

La expulsión de extranjeros como sanción administrativa

Autor: Prof. Dra. Clara Martínez García, Profesora Propia Adjunta de la Universidad Pontificia Comillas, Área de Derecho Administrativo.

Resumen

La expulsión administrativa de extranjeros por la comisión de las infracciones legalmente recogidas en la LOEX aparece regulada como sanción y no como una genérica medida de gravamen. Su imposición no es exactamente alternativa a la de multa, que sigue contemplándose en la legislación como la sanción paradigmática también en este sector del derecho administrativo sancionador. Finalmente, el procedimiento conducente a su imposición es, como regla general, acorde con los principios y con la regulación positiva del procedimiento administrativo sancionador, si bien el llamado procedimiento preferente ofrece dudas de legalidad en algunos aspectos esenciales para el correcto ejercicio del derecho de defensa del extranjero.

Palabras clave: Infracciones y sanciones, extranjería, expulsión, procedimiento sancionador ordinario, procedimiento preferente.

Abstract

The administrative expulsion of immigrants due to the infringements of the legislation on immigration is actually regulated as an administrative sanction and not

only as a limitative measure to be adopted by the administrative authorities in order to reorder a certain sector of activity. It is not a simple alternative to economic penalties, which are the main type of administrative sanction, in general terms. The administrative procedure which necessarily has to be followed in order to declare the sanction of expulsion is quite accurate with the general principles and rules of the administrative procedure, although the so called preferent procedure presents reasonable incompatibilities with those principles and legislation.

Key words: Infringements, sanctions, immigration, foreigners, expulsion, ordinary procedure, preferent procedure.

I. Consideraciones generales

I.1. El ejercicio de la potestad sancionadora en materia de extranjería

El marco normativo relativo a las infracciones y sanciones en materia de extranjería se contiene esencialmente en el Título III de la Ley Orgánica 4/2000 de Extranjería (en adelante, LOEX) y en el Reglamento que la desarrolla¹, así como en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LRJAP) y en el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de 1993². La expresa remisión a dichas normas³ representa un avance en cuanto a las garantías jurídico-formales en esta materia, pues los principios generales del Derecho administrativo sancionador habrán de estar necesariamente presentes al analizar, valorar y aplicar la actual regulación sectorial sobre extranjería. La escasa regulación contenida en la LOEX sobre los aspectos que tradicionalmente se han venido abordando en relación con el ejercicio de la potestad sancionadora (principios de legalidad, tipicidad, prescripción, responsabilidad, proporcionalidad, *non bis in idem*, irretroactividad)⁴ hacen aún más necesaria dicha toma en consideración, toda vez que el reglamento tampoco se refiere a ellos.

¹ Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEX). El Título III lleva por rúbrica “De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador” (artículos 50 a 66). Por su parte, el Reglamento de desarrollo de dicha Ley (en adelante, REX) desarrolla las previsiones legales en su título XI bajo idéntico rótulo (artículos 112 a 155).

² Aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (BOE núm. 106, de 4 de mayo), en adelante el Reglamento del procedimiento sancionador (RPS).

³ Artículos 50 LOEX y 112.1 REX.

⁴ La LRJAP regula estos principios básicos a que ha de someterse el ejercicio de la potestad sancionadora en los artículos 127 a 133.

A su vez, y en términos generales, el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración pública adopta, con matices⁵, los principios que la dogmática penal y la jurisprudencia han ido perfilando en el seno de esa rama del Derecho, dado que, en definitiva, se trata del ejercicio del (único) *ius puniendi* del Estado si bien por instancias o poderes públicos distintos (el judicial-penal y el ejecutivo-administrativo, respectivamente)⁶. Esta encomienda a poderes públicos distintos, si bien no pone en cuestión el origen único del *ius puniendi*, ciertamente explica que existan diferencias -matices- de régimen jurídico cuando se trata, como en el caso que nos ocupa, de su ejercicio por la Administración pública.

En este sentido, los principios de legalidad y de tipicidad, auténtica clave de bóveda del Derecho sancionador, no se articulan en el Derecho administrativo con la rigidez propia del Derecho penal⁷. Las infracciones y las sanciones administrativas, también en materia de extranjería, han de ser establecidas en cuanto a su alcance concreto en una norma con rango de Ley (reserva material de ley para describir las conductas que constituyan infracción administrativa, así como para señalar las respectivas sanciones), pero se admite, y aquí estaría el "matiz", cierta colaboración -con límites- por parte de la norma de rango reglamentario a la hora de precisar más exactamente dicho alcance⁸. Así podría haber ocurrido con la Ley Orgánica de Extranjería y su Reglamento de desarrollo, pero este último no contempla ninguna concreción respecto del catálogo de infracciones y sanciones que define la Ley. En relación con el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de extranjería el reglamento únicamente desarrolla los aspectos relativos al procedimiento aplicable⁹.

I.2. El catálogo de infracciones y de sanciones en materia de extranjería

Como señalábamos anteriormente, es la LOEX la que contiene el catálogo de infracciones y sanciones en materia de extranjería, con la finalidad de garantizar el

⁵ Vid., FERNÁNDEZ MONTALVO, R, "Principios sustantivos de la potestad sancionadora de la Administración", en *Derecho administrativo sancionador*, CGPJ, Madrid, 1994, página 19, en la que transcribe el párrafo de la STC 18/1981, de 8 de junio, en que se formula esa idea.

⁶ Que del artículo 25 de la Constitución se desprende esta idea es algo que prácticamente ningún autor contradice actualmente. En las expresivas palabras del profesor Nieto, "si en estos momentos se atreviera un autor a negar que la Constitución reconoce y consagra el principio de legalidad de las sanciones administrativas, sería tachado de heterodoxo y aun de ignorante y, declarado convicto y confeso de animadversión al Estado de Derecho, sería irremisiblemente expulsado a las tinieblas que flotan en el exterior de la comunidad científica democrática". NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, 2ª edición, Madrid, 1994, pág. 212.

⁷ Sobre la colaboración reglamentaria en el Derecho administrativo sancionador, *vid.*, la obra citada de NIETO, en particular págs. 259 a 264.

⁸ Así lo establece el artículo 129.3 LRJAP: "Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes".

⁹ Vid., *infra*, III.

cumplimiento de lo previsto sobre autorizaciones administrativas, tanto de residencia como de trabajo¹⁰. Las infracciones se clasifican en leves, graves y muy graves (artículo 51.2 de la LOEX), previendo para cada tipo de infracción la respectiva sanción que, generalmente, será de multa. Sin embargo, además de ésta, la regulación sobre extranjería contempla la posibilidad de proceder administrativamente a la expulsión del extranjero en determinados supuestos¹¹.

Dejando a un lado las infracciones leves (artículo 52 de la LOEX), para las que se establece inequívocamente una sanción de multa (artículo 55.1.a) de la LOEX), es la comisión de alguna de las infracciones graves o de las muy graves la causa que justificaría la decisión de expulsión del territorio nacional del extranjero; pero no de todas ellas ni de forma automática siempre. El artículo 57.1 de la LOEX contiene la delimitación general a este respecto. “Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c) d), y f) del artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo”. Y añade en el apartado 2 otro supuesto en el que puede proceder la sanción de expulsión: “Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero que haya sido condenado dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes hubieran sido cancelados”.

Aparece, así, una primera acotación respecto de las infracciones en las que cabrá la sanción de expulsión frente a la de multa. La segunda se refiere, como se dirá más adelante, a la aplicación en algunos casos del llamado procedimiento preferente para su imposición y ejecución. Es decir, de todas las infracciones legalmente previstas, sólo algunas de las graves y algunas de las muy graves pueden ser merecedoras de la sanción de expulsión, y de entre éstas, sólo algunas podrán, además, ser materializadas por el procedimiento preferente.

II. Ámbito de aplicación de la sanción de expulsión

II.1. La sanción administrativa de expulsión

Del amplio catálogo de infracciones y sanciones administrativas que contempla la LOEX destaca, pues, la sanción de expulsión, tanto por ser inusual en un ordena-

¹⁰ GARCÍA BLANCO, PE; RUIZ DE HUIDOBRO, J.M., “El régimen sancionador de los sistemas legales de la extranjería e inmigración”, en RUIZ DE HUIDOBRO, J.M. (ed.), *Régimen legal de la extranjería e inmigración en España*, página 196, Madrid, 2006.

¹¹ No son objeto de este estudio ni las infracciones y sanciones en el orden social, reguladas en la propia Ley Orgánica 4/2000, ni aquellas contempladas en el Código penal, con las que, por cierto, aparecen problemas en relación con el principio de *non bis in idem*, como se deja apuntado más adelante.

miento como el nuestro en que la sanción administrativa prototípica es la multa, como por la gravedad de las conductas a las que se aplica y de las consecuencias que su imposición conlleva¹². Tan extraordinaria medida debe aparecer, pues, precisamente perfilada, tanto en cuanto a las conductas que justificarían su imposición como en cuanto al procedimiento a seguir para ello.

Así las cosas, la propia literalidad del artículo 57 suscita las primeras dudas de interpretación acerca de la articulación concreta de la imposición de la sanción de expulsión y su preferencia frente a la de multa. Parece que no cabe duda acerca del carácter alternativo de la sanción de expulsión en los supuestos antes mencionados de los artículos 53 y 54 (“en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español”), sin que la Ley otorgue aparentemente preferencia a una u otra. Sin embargo, a nuestro juicio, la indiferencia entre ambas opciones, multa o expulsión, sólo aparece objetivamente justificada en atención a la nacionalidad del sujeto infractor, de modo que “cuando los infractores sean extranjeros y realicen las conductas tipificadas” en los citados artículos podrá imponerse la sanción de expulsión y no la de multa (pues no cabe la expulsión de nacionales). Por lo demás, no habiendo más criterio objetivo para optar por la expulsión frente a la multa que la condición de extranjero del infractor¹³, la interpretación que se haga de la expresión “podrá”, que en principio indica mera posibilidad o facultad, se convierte en una de las claves del régimen sancionador de extranjería¹⁴, pues estamos ante un caso tan claro como delicado de ejercicio discrecional de una potestad administrativa, en este caso la sancionadora, ámbito de actuación en el que la discrecionalidad debería reducirse tanto como fuera posible, como exigencia elemental derivada del principio seguridad jurídica.

En ese sentido, tanto la LOEX como su Reglamento de desarrollo hacen referencia a varios criterios que han de ser tenidos en cuenta a la hora de optar, en su caso, por la expulsión: la proporcionalidad, el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia¹⁵. La medida en

¹² Dejando en este momento a un lado las garantías jurídico-formales del infractor, por un lado, el artículo 58.1 de la LOEX dispone que “toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años y máximo de diez” y, por otro, el 57.4 dispone que conllevará la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, así como el archivo de cualquier procedimiento para obtener una autorización para residir o para trabajar en España.

¹³ El propio artículo 144 del Reglamento de Extranjería, bajo la rúbrica “Supuestos de aplicación del procedimiento para imposición de sanción de multa” parece corroborar esta idea, al disponer que “las normas procedimentales recogidas en esta sección serán de aplicación cuando el infractor, cualquiera que sea su nacionalidad, realice alguna de las conductas tipificadas como graves o muy graves de las previstas en los artículos 53 y 54 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sin perjuicio de los supuestos en que se pueda imponer la expulsión según lo dispuesto en este título”.

¹⁴ En el mismo sentido, ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *El régimen administrativo sancionador de extranjería y su control judicial: la expulsión*, La Ley, número 6403, enero de 2006.

¹⁵ Artículo 55.3 de la LOEX. El artículo 119.3 del Reglamento de desarrollo de dicha Ley añade a los anteriores criterios, el de “valoración de las circunstancias de la situación personal y familiar del infractor”, como criterio de ponderación adicional no recogido en la Ley. En lo no previsto por dichos textos serán de aplicación los previstos en el artículo 131 de la LRJAP.

que dichos criterios hayan sido ponderados con vistas a la imposición de la sanción debe tener reflejo, además, en la obligada motivación de la resolución que finalmente adopte la autoridad administrativa, como exige en términos generales el artículo 54.1 de la LRJAP respecto de los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales¹⁶. Ambos aspectos, criterios normativos y motivación de la resolución sancionadora, acotan de alguna manera una actuación administrativa que de otro modo estaría prácticamente exenta de límites y de control¹⁷.

Por último, el artículo 57.3 de la LOEX señala que “en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa”. La Ley no parece seguir, pues, a quienes han podido sostener que la expulsión no era tal sanción administrativa¹⁸, sino una medida limitativa de la esfera jurídica de los ciudadanos - en este caso extranjeros- aplicable como consecuencia de la gestión que la Administración lleva a cabo en este ámbito¹⁹, pues el legislador no sólo califica expresamente la medida como sanción sino que, además, prohíbe su imposición simultánea a la sanción de multa por aplicación del principio de *non bis in idem*; de lo contrario, es decir, si la naturaleza jurídica de la expulsión no fuera la propia de una sanción

¹⁶ La exigencia de motivación también vendría exigida en el caso de la adopción de la sanción de expulsión por aplicación de la letra a) del mismo artículo 54.1 de la LRJAP referida a los actos limitativos de derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados.

¹⁷ Así lo viene sosteniendo una reiterada jurisprudencia, a juicio de la cual, no puede ser completamente indiferente elegir la expulsión o la multa, ni siquiera atendiendo a la nacionalidad del sujeto, puesto que “la expulsión es una sanción más grave y secundaria respecto de la multa, por lo que requiere una motivación específica y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que esta es castigada simplemente con multa” (STS de 22 de diciembre de 2005, Núm. Rec. 444/03, F.D. 4º; STS 14 de diciembre de 2005 (Núm. Rec. 4464/03 y 8010/02); STS de 9 de diciembre de 2005 (Núm. Rec. 5824/02)

¹⁸ Una reciente pero reiterada jurisprudencia ha puesto de manifiesto la superación de esta concepción de la naturaleza de la expulsión que no la conceptuaba como sanción, idea que se deducía de la anterior Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, en la que “la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción, y así se deduce de una interpretación conjunta de sus artículos 26 y 27, al establecerse como sanción para las infracciones de lo dispuesto en la Ley de multa y prescribirse que las infracciones que den lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanciones pecuniarias. Quedaba, pues, claro en aquella normativa que los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con expulsión” (véase, por todas, la STS de 22 de diciembre de 2005 (Núm. Rec. 6096/2003), F.D. 5º. Para una perspectiva histórica completa sobre la sanción de expulsión en nuestro ordenamiento jurídico, NIETO PALOMO, J.L., “La expulsión de extranjeros: sus garantías en el derecho español”, *Documentación administrativa*, número 193(1982), páginas 141 y siguientes.

¹⁹ También debe diferenciarse de medidas próximas (y también incardinadas en el régimen jurídico de las extranjería) pero distintas en cuanto a su naturaleza jurídica y consecuencias de régimen, como son la devolución (artículo 58.2 de la LOEX) y el retorno (artículo 60 de la LOEX). Sobre ellas, *vid.*, GARCÍA BLANCO, P. P.; RUIZ DE HUIDOBRO, J. M., “El régimen sancionador de los sistemas legales de la extranjería e inmigración”, *op. cit.* ALONSO PÉREZ, F. “Las medidas de “devolución” y “retorno” en la legislación de extranjería: innovaciones introducidas por la STS de 20 de marzo de 2003”, *La Ley*, núm. 5873, octubre 2003. Ambas son conceptuadas por BLANES RODRÍGUEZ como “medidas de alejamiento orientadas a impedir de forma inmediata que accedan al territorio español los extranjeros en los que no concurren los requisitos legalmente exigibles o como medida para devolver a aquellos extranjeros que habiendo entrado en España sean interceptados en tránsito o en ruta”, BLANES RODRÍGUEZ, E. “Reflexiones sobre las sanciones a la estancia ilegal y entrada ilegal de los extranjeros prevista en la Ley 4/2000, y el principio de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el derecho de audiencia y tutela judicial cautelar”, en *Inmigración y Derecho*, Estudios de Derecho Judicial, número 41 (2002), página 299.

administrativa sino la de un genérico acto de gravamen, su imposición simultánea a la sanción de multa sería fácilmente compatible. La expulsión de extranjeros por la comisión de las infracciones previstas en la LOEX, se conceptúa, pues, como una sanción administrativa a la que es de aplicación el régimen garantizador general de toda sanción.

II.2. Supuestos legales en los que procede la imposición de la sanción de expulsión.

La LOEX contiene los supuestos tasados en los que, con las acotaciones referidas anteriormente²⁰, sería posible imponer la sanción de expulsión. Se trata de un conjunto de conductas, calificadas como graves o muy graves, que revisten una relativa heterogeneidad. De entre las infracciones calificadas como graves del artículo 53 de la LOEX señala las siguientes:

– “Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente” (apartado a).

Se trata del supuesto que justificaría genéricamente la existencia de un régimen sancionador específico para la materia de extranjería, pues si dicha regulación pretende determinar en qué situaciones un extranjero se encuentra de forma legal o ilegal en España, la permanencia irregular del mismo, sea originaria (entrada ilegal) o sea sobrevenida (producida tras haber logrado la entrada legal en territorio español), parece que debe conllevar una sanción por parte de las autoridades gubernativas competentes (Delegados del Gobierno o Subdelegados del Gobierno, según los casos).

– “Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida” (apartado b).

Este supuesto aparece como cierta modulación del primero, pues no se trata sólo de una estancia irregular sino que, además, el extranjero se encuentra realizando una actividad laboral sin contar con los permisos o títulos que le habilitarían para poder hacerlo de forma válida.

– “Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del ministerio del Interior los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio (apartado c)”.

²⁰ Por cerrar las observaciones referentes a los límites normativos a la imposición de la expulsión por la autoridad administrativa es obligado referirse al apartado 5 del artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000 de Extranjería, en el que se enumeran los supuestos en los que no podrá ser impuesta la sanción de expulsión.

Es la intención dolosa de ocultar esos datos la que cualifica la infracción respecto de la que se contempla como leve la que agrava la conducta y la hace merecedora de una sanción de multa o, en su caso, de expulsión.

– “El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley” (apartado d).

En este caso la sanción de expulsión se adopta como consecuencia de la inobservancia por parte del extranjero infractor de las medidas impuestas por razones de seguridad pública de forma individualizada y proporcionada según las circunstancias del caso, si bien, a juicio de García Blanco y Ruiz de Huidobro, también habrán de incluirse en este supuesto el incumplimiento de las medidas resultantes de la declaración de excepción o sitio contempladas en el artículo 5.2 LOEX²¹. Dicho incumplimiento anticipa la imposición de la sanción, con la que, en otro caso, debería finalizar el procedimiento sancionador correspondiente.

– “La participación por el extranjero en actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana” (apartado f).

La LOEX se remite en este punto a la regulación contenida en el artículo 23 de la LOPSC, en el que se enumeran una serie de conductas heterogéneas, que son calificadas como infracciones graves y que tienen en común ser contrarias a la seguridad ciudadana (no exactamente al orden público, como recoge la LOEX). Dichas infracciones van desde la fabricación, tenencia o utilización de armas prohibidas o no prohibidas pero para las que se carece de autorización, la insuficiencia u omisión en la adopción o eficacia de las medidas o precauciones obligatorias para garantizar la seguridad de las armas o explosivos, la celebración de reuniones o manifestaciones incumpliendo las exigencias legales, la negativa a disolver manifestaciones y reuniones en lugares de tránsito público ordenada por la autoridad competente en determinadas circunstancias, entre otros. La dificultad estriba en que dichas conductas son ciertamente contrarias a la seguridad ciudadana, sin que ello equivalga necesariamente a una vulneración del orden público²². En todo caso, la heterogeneidad de las conductas enumeradas hace que la imposición de una sanción de consecuencias tan graves como la expulsión requiera una precisa explicación acerca de la potencial lesividad de la infracción para el orden público.

²¹ GARCÍA BLANCO, P. P.; RUIZ DE HUIDOBRO, J. M., “El régimen sancionador de los sistemas legales de la extranjería e inmigración”, *op.cit.*, pág. 227.

²² Sobre el concepto de orden público como causa de expulsión y la influencia que sobre el mismo necesariamente ejercen los avances en el Derecho internacional, *vid.*, COBREROS MENDAZONA, E., “Un ejemplo (más) de la fuerza expansiva del Derecho comunitario: la reciente interpretación del orden público en la expulsión de extranjeros”, *Revista de Administración Pública*, núm. 156, septiembre-diciembre de 2001, páginas 271 a 281.

Las sanciones aplicables conforme al artículo 28 LOPSC para las infracciones graves y para las muy graves “podrán sustituirse por la expulsión del territorio español cuando los infractores sean extranjeros, de acuerdo con lo previsto en la legislación sobre derechos y libertades de los extranjeros en España”²³. Se trata del mismo mecanismo establecido con carácter general en el artículo 57 de la LOEX, por lo que no hay duplicidad de sanciones por el hecho de que la regulación de estos supuestos aparezca en sendos textos legales²⁴.

Entre las infracciones muy graves (artículo 54 de la LOEX), podría ser impuesta la sanción de expulsión en los dos siguientes casos:

– “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 Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana”.

La diferencia con las sanciones graves previstas en la LOPSC estriba no en la realización de conductas materialmente distintas tipificadas como tales en la ley sino en realizar las mismas calificadas como graves “teniendo en cuenta la entidad del riesgo producido o del perjuicio causado, o cuando supongan atentado contra la salubridad pública, hubieren alterado el funcionamiento de los servicios públicos, los transportes colectivos o la regularidad de los abastecimientos, o se hubieren producido con violencia o amenaza colectivas”. La consecuencia prevista es idéntica a la comentada respecto de las infracciones graves, si bien en este caso la tramitación de la expulsión se debería hacer siguiendo el procedimiento preferente (frente al ordinario que sería aplicable cuando la conducta contraria al orden público fuera calificada como grave).

– “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”.

En este caso el autor de la infracción habrá de ser extranjero para que, como en los restantes supuestos, proceda su expulsión. El problema fundamental que, sin embargo, plantea este supuesto es el de su difícil delimitación respecto de la conducta tipificada en el artículo 313 del Código penal²⁵.

²³ Artículo 28.3 de la LOPSC.

²⁴ El artículo 28.1 de la LOPSC dispone que las infracciones previstas en la LOPSC “podrán ser corregidas por las autoridades competentes con una o más de las sanciones siguientes”, pasando a enumerar una serie de posibles medidas limitativas o restrictivas (multa, retirada de las armas y de las licencias o permisos, incautación de instrumentos utilizados, suspensión temporal de las licencias, clausura de fábricas, locales o establecimientos), todas las cuales podrán sustituirse por la de expulsión cuando el infractor sea extranjero. De la enumeración reproducida puede deducirse cierta imprecisión técnica, pues, caso de que todas esas medidas fueran sanciones en sentido estricto, no podrían ser impuestas simultáneamente, como afirma literalmente el precepto.

²⁵ Vid., OBREGÓN GARCÍA, A., “Main issues in spanish criminal Law and practice related to trafficking in and smuggling of human beings (the spanish approach)”, en GUILD, E; MINDERHOUD, P. (eds.), *Immigration and criminal Law*, páginas 298 a 324.

Finalmente, el artículo 57.2 de la LOEX tipifica un último y polémico supuesto como merecedor de la sanción de expulsión que no aparece en el catálogo de infracciones y, por tanto, no es calificado ni como grave ni como muy grave. Se trata del caso en que “el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”. La posible vulneración del principio de *non bis in idem*²⁶, que este supuesto puede contener ha sido, sin embargo, contradicha por la Jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional²⁷.

III. Procedimientos para el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de extranjería

Como para la adopción de cualquier resolución, también de las de carácter sancionador como la expulsión, la Administración ha de seguir el cauce legalmente establecido. Aparece así, una vez más, el procedimiento administrativo en una doble vertiente institucional de garantía jurídico-formal y presupuesto ineludible para la adopción de decisiones sancionadoras por parte de la Administración, pues, como dispone el artículo 112.2 del Reglamento de Extranjería (no así la LOEX), “no se impondrá sanción alguna por infracciones a los preceptos establecidos en la LOEX, sino en virtud de procedimiento instruido al efecto”²⁸.

Existen tres modalidades de procedimiento previstas en la normativa de extranjería²⁹. El tipo genérico es el llamado procedimiento *ordinario* que constituye una suerte de traslación al campo de la extranjería del procedimiento administrativo sancionador general. Se habrá de seguir, con carácter general, cuando se esté ante la comisión de una infracción grave o muy grave (artículos 53 y 54 de la LOEX), con las excepciones que luego se mencionan. Junto a éste aparecen dos modalidades más: El procedimiento *simplificado*, que se tramitará en los casos de infracción de carácter leve (artículos 135 a 137 del Reglamento de Extranjería) y el procedimiento *preferente* (artículo 63 de la LOEX y artículos 130 a 133 del Reglamento), que se aplicará en los supuestos establecidos en los apartados a) y b) del artículo 54, así como a), d) y f) del artículo 53 LOEX. Dado el carácter excepcional de este procedimiento (por los

²⁶ Es de esta opinión ALONSO PÉREZ, F., *Expulsión administrativa de extranjeros. Innovaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre, y 14/2003, de 20 de noviembre*, La Ley, número 6053, julio de 2004.

²⁷ Así lo ponen de manifiesto GARCÍA BLANCO, PP; RUIZ DE HUIDOBRO, J.M., “El régimen sancionador de los sistemas legales de la extranjería e inmigración”, *op.cit.*, pág. 243.

²⁸ La regulación del procedimiento administrativo sancionador en materia de extranjería se contiene (salvo la mención del artículo 63 de la LOEX al procedimiento preferente) esencialmente en el Reglamento de Extranjería (artículos 112 y siguientes), respecto del cual tiene carácter supletorio el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (artículo 112.4 del Reglamento).

²⁹ Artículo 113 del Reglamento de Extranjería.

supuestos en que procede y por la articulación que del mismo hacen la ley y el reglamento de extranjería), el análisis de sus peculiaridades se abordará tras el estudio de los trámites que componen el llamado procedimiento ordinario³⁰.

III.1 Articulación del procedimiento ordinario

III.1.1 Fase de iniciación

Propiamente, la iniciación del procedimiento administrativo sancionador en materia de extranjería necesariamente ha de producirse de oficio, de acuerdo con la regulación general del artículo 69 de la LRJAP³¹.

El acuerdo de iniciación es, efectivamente, el acto que determina la puesta en marcha del procedimiento³² con el consiguiente deber para la Administración de poner fin al mismo por medio de la correspondiente resolución (artículo 89 LRJAP). La trascendencia que, lógicamente, tiene dicho acto es evidente, pese a lo cual se trata de un acto de trámite, de manera que no puede ser impugnado aisladamente, sino sólo en virtud de la resolución que se adopte como finalizadora del procedimiento, como reiteradamente ha señalado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo³³. Y, en segundo lugar, puesto que la iniciación o no del correspondiente procedimiento no deja de ser una decisión discrecional, es imprescindible que sea sucinta pero suficientemente motivada a efectos de posibilitar el ulterior control jurisdiccional sobre la corrección de la resolución que finalmente se adopte³⁴.

³⁰ No se analiza, pues, lo relativo al procedimiento simplificado por no tener aplicación en relación con la sanción de expulsión prevista, como se ha dicho, sólo para algunas infracciones graves y muy graves, en ningún caso para las calificadas como leves.

³¹ Este precepto, como el 115 del Reglamento de Extranjería, dispone que el procedimiento sancionador se iniciará de oficio por acuerdo del órgano competente (Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma cuando sea uniprovincial o Subdelegado del Gobierno en la Provincia cuando la Comunidad Autónoma sea pluriprovincial; también serán competentes para ordenar la incoación del procedimiento sancionador el Comisario General de Extranjería y Documentación, el Jefe Superior de Policía, los Comisarios Provinciales y los titulares de las comisarías locales y puestos fronterizos, artículo 115.2 del REX), bien por propia iniciativa, bien como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos (de la misma o de distinta Administración) o por denuncia.

³² No se incluirían, pues, las llamadas actuaciones previas que potestativamente pueden adoptarse "para determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación" (artículo 114 del REX y 12 del Reglamento del Procedimiento Sancionador de 1993). Estas actuaciones no se insertan en el procedimiento sancionador, por lo que, por ejemplo, su realización no afecta a los plazos de prescripción o caducidad. En este sentido, el artículo 121.1 del Reglamento de Extranjería fija como *dies a quo* para el cómputo del plazo máximo para resolver el procedimiento precisamente el del acuerdo de iniciación; las actuaciones que hayan podido tener lugar anteriormente no se engloban en el cómputo de esos seis meses.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, R.A. 3473) y en idénticos términos la STS de 31 de mayo de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, R.A. 5478), en ambos casos en el Fundamento Jurídico Segundo.

³⁴ Así se desprende de la exigencia de motivación de los actos administrativos conforme a la letra f) del artículo 54.1 LRJAP.

En el acuerdo de iniciación de todo procedimiento en el que pueda proponerse la expulsión se harán constar, entre otros extremos³⁵, las medidas de carácter provisional que se acuerden por parte del órgano instructor, sin perjuicio de otras de carácter más gravoso que, además, aparecen mencionadas expresamente en la propia LOEX: El decomiso de los bienes o vehículos que hayan servido para la comisión de la infracción, la clausura de locales o establecimientos³⁶, así como la presentación periódica ante las autoridades competentes, la residencia obligatoria en determinado lugar, la retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, la detención cautelar por un periodo máximo de setenta y dos horas, así como el internamiento preventivo, previa autorización judicial, en los centros de internamiento³⁷. La decisión de adoptar alguna de estas medidas, sumamente limitativas de la esfera jurídica del infractor, persigue asegurar la resolución final que pudiera recaer, por lo que habrá que ajustar con mucha precisión la medida al caso concreto, especialmente si la que se adopta es el internamiento en centros para extranjeros³⁸.

III.1.2. Fase de tramitación del procedimiento sancionador ordinario

Una vez iniciado el procedimiento, los interesados cuentan con la posibilidad de formular alegaciones en un plazo de quince días. Ahora bien, si no las presentaran, “la iniciación podrá ser considerada propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada”³⁹, previsión que si bien es coincidente con la que genéricamente establece el artículo 13.2 del Reglamento del Procedimiento Sancionador no deja ser llamativa por la eliminación de trámites importantes para configurar la resolución final.

³⁵ El contenido mínimo con el que ha de formalizarse el acuerdo de iniciación abarca la identificación de la persona o personas responsables, los hechos que motivan la incoación, con su posible calificación e indicación de la sanción que pudiera corresponder, la designación de instructor y secretario (que serán en todo caso funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía), órgano competente para resolver, indicación de la posibilidad de reconocer voluntariamente la responsabilidad e indicación del derecho a formular alegaciones (artículo 123.1 del REX).

³⁶ Artículo 55.5 y 6 LOEX.

³⁷ Artículo 61.1 LOEX.

³⁸ Resulta llamativa la prolija regulación de esta medida cautelar en la LOEX (artículos 62 a 62 sexies), que, pese a tener carácter cautelar y no de sanción, ser adoptada previa autorización judicial y estar limitada temporalmente a un máximo de cuarenta días en centros de carácter no penitenciario, no deja de suponer una privación de libertad por la comisión de una infracción administrativa, lo que llevar a pensar que dicha previsión cuestiona el límite constitucional del artículo 25.3 conforme al cual “la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”, recogido a nivel legal con carácter general en el artículo 131.1 LRJAP: “las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad”. Si la prohibición se establece respecto de las sanciones en sentido estricto, parece que se puede hacer extensiva a las instrumentales medidas cautelares que puedan adoptarse con la única finalidad de garantizar la eficacia de aquélla.

³⁹ Artículo 123.2 del Reglamento de Extranjería.

En cuanto a la prueba, la regulación es sustancialmente coincidente con la que genéricamente establece la LRJAP en cuanto a libertad de medios de prueba, rechazo de las propuestas por los interesados y valoración de las mismas⁴⁰.

Tras la propuesta de resolución presentada por el órgano instructor, se abrirá el esencial trámite de audiencia, del que únicamente se podrá prescindir "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"⁴¹. El carácter esencial, desde el punto de vista del principio de defensa y de contradicción, de este trámite se intensifica, si cabe, en los procedimientos sancionadores, especialmente en los que pueden concluir con la sanción de expulsión, pues es la ocasión que tiene el interesado de conocer los documentos e informaciones que obran en poder de la Administración con vistas a la emisión de la correspondiente resolución, pudiendo hacer las alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estime pertinentes por última vez antes de que ello acontezca.

III.1.3. La resolución en el procedimiento ordinario

La terminación normal, por obligada, del procedimiento administrativo se ha de producir mediante el dictado por los órganos competentes para resolver (Delegados del Gobierno en la Comunidad Autónoma y Subdelegados del Gobierno en la Provincia, según los casos) de la correspondiente resolución, tras la recepción de la propuesta de resolución⁴².

La resolución, como acto finalizador del procedimiento debe dictarse en los términos del artículo 89 de la LRJAP⁴³, es decir, ha de ser motivada conforme al artículo 54 LRJAP y congruente. En este sentido, habrá de decidir todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del procedimiento⁴⁴. Ello es consecuencia de la finalidad institucional del procedimiento administrativo, también del sancionador, frente a la finalidad que, en términos generales, persigue el proceso judicial, volcado a la averiguación de la verdad y a la satisfacción de las pretensiones de la partes. En cambio, como hemos señalado anteriormente, la Administración ha de estar atenta, naturalmente, a lo aducido por los interesados, pero sin poder renunciar en ninguna medida a satisfacer las exigencias que derivan de la presencia del interés público, aún más claramente perceptible en los procedimientos de carácter sancionador.

⁴⁰ Artículo 125 del Reglamento de Extranjería y 137.4 LRJAP.

⁴¹ Artículo 128.2 del REX.

⁴² Artículo 127 del REX.

⁴³ Artículo 129 del REX.

⁴⁴ Artículo 119.1 del REX.

De las demás formas de terminación del procedimiento, que por no ser obligadas pueden calificarse de anormales⁴⁵, el REX se refiere expresamente a la caducidad y a la prescripción, fijando como plazo máximo de resolución del procedimiento sancionador ordinario el de seis meses, coincidente con el que establece el artículo 42 de la LRJAP, relativo a la obligación de resolver que pesa sobre la Administración. Transcurrido dicho plazo sin que la Administración resuelva, se producirá, con carácter general, la *caducidad* del procedimiento y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar resolución⁴⁶.

III.2. El procedimiento preferente

III.2.1. Excepcionalidad del procedimiento preferente

Así como el procedimiento ordinario regulado en el Reglamento de Extranjería es esencialmente fiel a los principios y a la regulación general de los procedimientos administrativos sancionadores, el caso del procedimiento preferente plantea una regulación excepcional para determinadas infracciones en materia de extranjería que pueden constituir una quiebra de algunos de los principios y técnicas establecidos en el Derecho administrativo sancionador. Es, quizá, un ejemplo de hasta qué punto puede llegar lo que Santamaría Pastor ha denominado “sectorialización” de la regulación de procedimientos sancionadores, fenómeno que en pocas ocasiones ha podido dar lugar a disparidades tan difícilmente justificables⁴⁷.

La primera pista de carácter formal indicativa del carácter excepcional de este procedimiento se desprende fácilmente del rango normativo con el que pretende darse cobertura a este cauce de actuación administrativa. Así, mientras la regulación íntegra del procedimiento general u ordinario se deja, válidamente, en manos del reglamento, éste que ahora analizamos requiere ser previsto, al menos en sus aspectos esenciales, en una norma con rango de Ley, como concretamente se hace en el artículo 63 de la LOEX.

⁴⁵ Es la nomenclatura que sigue SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho administrativo general II*, 1ª edición, Madrid, 2004, página 75.

⁴⁶ Artículos 121.1, párrafo segundo del REX y 44 de la LRJAP. Se exceptúan de este supuesto de caducidad “los casos en que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable a los interesados, o en aquellos supuestos en que se hubiese acordado su suspensión”.

⁴⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios ...*, op. cit., página 380. En una línea similar, ARANA GARCÍA, E., “La huida del procedimiento administrativo común y sus garantías en la Ley Orgánica 14/2003 de extranjería”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 122, abril-junio 2004, páginas 175 a 198. Compartimos la afirmación que recoge en la página 176: “El principio de eficacia vuelve a convertirse en una especie de elixir mágico que todo lo puede y todo lo justifica, aunque sea a costa de limitar o, prácticamente, hacer desaparecer muchas de las tradicionales garantías procedimentales del Derecho administrativo”.

Cuando la infracción imputada sea una de las graves o de las muy graves analizadas en el epígrafe anterior se seguirá, con carácter general, el procedimiento ordinario, no sólo con el fin de imponer una sanción de multa sino, incluso, también en caso de que la sanción que se estimara procedente fuera la expulsión. Esta regla general se exceptúa, sin embargo, en los supuestos especificados en el artículo 63 LOEX y en el 130 REX⁴⁸, de manera que, cuando la infracción sea una de las previstas en esos preceptos, el expediente de expulsión "se tramitará" -necesariamente- por el procedimiento preferente. No se trata de una opción incondicionada entre uno u otro cauce, sino que la dualidad procedimental aparece diseñada de antemano en función de la infracción imputada al extranjero.

Para dar cumplimiento a la tramitación preferente de los expedientes de expulsión conforme a lo dispuesto por el artículo 63 LOEX, se diseña una suerte de procedimiento "concentrado", de manera que de las primeras actuaciones que lleva a cabo la Administración casi puede pasarse a la propuesta de resolución, todo ello en un tiempo global reducidísimo.

III.2.2. *La iniciación del procedimiento preferente*

Efectivamente, de la propuesta motivada de expulsión, elaborada cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de la misma, se dará traslado al interesado para que efectúe las alegaciones que tenga por conveniente en un plazo de cuarenta y ocho horas. De no formularlas y no presentar pruebas⁴⁹, el acuerdo de iniciación del expediente será considerado como propuesta de resolución con remisión a la autoridad competente para resolver. En suma, a partir de la realización por la Administración de una suerte de actuaciones previas ("investigaciones", dice literalmente el artículo 63.2 LOEX y 131.1 del Reglamento), no incardinadas propiamente en el procedimiento y, por tanto, sin que pueda jugar un elemental principio de contradicción (pues en ese momento se trata sólo de recopilar datos de forma unilateral) se pondera la oportunidad de decidir la expulsión⁵⁰. Y si el interesado, presunto infractor, no hace alegaciones ni presenta pruebas, lo cual parece bastante fácil que ocurra a la vista de la brevedad de los plazos y de las dificultades, no sólo idiomáticas, que pueden encontrar los extranjeros para manejarse con cierta solvencia en el seno de un procedimiento administrativo, el acuerdo de iniciación prácticamente mutaría en

⁴⁸ Se refieren a los párrafos a) y b) del artículo 54.1 y a), d) y f) del 53 LOEX, analizadas anteriormente.

⁴⁹ Ciertamente, la puesta a disposición de medios que hace la Administración para que el extranjero no vea mermadas sus posibilidades de defensa (asistencia letrada proporcionada de oficio, asistencia por intérprete si no comprende o no habla castellano y de forma gratuita si no dispusiera de medios económicos, artículo 63.2 LOEX), quedan prácticamente en nada a la vista de los plazos brevísimos que contempla la ley.

⁵⁰ Es importante subrayar que, efectivamente, es una razón de oportunidad la que, conforme a la Ley, va a justificar la eventual imposición de la sanción de expulsión, si bien no puede traducirse en completa indiferencia para la Administración, pues el propio precepto comentado exige que la propuesta de expulsión se motive, se ponga por escrito y en conocimiento del interesado.

propuesta de resolución. A la fugacidad de los plazos y al carácter preclusivo de los mismos, con inminentes y fatales consecuencias para el extranjero expedientado y sus posibilidades reales de defensa en estos casos, hay que añadir la merma de garantías que supone la no obligación de notificar los escasos trámites que componen el procedimiento preferente⁵¹.

III.2.3. La breve tramitación del procedimiento preferente

Aparecen en el reglamento, no obstante, algunas prescripciones sobre la fase de tramitación propiamente dicha que reflejan lo que se ha dicho. Así, el plazo para formular alegaciones es tan sólo de cuarenta y ocho horas y, en cuanto a la proposición y práctica de la prueba, ciertamente la regulación es acorde con lo establecido genéricamente por la LRJAP, si bien reduciendo el plazo, caso de ser admitida, a tres días. Practicada, en su caso, la prueba, el instructor formulará propuesta de resolución que se notificará al interesado, quien dispondrá de cuarenta y ocho horas para formular alegaciones y presentar los documentos que estime pertinentes⁵².

Durante la tramitación preferente del expediente sancionador para imponer la sanción de expulsión, “el instructor podrá solicitar al juez de instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero expedientado en un centro de internamiento de extranjeros”, motivando necesariamente dicha solicitud. A la vista de lo que la LOEX y el REX disponen sobre esta medida, cabe hacer varias observaciones.

En primer lugar, el tiempo que haya de estar internado el extranjero será el imprescindible para los fines del expediente, no pudiendo en ningún caso exceder de cuarenta días, plazo máximo legalmente establecido que puede ser reducido por la decisión judicial que lo autorice⁵³. Lo cierto es que cuarenta días de posible internamiento parecen muchos si tenemos en cuenta que la suma de los plazos parciales establecidos para este procedimiento no se aproxima a esa cifra⁵⁴. Además, no podrá acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en el mismo expediente.

En segundo lugar, si la autoridad judicial, a la vista de la motivación de la solicitud de internamiento, la denegara, el instructor, también “con el fin de asegurar la

⁵¹ ARANA GARCÍA, E., “La huida del procedimiento administrativo común...”, *op. cit.*, páginas 192 a 195, es muy crítico con esta previsión legal, por considerar que “vulnera otro tradicional derecho de todo procedimiento sancionador como es el deber de notificación de la resolución” (página 194).

⁵² Artículo 131.4 REX.

⁵³ Artículo 131.5 REX.

⁵⁴ Así, a partir de la propuesta motivada por la que se acuerda el inicio de este procedimiento (sin incluir, por tanto, lo que duren las investigaciones o averiguaciones previas que llevan a adoptar dicho acuerdo) el número de días que, teóricamente y en la hipótesis de que todos los trámites efectivamente se consumieran, podrían transcurrir son: dos para alegaciones, tres para práctica de prueba, otros dos para presentar alegaciones y documentación en el trámite de audiencia y alguno más para recibir notificación de la resolución, que se dictará “de forma inmediata” (artículo 132.1 REX).

eficacia de la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna o algunas de las medidas cautelares” que seguidamente enumera y que ya se comentaron respecto del procedimiento ordinario⁵⁵, las cuales, pese a ser menos limitativas para el extranjero expedientado parecen, no obstante, revestir carácter subsidiario respecto de la medida de internamiento, pues sólo cuando ésta haya sido denegada, podrá adoptarse alguna de las otras.

Es posible que el REX en este punto haya ido más allá de la dicción literal de la propia LOEX. Por un lado, porque ésta sólo contempla la adopción de “alguna” de las medidas que enumera, sin incluir la posibilidad de que sean más de una, como incluye la fórmula del reglamento. Y, por otro lado, porque la Ley no da carácter preferente a ninguna de las medidas provisionales que contempla, sino que pone a disposición del instructor un elenco limitado, tasado, de medidas entre las que habrá de optar en función de las circunstancias concretas del caso⁵⁶. La prioridad en la elección de la medida que otorga el REX a la medida de internamiento no encuentra apoyo en la Ley. Es más, cabría pensar que, como ocurre con los otros supuestos en los que la Administración ha de elegir entre varios medios limitativos o ablatorios para el interesado (por ejemplo, en relación con los medios de ejecución forzosa de los actos administrativos)⁵⁷, se debe inclinar por la medida que, garantizando también la eficacia de la resolución final, sea más respetuosa con la libertad individual. Sin embargo, el internamiento en centros es, precisamente, la medida más restrictiva de la libertad individual de cuantas se pueden imponer en este tipo de procedimientos.

III.2.4. *La inmediata resolución del procedimiento preferente*

Por último, la resolución del procedimiento “en atención a la naturaleza preferente y sumaria del procedimiento, se dictará de forma inmediata”, una vez recibida la propuesta de resolución del instructor, que, como se dijo, podría coincidir con el propio acuerdo de iniciación en determinadas circunstancias. Que deba dictarse de forma inmediata no debe confundirse con lo dispuesto en el artículo 94 LRJAP (“los actos de las Administraciones públicas sujetos al derecho administrativo serán inmediatamente ejecutivos”), pues, como ha señalado el Tribunal Supremo, “una cosa es que los actos sean ejecutivos y otra muy distinta que su ejecución deba efectuarse de forma inmediata. Lo primero indica que la fuerza obligatoria del acto es inmediata (artículo 94 LRJAP) y que la Administración tiene la posibilidad de hacer efectiva esa obligatoriedad, incluso venciendo la oposición del particular (artículo 95

⁵⁵ El REX no añade la cláusula abierta que, en cambio, sí recoge el Reglamento de Procedimiento Sancionador en su artículo 15.1, párrafo segundo, “cuando así venga exigido por razones de urgencia inaplazables”.

⁵⁶ En este sentido, el artículo 15.3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador dispone que “las medidas provisionales deberán estar expresamente previstas y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretenda garantizar en cada supuesto concreto”.

⁵⁷ Artículo 96 LRJAP.

LRJAP), en tanto que lo segundo supone que los órganos administrativos a quienes corresponde la ejecución deben llevarla a cabo de forma inmediata por imperativo legal...⁵⁸.

El REX no señala un plazo en días para resolver, si bien establece las exigencias genéricas de toda resolución de carácter sancionador: Que sea motivada, congruente (es decir, que resuelva todas las cuestiones planteadas en el expediente) y que no acepte hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica⁵⁹. No obstante, no recoge de forma expresa una garantía jurídica del extranjero expedientado que sí aparece en el artículo 20.3 del Reglamento de Procedimiento Sancionador, que dispone que “cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción reviste mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes”. La ausencia es referible a las dos modalidades de procedimiento -ordinario y preferente-, si bien, a la vista del carácter supletorio del Reglamento de Procedimiento Sancionador sería exigible que la Administración concediera un plazo para ello, bien el general de 15 días establecido en el citado Reglamento para el procedimiento ordinario u otro inferior acorde con el sentido del procedimiento preferente.

Formalmente, por otro lado, en la resolución se harán constar los recursos que frente a ella procedan, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos. Se trata del llamado pie de recursos que debe necesariamente contenerse, so pena de ineficacia, en la notificación de la resolución y no en la resolución misma⁶⁰.

En los supuestos de expulsión decidida en virtud del procedimiento preferente, la ejecución de la misma, una vez notificada al interesado, se efectuará de forma inmediata (artículo 63.4 LOEX), es decir, no será necesario observar el plazo mínimo de setenta y dos horas que se establece para que el extranjero abandone el territorio español en el caso del procedimiento ordinario (artículo 64.1 LOEX).

Por lo demás, en caso de incumplimiento de lo decidido por la Administración, se procederá a la detención y conducción del extranjero hasta el puesto de salida por el que se haya de hacer efectiva la expulsión. Y si no fuera posible ejecutar la expulsión en ese plazo, podrá solicitarse la medida de internamiento no pudiendo exceder tampoco en este caso de cuarenta días. Si transcurrido ese plazo, la autoridad judicial no hubiera puesto en libertad al extranjero, deberá interesarse de aquélla el cese del internamiento, para poder llevar a cabo la conducción al puesto de salida⁶¹. Con la posibilidad de adoptar esta medida ciertamente queda asegurada la efectiva expul-

⁵⁸ STS de 20 de marzo de 2003 (RJ 2003/2422), F.D. 13º.

⁵⁹ Artículo 132.1 REX, de conformidad con lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 138 LRJAP.

⁶⁰ En todo caso, esta confusión entre el contenido de la notificación (artículo 58.2 LRJAP) y el de la resolución que se notifica se refleja también en el artículo 89.3 LRJAP.

⁶¹ Artículo 133.2 REX.

sión del extranjero del territorio español, pero quizá la duración de la medida sea excesiva e incoherente con el carácter preferente y sumario del procedimiento (con la merma de garantías que supone el no disponer apenas de tiempo para ejercer el derecho de defensa) y con el carácter inmediato que se pretende dar a estas órdenes de expulsión.

III.3. El carácter recurrible de las decisiones sancionadoras en materia de extranjería.

Bajo esta rúbrica, el artículo 65 LOEX abre los cauces impugnatorios ordinarios, administrativos y judiciales, a quienes hayan sido destinatarios de una sanción de expulsión, declarando, además, que “el régimen de ejecutividad de las mismas será el previsto con carácter general”⁶².

Teniendo en cuenta las consecuencias que acarrea la sanción de expulsión, las posibilidades de impugnar con éxito dichas medidas devienen esenciales para el destinatario de las mismas, pues tiene la obligación de cumplir lo decidido por la Administración, quien, a su vez, dispone de la potestad de hacerlo cumplir sin necesidad de contar con la colaboración de aquel ni con la de los órganos jurisdiccionales (autotutela declarativa y ejecutiva). La presunción de legalidad de las decisiones administrativas que permite su inmediata eficacia es el artificio técnico que justifica el carácter no suspensivo de los recursos, administrativos o jurisdiccionales, que se interpongan contra las mismas⁶³, si bien dicha presunción no deja de ser *iuris tantum* y, por tanto, cabe que el extranjero pueda probar que la sanción de expulsión no fue ajustada a la legalidad. La LOEX, en este sentido, declara la plena recurribilidad de las sanciones de expulsión por los cauces establecidos con carácter general.

Es cierto, no obstante, que, sentado lo anterior con carácter general, la LOEX enfatiza el carácter de excepción de la medida de suspensión de ejecución de la sanción de expulsión, pues, sin perjuicio de la regulación general de los artículos 111 LRJAP y 130 LJCA⁶⁴ (para las vías administrativa y jurisdiccional, respectivamente) únicamente admite expresamente la suspensión de la ejecución de la resolución de

⁶² Pueden interponer los recursos procedentes incluso cuando no se encuentren en territorio español a través de las representaciones diplomáticas o consulares, quienes los remitirán al organismo competente (artículos 65.2 LOEX y 120.4 REX).

⁶³ Así lo afirma, por ejemplo, la STS de 22 de noviembre de 2005 (RA 2006/97352) acerca de la suspensión de una resolución de expulsión: “el principio de la ejecutividad del acto administrativo se ha establecido no sólo por la presunción de legalidad del mismo sino también y sobre todo para dotar de continuidad, regularidad y eficacia a la actuación administrativa. Dicho principio, en último término, determina el carácter no suspensivo de los recursos, pese a que la última evolución legislativa va atenuando esta regla general” (Fundamento de Derecho Tercero).

⁶⁴ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE núm. 167, de 14 de julio). Sobre el planteamiento del problema de la suspensión de la ejecución de las sanciones administrativas en materia de extranjería, véase FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “La suspensión de la actividad sancionadora de la Administración en materia de extranjería ante la Jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista Española de Derecho Internacional*, volumen L (1998), 1, páginas 33 a 57.

expulsión “cuando se formalice una petición de asilo, hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto, conforme a lo dispuesto en la normativa de asilo”⁶⁵. Por lo demás, habrá que estar atento a la abundante Jurisprudencia relativa a la suspensión de la ejecución de la sanción de expulsión⁶⁶.

Siendo lo anterior válido en términos generales para el procedimiento ordinario, respecto del procedimiento preferente para decidir sobre la expulsión de un extranjero parecen más fácilmente aplicables las medidas llamadas provisionalísimas previstas en el artículo 135 LJCA. Conforme a este precepto, en circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso concreto, el Juez o Tribunal, sin oír a la parte contraria, decidirá la adopción de la medida, decisión contra la cual no cabe recurso alguno. Sólo en un acto posterior, el Tribunal oír a las partes y dictará mediante auto -recurrible por los cauces ordinarios- la decisión definitiva sobre aquella medida⁶⁷.

⁶⁵ Artículo 64.4 LOEX. Ley 9/1994, de 19 de mayo, por la que se modifica la Ley 5/1984, de 26 de marzo, que regula el derecho de asilo y la condición de refugiado (BOE núm. 122, de 23 de mayo).

⁶⁶ Sin perjuicio del análisis individual de cada caso, la reciente STS de 22 de noviembre de 2005, citada anteriormente, expone el funcionamiento que viene siguiendo respecto de la adopción de la medida cautelar de suspensión. Al respecto señala que, incluso cuando la ejecución del acto o de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso (artículo 130 LJCA), la medida cautelar podrá denegarse cuando, de adoptarse “pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada. Así pues, para adoptar la medida cautelar se precisa que la ejecución del acto haga perder la finalidad del recurso, es decir, que la ejecución cause un daño que, posteriormente, en caso de que se anule el acto por los Tribunales, sea muy difícil o imposible de reparar. Para hacer esta valoración es preciso en cada supuesto ponderar ante todo la medida en que el interés público exija la ejecución, apreciando así el grado en que dicho interés público esté en juego. Interés público, por una parte, y perjuicios, por otra, son pues los dos conceptos que, armonizados, determinarán la procedencia o improcedencia de la suspensión. Ello implica que la pérdida de finalidad del recurso o los daños de imposible reparación hayan de valorarse en cada caso en muy directa relación con el interés público presente en la actuación administrativa. Y así, cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues, bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia sea de gran intensidad, sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución, en su caso” (FD. 3º).

⁶⁷ En este sentido, apuntan GARCÍA BLANCO, P. P. y RUIZ DE HUIDOBRO, J. M., *op. cit.*, que “la doctrina del Tribunal Supremo se muestra favorable a la adopción de medidas precautelares o provisionalísimas en materia de expulsión en tanto se tramita la correspondiente pieza de suspensión, teniendo en cuenta la inminencia del perjuicio y de que no se convierta en ineficaz la eventual medida de suspensión y la propia tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24 CE”.