

INFRACCIONES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA Y SU RÉGIMEN SANCIONADOR

PONENTE: SERGI SANTACANA JUAN. SERVICIOS DE EXTRANJERÍA DEL ILTRE. COLEGIO DE ABOGADOS DE BARCELONA

Como posiblemente hayan constatado, el título de esta ponencia, se corresponde literalmente con el epígrafe del Título XIV del R.D. 557/2011 (El Reglamento de Extranjería). Por tanto, es fácil intuir qué temas voy a tratar. Sin embargo, es ciertamente un apartado extenso, por lo que forzosamente habrá que limitar la ponencia a los elementos más destacados.

En cuanto a su estructura, esta ponencia se va a dividir en tres partes: en la primera, realizaré un breve análisis de los cambios en la regulación introducidos por el RD 557/2011, me limitaré a anunciar las modificaciones más relevantes. En segundo lugar, intentaré explicar de forma sintética lo que podríamos denominar, de acuerdo con el título XIV del Reglamento, el "régimen sancionador en materia de extranjería", entendiendo como tal tanto la regulación de los procedimientos sancionadores, como las normas procedimentales para la imposición de la sanción de expulsión o multa, como la regulación de los centros de internamiento, etc. y, finalmente, expondré algunos problemas prácticos que presenta la regulación actual.

Por cuestiones de tiempo y estructura, pero sobretodo de tiempo, no entraremos en las distintas infracciones y sanciones que, además, son materia propiamente de la Ley Orgánica de Extranjería y no tanto de su reglamento.

I.- INNOVACIONES REGLAMENTARIAS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

El nuevo reglamento, de acuerdo con la reforma de la Ley de Extranjería, incluye TRES nuevas "Infracciones en el Orden Social" cuyo procedimiento se regula en el capítulo IV del Título XIV. Son las siguientes:

1.1. 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 (art. 52.d LO 4/2000).

En algunos casos, las autorizaciones de trabajo tienen una limitación de sector de actividad y/o geográfica. Esta sanción se impone a las personas que incumplan esta limitación.

1.2. No dar de alta, en el Régimen de la Seguridad Social al trabajador extranjero cuya autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena hubiera solicitado, cuando el empresario tenga constancia de que el trabajador se halla legalmente en España (Art. 53.2.a)

Es una problemática que se da (o se daba) a menudo en los casos de contratación en el país de origen: el empresario realiza todos los trámites, obteniendo el extranjero la autorización para entrar en España y trabajar. Sin embargo, una vez en España, por las razones que fueren, el empresario ya no quiere contratar al extranjero.

1.3. 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.

Es algo que se produce a menudo. Sin embargo, es difícil que se impongan sanciones de este tipo como no sea mediante denuncia de algún particular, puesto que la administración no acostumbra a indagar si las percepciones de la Seguridad Social que se le ingresan obedecen a una relación laboral real o ficticia. Hay que recordar que se sanciona tanto el actuar con ánimo de lucro (compra-venta de contratos de trabajo) como el "favor" de simular un contrato para conseguir regularizar la situación de algún ciudadano extranjero.

2. Regulación de la "Manifestación de la voluntad de recurrir". Este es un concepto nuevo, introducido en el art. 223 del Reglamento, en desarrollo del art. 22.3 de la LO 4/2000. Trataremos este punto más adelante, en el apartado de problemas prácticos, por su extensión y relevancia.

3. El art. 224.2 establece una excepción a la antigua y general regla de la ejecutividad de las expulsiones: En el caso de expulsiones dictadas a través del Procedimiento Ordinario de expulsión, no procede el internamiento cautelar del extranjero en tanto en cuanto no haya transcurrido el plazo de cumplimiento voluntario.

4. Desaparece la posibilidad, contemplada en el art. 117 del anterior reglamento (Real Decreto 2393/2004) de que el instructor del procedimiento sancionador pueda proponer la exención de responsabilidad y no expulsión de los extranjeros que colaboraran contra redes organizadas de tráfico de personas.

El art. 226 establece, como regla general, que deberá aplicarse el Procedimiento Ordinario, que es el más garantista. En la anterior regulación las expulsiones se tramitaban todas por el procedimiento preferente, salvo casos excepcionales.

5. El art. 227.3 establece que cuando en el Procedimiento Ordinario se pueda acordar la expulsión del territorio nacional, el extranjero tendrá derecho a asistencia letrada y a ser asistido de intérprete.

6. El art. 231 Establece, por primera vez, que la mera propuesta de resolución debe estar fundada en criterios de proporcionalidad.

7. El art. 235.5 prevé el incremento del internamiento de 40 a 60 días de acuerdo con la nueva regulación. Asimismo, en su apartado 6 deja claro que el Juez de instrucción puede establecer cualquier medida de aseguramiento de la expulsión que considere oportuna y no necesariamente el internamiento en un CIE.

8. El art. 241 prevé la posibilidad de revocar una expulsión firme y no ejecutada, cuando el extranjero solicite una autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

9. El art. 242 establece que en el caso de extranjeros que dispongan de autorización de residencia legal en otro país de la UE, se permite que se traslade al mismo sin que se abra procedimiento de expulsión (en los casos de estancia irregular).

10. El art. 245 Elimina el plazo mínimo de duración de la prohibición de entrada (en la anterior legislación, 3 años) y establece la excepcionalidad del plazo de diez años (en caso de amenaza al Orden Público). El plazo máximo queda fijado en cinco años. Además, prevé la

posibilidad de no imponer prohibición de entrada o de revocarla, en caso de salida voluntaria.

11. El art. 246 establece varias innovaciones:

1. Racionaliza los plazos de ejecución de las expulsiones en el caso del Procedimiento Ordinario, estableciendo los plazos máximo y mínimo en que deberá llevarse a cabo la expulsión y otras medidas como: que en caso de que existan menores escolarizados, deberá esperarse a la finalización del curso escolar, etc. Se tratará más adelante.

2. Que la expulsión se lleve a costa del empleador, en los casos en que también hayan sido sancionados por emplear extranjeros que se encuentran en situación irregular.

3. Establece los mecanismos para verificar la salida voluntaria.

12. El art. 258 establece que el internamiento de los extranjeros se comunique además de sus familiares, a su defensa jurídica y a una ONG.

II. EL RÉGIMEN SANCIONADOR EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

En primer lugar, vamos a examinar los procedimientos sancionadores contemplados en el Reglamento de Extranjería y que son los tres siguientes:

a. El Procedimiento Ordinario (Sección I del Capítulo II del Título XIV del Reglamento de Extranjería).

b. El Procedimiento Preferente (Sección II del Capítulo II del Título XIV del Reglamento de Extranjería).

c. El Procedimiento Simplificado (Sección III del Capítulo II del Título XIV del Reglamento de Extranjería).

En segundo lugar, estudiaremos las reglas específicas relativas a la imposición de multas y expulsión, así como las normas comunes aplicables a todos los procedimientos sancionadores en materia de extranjería y la regulación del ingreso en los centros de internamiento.

1 El Procedimiento Ordinario

Supuestos en que procede (art. 226 RLOEX): Como su nombre indica, se aplica de forma ordinaria. La ley prevé, sin embargo, como excepción, los casos previstos en el art. 234 y que son los previstos para el procedimiento preferente (que estudiaremos en el siguiente apartado).

1.2 Iniciación del procedimiento (art. 227): El procedimiento ordinario comienza con el acuerdo de iniciación, del que debe darse traslado a los interesados para que formulen alegaciones. Es lo que podemos llamar la "fase de instrucción" o investigación.

Además, como hemos visto anteriormente, en los casos en que se pueda proponer la expulsión, el extranjero tiene derecho a abogado e intérprete. Esto con la anterior regulación no ocurría, con lo que se producía una verdadera indefensión en muchos casos, sobre todo, teniendo en cuenta que éste procedimiento no suele ir acompañado de detención.

1.3 Alegaciones (art. 228) Hay 15 días, desde la notificación del acuerdo de iniciación para formular alegaciones. Si no se realizan alegaciones, el acuerdo de iniciación se considera propuesta de resolución.

1.4 Prueba (art. 229): En caso que en las alegaciones se proponga prueba, ésta deberá practicarse en un plazo de entre 10 y 30 días. Se excluye la prueba documental, es decir, estamos hablando de: informes, testificales, etc. La prueba puede ser rechazada de forma motivada por el instructor. Lo que ocurre en la inmensa mayoría de los casos.

1.5 Propuesta de resolución (Art. 231): Concluida en su caso la prueba, el órgano instructor 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, constituyan y la persona o personas que resulten responsables y se fijará la sanción que propone que se imponga, o bien se propondrá la declaración de inexistencia de infracción o responsabilidad.

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.

1.6 Tramite de audiencia (art. 232): Se da traslado de la propuesta de resolución al interesado, junto con copia del expediente y se dará un plazo de otros quince días para formular alegaciones. El apartado 2 del referido artículo permite que no se dé 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" Es habitual que se aplique este apartado, sin embargo, su aplicación es inadecuada en la mayoría de ocasiones ya que siempre se practican "otras pruebas" sin la intervención del interesado como por ejemplo, la solicitud de antecedentes penales o policiales, etc.

Después de este trámite, se pasa el expediente al órgano competente (normalmente el Delegado del Gobierno) para que resuelva. Aquí finaliza la que hemos llamado como "fase de instrucción".

1.7 Resolución (art. 233): El órgano competente para imponer la sanción puede practicar "actuaciones complementarias" (no suele ocurrir), pero en tal caso, debe dar traslado de nuevo al interesado para que formule alegaciones en siete días.

El órgano competente no puede sancionar en base a hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción del procedimiento, salvo los que resulten, de las actuaciones complementarias. Sin embargo, sí que puede realizar una distinta valoración jurídica de los mismos (apartado 3).

Asimismo, 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 (apartado 4).

1.8 Internamiento (art. 258.2): cabe destacar que no procede la imposición de la medida cautelar de internamiento durante la instrucción del procedimiento ordinario, pero sí una vez transcurrido el plazo de retorno voluntario sin que el extranjero haya abandonado voluntariamente el país en el caso de las expulsiones.

2. El procedimiento preferente.

En su desarrollo es muy parecido al procedimiento ordinario, si bien se reducen considerablemente los plazos. También el legislador es parco en artículos que lo desarrollan.

2.1. Supuestos en que procede (art. 234) En el caso de las siguientes infracciones:

- Básicamente, el participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o 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, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo.

- 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 LOEX.

- 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.

- También procede la aplicación de este procedimiento en los casos de simple residencia ilegal pero cuando además:

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

Este último punto es importante, puesto que, como hemos dicho, en la anterior normativa la estancia irregular siempre se tramitaba por el procedimiento preferente. Según el nuevo reglamento, esto únicamente puede ocurrir cuando se dé, además, alguna de las citados requisitos. Ciertamente es, sin embargo, que será muy fácil alegar que existe, por ejemplo "riesgo de incomparecencia". En este caso el abogado deberá emplearse para demostrar que no existe tal riesgo y que, por tanto, procede el sometimiento al procedimiento ordinario.

Finalmente, surge la duda de si debemos entender que también se excluyen las infracciones leves que se deben tramitar por el procedimiento simplificado (art. 238 RLOEX). Esto planteará problemas puesto que, en principio, debe prevalecer siempre el procedimiento más garantista (en este caso el ordinario) y, además, el propio art. 226 no excluye expresamente este tipo de infracciones. Sin embargo, lo más probable es que las infracciones leves se acaben tramitando por el procedimiento simplificado, ya que de lo contrario el mismo quedaría vacío de contenido.

2.2 Inicio del procedimiento (art. 235) Comienza con el acuerdo de iniciación, del que debe darse traslado a los interesados para que formulen alegaciones.

En todos los casos, el extranjero tiene derecho a abogado e intérprete.

2.3 Alegaciones (art. 235) En este caso se reduce el pla-

zo a 48 horas. Y para el cómputo de este plazo, aunque suene a perogrullada, debemos contar las horas: 48, ni una más ni una menos. El no presentar las alegaciones en plazo supone que el acuerdo de iniciación se convierta en propuesta de resolución

2.4 Prueba (art. 235) Si no se estima pertinente, se da trámite de audiencia al interesado. Caso contrario, debe practicarse en el plazo de tres días.

2.5 Trámite de audiencia (art. 235) Previo a pasar la propuesta de resolución al órgano competente, se da trámite de audiencia al interesado para que formule alegaciones en el plazo, de nuevo, de 48 horas.

2.6 Internamiento en el CIE (art. 235) En el procedimiento preferente se prevé expresamente la posibilidad de que, en cualquier momento a lo largo de la instrucción, el instructor pueda solicitar al Juzgado de Instrucción que corresponda, el internamiento del extranjero. Si este internamiento se denegara, el instructor puede acordar otras medidas:

- a) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad.
- b) Presentación periódica ante el instructor del expediente o ante otra autoridad que éste determine.
- c) Residencia obligatoria en lugar determinado. Entendemos que esta medida implica su establecimiento por el Juez competente, puesto que de lo contrario sería ilegal.
- d) Cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente.

2.7 Ejecutividad de la resolución (art. 236) Teóricamente, las resoluciones dictadas en el procedimiento son inmediatamente ejecutivas. Sin embargo, eso dependerá de los recursos, de la posibilidad de localizar al interesado, y de varias cuestiones que trataremos en el último apartado de la ponencia. En caso que el extranjero se encuentre internado, previo a su expulsión debe solicitarse la autorización al Juzgado de Instrucción.

3. El procedimiento simplificado.

Supuestos en que procede (art. 238): Como hemos dicho, las infracciones leves del art. 52 de la LO 4/2000.

3.2. Iniciación (art. 239): Se inicia por acuerdo de iniciación o por denuncia

3.3. Alegaciones (art. 239): Se concede un plazo de diez días después de recibir el acuerdo de iniciación para formular alegaciones.

3.4 Propuesta de Resolución (art. 239) En este procedimiento, tras las alegaciones, se pasa directamente a la propuesta de resolución, salvo que el instructor considere que pueda tratarse de una infracción más grave y lo pase a otro procedimiento (ordinario o preferente) o que considere que no hay infracción y archive el procedimiento.

3.5 Denuncia policial (art. 239.2) Se prevé que las denuncias realizadas por agentes del Cuerpo Nacional de Policía, se tramiten de modo parecido a las denuncias de tráfico: el policía entrega un ejemplar al denunciado y ello supone la incoación del expediente, con el transcurso del plazo para alegaciones, etc.

4. Normas Comunes a todos los procedimientos

Simplemente vamos a destacar algunas de las normas más relevantes en este sentido. Así:

1. En cuanto al Instructor del procedimiento, decir que prácticamente en la totalidad de los casos, será un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, si bien puede habilitarse a funcionarios de la oficina de extranjeros (art. 220 RLOEX).

2. La necesidad de valorar, a la hora de imponer las sanciones, no solo los criterios de graduación sino también la situación personal y familiar del extranjero (art. 222.3)

3. La posibilidad de dejar constancia de la voluntad de recurrir por parte del extranjero (art. 223 RLOEX).

4. Las normas de caducidad y prescripción:

- El plazo máximo en el que deban dictarse las resoluciones es de seis meses. Transcurrido dicho plazo sin que se haya resuelto, el procedimiento caduca y debe ser archivado (sin perjuicio de que pueda ser reabierto, lo que no suele ocurrir).

- Las infracciones prescriben a los tres años si la infracción es muy grave; a los dos años si es grave, y a los seis meses si es leve, contados a partir del día en que los hechos se hubiesen cometido.

- Las sanciones prescriben a los cinco años si la sanción impuesta lo fuera por infracción muy grave; a los dos años si lo fuera por infracción grave, y al año si lo fuera por infracción de carácter leve.

Si la sanción impuesta fuera la expulsión del territorio nacional, la prescripción no empezará a contar hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición de entrada fijado en la resolución.

El plazo de prescripción de la sanción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquél en que adquiera firmeza la resolución.

5. Aspectos específicos en los procedimientos sancionadores para la imposición de las infracciones de expulsión y multa.

En este apartado nos referimos a la sección homónima del Título XIV del Reglamento de Extranjería. Y es que el reglamento establece pequeñas diferencias procedimentales cuando la sanción a imponer sea la expulsión o una multa.

5.1. Normas procedimentales para la imposición de la expulsión.

Así, el art. 242 establece que "Cuando el infractor sea extranjero y realice alguna o algunas de las conductas tipificadas como muy graves o conductas graves de las previstas en las letras a), b), c), d) y f) del apartado 1 del artículo 53 de [la Ley Orgánica de Extranjería], podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español. Asimismo, constituirá causa de expulsión la condena, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados."

En primer lugar recordar que no toda infracción grave o muy grave cometida por un extranjero es sancionable con expulsión, sino únicamente las previstas en las

letras a), b), c), d) y f) del apartado 1 del artículo 53 LOEX. Qué básicamente son:

a) Encontrarse irregularmente en territorio español.

b) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar.

c) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio.

d) 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.

f) 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.

Hay que remarcar, que cometer una de estas infracciones tampoco supone necesariamente la imposición de expulsión. Y es que, como establece el ya citado artículo 242 RLOEX, "podrá aplicarse", que no "se aplicará" la expulsión. Y es que las infracciones graves y muy graves pueden ser sancionadas con multa (art. 55 LOEX). La decisión de imponer una u otra sanción depende, teóricamente, de la necesidad de graduar las sanciones (art. 222.3). Es más, el Tribunal Supremo en reiteradísimas sentencias ha establecido que "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." Por desgracia, no acostumbra a respetarse esta doctrina y la mayoría de las veces se acude a la expulsión sin ningún tipo de motivación ni fundamento.

También es cierto que el propio Tribunal Supremo ha realizado una interpretación bastante laxa sobre el concepto de "otros hechos negativos". Así, considera que cabe preferir la expulsión frente a la multa cuando, por ejemplo: el extranjero cuenta con antecedentes policiales numerosos (Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 5ª, de 9 diciembre 2005), o cuando en el pasado ha mentido respecto a su nacionalidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 noviembre 2007), el no llevar su pasaporte consigo (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 octubre 2007).

Por otro lado, la doctrina del Tribunal Supremo ha sido adoptada de una forma bastante simplificada y casi diría simplista por algunos Juzgados y Tribunales menores. En mi opinión, sería preferible realizar un análisis real, detallado y concienzudo de cada caso (Máxime, cuando hablamos de derechos fundamentales) más que intentar aplicar de forma casi literal una doctrina casuística a casos distintos.

Continuando con el análisis de este apartado, el art. 245 recuerda que toda expulsión conlleva la prohibición de entrar en España por un máximo de cinco años que, excepcionalmente, puede llegar a los 10 (cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública). Esta orden se extiende a todos los estados parte del espacio Schengen.

Ahora bien, no se impondrá esta prohibición en caso de que el extranjero abandone el territorio nacional durante la tramitación del expediente o se revocará la prohibición de entrada impuesta si el extranjero lo abandona en el plazo de cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión. Sin embargo, esta "plazo de cumplimiento voluntario" únicamente se puede conceder en caso que la expulsión se acuerde por el Procedimiento Ordinario (art. 246.2) y oscila entre seis y treinta días, como ya hemos visto en la primera parte.

Pero existe lo que podríamos llamar una excepción sobre la excepción. En los demás casos, si el extranjero asume el coste de la repatriación de manera voluntaria, el Delegado o Subdelegado del Gobierno que hubiera dictado dicha resolución puede acordar, de oficio o a instancia de parte, su sustitución por la salida obligatoria si se cumplen las siguientes condiciones:

- a) Que la infracción que haya motivado la resolución de expulsión sea la contenida en el artículo 53.1.a) y b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero;
- b) Que existan garantías suficientes o pueda comprobarse la realización de la oportuna salida obligatoria prevista en el artículo 28.3.c) de la Ley Orgánica 4/2000; y
- c) Que el extranjero esté por su nacionalidad sometido a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores en aplicación de un acuerdo de régimen común de visados, de carácter internacional, en el que España sea parte.

La salida del territorio deberá ser oportunamente comunicada al órgano competente para la no imposición o revocación de la prohibición de entrada..

Se entenderá que la salida ha sido debidamente comunicada:

- a) Mediante cumplimentación en los servicios policiales responsables del control fronterizo del impreso previsto para dejar constancia de la salida del extranjero.
- b) Mediante personación en la misión diplomática u oficina consular española en el país de origen o de residencia en la que conste documentación acreditativa de que la salida de territorio español se produjo.

En cualquier caso, la expulsión supone la extinción de toda autorización de residencia.

Finalmente, la ejecución de la expulsión deberá suspenderse si el extranjero formulase petición de protección internacional y hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto.

Igualmente, se suspenderá la ejecución de la expulsión en los casos de mujeres embarazadas cuando suponga un riesgo para la gestación o para la vida o la integridad física de la madre o cuando se trate de personas enfermas y la medida pueda suponer un riesgo para su salud.

5.2 Normas procedimentales para la imposición de multa.

Establece el art. 249 que "para la determinación de la cuantía de la sanción se tendrá especialmente en cuenta la capacidad económica del infractor". Sin embargo, creo que no hay duda que también habrá que atenderse a los criterios de proporcionalidad (art. 131 Ley 30/1992 LRJAP-PAC).

Las resoluciones administrativas de imposición multa,

serán inmediatamente ejecutivas una vez que hayan adquirido firmeza en vía administrativa, salvo que el órgano competente acuerde su suspensión (art. 252.4 RLOEX).

5.3 Ingreso en Centros de Internamiento.

Ya hemos visto los supuestos en que procede el internamiento en el procedimiento sancionador: durante la tramitación del procedimiento preferente (en algunos casos) y una vez transcurrido el plazo de cumplimiento voluntario en el caso del procedimiento ordinario. Pero también en los casos de regreso y devolución en frontera (arts. 15.3 y 24.4).

Hay que recordar, que el internamiento no es una sanción sino que constituye una mera medida cautelar para asegurar la expulsión. Por ello, el art. 258.4 establece que el internamiento no puede prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión, devolución o el regreso. En cualquier caso, recordamos que el plazo máximo de internamiento es de 60 días.

La incoación del expediente, la adopción de la medida cautelar de detención e internamiento, y la resolución del procedimiento deben ser comunicados a la embajada o consulado del país de origen del extranjero. Esta comunicación se dirigirá al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación cuando no se haya podido notificar al consulado o éste no radique en España. Si así lo solicitase el extranjero, se comunicará el internamiento a sus familiares, a la persona a la que haya atribuido su defensa jurídica, la organización no gubernamental indicada por el extranjero u otras personas residentes en España.

Los menores extranjeros no podrán ser ingresados en los CIES y deberán ser puestos a disposición de los servicios competentes de Protección de Menores, salvo que sea para reunirse con sus padres y cuando el juez de primera instancia lo autorice, previo informe favorable del Ministerio Fiscal.

El régimen de internamiento de los extranjeros, está pendiente de ser regulada a través de un reglamento que hace años que se viene "prometiéndolo" y que exige la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Personalmente, formo parte del grupo de trabajo de la Comisión de Extranjería del ICAB que ha formulado una propuesta de regulación en éste sentido. Es lamentable que personas sometidas a una situación tan delicada y vulnerable no encuentren aún, a fecha de hoy, una regulación que proteja sus derechos más básicos.

III. ALGUNOS PROBLEMAS PRÁCTICOS

El primer problema práctico no es exclusivo de este reglamento, sino que es un error de concepción que se viene arrastrando desde las primeras legislaciones en materia de extranjería y se refiere al concepto mismo de "expulsión" que a menudo es tan voluntarista como inviable. Y es que para que la salida del territorio nacional sea efectiva se requiere la correspondencia de un gran número de variables que demasiado a menudo son difíciles de conjurar: la existencia de tratados internacionales, disponibilidad de recursos, disponibilidad de plazas en el CIE, inexistencia de errores procedimentales que permitan anular la expulsión, etc. En este sentido, quiero hacer referencia al dictamen presentado ante el Comité de la

ONU para la Eliminación de la Discriminación Racial por la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH) que pone en evidencia que cerca del 46% de las personas privadas de libertad en un CIE, jamás son expulsadas.

Este voluntarismo lleva a que en España exista una laguna legal y creciente en la que habitan los denominados "inexpulsables". Son personas que viven bajo una orden de expulsión que cuelga por encima de sus cabezas cual espada de Damocles pero que, en realidad, casi nunca se va a aplicar. Es cierto que el nuevo reglamento intenta solventar una de las problemáticas más antiguas relacionadas con este colectivo: la imposibilidad de regularizarse hasta pasados muchos, demasiados, años. Pero sigue existiendo el problema del internamiento para estas personas: a menudo, el internamiento es una medida que se adopta de forma excesivamente, digamos, procaz, aún sobre personas que, como decimos, son a priori inexpulsables. Eso ocasiona que estas personas se vean privadas de la libertad de forma injustificada (pues el internamiento no es más que una medida cautelar, no un castigo) e incluso pueden serlo de forma reiterada y consecutiva.

También me gustaría hacer una breve referencia a la manifestación de la voluntad de recurrir. Como hemos dicho anteriormente es un "concepto extraño", porque surge la duda de si estamos hablando de "apoderamiento" (que es un requisito formal para iniciar cualquier procedimiento judicial a nombre de otra persona) o de un requisito añadido que es "manifestar la voluntad de recurrir".

Pues bien, a pesar de lo desafortunado del nombre creo que realmente el legislador se refiere al apoderamiento, a juzgar por la regulación del art. 22.3 LOEX: "La constancia expresa de la voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente deberá realizarse de conformidad con lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (que establece todo lo relativo al apoderamiento), o en caso de que el extranjero pudiera hallarse privado de libertad, en la forma y ante el funcionario público que reglamentariamente se determinen." La conclusión, como digo, es que se permite sustituir el poder notarial o el poder apud-acta por una mera manifestación ante funcionario público. Si realmente esto fuera aplicable, solucionaría muchos problemas.

Esta regulación abordaría un problema que a menudo quita el sueño a los profesionales que llevamos extranjería: y es que para iniciar un procedimiento judicial se requiere el apoderamiento del cliente, ya sea apud-acta (ante el Juzgado) o a través de poder notarial. Este poder, que es algo sencillo de obtener de alguien que se encuentra en España, es bastante más complicado cuando el cliente puede haber sido expulsado, internado en un CIE o tiene cierta facilidad para cambiar de domicilio. Esto deja al abogado ante la disyuntiva de interponer o no una demanda que no sabe si va a poder ratificar su cliente, con las implicaciones odontológicas que conlleva.

Pues bien, el reglamento ha venido a confirmar esta interpretación y en su artículo 223 establece que "En el caso de que el extranjero 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 Delegado o Subdelegado del Gobierno competente o el Director del Centro de Internamiento de Extranjeros

bajo cuyo control se encuentre, que lo harán constar en acta que se incorporará al expediente". Pues bien, esta previsión parece de aplicación bastante improbable. Este letrado tiene serias dudas de que el Delegado o el Subdelegado del Gobierno se avengan a certificar la voluntad de recurrir de centenares de extranjeros internados. Tampoco lo veo viable por parte del Director del CIE y más si no se establecen unos mecanismos concretos que permitan acceder a esta regulación o interponer recurso en caso de denegarse.

