

## **RÉGIMEN SANCIONADOR**

### **1. INFRACCIONES Y SANCIONES**

#### ***Las infracciones*** (art. 51-55 LODYLE)

##### *Infracciones leves*

- omisión o el retraso en la comunicación a las autoridades españolas de los cambios de nacionalidad, de estado civil o de domicilio.
- retraso, hasta tres meses, en la solicitud de renovación de las autorizaciones una vez hayan caducado.
- Encontrarse trabajando en España sin haber solicitado autorización administrativa para trabajar por cuenta propia, cuando se cuente con autorización de residencia temporal.

##### *Infracciones graves*

- a- 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.
- b- Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.
- c- 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.
- d- La comisión de una tercera infracción leve, siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas leves de la misma naturaleza.
- e- 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 la Seguridad Ciudadana.
- f- Las salidas del territorio español por puestos no habilitados, sin exhibir la documentación prevista o contraviniendo las prohibiciones legalmente impuestas.

##### *Infracciones muy graves*

- 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.
- 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, en los términos previstos en el artículo 23 de la presente Ley, siempre que el hecho no constituya delito.
- La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente autorización de trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados.

#### ***Las sanciones*** (art. 55 LODYLE)

## LA SANCIÓN DE EXPULSIÓN

La medida consistente en la expulsión del ciudadano extranjero de territorio español realiza diferentes funciones en nuestro ordenamiento jurídico.

Por un lado nos encontramos con la expulsión como régimen sustitutorio de la sanción (que se produce en los supuestos previstos en el artículo 53 de la Ley de Extranjería, concretamente dentro de los apartados a), b), c), d) y f).

La segunda función que realiza la medida de expulsión en nuestro ordenamiento sería su configuración como "accesoria" *sui generis* y sobrevenida en supuestos de extranjeros condenados por determinados delitos (está contemplada en el artículo 57.2 de la Ley de Extranjería).

La enervación de la acción penal o de las consecuencias del delito es la tercera función que realiza la medida de expulsión. El artículo 57.7.a) regula la enervación de la acción penal. Por su parte, la enervación de las consecuencias del delito (o sustitución de la condena) se encuentra en el artículo 89 del Código Penal y es establecida por el Juez.

De todo lo dicho puede desprenderse que existen dos clases de expulsión: la expulsión administrativa y la expulsión judicial.

Ha de quedar claro que la expulsión de un ciudadano extranjero del territorio español constituye una sanción. Esto se desprende claramente de su propia naturaleza así como de su regulación por la Ley de Extranjería dentro del Título III (De las infracciones de extranjería y su régimen sancionador). Al tratarse de una sanción deberán ser de aplicación las garantías y principios que informan la potestad sancionadora y, muy especialmente, el principio de proporcionalidad.

### **La expulsión administrativa** (art 57 y 58 LODYLE)

#### - supuestos en que procede la expulsión

a. Conductas tipificadas como muy graves (artículo 54 LODYLE): 1. Participar en actividades contrarias a la seguridad nacional 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; 2. 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; 3. La realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, en los términos previstos en el artículo 23 de la LODYLE, siempre que el hecho no constituya delito; 4. 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; 5. Realizar, con ánimo de lucro, la infracción prevista en la letra d) del apartado 2 del artículo 53 LODYLE: Contraer matrimonio, simular relación afectiva análoga o constituirse en representante legal de un menor, cuando dichas conductas se realicen con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia, siempre que tales hechos no constituyan delito; 6. 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 en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito; 7. La comisión de una tercera infracción grave siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas graves de la misma naturaleza (artículo 57.1 LODYLE).

b. Conductas tipificadas como graves (apartados a), b), d) y f) del artículo 53.1 LODYLE): 1. 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; 2. Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida; 3. 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; 4. 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 la Seguridad Ciudadana (artículo 57.1 LODYLE).

c. Condena, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados. Esta causa de expulsión requiere la previa tramitación del correspondiente expediente (artículo 57.2 LODYLE). No se trata de una expulsión judicial, sino administrativa. En efecto, no hay más conexión con el proceso penal que la integración del supuesto de hecho de la causa legitimadora de la sanción de expulsión por una previa condena penal. La expulsión será posterior al cumplimiento de la condena.

d. Cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión. En el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorizará la expulsión salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación (artículo 57.7.a) LODYLE). Debe distinguirse esta expulsión de la contemplada por el artículo 89 del Código Penal; en este supuesto la autoridad no expulsa, quien expulsa es la autoridad administrativa tras un expediente tramitado al efecto. El Juez únicamente se encarga de conceder una especie de *nihil obstat*, después de comprobar que el delito por el que cual tramita causa contra el que va a ser expulsado no rebasa el máximo previsto por el legislador para renunciar al ius puniendi y después de comprobar que no concurren circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación. Por último ha de señalarse que el artículo 57.7 LODYLE no será de aplicación cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal.

#### - Procedimiento

##### *Criterios para determinar multa o sanción de expulsión*

El Tribunal Supremo tiene dicho, en multitud de sentencias, que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (artículos 49-a), 51-1-b) y 53-1), en regulación mantenida por la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (artículos 53-1), 55-1-b) y 57-1), prescribe que en el caso de infracciones muy graves de las letras a), b), c), d) y f) del artículo 53 "podrán aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español", e introduce unas previsiones a cuyo tenor "para la graduación de las sanciones, el órgano competente en 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".

De esta regulación se deduce:

1º.- Que el encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el artículo 30-1 y 2 de la Ley 4/2000, reformada por la Ley 8/2000 ya que durante los primeros noventa días no procede la expulsión sino la devolución), repetimos ese encontrarse ilegalmente en España, según el artículo 53-a), puede ser sancionado o con multa o con expulsión. No sólo se deduce esto del artículo 53-a) sino también del artículo 63-2 y 3, que expresamente admite que la expulsión puede no ser oportuna (artículo 63-2) o puede no proceder (artículo 63-3), y ello tratándose, como se trata, del caso del artículo 53-a), es decir, de la permanencia ilegal.

Por su parte, el Reglamento 864/2001, de 20 de julio, expresamente habla de la elección entre

multa o expulsión, pues prescribe en su artículo 115 que "podrá acordarse la expulsión del territorio nacional, salvo que el órgano competente para resolver determine la procedencia de la sanción de multa". Por lo tanto, en los supuestos de permanencia ilegal, la Administración, según los casos, puede imponer o bien la sanción de multa o bien la sanción de expulsión.

2º.- En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55-1 y de la propia literalidad de su artículo 57-1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional",

3º.- En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el artículo 55-3, (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la multa.

4º.- Sin embargo, resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo.

En efecto:

A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa.

B) Pero en los supuestos en que el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora.

Evidentemente habrán circunstancias que por su relevancia serán decisivas a la hora de considerar que una sanción de expulsión sería desproporcionada. Estamos pensando, sobretodo, en supuestos de arraigo familiar (véase, por ejemplo, STSJ Murcia núm. 394/2006, de 26 de mayo; STSJ Comunidad Valenciana núm. 813/2005, de 11 de mayo). También ha de tenerse muy en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta cuestión concreta al interpretar el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo al derecho a la vida privada y familiar; de especial interés por su contenido y criterios marcados por el Tribunal es la STEDH Boulif contra Suiza.

La expulsión al ser un procedimiento administrativo se lleva por la administración con competencias en materia de extranjería, es decir, las delegaciones del gobierno en las CCAA. La resolución de la delegación es suceptible de recurso administrativo y posteriormente judicial. El juez interviene en el procedimiento administrativo en los casos en que se solicite el internamiento del extranjero.

- Casos en que no se puede sancionar con expulsión:

Según el artículo 57.5. la sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos:

a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años.

b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado.

c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española.

d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.

Tampoco se podrá imponer o, en su caso, ejecutar la sanción de expulsión al cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y que haya residido legalmente en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo.

Además, la expulsión no podrá ser ejecutada cuando ésta conculcase el principio de no devolución, o afecte a las mujeres embarazadas, cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre.

### **La expulsión judicial**

- La expulsión como medida sustitutiva prevista en el CP

Pena privativa de libertad inferior a seis años impuesta a un extranjero no residente legalmente en España (artículo 89 del Código Penal): será sustituida en sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas las circunstancias personales del penado. Además, la expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

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, 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. En todo caso, si acordada la sustitución de la

pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 del Código Penal.

Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis del Código Penal.

## **LA DEVOLUCIÓN Y EL RETORNO**

### **El retorno**

Se entiende por denegación de entrada el rechazo en un puesto fronterizo a un extranjero que no reúne los requisitos legales para ello, por carecer de la documentación adecuada.

Se efectúa mediante resolución motivada con información de recursos y derecho de asistencia letrada e intérprete desde el momento mismo en que se efectúa el control en frontera. La consecuencia de la denegación es el retorno a su punto de origen en el plazo más breve posible.

### **La devolución ( art. 58.2 LODYLE y 157 RLODYLE)**

La devolución se aplica a los expulsados que contravengan la prohibición de entrada y a los que pretendan entrar en España al margen de los puestos fronterizos. Si no se ejecuta en 72 horas se solicita al juez su internamiento. Durante su tramitación también tiene derecho a asistencia letrada gratuita e intérprete.

Los supuestos de devolución:

- *“que habiendo sido expulsado contravenga la prohibición de entrada en España”*. La devolución acordada por este supuesto conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada.
- *“ que pretendan entrar ilegalmente en el país”*, extranjeros que son interceptados en frontera o en sus inmediaciones. En este caso se conduce al extranjero a la Comisaría del cuerpo de policía, para su identificación y, en su caso, devolución.

### *Garantías de los procedimientos de expulsión y devolución*

- derecho a la asistencia jurídica, la cual será gratuita en el caso de que el extranjero carezca de recursos suficientes, así como intérprete.
- La determinación de la causa expresa por la que se le deniega la entrada o se expulsa del territorio español
- Interposición de recursos tanto en vía administrativa como judicial

## **MEDIDAS CAUTELARES**

Art. 61 LODYLE

- Presentación periódica ante las autoridades competentes.
- Residencia obligatoria en determinado lugar.
- Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida.

- Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento.
- En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas.
- Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento (máximo de 60 días y no tiene un carácter penitenciario). El internamiento procede cuando la orden de devolución o retorno no se ha podido hacer efectiva, o cuando se haya dictado resolución de expulsión y no se haya podido llevar a cabo