del *periculum in mora*, ha de tenerse bien presente la improcedencia de juzgar sobre el fondo del asunto, pues además de carecerse –por lo general- de los elementos bastantes y necesarios para dar respuesta adecuada a la cuestión objeto de litigio, “*se producirá el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 CE, cual es el derecho al proceso con garantías debidas de contradicción y prueba*” (STS Sala 3ª de 21 junio 2006 FJ: 5 [EDJ 2006/98803]).

Así, los requisitos que deben apreciarse a la hora de tomar la decisión de adoptar o no medidas cautelares son tres: el *periculum in mora*, el *fumus boni iuris*, y la prestación de caución. Para la determinación de estos tres conceptos se debe atender a la LEC.

El requisito del *periculum in mora* se encuentra regulado en el artículo 728.1 LEC, y exige para su adopción que se justifique "*que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria*", es decir, que la falta de su adopción impediría o dificultaría la efectividad de la sentencia, bien porque el tiempo hace que las circunstancias cambien o porque el demandado intentará impedir la ejecución del fallo.

El requisito del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho también aparece en el artículo 728.2 LEC y dice lo siguiente: "*El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión*", y que supone que la adopción de las medidas cautelares tiene su justificación sobre la base de que existe una apariencia de buen derecho.

La caución está en el 728.3 LEC y establece que "*salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado*". Se configura como una garantía para el demandado en caso de que se dicte sentencia absolutoria, que haga frente a las responsabilidades por los daños y perjuicios que le puede haber acarreado la adopción de la medida cautelar.

Recursos y plazos

Una vez notificada la sentencia, se puede interponer un recurso ordinario de apelación, que se encuentra regulado en el artículo 458 LEC: se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla. Deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugne.

Contra la resolución por la que se tenga por interpuesto el recurso de apelación no cabrá recurso alguno, pero la parte recurrida podrá alegar la inadmisibilidad de la apelación en el trámite de oposición al recurso a que se refiere el artículo 461 LEC.

Además, en la LJCA, el recurso de apelación está regulado a partir del artículo 81 y ss.: “Las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo serán susceptibles de recurso de apelación”.

El recurso de apelación se interpone ante el Juzgado que hubiera dictado sentencia, dentro de los quince siguientes al de su notificación, mediante escrito razonado que deberá contener las alegaciones en que se fundamente el recurso. Transcurrido el plazo de quince días sin haberse interpuesto el recurso de apelación, el Secretario judicial declarará la firmeza de la sentencia (artículo 85 LJCA). Las partes podrán pedir el recibimiento a prueba para la práctica de las que hubieran sido denegadas o no hubieran sido debidamente practicadas en primera instancia por causas que no les sean imputables. El Juzgado elevará los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, ordenándose el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de treinta días ante la Sala de lo Contencioso-administrativo competente, que resolverá, en su caso, lo que proceda sobre la discutida admisión del recurso o sobre el recibimiento a prueba. Las partes podrán solicitar: que se celebre la vista; que se presenten conclusiones; o que el pleito sea declarado concluso, sin más trámites para sentencia. La Sala dictará sentencia en el plazo de diez días desde la declaración de que el pleito está concluso para sentencia.

Internamientos en el CIE

Para analizar los supuestos de internamiento en el CIE debemos remitirnos a la LOEX y a la LOPJ.

En la Ley de Extranjería se encuentra regulado en el artículo 62: ingreso en los centros de internamiento:

“Incoado el expediente por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 54.1, en las letras a), d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de esta Ley Orgánica en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador”.

El Juez, tomará como criterio, previo audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, el principio de proporcionalidad, las circunstancias concurrentes y el riesgo de incomparecencia. Este último será uno de los criterios más importantes ya que, si careciese de vivienda o documentación haría mucho más difícil decretar la expulsión o dificultar la no expulsión. Resolverá mediante un auto motivado. Asimismo, si hubiera existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes también se decretaría su internamiento.

Como ya se ha expuesto anteriormente, el internamiento será de duración imprescindible, es decir, no excederá de 60 días.

Cuando dejasen de darse por cumplidas las condiciones descritas o de oficio o a iniciativa de parte o Ministerio Fiscal, podrá ser puesto en libertad.

El Juez competente para autorizar y, en su caso, dejar sin efecto el internamiento será el Juez de Instrucción del lugar donde se practique la detención. Este Juez conocerá, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales. Igualmente, podrá visitar tales centros cuando conozca algún incumplimiento grave o cuando lo considere conveniente, artículo 62.6 LOEX.

Todo el proceso de incoación del expediente, las medidas cautelares de detención e internamiento y la resolución final del expediente de expulsión del extranjero serán comunicadas al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país.

En cuanto a los menores no acompañados deberán ser puestos de disposición de las entidades públicas⁶⁰.

En cuanto a la LOPJ, este supuesto está regulado en el artículo 87.2 de la LOPJ: *“los juzgados de instrucción conocerán de la autorización del internamiento de extranjeros en los centros de internamiento, así como del control de la estancia de éstos en los mismos y en las salas de inadmisión de fronteras. También conocerán de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales”*.

⁶⁰Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor: Artículo 35.

Esta medida cautelar no es identificable con la prisión provisional aunque su paralelismo es manifiesto. En este sentido, los afectados por estas medidas gozan de los derechos reconocidos en los artículos 17.2 y 17.3 de la CE, pues las garantías establecidas en ellos no han de ser respetadas únicamente en los supuestos de privación de libertad por prisión preventiva⁶¹. Asimismo, las garantías que para la libertad personal se derivan del régimen de control judicial de la medida cautelar de internamiento equivalen, desde el punto de vista material y de eficacia, a las que pueden alcanzarse por medio del «habeas corpus»⁶². Sin embargo, el fin último que se persigue con una y otra figura es contrario: en la prisión provisional se trata de evitar la fuga del presunto autor de un delito y, asimismo, el riesgo de comisión de otros nuevos; en el internamiento se pretende asegurar la expulsión del extranjero presunto autor de una infracción administrativa, sin que la evitación de comisión de infracciones esté presente en este caso.

Además, el juez de instrucción ha de adoptar su decisión libremente, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, pero no las relativas a la decisión de expulsión en sí misma, sobre la que no puede pronunciarse en este procedimiento, sino las concernientes entre otros aspectos a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del afectado, al riesgo de huida y a cualesquier otros que considere oportunos. Por otro lado, no es motivación suficiente del auto la que se limita a indicar que "concorre la causa de expulsión invocada en el expediente administrativo y atendidas las circunstancias concurrentes", sin indicar cuáles son estas⁶³.

En estos casos también debe considerarse aplicable el régimen de prejudicialidad regulado en el artículo 10 de la LOPJ de forma que el juez de instrucción, a los solos efectos de tomar su decisión relativa a la libertad deambulatoria del extranjero, pueda conocer de los presupuestos de la expulsión así como los aspectos del expediente relativos a notificaciones, audiencia, caducidad, determinantes en su caso, de la denegación del internamiento.

⁶¹ STC Sala 2ª de 26 junio 2000 (FJ 2) [EDJ 2000/14285]

⁶² STC Pleno de 20 diciembre 2007 [EDJ 2007/25154]

⁶³ STC Sala 1ª de 15 diciembre 2008 (FJ 3) [EDJ 2008/233887]

La medida ha de ser idónea para asegurar la ejecutabilidad de la expulsión. Si el acuerdo expulsor no es ejecutable no puede adoptarse. Teniendo en cuenta, además, su excepcionalidad⁶⁴, subsidiariedad y el juego del principio “*favor libertatis*”⁶⁵.

El auto no se excluye de recurso, por lo que es impugnabile conforme al sistema de recursos de la LECr . No obstante, en caso de interposición de apelación, este es probable que pierda su objeto en tanto antes de ser resuelto, la medida se haya extinguido⁶⁶.

⁶⁴ STC Sala 1ª de 12 noviembre 1996 [EDJ 1996/7024]

⁶⁵ STC Sala 2ª de 19 junio 1995 [EDJ 1995/2617] y STC Sala 1ª de 26 septiembre 1990 [EDJ 1990/8670]

⁶⁶ El Derecho: Memento Procesal; Capitulo 3 *Proceso Penal (Competencia funcional. Atribución de funciones procesales específicas.*

PROBLEMÁTICA DETECTADA

En la actualidad, la inmigración es un tema que genera controversias por muchas razones. La creencia popular de las personas occidentales es que el problema es causado por el deseo de aprovecharse del país de destino o alimentarse de los programas sociales de bienestar. Pero lo que realmente se debería ver es de dónde viene esa gente y que situaciones estaban atravesando. Algunos de los motivos por los que emigran a un país occidental son: por los conflictos en su país de origen (guerras, conflictos armados, etc), las desigualdades sociales y económicas, la extrema pobreza, la situación política, entre otros. Este es uno de los temas más sensibles y difíciles de tratar, por eso, en la práctica pueden darse infinidad de problemas. por ello, se trataran los más patentes en el Estado español.

La discrecionalidad de Jueces y Tribunales respecto de la proporcionalidad de la sanción.

La regulación española de extranjería se encuentra hoy presidida por dos puntales básicos y no coincidentes: a los derechos civiles, de una parte, y a las libertades públicas, de otra.

Respecto de los primeros, entra en juego el artículo 27 del Código Civil, que reafirma como noción inspiradora la idea de equiparación entre españoles y extranjeros. Por el contrario, en relación con las libertades públicas, el artículo 13 CE toma como punto de partida una actitud que en principio no es igualitaria, aunque admita la posibilidad de que los tratados y la ley extiendan a los extranjeros el pleno goce de las libertades públicas que la Constitución proclama.

En cuanto a las cuestiones más polémicas que plantea el actual régimen jurídico de expulsión de los extranjeros en España, hay autores que están a favor y otros que están en contra a de dicho proceso y de los criterios que legalmente se imponen para la expulsión de los extranjeros. El presente capítulo se dedica a valorar las diferentes perspectivas que se suscitan en la aplicación práctica del procedimiento sancionador relativo las órdenes de expulsión.

El presente trabajo pretende centrarse en la expulsión gubernativa del extranjero como sanción de carácter administrativo, que es la que puede imponerse a aquellos extranjeros que habiendo entrado, legalmente o no, en España, incurren posteriormente en alguna de las conductas tipificadas como muy graves en el artículo 54 LOEX, o en alguna de las conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53 LOEX, lo que incluye la mera estancia irregular en territorio español (artículo 53.a) LOEX).

Recordando lo más esencial, en estos casos, es la Policía Nacional la que se encarga de hacer los trámites correspondientes para la incoación del procedimiento sancionador que, de manera resumida son los siguientes: en primer lugar, la Policía es el órgano competente para iniciar el procedimiento ordinario o preferente de expulsión, en este momento el extranjero se encontrará detenido, y necesariamente habrá de ser asistido por un abogado -que si él no lo designa, se le designará de oficio-. Además, si no entiende el idioma se puede solicitar un Intérprete, para que le haga la traducción de los hechos que se le imputen y se asegure de que comprende sus derechos. El período máximo de detención en esta situación es de 72 horas, dentro de las cuales el detenido extranjero deberá pasar a disposición judicial si se solicita su expulsión del territorio español.

En el caso que el procedimiento a seguir fuera ordinario, hay un plazo de 15 días para las alegaciones pertinentes. En cambio, si el procedimiento a seguir fuera preferente, el plazo sería de 48 horas. Dichas alegaciones se deben formular ante el mismo órgano que realizó la propuesta, es decir, la Policía Nacional -concretamente la sección del GOE (Grupo Operativo de Extranjeros).

Una vez presentadas las alegaciones, el Grupo que se encargue del procedimiento puede solicitar al Juez de Instrucción correspondiente que dicte Auto, en el que podrá decretar el internamiento en el CIE (Centro de Internamiento de Extranjeros) o no decretar su internamiento, quedando el extranjero en libertad, con la correspondiente retención del pasaporte y la comparecencia periódica durante cada mes en las dependencias policiales. Ahora bien, si se dicta el Auto de internamiento, el detenido puede estar como máximo retenido hasta 40 días para su expulsión del territorio español.

Por último, el abogado podrá interponer recurso ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo que corresponda, a fin de revocar ese decreto de expulsión o salida de España.

Así pues, la regulación de este procedimiento deja entrever un elevado margen de discrecionalidad para los tribunales. Como ya se ha mencionado anteriormente, cada Juzgado tiene potestad para aplicar el principio de proporcionalidad como considere que más se adecúa al supuesto concreto y al Derecho. Por lo que, por ejemplo, un juzgado competente en Tarragona para conocer de un procedimiento sancionador de estas características, puede considerar que un extranjero con la documentación debidamente aportada es merecedor de la revocación de la expulsión y el pago de una multa por la infracción cometida. Pero, por el contrario, otro juzgado en Barcelona, competente para conocer idéntico supuesto, puede considerar que no es merecedor de tal revocación con el consiguiente decreto de expulsión del extranjero del territorio español.

Una de las razones que justifican esta discrecionalidad es que el régimen jurídico en materia de extranjería ha sufrido un continuo de reformas que han hecho que no haya un marco normativo uniforme y común para todos los Estados Miembros. España no tiene una regulación exhaustiva para la valoración de los criterios que se deben tener en cuenta a la hora de revocar o no la orden de expulsión. Estos criterios los valora y decide cada Juez o Tribunal, quien determina en última instancia uno de los criterios más ambiguos y abiertos a interpretación: la proporcionalidad de la sanción.

Otro de los motivos por los que no se ha producido una unidad de los criterios, es que una vez se ha dictado sentencia e interpuesto el correspondiente recurso, contra la sentencia dictada en apelación por los Tribunales Superiores de Justicia (máximo órgano jurisdiccional en la Comunidad Autónoma), no cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo (excepto en el caso de los recursos de casación para unificación de doctrina y en interés de ley), siendo una de sus principales funciones la de dotar de unidad al poder judicial español.

A propósito de esta cuestión, si nos remitimos a la fundada opinión del reputado Presidente de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Diego Córdoba, quien más bien hace una crítica del sistema español, en referencia a los pronunciamientos judiciales y al índice de recursos interpuestos ante el Juzgado dice

que: “Los pronunciamientos judiciales tampoco contribuyen a solucionar el problema. Frente al elevado número de recursos que llegan a los tribunales contencioso-administrativo españoles [...] y la importancia jurídica creciente que tiene esta materia, la jurisprudencia se ha mostrado muy apegada al caso concreto sin proporcionar pautas generales de interpretación que contribuyan a la seguridad jurídica, alcanzando conclusiones dispares en la interpretación de una misma norma al amparo de una aparente diferenciación entre las circunstancias de hecho concretas que sirven como punto de partida” . Por lo que, hay un gran volumen de recursos para paralizar la expulsión y diferentes pronunciamientos al respecto, cosa que no contribuye a garantizar la seguridad jurídica consagrada en nuestro ordenamiento.

En el supuesto que el extranjero que se encuentre en esta situación deba abandonar el territorio nacional, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sostenido reiteradamente que “la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado y, el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana [...], ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales”, siendo “lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España y a residir en ella” .

Tal y como expone Diego Córdoba, debemos preguntarnos si la expulsión de un extranjero que haya entrado y resida irregularmente en España puede y debe ser considerada una sanción administrativa⁶⁷.

En el caso que se incoara la expulsión como sanción administrativa, serían aplicables los principios y garantías del derecho administrativo sancionador, (en gran medida coincidentes con los aplicables al derecho penal, tal y como ha venido sosteniendo el Tribunal Constitucional mediante reiterada jurisprudencia: SSTC 2/1981 EDJ 1981/2,

⁶⁷ CORDOBA CASTROVERDE, D.: “Problemas que plantea el actual régimen jurídico de expulsión de extranjeros”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho* nº1 pag.4: ¿Tiene sentido que se apliquen los principios de culpabilidad, de presunción de inocencia o de proporcionalidad de la sanción en los supuestos de expulsión de extranjeros que entraron ilegalmente en España y permanecen de forma irregular en nuestro territorio? A mi juicio, la respuesta ha de ser negativa, pues la irregularidad administrativa en su origen y su permanencia en el tiempo no permiten tomar en consideración el grado de culpabilidad o en el principio de presunción de inocencia para impedir el restablecimiento de la situación jurídica irregular existente. Con la expulsión tan sólo se pretende, en tales casos, poner fin a una situación de irregularidad previa.

18/1981 EDJ 1981/18, 89/1985). Estos principios, que ya se han visto en el capítulo anterior, serían tales como el de legalidad, de tipicidad, proporcionalidad de la sanción, el derecho a ser informado de la acusación, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, derecho a la presunción de inocencia, irretroactividad de la norma más favorable, etc.

Se debe insistir en que la problemática principal a la que se dedica este estudio es la graduación de la sanción valorando el principio de proporcionalidad. Muchos son los tribunales que han sustituido la expulsión por una multa al apreciar circunstancias tales como: su empadronamiento; apoyo económico; domicilio conocido; ausencia de antecedentes penales; potencial incorporación al mercado laboral; y especialmente, la convivencia con familiares que residan legalmente en España, como por ejemplo la EDJ 2013/210035 STSJ Cataluña Sala de lo Contencioso-Administrativo de 4 abril 2013⁶⁸, o en otras muchas en las que se razona que la sanción de expulsión en situación irregular es proporcional por cuanto no se acredita dicho arraigo personal, social o profesional, de forma que a *sensu contrario* se admite que la situación de irregularidad de estancia no comportase la expulsión con tal de que se acreditase ese arraigo.

Incluso cuando se decreta la expulsión de un extranjero como condena por haber cometido un delito, se debe valorar de manera minuciosa el criterio de proporcionalidad, ya que atendiendo al caso enjuiciado, la autoridad judicial deberá actuar de una manera o de otra, pudiendo haber disparidad de fallos entre tribunales en el momento de la apelación. Por ejemplo, en la EDJ 2014/34376 STSJ Cataluña Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 febrero 2014, el TSJ estima el recurso de apelación, revoca la sentencia apelada y anula el decreto de expulsión del actor apelante. El Tribunal entiende que la medida de expulsión prevista en el art. 57.2 LO 4/2000, por haber sido condenado el extranjero, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa, no puede

⁶⁸ STSJ Cataluña Sala de lo Contencioso-Administrativo de 4 abril 2013 (FJ2): *“Ciertamente estamos ante una sanción, de forma que la administración queda estrictamente obligada a individualizar y motivar la sanción. El Tribunal Supremo ha entendido en este sentido que la sanción ordinaria prevista en la Ley de derechos y libertades de los extranjeros es la multa pecuniaria, de forma que en los supuestos de mera estancia o actividad laboral sin autorización es necesario motivar específicamente la sanción de expulsión cuando se aplique la misma en vez de la menos gravosa de multa económica (sentencia de 22 de diciembre de 2005 EDJ 2005/244522 , seguida de otras muchas como las de 9 de marzo EDJ 2007/18079 y 19 de julio de 2007 EDJ 2007/104635). En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional en sentencia num. 140/2009 EDJ 2009/150236 , recordando que la individualización de la sanción -particularmente si la sanción consiste en la expulsión del extranjero- requiere una motivación suficiente, motivación referida en todo caso a las circunstancias específicamente establecidas por la Ley a tal efecto y a partir de una argumentación suficientemente concreta y ajustada al caso.”*

ser impuesta de forma automática a los ciudadanos extranjeros en posesión de una autorización de residencia de larga duración, sin una previa ponderación de circunstancias, basada en las previsiones del art. 57, 5 b) LO 4/2000 (FJ 2). Y, en el caso concreto de la citada sentencia, la medida de expulsión impuesta vulneraba el principio de proporcionalidad (FJ 3).

No obstante lo anterior, hay jurisprudencia ya consolidada de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (sentencia núm. 721/2007 de 6 de septiembre EDJ 2007/195701 que considera que la mera falta de motivación no lleva indefectiblemente a la nulidad de la expulsión, pues tal medida puede quedar justificada materialmente por las circunstancias que puedan concurrir en el caso. En este sentido la jurisprudencia ha considerado motivación suficiente el hecho de que el afectado se encuentre indocumentado y no exista constancia sobre la forma y lugar de entrada en territorio español (STS de 28 de febrero de 2007 EDJ 2007/13526), que haya desatendido una orden de salida obligatoria (STS de 22 de febrero de 2007 EDJ 2007/13500), o la existencia de antecedentes policiales (sentencias de 22 de diciembre de 2005 y de 19 de diciembre de 2006). Otra Sentencia del TSJ de Cataluña Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 5ª, S 26-3-2012, nº 156/2012, rec. 967/2009⁶⁹ también entiende que al no saber ni como entró el extranjero, ni los motivos de dicha entrada, además de la ausencia de familiares en España la proporcionalidad de la sanción, es decir, la expulsión, es razonable y por tanto, sea la aplicable al caso.

Sin embargo, es mucha la jurisprudencia que establece que la mera estancia irregular en el territorio español no puede ser causante de la expulsión del extranjero, siempre y cuando, la valoración de los requisitos de proporcionalidad vayan a su favor. Se podría resumir afirmando que la valoración de la proporcionalidad de la sanción administrativa

⁶⁹ FUNDAMENTO TERCERO.- *“La medida de expulsión del territorio español acordada por encontrarse el apelado irregularmente en nuestro país, y no acreditar cómo y cuándo entró en España, no infringe el principio de proporcionalidad y ha sido debidamente motivada en cuanto ha permitido conocer los motivos de su imposición, el ejercicio del derecho a la defensa y la posibilidad de que la Sala lleve a cabo el correspondiente control de legalidad. La sanción impuesta se encuentra legalmente prevenida por el legislador precisamente para la concreta infracción por él cometida. No consta cómo entró en territorio español; carece de visado y sello de entrada en España y no tiene vínculos familiares directos. Tampoco consta intento de regularización. Esas circunstancias autorizan para adoptar la medida acordada. Es cierto, como dice la sentencia "a quo", que no se trata de una devolución sino de una expulsión (consecuencia de una infracción) pero también lo es que la infracción de encontrarse ilegalmente en España y sin ninguna circunstancia de arraigo determinan que la expulsión sea procedente, máxime cuando el apelado demuestra reiteradamente una conducta violadora de las normas de tránsito fronterizo.”*

impuesta se mide por diferentes situaciones, por citar algunos ejemplos: el arraigo familiar, por tener familiares en España que puedan dar lugar a la reagrupación del interesado⁷⁰; arraigo de carácter laboral, por ofertas de trabajo; o el informe de arraigo municipal. El informe de arraigo es un informe de arraigo que acredite su integración social emitido por la Comunidad Autónoma en la que tenga su domicilio habitual o por el Ayuntamiento de su lugar de residencia en caso de que así lo haya establecido la Comunidad Autónoma. El plazo para la emisión del informe es de 30 días desde la fecha de solicitud⁷¹.

El Tribunal Supremo ha determinado que los vínculos con el lugar en que se reside, ya sean de tipo económico, social o familiar, son relevantes para apreciar la existencia de arraigo en el territorio, y determinantes de la prevalencia de tales vínculos, frente al interés general por el que se lleve a cabo la expulsión de quien carezca de permiso o autorización para residir en España. De tal modo que corresponde al recurrente alegar y acreditar, al menos indiciariamente, esa especial situación de arraigo (sentencia de 13 de diciembre de 2.007 EDJ 2007/233360).

También cabe decir que los Tribunales se han pronunciado sobre el nacimiento de un hijo en España como causa que excluye la eventual expulsión de la madre extranjera de territorio nacional. En este sentido, la STS 3ª, sec. 5ª, S 26-1-2005, rec. 1164/2001. Pte: Yagüe Gil, Pedro José EDJ 2005/5002⁷² ha tenido una gran transcendencia porque se aparta de la reiterada jurisprudencia y establece que, al nacer el hijo en España (*ius soli*) consecuentemente, ese niño tiene la presunción de nacionalidad española, hecho que obliga, en aras a la protección de dicha presunción de nacionalidad española del menor y de los vínculos entre madre e hijo, a entender no ajustado a Derecho el acuerdo de expulsión de la madre. En consecuencia, ni la Administración ni los Tribunales de Justicia pueden, mientras no existan pruebas en contrario, dudar de la nacionalidad española de origen del menor (Art. 96,2º de la Ley de Registro Civil y 335 y ss. de su Reglamento). Además la CE establece como principios rectores de la política social el de la protección social, económica y jurídica de la familia en su artículo 39.1 y 39.2. y, a

⁷⁰Regulado en la LOEX, RELOEX y LRJAPAC.

⁷¹<http://extranjeros.empleo.gob.es/>

⁷² FJ 6 : 3ª.- La orden de expulsión de la madre, que aquí se recurre, o bien es también una orden implícita de expulsión de su hijo menor, que es español (lo que infringe el citado principio de no expulsión de los nacionales) o bien es una orden de desmembración cierta de la familia, pues la expulsión decretada provoca ineludiblemente la separación del hijo y de la madre, (lo que viola los preceptos que hemos citado de protección a la familia y a los menores).

los que deben añadirse los principios rectores que establece la Ley 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, que son: la supremacía del interés del menor, el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés, y su integración familiar y social⁷³. De modo que, en estos casos, la orden de expulsión no se adecuaría al principio de proporcionalidad que debe inspirar el régimen sancionador en materia de extranjería.

La existencia de regímenes distintos para la salida obligatoria

Es importante distinguir adecuadamente la devolución de la sanción. En la Ley de Extranjería estos dos términos están determinados en el artículo 58 LEOX. La devolución es la medida que se puede adoptar cuando un extranjero es interceptado intentando entrar en España de forma irregular o cuando habiendo sido expulsado, previamente es detenido estando vigente la prohibición de entrada. Por el contrario, la expulsión es una sanción que se le puede imponer al extranjero que está en España en situación irregular y que, en el caso de ejecutarse, implica la devolución al país de origen del mismo.

En el caso de la devolución, si un extranjero es interceptado por las autoridades gubernativas, no se le incoará ningún procedimiento de expulsión, sino que, se le devolverá al país. Como excepción, cabe mencionar que las mujeres que estén embarazadas o las personas que hayan solicitado protección internacional y se les haya concedido, no se las podrá devolver. En este último caso, si la protección internacional no se la concede, ello sí dará lugar a la devolución [en una nota a pie de página estaría bien que mencionaras dónde se regula esto].

Ahora bien, esta distinción pone de manifiesto la incoherencia del sistema, pues establece un régimen jurídico diferente para la salida obligatoria del extranjero dependiendo del tiempo de permanencia ilegal en territorio español. De hecho, si tan sólo llevan noventa días se trataría de un supuesto de devolución; si por el contrario su estancia irregular excede de los noventa días debe incoarse expediente de expulsión, al

⁷³ CÓRDOBA CASTROVERDE, D. *Nacimiento de un hijo en España como causa que excluye la eventual expulsión de la madre extranjera de territorio nacional. Respuesta de los tribunales*. El Derecho Editores / Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 4

tratarse de una infracción administrativa que lleva aparejada esta sanción (artículo 58 LOEX)

La ilegalidad de las devoluciones exprés

Recientemente el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto al concepto de devolución. En la Sentencia EDJ 2013/4909 STC Pleno de 31 enero 2013 (FJ 12): *“(...)la devolución pretende evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería, por lo que no comporta en sí misma una sanción sino una medida gubernativa de reacción inmediata frente a una perturbación del orden jurídico, articulada a través de un cauce flexible y rápido. No concurre así en la orden de devolución la "función represiva, retributiva o de castigo" (SSTC 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 3 EDJ 2000/37195, y 132/2001, de 8 de junio, FJ 3 EDJ 2001/7795), propia de las sanciones”. I en cuanto a la expulsión dice que: “Dicha resolución administrativa no suprime o restringe derechos pertenecientes a su destinatario "como consecuencia de un ilícito" (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 9 EDJ 2003/3865), sin perjuicio de que, tal como deriva del art. 20.2 LOEX, habrán de respetarse las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones. En el mismo sentido el art. 22 LOEX reconoce a los extranjeros el derecho de asistencia jurídica gratuita y la asistencia de intérprete en todos los procedimientos administrativos que puedan llevar a su devolución lo que garantiza el derecho de defensa, en particular la formulación de alegaciones y la presentación de recursos, extremo éste expresamente contemplado en el art. 21 LOEXx”. En suma, la devolución consiste en una medida que se acuerda por parte del Estado español en el marco de su política de extranjería, en la que se incluye tanto el necesario control de los flujos migratorios que tiene como destino nuestro país como el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España.”*

La devolución express es un tema muy delicado, ya que en las noticias se explica que estas devoluciones no cumplen con los requisitos que la Ley de extranjería determina. Muchas veces se expulsa al extranjero interceptado en la vallas de Ceuta y Melilla sin ser identificado previamente. Esto está prohibido en nuestro ordenamiento porque para

poder devolverlo se debe identificar a la persona y así asegurarse de que no solicita el derecho a asilo⁷⁴.

⁷⁴ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria: Artículo 1 y 2.

CONCLUSIONES

En la actualidad el concepto de inmigrante está muy desgastado. El hecho de no estar pasando por una buena época desde hace años, ha desembocado en que la palabra inmigrante se vea como despectivo y negativo. La inmigración ha existido desde siempre, la mayoría de la gente tiene o ha tenido algún familiar en esta situación: emigrar para poder tener una vida mejor. El concepto de migraciones históricamente, se entendía como el pilar básico era por razones económicas.

Como se ha visto en los capítulos anteriores, el artículo 55 de la LOEX establece el criterio de proporcionalidad de la sanción, pero el problema es que los tribunales no están unificados y los criterios a tener en cuenta son diferentes según cada Juez o Tribunales. Es por ello que se debería estipular qué situaciones deberían primar para que la expulsión pueda ser revocada. Si se unificaran los criterios, la aplicación de la norma y el principio de proporcionalidad sería mucho más fácil y objetiva. En mi opinión, este es uno de los mayores problemas en materia de extranjería porque se puede valorar muy distintamente según el criterio del Juez.

Además, el principio de proporcionalidad va ligado a la tutela judicial efectiva y recordando la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 8 y 13), por una parte toda persona tiene derecho a un recurso justo que no violen los derechos fundamentales o la ley. Por otra parte, toda persona tiene derecho a circular libremente. La declaración de derechos humanos no entiende de banderas ni nacionalidades, mide las personas como seres humanos. Es por ello que el hecho de haber nacido en un país u otro, no debe condicionar poder establecerte en otro para vivir dignamente y formar una familia, debería ser todo lo contrario. Está claro, que cualquier persona que cometa un delito debe pagar por ello, en este caso, se tendría que aplicar estrictamente la ley.

En este sentido también se pronunciaron el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de Noviembre de 1950 que fue ratificado por España en el artículo 6 que establece que toda persona tiene derecho a un proceso equitativo y que toda persona de una infracción se presume inocente. Es decir, cuando se acusa de un delito y se decreta mediante auto el internamiento en el CIE de esa persona, ésta debería poder usar los mecanismos para la absolución o, una vez

agotadas todas las vías, si fuere autor del delito pagar por ello. Para mí, la expulsión no es un castigo, el castigo debería ser estar en prisión con la máxima pena posible. En materia de extranjería se puede expulsar a un inmigrante que haya cometido un delito de menos de seis años de prisión pero realmente lo que se está haciendo es huir del problema. Es decir, una persona que delinque y España la expulsa no es un castigo. A priori se puede considerar así pero si se analiza bien, esta persona que ha sido expulsada no ha pagado por lo que ha hecho. Se expulsa para combatir con la inmigración y un precio muy bajo.

Una vez realizado el estudio sobre el procedimiento sancionador de las órdenes de expulsión, querría exponer una frase de uno de los magistrados más importantes a nivel nacional, Córdoba Castroverde: *“La aplicación de este principio puede resultar lógica para los supuestos en los que el extranjero ha entrado legalmente en España y no renueva en el plazo concedido el permiso de residencia, esto es, una situación de irregularidad circunstancial, pero carece de lógica cuando el supuesto de hecho sea la entrada y permanencia en la clandestinidad e irregularidad de un extranjero”*. En mi opinión, los mecanismos que se deben utilizar tienen que ser los mismos. Una persona haya entrado o no de manera irregular, tiene el derecho a rehacer su vida, eso sí, dentro de lo establecido en las leyes españolas. Por ello, si utilizando de forma correcta la ley, una persona tiene derecho a un permiso pues que así sea.

Para mí, la nueva ley de extranjería tiene un claro objetivo, que es el aumentar la lucha contra la inmigración irregular. ¿Y cómo lo hacen? Reforzando los medios e instrumentos de control y las sanciones, especialmente el hecho de permanecer en España ilegalmente agravándolo el régimen sancionador y reforzando los procedimientos de devolución. Pero claro, son tantas las cifras de devoluciones que se hacen de forma irregular, sin respetar los derechos fundamentales, derechos humanos, las directivas, etc.

BIBLIOGRAFÍA

- INE: “*Avance de la Estadística del Padrón Continuo a 1 de enero de 2014 (Datos provisionales)*”. Publicación 22 abril 2014.
- UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura). *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes*. 2005 (Francia).
- LACUEVA BERTOLACCI, R. *Situación actual de la inmigración irregular en la Unión Europea*. Artículos Doctrinales: Derecho Comunitario, Noticias Jurídicas. Julio 2007.
- Ministerio del Gobierno. *El Derecho Comunitario*
- PACHECO GALLARDO, M. *Proceso de transposición de Directivas*. Artículos Doctrinales: Derecho Comunitario. Enero 2008
- ESCUDERO HERRERA, C.: *La delimitación de la competencia objetiva de los órganos jurisdiccionales contencioso administrativo*. Anuario de la Facultad de Derecho, 2004.
- QUILES MARTIN, S.: *Artículo 89 del Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Publicación 19/10/2011.
- ROS, Rosa Maria. *Novetats en matèria de dret d'estrangeria introduïdes per la Llei d'Emprenedors*. Mòn jurídic, núm. 282. Publicación 2013.
- APARICIO WILHELMI, Marco. *La Decisión sobre las Competencias Relacionadas con la Inmigración*.
- CAMAS RODA (coord.), F. *L'atribució de competències en matèria d'immigració derivades de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*. Página 38. Publicación Diciembre 2010.
- MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Coords), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000-RD 557/2011)* Publicación 27/01/2013.
- EL DERECHO, Memento Procesal: Garantías del imputado.

- HURTADO MARTINEZ, J.A: “El procedimiento administrativo sancionador sobre extranjeros no nacionales de la Unión Europea”, El Derecho. Publicación 29/12/2010
- EL DERECHO, Memento Procesal, Capítulo 4 (Proceso contencioso-administrativo): Sección 1 Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa”, El Derecho.
- MARTÍNEZ PARDO, V.J. *Derecho sancionador en materia de extranjería: Consideraciones Generales*. Revista Internauta de Práctica Jurídica. Septiembre-Diciembre 2006.
- ARROYO JIMÉNEZ, L.: Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo. Página 15. Mayo 2009.
- ALCALDE SANTOS, J.A: *La interpretación jurisprudencial del artículo 400 de la LEC*. Artículos Doctrinales: Derecho Procesal Civil. Noticias Jurídicas, Mayo 2008.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, J.J.: Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima en derecho administrativo. Artículos Doctrinales: Derecho Administrativo. Noticias Jurídicas, Abril 2005.
- BLANCO ANES, J.A.: “La extranjería como condición diferencial en el ejercicio de los derechos fundamentales”, Septiembre 2008, Artículo Doctrinal Noticias Jurídicas.
- EL DERECHO: Memento Procesal; Capítulo 3 Proceso Penal (Competencia funcional. Atribución de funciones procesales específicas
- CÓRDOBA CASTROVERDE, D.: *Nacimiento de un hijo en España como causa que excluye la eventual expulsión de la madre extranjera de territorio nacional. Respuesta de los tribunales* El Derecho Editores / Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 4.

BASES DE DATOS:

- Westlaw Aranzadi
- El Derecho

WEBGRAFÍA:

- <http://extranjeros.empleo.gob.es/>
- www.migrarconderechos.es
- <http://noticias.juridicas.com/>
- <http://www.poderjudicial.es/>