

**DENEGACIÓN  
DE ENTRADA Y  
SALIDAS  
OBLIGATORIAS  
DEL PAÍS**  
**Las garantías del  
procedimiento en  
la jurisprudencia  
(enero-diciembre  
de 2009)**

1. Introducción.
2. El internamiento en centros no penitenciarios.
  - Causas de internamiento.
  - Audiencia del interesado.
  - Motivación.
  - Proporcionalidad.
  - Límite temporal.
3. La denegación de entrada y el retorno.
  - Principio de contradicción.
  - Asistencia letrada.
  - Comunicación a la embajada o consulado.
  - Motivación.
  - Acceso a la jurisdicción y representación procesal.
  - Recurso de apelación.
4. La expulsión de territorio español.
  - La distinción entre expulsión y devolución.
  - Audiencia.
  - Asistencia letrada y de intérprete.
  - Motivación.
  - Proporcionalidad.
  - Notificación.
  - Acceso a la jurisdicción y representación procesal.
  - La suspensión cautelar de la expulsión.
5. La devolución.
6. La repatriación de menores.
7. La prohibición de entrada.

## RESUMEN

Se analiza la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo y los tribunales superiores de Justicia entre enero y diciembre de 2009 sobre las diferentes figuras que la legislación española establece en relación con la denegación de entrada (retorno en frontera) y la salida obligatoria del país (expulsión, devolución y repatriación de menores). Se examina también la jurisprudencia de las audiencias provinciales respecto al internamiento cautelar en centros no penitenciarios. Todas estas medidas tienen una incidencia directa sobre la titularidad y el ejercicio de varios derechos constitucionales, como el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), la libertad personal (art. 17 CE), la libertad de circulación (art. 19 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), la legalidad en el ámbito sancionador (art. 25 CE) y la protección de la

familia y de los menores (art. 39 CE). Por este motivo, es importante observar cómo los tribunales velan en estos ámbitos por la aplicación de las garantías del procedimiento administrativo.

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio analiza la jurisprudencia sobre las garantías que deben presidir los procedimientos en los que se restringe la libertad de cada persona para entrar y circular por el territorio nacional. Se atiende, sobre todo, al internamiento, la denegación de entrada y los procedimientos de expulsión y retorno.

Se incluyen en esta crónica las resoluciones judiciales dictadas en el período comprendido entre enero y diciembre de 2009, por lo que no se reflejan todavía las reformas de la Ley de Extranjería que ha introducido la LO 2/2009, de 11 de diciembre. Solo hemos encontrado una temprana referencia a esta Ley Orgánica en la STSJ Castilla-La Mancha núm. 10284/2009 de 28 diciembre (Recurso núm. 266/2009), en la que se señala que la reciente reforma de la Ley de Extranjería ratifica la doctrina del Tribunal Supremo según la cual la multa constituye la sanción principal para los casos de estancia irregular y la expulsión necesita una justificación adicional.

Dentro de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, debemos destacar la STS de 6 de octubre de 2009 (Recurso 9/2008), que desestima el recurso interpuesto contra el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 28 de noviembre de 2007, que modificó el artículo 42.5 del Reglamento 1/2005, de 15 de agosto, de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales. Esta disposición atribuye a los jueces de instrucción en funciones del servicio de guardia la competencia para resolver las medidas cautelarísimas en relación con actuaciones de la Administración recaídas en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen expulsión, devolución, retorno o inadmisión.

El elevado número de sentencias que dictan los tribunales superiores de Justicia de las comunidades autónomas impide realizar un análisis exhaustivo, por lo que hemos tratado de seleccionar una serie de problemas que aparecen de forma recurrente en la jurisprudencia. En el caso del internamiento preventivo, es preciso acudir además a la jurisprudencia de las audiencias provinciales. Para la selección de jurisprudencia se han utilizado la base de datos de Aranzadi-Westlaw y la página web del poder Judicial <http://www.poderjudicial.es/>.

## 2. EL INTERNAMIENTO EN CENTROS NO PENITENCIARIOS

El internamiento es una medida judicial, que puede adoptar el juez de instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero. El auto de internamiento puede ser apelado ante la Audiencia Provincial. Sin embargo, la eficacia de este recurso aparece comprometida por el hecho de que, en muchos casos, la orden de expulsión se ha ejecutado antes de que la Audiencia resuelva o ha transcurrido el plazo máximo de internamiento. En algunos casos, la estimación del recurso tiene un alcance meramente declarativo, mientras que otras veces se archiva el recurso por pérdida de su objeto.<sup>1</sup>

### Causas de internamiento

La Ley de Extranjería permite acordar el internamiento en los siguientes supuestos:

**1.** Cuando se ha incoado un expediente sancionador por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 54.1, en las letras a), d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 en el que pueda proponerse expulsión del territorio español (art. 62.1). Es necesario matizar que a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2009 solo puede acordarse el internamiento cuando el expediente se tramita a través del procedimiento preferente (art. 63.2). Se señala en el apartado tercero del artículo 63 bis que «en la fase de tramitación del procedimiento ordinario y durante el plazo de cumplimiento voluntario, podrá adoptarse alguna o algunas de las medidas cautelares establecidas en el artículo 61, excepto la de internamiento prevista en la letra e)».

**EL TS RESPALDA LA COMPETENCIA DE LOS JUECES DE INSTRUCCIÓN EN FUNCIONES DEL SERVICIO DE GUARDIA PARA RESOLVER LAS MEDIDAS CAUTELARÍSIMAS EN RELACIÓN CON ACTUACIONES DE EXPULSIÓN, DEVOLUCIÓN O RETORNO**

El inicio del procedimiento de expulsión es condición necesaria para que el juez acuerde el internamiento. Por esta razón, el Tribunal Supremo se ha mostrado partidario de que se conceda al interesado la posibilidad de impugnar el decreto de iniciación del expediente sanciona-

<sup>1</sup> Véanse AP Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª), auto de 23 de octubre de 2009; AP Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª), auto de 15 de octubre de 2009; y AP Tarragona (Sección 2ª), auto núm. 486/2009 de 19 de octubre.

dor. El Tribunal Supremo ha señalado de forma reiterada que no estamos ante un acto de mero trámite, sino ante una decisión que puede afectar a la situación personal del interesado.<sup>2</sup>

**2.** Cuando se haya dictado resolución de expulsión y el extranjero no abandone el territorio nacional en el plazo que se le haya concedido para ello (art. 64.1). El órgano judicial actúa como «juez de garantías» y examina la apariencia de legalidad de la medida que solicita la Administración. El alcance del control judicial se limita al examen de los presupuestos del internamiento sin entrar a valorar la validez de la orden de expulsión.<sup>3</sup>

**3.** Cuando se haya dictado resolución de retorno y esta no pueda ejecutarse dentro del plazo de 72 horas (art. 60.1).

**4.** Cuando se haya dictado acuerdo de devolución (art. 58.6).<sup>4</sup>

### **Audiencia del interesado**

La previa audiencia del interesado constituye un trámite procedimental esencial para la autorización del internamiento. La Ley de Extranjería apenas precisa el contenido de la audiencia al extranjero para el que se solicita una medida de internamiento. Para evitar todo atisbo de indefensión, deben arbitrarse los medios necesarios para que dicha audiencia se efectúe en las condiciones más favorables para el extranjero. La previa audiencia del interesado debe permitir a este efectuar sus alegaciones y presentar sus medios de defensa, para lo que podrá contar con la asistencia de abogado e intérprete.

Aunque la LO 4/2000 no contemplaba la intervención del Ministerio Fiscal en este trámite, la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006 de 27 de julio y la jurisprudencia venían recomendando la previa audiencia y emisión de informe por parte del Ministerio Público. La LO 2/2009 ha recogido este requisito y lo ha incorporado al párrafo segundo del artículo. 62.1 de la Ley de Extranjería.<sup>5</sup>

---

**2** Véanse. SSTS de 6 de febrero de 2009 (Recurso núm. 5519/2003) y 16 de abril de 2009 (Recurso núm. 5752/2003).

**3** Véanse AP Madrid (Sección 4ª), Auto núm. 306/2009 de 27 de mayo; y AP Madrid (Sección 3ª), auto núm. 652/2009 de 15 de septiembre.

**4** Véase AP Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª), auto de 23 de octubre de 2009.

**5** La AP Girona (Sección 4ª), auto núm. 417/2009 de 30 de septiembre, desestima el recurso porque el Ministerio Fiscal sí estuvo presente en la comparecencia y emitió informe en el que manifiesta que no se opone a la autorización a la medida de internamiento.

## Motivación

La medida de internamiento debe adoptarse mediante resolución motivada, para garantizar el ejercicio del derecho de defensa y evitar que la medida tenga carácter arbitrario. En la resolución judicial se deben expresar las razones que se han tenido en cuenta para adoptar el internamiento. Se puede valorar la causa de expulsión o de devolución, la situación legal y personal del extranjero, la mayor o menor probabilidad de su huida, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, la existencia de condena o sanciones administrativas previas, la concurrencia de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes, o cualquier otra circunstancia que el juez estime relevante para adoptar su decisión. La mayoría de las resoluciones de las audiencias provinciales consideran que el internamiento ha cumplido el requisito de motivación.<sup>6</sup>

## Proporcionalidad

El internamiento, como medida restrictiva de la libertad personal, se configura como una medida excepcional y de aplicación restringida, de tal modo que solo ha de adoptarse en cuanto constituya el único medio razonablemente eficaz para asegurar la efectiva ejecución del acuerdo de expulsión. La decisión debe atender al principio de proporcionalidad, lo que exige ponderar la situación legal y personal del extranjero y la probabilidad de su huida.

El internamiento resulta proporcionado cuando el extranjero está indocumentado y carece de domicilio conocido. Estas circunstancias hacen que exista un temor fundado a que la salida forzosa no pueda ser materialmente ejecutada. La retirada del pasaporte, la presentación periódica o la residencia forzosa no son medidas alternativas adecuadas para garantizar la localización de quienes no disponen si quiera de domicilio o documentación.<sup>7</sup> También se confirma el internamiento cuando al extranjero se le imputa un delito.<sup>8</sup>

En el extremo contrario, el internamiento es revocado cuando el recurrente acredita domicilio conocido y arraigo familiar, económico y social en nuestro país. Estas circunstancias aconsejan

---

<sup>6</sup> Véanse AP Lleida (Sección 1ª), auto núm. 359/2009 de 22 de septiembre; AP Madrid (Sección 3ª), auto núm. 613/2009 de 25 de agosto; AP Madrid (Sección 16ª), auto núm. 269/2009 de 2 de abril; y AP Madrid (Sección 4ª), auto núm. 703/2009 de 17 de noviembre. Por el contrario, se aprecian falta de motivación la AP Toledo (Sección 1ª), auto núm. 295/2009 de 9 de diciembre; y la AP Madrid (Sección 17ª), auto núm. 1297/2009 de 3 de diciembre.

<sup>7</sup> Véase AP Madrid (Sección 3ª), auto núm. 652/2009 de 15 de septiembre.

<sup>8</sup> Véase AP Madrid (Sección 16ª), auto núm. 980/2009 de 9 de diciembre.

optar por medidas alternativas menos gravosas. Así resuelve, por ejemplo, la AP Madrid (Sección 17ª) en el auto núm. 1332/2009 de 14 de diciembre. La Audiencia Provincial tiene en cuenta que la recurrente tiene domicilio perfectamente identificado (aporta el empadronamiento) y arraigo en España, ya que lleva seis años en nuestro país y tiene pareja con residencia legal.<sup>9</sup>

### **Límite temporal**

El internamiento debe acordarse por el tiempo imprescindible para el aseguramiento de la expulsión. La Ley Orgánica 2/2009 ha ampliado el plazo máximo de internamiento de 40 a 60 días. El nuevo plazo de 60 días es notablemente inferior al que aparece previsto en la Directiva de retorno. El artículo 15.5 de la Directiva establece que «cada Estado miembro fijará un período limitado de internamiento, que no podrá superar los seis meses» (se contempla la posibilidad de ampliar ese plazo en determinados supuestos por un período de doce meses más).

## **3. LA DENEGACIÓN DE ENTRADA Y EL RETORNO**

### **Principio de contradicción**

Como ya señalamos en ediciones anteriores del Anuario, destacan los problemas que plantea la falta de traslado al interesado del «informe-propuesta». El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, considera que esta omisión solo es causa de anulación de la orden de retorno cuando origine indefensión por contener datos nuevos que sean relevantes para la resolución final. Así, por ejemplo, la STSJ Madrid de 10 de diciembre de 2009 (Recurso núm. 795/2009) anula la orden de retorno y ordena retrotraer las actuaciones basándose en que el «informe-propuesta» contenía datos importantes (falsedades en el pasaporte y en el permiso de trabajo italiano) que el interesado no tuvo oportunidad de contradecir.

Por el contrario, se considera innecesario el traslado de la propuesta de resolución cuando contenga exclusivamente los hechos y las manifestaciones de las que el interesado tuvo conocimiento previamente en presencia de su abogado.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> En el mismo sentido, la AP Madrid (Sección 29ª), auto núm. 520/2009 de 4 de diciembre.

<sup>10</sup> Véanse las SSTSJ Madrid de 9 de septiembre (Recurso núm. 441/2009) y 11 de diciembre de 2009 (Recurso núm. 955/2009).

## **Asistencia letrada**

En todas las sentencias que hemos analizado se desestima la alegación de que se ha lesionado el derecho a la asistencia letrada argumentando que el expediente administrativo revela que el interesado gozó de letrado y que, en presencia de este, se le especificaron las condiciones que no cumplía para poder entrar válidamente en territorio nacional, con formal indicación de los derechos que le asistían.<sup>11</sup>

## **EL INTERNAMIENTO DEBE ACORDARSE POR EL TIEMPO IMPRESCINDIBLE PARA EL ASEGURAMIENTO DE LA EXPULSIÓN. LA LEY ORGÁNICA 2/2009 HA AMPLIADO EL PLAZO MÁXIMO DE INTERNAMIENTO DE 40 A 60 DÍAS**

### **Comunicación a la embajada o consulado**

La STSJ Andalucía, Sevilla, de 23 de enero de 2009 (Recurso núm. 572/2007) analiza si debió comunicarse al consulado la denegación de entrada en España de un extranjero en el puesto fronterizo del puerto de Algeciras. El Tribunal Superior de Justicia considera que no es aplicable esta comunicación, prevista en el artículo 60.4 de la Ley de Extranjería, porque el interesado no estuvo detenido. Señala la Sentencia que el hecho de que transcurra un tiempo desde el informe de los motivos de denegación de entrada hasta la llegada de intérprete y abogado en absoluto acredita que el interesado haya estado detenido, sencillamente ha estado sin posibilidad de ingresar en el territorio. Se aclara que no estamos en este caso ante la situación del viajero que llega en avión y tiene limitados sus movimientos en una dependencia del aeropuerto. El extranjero permaneció en la zona anterior al puesto fronterizo, sin abordar el siguiente barco, mientras se resolvía su reclamación contra la denegación de entrada.

### **Motivación**

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid sostiene que el artículo 7.2 b) 1º del Reglamento de Extranjería (Real Decreto 2393/2004) permite a la Administración exigir siempre, para los viajes de carácter turístico o privado, la presentación de la documentación que acredite el

---

<sup>11</sup> Véase, como ejemplo, la STSJ Madrid de 17 de diciembre de 2009 (Recurso núm. 269/2009).

motivo del viaje. En concreto, puede pedir el documento justificativo del establecimiento de hospedaje o la carta de invitación de un particular. El Tribunal Superior de Justicia interpreta que no es necesario que se exprese de forma razonada en la resolución de denegación de entrada los datos o circunstancias que hacen sospechar que el objeto declarado de la estancia no se corresponde con la realidad. Se sostiene que la jurisprudencia del Tribunal Supremo que exigía esta motivación específica fue dictada cuando estaba vigente una normativa diferente (la redacción originaria del art. 23 de la LO 4/00 de 11 de enero y el Real Decreto 864/2001).<sup>12</sup>

La verosimilitud de la carta de invitación queda devaluada, según la STSJ de Madrid de 18 de diciembre de 2009 (Recurso núm. 984/2009), cuando el viajero desconoce circunstancias elementales de la persona que le invita.

La STSJ de Madrid de 7 de diciembre de 2009 (Recurso núm. 1527/2009) estima el recurso presentado por un brasileño que presentó los documentos reglamentariamente establecidos

**EN LOS RECURSOS ANTE LOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, ES NECESARIO QUE LA PARTE EXPRESE SU VOLUNTAD DE PRESENTAR EL RECURSO Y APODERE AL ABOGADO O AL PROCURADOR PARA QUE LE REPRESENTE EN JUICIO**

para justificar el objeto y condiciones de estancia. La Sentencia destaca que esta persona portaba pasaporte, carta de invitación de un hermano que reside en España, dinero en efectivo y billete de regreso a su país. El Tribunal Superior de Justicia considera que la Administración no ha motivado suficientemente por qué considera que el viaje no tenía una finalidad legítima. La Sentencia juzga que es irrelevante que viajara solo pese a estar casado y tener un hijo menor. Tampoco se entiende debidamente justificada la denegación de la entrada por el hecho de que el recurrente hubiera estado con anterioridad en España de forma irregular, cuando

no le consta prohibición alguna de entrada. Según el Tribunal, no se puede deducir de esta circunstancia que el viajero tiene intención de quedarse en el territorio español. Considera la Sentencia que esta deducción es «una mera sospecha rayana en una especie de sanción preventiva».

<sup>12</sup> Véanse las SSTSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2009 (Recurso núm. 1381/2009) y 18 de diciembre de 2009 (Recurso núm. 984/2009).

## Acceso a la jurisdicción y representación procesal

En los recursos ante los juzgados de lo Contencioso-Administrativo, es necesario que la parte exprese su voluntad de presentar el recurso y apodere al abogado o al procurador para que lo represente en juicio. En los órganos unipersonales (juzgados), las partes pueden decidir acumular en el abogado las tareas de representación procesal y asistencia jurídica. El documento que acredita la representación forma parte de la documentación complementaria que debe acompañarse al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo.

La constancia expresa de la voluntad de interponer el recurso constituye un problema recurrente en la jurisprudencia. El problema se plantea porque el extranjero, que ha sido asistido en el procedimiento de retorno por un abogado (mediante el otorgamiento de un poder administrativo ante el funcionario policial), se halla fuera de España en el momento de interponer el recurso contencioso-administrativo. El recurso suele interponerse entonces por el abogado sin la firma del interesado y sin que se aporte un documento de apoderamiento. ¿Puede admitirse en estos casos el recurso contencioso-administrativo?

La STSJ Madrid de 23 de julio de 2009 (Recurso núm. 1726/2008) considera que la opción correcta es el archivo del procedimiento por falta de representación. El Tribunal afirma que la solicitud de asistencia letrada no implica necesariamente la voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo. Se concluye que el juzgado no puede suplir la ausencia de voluntad del poderdante y solicitar del Colegio de Procuradores el nombramiento de representante. La Sentencia sostiene además que la circunstancia de que el interesado confiriese su representación al letrado para las actuaciones desarrolladas ante la Administración no permite entender cumplido el requisito de la postulación procesal ante la jurisdicción. El nombramiento de representante debe efectuarse en la forma prevista por las leyes procesales, esto es, mediante un acto de atribución expresa de la representación, bien mediante poder notarial, bien mediante comparecencia *apud acta*.<sup>13</sup>

La reciente reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009) ha querido establecer un criterio único que termine con la existencia de resoluciones judiciales discrepantes. El artículo 22.3 de la Ley de Extranjería dispone que «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

---

<sup>13</sup> En el mismo sentido, la STSJ Madrid de 3 de diciembre de 2009 (Recurso núm. 749/2009).

7 de enero, de Enjuiciamiento Civil». El artículo 24 de esta norma dispone que «el poder en que la parte otorgue su representación al procurador habrá de estar autorizado por notario o ser conferido por comparecencia ante el secretario judicial del tribunal que haya de conocer del asunto». En caso de que el extranjero se halle privado de libertad, esta constancia deberá realizarse «en la forma y ante el funcionario público que reglamentariamente se determinen».

### Recurso de apelación

La Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia Madrid continúa inadmitiendo los recursos de apelación presentados contra las sentencias de los juzgados de lo Contencioso-Administrativo. En contra del criterio tradicional, estas secciones consideran que se trata de asuntos cuya cuantía puede calcularse en función del coste del billete de avión y, en su caso, de las reservas en hoteles. Se argumenta que la denegación de entrada en España plantea un problema distinto a la expulsión, la denegación de permisos de residencia o la denegación de la exención de visado. Mientras que en estos casos se planea el establecimiento de una situación de duración indeterminada en el tiempo, con perjuicios que son difíciles de cuantificar; la denegación de entrada solo impide emprender un viaje turístico por España. Se inadmite el recurso de apelación por considerar que la cuantía es inferior al límite legalmente establecido (18.030,36 euros).<sup>14</sup>

Las secciones 2ª, 3ª, 4ª, 9ª siguen el enfoque opuesto y sostiene que la cuantía es indeterminada.<sup>15</sup> La admisión del recurso de apelación permite la supervisión por parte del Tribunal Superior de Justicia de las decisiones de denegación de entrada. Creemos que esta segunda interpretación es preferible porque favorece la efectividad del derecho a la tutela judicial e incrementa las posibilidades de control de la actividad administrativa en un ámbito en el que se define alcance del derecho de los extranjeros a la libre circulación y entrada en España.

## 4. LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO ESPAÑOL

Cada vez son menos las sentencias que dicta el Tribunal Supremo en relación con los procedimientos de expulsión. El Tribunal Supremo inadmite los recursos de casación interpuestos contra sentencias de los tribunales superiores de Justicia de las comunidades autónomas

<sup>14</sup> Véase, como muestra del criterio de la Sección 7ª, las SSTSJ Madrid de 1 de octubre (Recurso núm. 764/2009) y 5 de noviembre de 2009 (Recurso núm. 1096/2009).

<sup>15</sup> Véanse la SSTSJ Madrid de 15 de enero (Recurso núm. 1377/2008), 30 de abril (Recurso núm. 1201/2008), 30 de junio (Recurso núm. 1691/2008), 9 de julio (Recurso núm. 2140/2008) y 10 de septiembre de 2009 (Recurso núm. 128/2009).

posteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre. La disposición adicional decimocuarta de la citada Ley Orgánica modificó la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para atribuir a los juzgados de lo Contencioso-Administrativo la competencia para conocer de las resoluciones que se dicten en materia de extranjería por la Administración periférica del Estado. Estas resoluciones judiciales pueden ser recurridas ante las salas de lo Contencioso-Administrativo de los tribunales superiores de Justicia, pero no cabe recurso de casación.<sup>16</sup>

Una de las escasas resoluciones que podemos comentar es la STS de 12 de noviembre de 2009 (Recurso de Casación nº 1417/2007), que aplica la norma posterior más favorable en el caso de una expulsión cuyo fundamento era el artículo 49 g) de la Ley Orgánica 4/2000, que sancionaba al extranjero que realizara actividades ilegales. La anulación de la expulsión es consecuencia de la desaparición de este tipo sancionador tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2000. Tras la reforma legal, la causa de expulsión es la participación del extranjero en actividades contrarias al orden público previstas como graves por la Ley sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

### **La distinción entre expulsión y devolución**

La dificultad para distinguir entre los supuestos de expulsión y devolución vuelve a plantearse a la vista de la diferencia de criterios que mantienen los tribunales superiores de Justicia en aquellos casos en los que los extranjeros son identificados dentro de los primeros 90 días de estancia irregular.

Así, por ejemplo, la STSJ Andalucía, Sevilla, de 17 de diciembre de 2009 (Recurso núm. 74/2009) analiza la validez de una orden de expulsión contra un extranjero que había entrado en España clandestinamente, de noche, y por una playa de Ceuta, el 18 de febrero de 2007 y que fue identificado por la policía cuatro días más tarde. El Tribunal sostiene que en este caso debe aplicarse la sanción de expulsión, porque la devolución solo puede aplicarse a situaciones en las que el extranjero es interceptado en la frontera o en sus inmediaciones. Se concluye que la devolución no procede en aquellos casos en los que el extranjero es detenido cuando lleva varios días en territorio español.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Véase, como ejemplo de inadmisión, el Auto del TS, (Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 12 de marzo de 2009 (Recurso de Casación núm. 3921/2008).

<sup>17</sup> En el mismo sentido, la STSJ Andalucía, Sevilla, de 28 de julio de 2009 (Recurso núm. 28/2009).

El mismo problema surge en la STSJ País Vasco, de 21 de mayo de 2009 (Recurso núm. 201/2008). El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo había anulado la orden de expulsión de un extranjero que fue detenido en la estación de trenes de Irún, indocumentado, y sin conocerse por donde había cruzado la frontera. El propio interesado afirmó que había entrado en territorio español «hace escasas fechas», sin aportar ningún dato concreto al respecto. El Tribunal revoca la resolución del órgano de primera instancia y mantiene la sanción de expulsión por considerar que no existe ningún indicio que permita concluir que el recurrente se encontraba en territorio español desde hacía menos de 90 días. La Sentencia sostiene que la devolución y la expulsión «guardan una sustancial naturaleza sancionadora, puesto que llevan asociada como penalidad la vuelta forzosa del extranjero a su país y la prohibición de entrada». Se llega a afirmar que la tramitación de un expediente de expulsión en lugar del de devolución, cuando la expulsión no lleva aparejada una prohibición de entrada superior a tres años (que es período máximo para el supuesto de devolución), no constituye un vicio de nulidad de pleno derecho.

La solución contraria se sigue en la STSJ Canarias (Las Palmas) de 27 de marzo de 2009 (Recurso núm. 358/2008). Se confirma la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que había anulado la expulsión de un extranjero que había sido detenido dentro de España, cuando acababa de llegar en una embarcación tipo patera y aún se encontraba en la misma playa. La Sentencia se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual el artículo 53.a) de la Ley de Extranjería tipifica únicamente el hecho de encontrarse irregularmente en territorio español en concretas o determinadas circunstancias: «Primero: por no haber obtenido la prórroga de estancia. Segundo: por carecer de autorización de residencia. Tercero: por tener caducada más de tres meses la mencionada autorización de residencia y siempre que el interesado no hubiese solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente». Según el Tribunal Supremo, no se contempla la situación del extranjero que ha entrado ilegalmente en territorio español, salvo que su estancia en dicho territorio se hubiese prolongado más de noventa días. El Tribunal Superior de Justicia, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sugiere que la Administración debió acordar la devolución (creándose un supuesto de devolución distinto a los previstos en el artículo 58.2 de la Ley de Extranjería) mediante la tramitación de un expediente administrativo.

El origen de este problema está en los sucesivos cambios que ha experimentado la Ley de Extranjería. La redacción original de la Ley Orgánica 4/2000 tipificaba como infracción grave «la entrada en territorio español careciendo de la documentación o de los requisitos exigibles, por

lugares que no sean los pasos habilitados o contraviniendo las prohibiciones de entrada legalmente previstas» (art. 49 d). Al mismo tiempo, se preveía la devolución para quienes pretendieran entrar ilegalmente en el país.

La infracción de entrada irregular desapareció con la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que mantuvo la devolución. Mientras, el artículo 138 del Real Decreto 864/2001 intentó extender la devolución a los extranjeros que fueran «interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada». La STS de 20 de marzo de 2003 declaró que el Reglamento no podía incluir dentro de los supuestos de devolución (sin necesidad de expediente administrativo) los supuestos en los que el extranjero está en tránsito dentro del territorio nacional.

Posteriormente el propio Tribunal Supremo, en las SSTS de 22 de diciembre de 2005 (Recurso de Casación núm. 3743/2002) y 30 de noviembre de 2006 (Recurso núm. 6755/2003), ha declarado que el art. 53.a) de la Ley de Extranjería solo tipifica la estancia irregular en territorio español cuando haya sobrepasado los tres meses.

Creemos que resulta sorprendente que no se haya aprovechado la última reforma de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 2/2009) para corregir la situación y aportar algo de seguridad jurídica.

## **Audiencia**

Como ya destacamos en las ediciones anteriores de este Anuario, surgen a menudo dudas respecto de la notificación de la propuesta de resolución. El artículo 63.2 de la Ley de Extranjería posibilita que el acuerdo de iniciación del procedimiento de expulsión pueda convertirse directamente en propuesta de resolución. Esta posibilidad se da en dos casos: a) cuando el interesado, o su representante, no efectúa alegaciones sobre el acuerdo de iniciación; o b) cuando estas alegaciones no son admitidas, de forma motivada, por improcedentes o innecesarias.

La jurisprudencia ha aceptado que no se notifique la propuesta de resolución, ni se conceda un nuevo trámite de audiencia, cuando no se tengan en cuenta otros hechos, alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.<sup>18</sup> En estas condiciones, el expediente se remite a la

---

<sup>18</sup> Así, por ejemplo, la STSJ de Andalucía (Málaga) de 15 de mayo de 2009 (Recurso núm. 450/05) y la STSJ Madrid de 18 de diciembre de 2009 (Recurso núm. 979/2009).

autoridad competente para resolver. Por el contrario, la Administración debe notificar la propuesta de resolución cuando se introduzcan nuevos hechos respecto del acuerdo de iniciación que agraven la sanción.

### **Asistencia letrada y de intérprete**

Los extranjeros que se hallan en España tienen derecho a asistencia letrada en los procedimientos de expulsión, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Estas asistencias son gratuitas cuando las personas contra las que se inicia un procedimiento de expulsión carecen de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita. No existe vulneración del derecho a la asistencia letrada cuando consta en el expediente que se ha practicado el trámite de lectura de derechos durante la detención y se ha procedido a la designación de abogado del turno de oficio.<sup>19</sup>

### **Motivación**

Los tribunales superiores de Justicia reiteran la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la obligación de justificar la necesidad de la expulsión. Se sostiene que la multa es la «sanción principal» en el caso de la infracción del artículo 53.a) de la Ley de Extranjería. El hecho de encontrarse en España desde hace más de tres meses en situación irregular está castigado –en primer lugar– con la sanción de multa. La expulsión, como sanción más grave y secundaria, requiere una motivación específica, distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal. La Administración ha de explicar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, al ser más grave que la multa.<sup>20</sup>

Sin embargo, se permite completar la motivación con las circunstancias jurídicas o fácticas que se reflejan en el expediente administrativo. Se considera que la expulsión está motivada cuando en el expediente administrativo constan, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos son de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifican la expulsión, aunque no se haga mención de ellos en

---

<sup>19</sup> Véase la STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 20 de octubre de 2009 (Recurso núm. 169/2009).

<sup>20</sup> Véase la STSJ de Andalucía (Málaga) de 9 de marzo de 2009 (Recurso núm. 2008/2003), la STSJ Canarias (Las Palmas) de 23 de julio de 2009 (Recurso núm. 3/2009), la STSJ Murcia de 30 de julio de 2009 (Recurso núm. 226/2009) y la STSJ Madrid de 26 de julio de 2009 (Recurso núm. 1443/2008).

la resolución sancionadora. En este sentido, se estima que la expulsión está motivada cuando en el expediente se hace referencia a la situación de indocumentación del extranjero (por lo que no consta su verdadera identificación y filiación), a la entrada irregular en territorio español o a la utilización de un pasaporte falso.<sup>21</sup>

## **Proporcionalidad**

La imposición de la expulsión en el caso previsto en el art. 53.a) de la Ley está supeditada al principio de proporcionalidad. Para valorarla se tiene en cuenta el grado de culpabilidad del infractor y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia.

La entrada en España fuera de los puestos habilitados al efecto o la ausencia de documentación de identidad son las circunstancias que más habitualmente justifican la expulsión. Se aprecia que existe una actuación dolosa, o al menos gravemente imprudente, que frustra la exigencia legal de que la movilidad migratoria se sujete a la previa intervención administrativa.<sup>22</sup>

La expulsión también se considera proporcionada en el caso de que el interesado haya sido condenado por la comisión de algún delito. Debemos recordar que el Tribunal Supremo viene sosteniendo –desde la importante STS de 29 de septiembre de 2006 (comentada en la edición 2008 de este Anuario)– que el principio de presunción de inocencia impide tomar en consideración los antecedentes policiales como justificación de la elección de la expulsión cuando se desconoce su resultado final, porque es posible que las actuaciones policiales no hayan desembocado en actuaciones judiciales o que estas hayan terminado sin ninguna condena. Si la Administración sancionadora quiere fundar en esas actuaciones policiales o judiciales la expulsión que decreta, ha de averiguar cuál fue su resultado y dejar constancia de ello en el expediente administrativo.

Por el contrario, la expulsión se considera desproporcionada, de forma reiterada, cuando la salida del territorio nacional perjudica gravemente la vida personal y familiar del recurrente como consecuencia de su arraigo social y familiar en España. Sin embargo, son mayoría las resoluciones en las que se desestima la falta de proporcionalidad de la expulsión porque el recurrente no prueba la existencia de arraigo. En el caso del arraigo familiar, la persona contra la que se dirige

---

<sup>21</sup> Cfr. la STSJ de Andalucía (Málaga) de 15 de mayo de 2009 (Recurso núm. 450/2005).

<sup>22</sup> Véanse la STSJ de Andalucía (Málaga) de 18 de mayo de 2009 (Recurso núm. 565/2005), la STSJ de islas Baleares de 19 de junio de 2009 (Recurso núm. 117/2009), la STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 20 de octubre de 2009 (Recurso núm. 169/2009) y la STSJ de Cataluña de 15 de junio de 2009 (Recurso núm. 1423/2007)

la expulsión debe acreditar la naturaleza del vínculo familiar con el residente legal y la circunstancia de convivir en el mismo domicilio y a expensas de este.<sup>23</sup>

La apreciación de la existencia de arraigo resulta eminentemente casuística. El arraigo familiar suele basarse en la convivencia estable con una pareja que reside legalmente o en el cuidado de hijos menores de nacionalidad española.<sup>24</sup> Según la STSJ Cataluña de 23 de julio de 2009 (Recurso núm. 1636/2007), el acto de empadronarse resulta manifiestamente insuficiente para acreditar arraigo, no siendo relevante tampoco la apertura de una cuenta bancaria.

En el caso de que el recurrente alegue razones humanitarias para enervar la expulsión, debe acreditar estas circunstancias, que deben entenderse como supuestos de enfermedad o conflicto a causa del cual el emigrante pueda sufrir persecución y peligro.<sup>25</sup>

### **Notificación**

Debemos reiterar que la Administración no puede proceder a publicar la resolución de expulsión en el Boletín Oficial de la Provincia sin intentar previamente notificar el acto al interesado en el domicilio de su letrado, cuando este ha sido señalado para la práctica de las notificaciones. En estos casos, aunque la resolución se dicte dentro del plazo de seis meses, se considera que no es notificada en él, por lo que se declara la caducidad del expediente.

### **Acceso a la jurisdicción y representación procesal**

Los mayores problemas se plantean en relación con el requisito de representación procesal para la interposición del recurso contencioso-administrativo. Son mayoría las sentencias que exigen que haya constancia de que la persona afectada por la resolución administrativa ha decidido interponer el recurso contencioso-administrativo. Esta voluntad debe manifestarse mediante la suscripción del escrito de interposición, mediante el otorgamiento de poder notarial o mediante apoderamiento *apud acta*.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Cf. la STSJ de Andalucía (Málaga) de 15 de mayo de 2009 (Recurso núm. 1403/2003).

<sup>24</sup> Véase la STSJ Cataluña de 29 de junio de 2009 (Recurso núm. 1503/2007) y la STSJ País Vasco de 11 de febrero de 2009 (Recurso núm. 40/2008).

<sup>25</sup> Cf. STSJ de Andalucía (Málaga) de 28 de mayo de 2009 (Recurso núm. 1653/2003).

<sup>26</sup> Véase la STSJ de Andalucía (Málaga) de 17 de junio de 2009 (Recurso núm. 248/2009) y la STSJ Cataluña de 6 de julio de 2009 (Recurso núm. 596/2008).

Como ya hemos señalado en relación con los recursos contra las denegaciones de entrada, la reciente reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009) ha establecido que «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» (art. 22.3). Según el artículo 24, «el poder en que la parte otorgue su representación al procurador habrá de estar autorizado por notario o ser conferido por comparecencia ante el secretario judicial del tribunal que haya de conocer del asunto». En caso de que el extranjero se halle privado de libertad, esta constancia deberá realizarse «en la forma y ante el funcionario público que reglamentariamente se determinen».

### **La suspensión cautelar de la expulsión**

La ejecución inmediata de la orden de expulsión constituye la regla general. El motivo es que la suspensión de los acuerdos de expulsión es susceptible de causar graves perjuicios al interés general porque puede paralizar la actuación administrativa de control de la inmigración. Sobre la parte que solicita la medida cautelar pesa la carga procesal de aportar elementos de juicio que permitan sustentar la necesidad de la suspensión. Son muy numerosas las sentencias que desestiman el recurso con el argumento de que el recurrente no ha aportado datos fácticos que acrediten de forma mínima el *periculum in mora*, «pese a que, evidentemente, era carga de él mismo hacerlo».<sup>27</sup>

La causa que más frecuentemente se invoca para solicitar la suspensión cautelar es el peligro de ruptura del arraigo familiar. Los casos más habituales se refieren a vínculos con cónyuges (o parejas de hecho) e hijos españoles o residentes legales.<sup>28</sup> La STSJ de Madrid de 28 de julio de 2009 (Recurso núm. 947/2009) identifica la existencia de arraigo familiar con los vínculos suficientes para proceder a la reagrupación familiar (cónyuges, hijos y ascendientes). En este caso, el recurrente alegaba que vivían en España una hermana y unos sobrinos. La Sentencia además señala que no existe una situación de convivencia, porque los familiares residen en Zaragoza y el recurrente en Madrid.

Se accede a la suspensión cautelar de la expulsión sobre la base de la doctrina del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho en aquellos casos en los que la resolución de expulsión

---

<sup>27</sup> En aplicación de esta doctrina, se rechaza la adopción de la medida cautelar, entre otras muchas resoluciones, en la STSJ de Madrid de 27 de julio de 2009 (Recurso núm. 65/2009) y la STSJ de Andalucía (Málaga) de 27 de mayo de 2009 (Recurso núm. 741/09).

<sup>28</sup> Véanse las STSJ Madrid de 3 de diciembre de 2009 (Recurso núm. 542/2009) y 16 de diciembre de 2009 (Recurso núm. 1519/2009).

únicamente se fundamenta en la situación de estancia irregular. Se atribuye al recurso interpuesto muchas probabilidades de prosperar porque existe una reiterada jurisprudencia que anula la orden de expulsión, por falta de motivación, cuando no hay reflejo en la resolución ni en el expediente de otro hecho infractor que la carencia de permiso de estancia o residencia legal en España.<sup>29</sup> La STSJ Castilla-La Mancha núm. 10284/2009 de 28 de diciembre (Recurso núm. 266/2009) señala que la denegación previa de una petición de regularización no puede ser tomada en consideración para motivar la expulsión.

## 5. LA DEVOLUCIÓN

El artículo 58. 2 de la Ley Orgánica 4/2000 (actualmente art. 58.3) dispone que no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos:

**a.** Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.

La STSJ La Rioja de 1 de diciembre de 2009 (Recurso núm. 129/2009) confirma la validez de la devolución al considerar probado que la recurrente contravino una prohibición de entrada en el territorio Schengen impuesta por las autoridades alemanas. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ Extremadura de 28 de abril de 2009 (Recurso núm. 80/2009) respecto de una prohibición de entrada emitida por las autoridades italianas. Esta última sentencia señala expresamente que la devolución conlleva la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que fue acordado en la resolución italiana de expulsión.

**b.** Los que pretendan entrar ilegalmente en el país.

La STSJ Andalucía (Granada) de 30 de marzo de 2009 (Recurso núm. 715/2006) confirma la devolución de un extranjero que fue sorprendido mientras se aproximaba en una lancha neumática a la playa en las costas de Motril.<sup>30</sup>

El Tribunal Superior de Justicia de Murcia deniega en una larga serie de sentencias la suspensión cautelar de las devoluciones de extranjeros que habían sido detenidos mientras pretendían entrar ilegalmente en España. Se destaca que el artículo 58. 2 b) de la Ley Orgánica 4/2000

<sup>29</sup> Véase la STSJ de Aragón de 6 de noviembre de 2009 (Recurso núm. 238/2009) y la STSJ Madrid de 4 de diciembre de 2009 (Recurso núm. 1399/2009)

<sup>30</sup> En el mismo sentido, la STSJ Andalucía (Granada) de 23 de marzo de 2009 (Recurso núm. 712/2006).

(redacción anterior a la LO 2/2009) permite la devolución al país de origen sin necesidad de iniciar un procedimiento de expulsión en este supuesto y que el extranjero no acredita ninguna circunstancia (tener arraigo, familiar o laboral, o haber solicitado el asilo) que justifique la adopción de la medida cautelar solicitada.<sup>31</sup>

## 6. LA REPATRIACIÓN DE MENORES

La repatriación a su país de origen de los menores no acompañados constituye un tema especialmente sensible desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales. El artículo 35 de la Ley de Extranjería, que regula este procedimiento, ha sido objeto de algunas modificaciones importantes en la Ley Orgánica 2/2009.

En el nuevo apartado sexto de este artículo se aborda el problema de la capacidad del menor para actuar en el procedimiento de repatriación, recurrir la orden de repatriación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo o solicitar medidas cautelares. A los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años se les reconoce capacidad para actuar, pudiendo intervenir personalmente o a través del representante que designen. Cuando se trata de menores de dieciséis años, con juicio suficiente, que hayan manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se debe suspender el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente.

Este precepto codifica algunas de las soluciones que venían utilizando los tribunales anteriormente. Así, por ejemplo, la STSJ de Madrid de 22 de octubre de 2009 (Recurso núm. 1137/2008) considera que el nombramiento de un defensor judicial subsana la falta de capacidad procesal del menor para solicitar la suspensión cautelar de la repatriación. En este caso se da la circunstancia de que el auto de nombramiento del representante del menor fue dictado después del auto de suspensión cautelar (aunque ambos autos son de la misma fecha).

La autoridad gubernativa debe resolver –conforme al principio de reagrupación familiar del menor, después de oír al menor y previo informe de los servicios de protección de menores– lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. La falta de audiencia del menor es causa

---

<sup>31</sup> Véanse las STSJ Murcia de 13 de noviembre (Recurso núm. 459/2009), 23 de noviembre (Recurso núm. 516/2009), 28 de diciembre (Recursos núm. 555/2009 y 556/2009) y 30 de diciembre de 2009 (Recurso núm. 600/2009).

de nulidad en el procedimiento de repatriación.<sup>32</sup> Para proceder a la repatriación del menor se exige localizar a los familiares de los menores o, en su defecto, contactar con los servicios de protección de menores del país de origen que puedan hacerse responsables de ellos.

La suspensión cautelar de la repatriación puede apoyarse en el incumplimiento de alguno de los anteriores trámites procedimentales o en la existencia de indicios de arraigo. La STSJ Madrid de 7 de mayo de 2009 (Recurso núm. 2187/2008) adopta medidas cautelares respecto de una orden de expulsión dictada contra una persona que inicialmente se pensó que era mayor de edad y posteriormente se ha acreditado su minoría de edad. La Sentencia resuelve que el menor no podrá ser internado en un centro de internamiento de extranjeros, ni repatriado a su país de origen, hasta que alcance la mayoría de edad.

## **PERSISTE LA DISCREPANCIA ENTRE LAS SECCIONES DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TSJ MADRID ACERCA DE LA ADMISIÓN DE RECURSOS DE APELACIÓN EN PROCESOS RELACIONADOS CON LA DENEGACIÓN DE ENTRADA Y EL ACUERDO DE RETORNO**

### **7. LA PROHIBICIÓN DE ENTRADA**

La STS de 27 de octubre de 2009 (Recurso de Casación 4412/2006) analiza un caso poco frecuente, que está relacionado con la facultad de la Administración de prohibir la entrada en España de quienes realicen «actividades contrarias a los intereses españoles o a los derechos humanos» o tengan «notorias conexiones con organizaciones delictivas», prevista en el artículo 26.3 del Real Decreto 864/2001 (y posteriormente en el apartado d) del artículo 10 del Real Decreto 2393/2004). El objeto del proceso es la Resolución de 26 de abril de 2004, de la Dirección General de la Policía, por la que se prohibió la entrada en España de un extranjero que había intentado sobornar a un funcionario del consulado español en Moscú para la tramitación de visados. El Tribunal Supremo confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5) de 15 de marzo de 2006, que había anulado el acto administrativo por omitir el trámite de audiencia. Ambos tribunales consideran que la resolución administrativa tiene carácter sancionador y deben aplicarse las garantías previstas en la legislación general de procedimiento administrativo.

---

<sup>32</sup> Véanse las SSTSJ de Madrid de 16 de julio (Recurso núm. 2188/2008) y 22 de octubre de 2009 (Recurso núm. 1137/2008).

La sanción de expulsión lleva aparejada la prohibición de entrada en territorio español. La jurisprudencia exige que la resolución administrativa motive el período de prohibición de entrada cuando se amplía el plazo mínimo de tres años.<sup>33</sup>

La Ley Orgánica 2/2009 ha introducido importantes cambios en la duración de la prohibición de entrada. Se rebaja el límite máximo de diez a cinco años. La excepción que se prevé son los casos en los que el extranjero «suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública». En este caso, la Ley permite ampliar a diez años la prohibición de entrada. Otro cambio que se produce (y que no es analizado en la Instrucción) es la eliminación del límite mínimo de la prohibición de entrada, que antes se fijaba en tres años.

Por otra parte, la Ley señala que no se impondrá la prohibición de entrada cuando el extranjero abandone el territorio nacional durante la tramitación del expediente de expulsión. Si el extranjero abandona el territorio en el plazo de salida voluntaria previsto en la orden de expulsión, se revocará la prohibición de entrada. Esta posibilidad se reconoce solo cuando la expulsión se base en los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 53.1 de la Ley de Extranjería.

---

<sup>33</sup> Véase STSJ Castilla y León (Burgos) de 13 de noviembre de 2009 (Recurso núm. 215/2009) y STSJ Madrid de 22 de octubre de 2009 (Recurso núm. 210/2009).