



# DENEGACIÓN DE ENTRADA Y SALIDAS OBLIGATORIAS DEL PAÍS: LAS GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA (JULIO 2012- JUNIO 2013)

**Ignacio García Vitoria**

Profesor Contratado, Universidad Complutense  
de Madrid (UCM)

igvitoria@der.ucm.es

## 1. Introducción

## 2. Cuestiones comunes

2.1. Acceso a la jurisdicción y representación procesal

2.2. Asistencia jurídica gratuita

## 3. El internamiento en centros no penitenciarios

3.1. Comunicación al juez por parte de la autoridad administrativa de «cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados»

3.2. Falta de eficacia del recurso de apelación al haberse materializado la expulsión

3.3. Audiencia del interesado

3.4. Motivación

3.5. Proporcionalidad

## 4. La denegación de entrada y el retorno

## 5. La expulsión del territorio español

5.1. Improcedencia de la expulsión cuando se ha solicitado un permiso que está pendiente de resolución administrativa

5.2. Audiencia

5.3. Motivación

5.4. *Non bis in idem*

5.5. Proporcionalidad y concepto de arraigo

5.6. Proporcionalidad en caso de existencia de una condena penal

5.7. La suspensión cautelar de la expulsión

## 6. La devolución

6.1. Prohibición de entrada del extranjero que pretende entrar ilegalmente en el país

6.2. Prohibición de entrada del extranjero que contraviene una resolución previa

## 7. Advertencia de salida del territorio español

### **PALABRAS CLAVE**

expulsión, devolución, denegación de entrada, internamiento, jurisprudencia ordinaria, garantías del procedimiento

### **KEY WORDS**

expulsion, repatriation, denial of entry, internment, ordinary law, procedural guarantees

### **RESUMEN**

La resolución más destacada del período analizado (julio 2012-junio 2013) es la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 marzo de 2013, en la que se resuelve un recurso contencioso-administrativo contra varios apartados del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. La Sentencia analiza algunos aspectos relevantes sobre la devolución. Se analiza la jurisprudencia dictada entre julio de 2012 y junio de 2013 por los Tribunales Superiores de Justicia sobre las garantías que deben presidir los procedimientos de expulsión, devolución y retorno y de las Audiencias Provinciales sobre las garantías del internamiento en centros de extranjeros.

### **ABSTRACT**

The most notable decision in the period under analysis (July 2012-June 2013) is the Supreme Court Ruling of 12 March 2013 on a contentious-administrative appeal against several sections of the Royal Decree 557/2011, of 20 April. The Ruling analyses aspects pertaining to return. This article studies other rulings handed down in July 2012 and June 2013 by the High Courts of Justice on guarantees that must govern procedures of expulsion, repatriation and return, and those of Provincial Courts on guarantees with regard to internment in detention facilities for aliens.

## 1. INTRODUCCIÓN

La Sala Tercera del Tribunal Supremo dictó durante el período analizado (julio 2012-junio 2013) dos sentencias sobre la legalidad del Reglamento de la Ley Orgánica (LO) 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 12 de marzo de 2013 (Recurso n.º 343/2011) analiza cuestiones relacionadas con la devolución y con el internamiento. En ella se resuelve el Recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la Federación de Asociaciones Pro-Inmigrantes Andalucía Acoge, la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía y la Federación SOS Racismo. La misma Sección de la Sala Tercera dictó la Sentencia de 11 de junio de 2013 (Recurso n.º 341/2011), en la que se analiza la regulación del derecho a la asistencia jurídica gratuita. El Recurso había sido presentado por la Asociación Catalana de Profesionales de Extranjería (ACPE).

Se analiza la jurisprudencia dictada por los Tribunales Superiores de Justicia 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 y devolución). Se examina también la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (AP) respecto al internamiento cautelar en centros no penitenciarios. El elevado número de sentencias que dictan los Tribunales Superiores de Justicia de las comunidades autónomas y las Audiencias Provinciales impide realizar un análisis exhaustivo, por lo que hemos tratado de seleccionar una serie de problemas que aparecen de forma recurrente en la jurisprudencia.

## 2. CUESTIONES COMUNES

### 2.1. Acceso a la jurisdicción y representación procesal

En ediciones anteriores del *Anuario de la Inmigración en España* dejamos constancia de la existencia de discrepancias entre los Tribunales Superiores de Justicia sobre los requisitos para interponer recurso ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo contra la expulsión o la denegación de entrada. Mientras algunos tribunales admitían que los abogados de oficio designados por los colegios de abogados pudieran interponer el recurso sin que su cliente les hubiera conferido expresamente la representación, otros, por el contrario, exigían que hubiera constancia expresa de la voluntad de la persona afectada por la resolución administrativa de interponer el recurso contencioso-administrativo y de atribuir su representación procesal al abogado de oficio.

A favor de la primera posición se esgrimía la necesidad de realizar una interpretación antiformalista de los requisitos legales para acceder a la justicia. Este criterio de interpretación se trataba de apoyar fundamentalmente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pero también en algunos casos se hacía una referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En varias sentencias se aludía a la Sentencia del Tribunal Europeo en el caso *Stone Court Shipping Company, S.A. contra España*, de 28 de octubre de 2003, para destacar que la regulación de las formalidades que se deben cumplir para presentar un recurso «solamente se concilian con el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales si tienden a un fin legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido»<sup>1</sup>. También señalamos anteriormente cómo la nueva redacción del artículo 22.3 de la Ley Orgánica 4/2000 (art. 22.3 LO 4/2000), fruto de la reforma introducida por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, parecía recoger la segunda solución jurisprudencial.

El Tribunal Supremo se pronunció sobre la interpretación de este precepto de la Ley Orgánica en la STS de 30 de junio de 2011 (Recurso de Casación n.º 76/2009), dictada en recurso de casación en interés de ley promovido por el Colegio de Abogados de Madrid. En esta Sentencia, el Tribunal Supremo afirmó que la reforma operada por la LO 2/2009 «condiciona la obtención del derecho a la asistencia jurídica gratuita para interponer recurso contencioso-administrativo, a la concurrencia de la manifestación expresa de la voluntad del interesado», pudiendo, en el supuesto de que el extranjero se hallare fuera de España, realizar la solicitud y, en su caso, la manifestación de voluntad de recurrir, ante la Misión Diplomática u Oficina Consular correspondiente. El Tribunal Supremo indicó que esta solución no contradice la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, porque el requisito de acreditar la postulación del compareciente en juicio está justificado por el principio de seguridad jurídica. El Tribunal Supremo trató, no obstante, de limitar el excesivo rigorismo en la aplicación del requisito procesal. La Sentencia recordó la posibilidad de que el órgano judicial habilite un plazo suplementario de subsanación antes de inadmitir el recurso para que el recurrente pueda acreditar la representación. La Sentencia destacó que el juez puede fijar este plazo de subsanación atendiendo a las «circunstancias concretas, derivadas de la dificultad acreditada de comunicación del letrado designado de oficio con su representado». El Tribunal Supremo fundamenta esta facultad en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 125/2010

---

1. Puede verse como ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 13 de diciembre de 2005 (Sentencia n.º 1661/2005), o la STSJ Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 26 de enero de 2007 (Sentencia n.º 1/2007).

de 29 de noviembre (un caso que no tiene que ver con la extranjería, sino con una demanda sobre prestación de incapacidad permanente presentada ante un Juzgado de lo Social por una persona mientras se encontraba en la cárcel).

Como aparente punto de llegada en esta pequeña historia, en la edición del año pasado contábamos cómo la reforma legal había llevado a algunos Tribunales Superiores de Justicia a cambiar su jurisprudencia anterior, sumándose a la exigencia de la constancia expresa de la voluntad del interesado de interponer el recurso<sup>2</sup>. La novedad en esta edición del *Anuario* es la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 11 de junio de 2013 (Recurso n.º 341/2011), en la que se analiza la adecuación de la regulación del derecho a la asistencia jurídica gratuita que se hace en el artículo 223 del Real Decreto 557/2011 y el contenido del art. 22 LO 4/2000. La entidad recurrente, la Asociación Catalana de Profesionales de Extranjería (ACPE), sostenía que el Reglamento obstaculizaba el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva para los extranjeros que fueran objeto de procedimientos de devolución, denegación de entrada o expulsión. La asociación actora consideraba que la exigencia de que el extranjero exprese su voluntad de recurrir no figuraba en el artículo 22.3 de la Ley Orgánica. La STS rechaza la argumentación de la entidad recurrente por considerar que parte de una interpretación incorrecta del art. 22 LO 4/2000. El Tribunal Supremo afirma que la Ley exige claramente que el extranjero inste el procedimiento para el reconocimiento del beneficio de asistencia jurídica gratuita, de modo que la decisión de inadmisión de un recurso contencioso-administrativo es procedente cuando se constata la falta del cumplimiento del requisito de postulación del recurrente, exigido para la válida constitución del proceso. Esta nueva Sentencia refrenda la interpretación que el Tribunal Supremo había hecho del art. 22.3 LO 4/2000 en la anteriormente citada Sentencia de 30 de junio de 2011.

## 2.2. Asistencia jurídica gratuita

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n.º 617/2012 (STSJ Madrid n.º 617/2012) de 20 de julio (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª) reitera los argumentos utilizados en sentencias anteriores para desestimar el recurso contra el acuerdo de 28 de noviembre de 2008 de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de la Comunidad de Madrid mediante la que se dejan sin efecto los acuerdos de 19 de junio y 30 de octubre de 2003 y 7 de octubre de 2004

---

2. La STSJ Murcia de 18 julio de 2011 (Sentencia n.º 748/2011) aboga expresamente la jurisprudencia de este órgano después de los cambios introducidos por la LO 2/2009. La argumentación de esta Sentencia se repite en otras posteriores. Dentro del período analizado en esta crónica puede citarse la STSJ Murcia n.º 298/2013, de 22 de abril (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª).

en relación con la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros<sup>3</sup>. A juicio del Tribunal Superior de Justicia, el acuerdo de 2008 restaura una legalidad que habría sido ignorada por los acuerdos de 2003. En los acuerdos de 2003 se concedía el derecho de asistencia gratuita a todos los extranjeros en los procedimientos de denegación de entrada, devolución, expulsión y asilo, sin análisis individualizado de la situación económica del solicitante (se excluía el derecho a la asistencia gratuita solo cuando se detectara la existencia de «signos reveladores de la capacidad económica»). El Tribunal Superior de Justicia considera que este sistema era contrario a la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, que obliga a acreditar la insuficiencia de recursos para litigar.

### **3. EL INTERNAMIENTO EN CENTROS NO PENITENCIARIOS**

#### **3.1. Comunicación al juez por parte de la autoridad administrativa de «cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados»**

La STS de 12 marzo de 2013 (Recurso de Casación n.º 343/2011) desestima el recurso interpuesto contra el artículo 258.6 del Real Decreto 557/2011. Los recurrentes consideraban que existía una contradicción entre el art. 60.3 LO 4/2000, que obliga a la autoridad gubernativa a comunicar al juez que autorizó el internamiento «cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados», y el precepto antes citado del Reglamento, que especifica que debe comunicarse «cualquier circunstancia en relación con la situación de aquel que pudiera determinar la variación de la decisión judicial relativa a su internamiento». Los recurrentes argumentaban que el Reglamento restringía la información que la Administración está obligada a comunicar a la autoridad judicial. El Tribunal Supremo rechaza la impugnación, por entender que el desarrollo reglamentario es conforme al sentido lógico de la LO 4/2000. Se afirma que la dicción de la LO 4/2000 debe entenderse «referida a circunstancias que puedan tener una cierta relevancia jurídica y no a otras nimias o triviales que en nada afecten a las causas del internamiento ni a las facultades del juez sobre la situación de los internos». Se razona que la interpretación del precepto legal que proponen los recurrentes tendría como consecuencia que el juzgado competente se viera «inundado con la comunicación constante de posibles novedades relativas, por ejemplo, a las actividades sociales de los extranjeros dentro de los lugares de internamiento». La Sentencia añade que no debe olvidarse que los extranjeros internados «tienen abierta la posibilidad de dirigirse al juez para darle a conocer los hechos que estimen oportunos y formular las peticiones o quejas que quieran suscitar en relación con ellos».

---

<sup>3</sup>. En particular la STSJ Madrid n.º 840/2009, de 22 de abril (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª). El recurso de casación contra esta Sentencia fue desestimado por la STS de 29 de mayo 2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª).

### 3.2. Falta de eficacia del recurso de apelación al haberse materializado la expulsión

El auto de internamiento que adopta el juez de instrucción puede ser apelado ante la AP. 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<sup>4</sup>.

### 3.3. Audiencia del interesado

No existe jurisprudencia novedosa sobre la audiencia previa del interesado, que constituye un trámite procedimental esencial para la autorización del internamiento<sup>5</sup>.

### 3.4. 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 AP consideran que el internamiento ha cumplido el requisito de motivación<sup>6</sup>.

### 3.5. 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 tanto en cuanto

---

4. Véase el Auto de la Audiencia Provincial (AP) de Madrid (Sección 17ª) n.º 1433/2012, de 7 de noviembre.

5. Véase como ejemplo el Auto de la AP Madrid n.º 827/2012, de 8 de octubre (Sección 7ª).

6. Como ejemplo de resolución en la que se aprecia falta de motivación puede verse el Auto de la AP de Madrid (Sección 4ª) n.º 704/2012, de 27 de noviembre, y el Auto de la AP de Barcelona (Sección 3ª) n.º 1157/2012, de 14 de diciembre. En esta última resolución se destaca que el recurrente manifestó que llevaba viviendo en España cinco años y que la Administración no ha practicado ninguna diligencia tendente a refutar dicho extremo.

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 siquiera de domicilio o documentación. Puede verse como ejemplo el Auto de la AP de Madrid n.º 523/2012 de 2 de julio (Sección 1ª). El Auto refleja que el extranjero carece de domicilio, porque duerme en un albergue de transeúntes, y que existen dudas sobre su identidad y nacionalidad.

Encontramos un caso más complejo en el Auto de la AP de Madrid n.º 43/2013 de 17 de enero (Sección 30ª). La Audiencia considera que se ha acreditado la necesidad del internamiento. Se valoran diferentes circunstancias: que el internamiento se solicita para ejecutar una orden de expulsión firme, que el extranjero ha hecho caso omiso de anteriores decretos de expulsión y que carece de trabajo estable (se dedica a la venta ambulante en ferias y mercadillos). No se concede relevancia a la alegación del recurrente de que convive con su hermano, porque no figura empadronado en el domicilio.

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 optar por medidas alternativas menos gravosas. En este sentido, el Auto de la AP de Lleida (Sección 1ª) n.º 19/2013 de 11 de enero valora las siguientes circunstancias: el interesado fue titular de una autorización de residencia de larga duración (cuya renovación le fue denegada en 2011), tiene domicilio fijo y una hija que reside legalmente en el país. Se tiene en cuenta también que sufre una grave enfermedad, por lo que está sujeto a un seguimiento médico exhaustivo y precisa medicación de forma continuada. Puede citarse también como ejemplo de esta línea jurisprudencial el Auto de la AP de Madrid (Sección 16ª) n.º 565/2012 de 6 de julio, en el que se valora que el interesado convive con una pareja estable española con la que ha instado su inscripción en el Registro de Uniones de Hecho. En el caso del Auto de la AP de Madrid (Sección 3ª) n.º 621/2012 de 22 de agosto, sin embargo, se rechaza que exista arraigo, pues aunque el recurrente tiene un hijo nacido en España, no convive con él ni cumple sus obligaciones paternales.

## 4. LA DENEGACIÓN DE ENTRADA Y EL RETORNO

No hay jurisprudencia novedosa en el período analizado sobre la denegación de entrada y el retorno. Como ya señalamos en ediciones anteriores del *Anuario*, la mayoría de las sentencias analizan la valoración de los datos o circunstancias en que se apoya la resolución de denegación de entrada.

## 5. LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO ESPAÑOL

### 5.1. Improcedencia de la expulsión cuando se ha solicitado un permiso que está pendiente de resolución administrativa

La STSJ Madrid n.º 770/2012 de 18 de septiembre (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) reitera que la Administración no puede expulsar por carecer de la documentación preceptiva a quien ha instado su expedición sin haber resuelto previamente si tiene derecho o no a obtener el permiso de residencia. La Sentencia destaca que el permiso de residencia no puede entenderse denegado, a estos efectos, por silencio administrativo. Esta Sentencia sigue la línea marcada por otras sentencias del mismo Tribunal Superior de Justicia que hemos comentado en números anteriores del *Anuario*.

### 5.2. Audiencia

Como ya destacamos en las ediciones anteriores de esta publicación, surgen a menudo dudas respecto de la notificación de la propuesta de resolución. El art. 63.2 LO 4/2000 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. En estas condiciones, el expediente se remite a la 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. Es lo que sucede,

por ejemplo, en la STSJ Madrid n.º 759/2012 de 13 de septiembre (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). La Sentencia indica que tanto en la propuesta de resolución como en la resolución definitiva se introduce un hecho nuevo que es precisamente el utilizado por la Administración para justificar la proporcionalidad de la sanción de expulsión. El dato es que en el Registro General de Extranjeros constaba el inicio de un expediente previo de expulsión, que se resolvió definitivamente con una multa pecuniaria. La instrucción de un expediente previo de expulsión es considerada en la resolución administrativa un motivo suficiente para justificar la proporcionalidad de la expulsión.

### 5.3. Motivación

La STS de 12 marzo de 2013 (Recurso de Casación n.º 343/2011) contiene un *obiter dictum* que incide en la compleja cuestión de la alternativa entre la multa y la expulsión. Se señala que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la Directiva de Retorno refuerza «de modo considerable el deber de los estados de proceder cuanto antes a asegurar la eficacia de los procedimientos de retorno de los extranjeros en situación irregular». El Tribunal Supremo considera que la jurisprudencia comunitaria implica para

los estados miembros «la obligación de llevar a cabo la expulsión, tomando todas las medidas necesarias» (cita las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [SSTJUE] de 28 de abril de 2011, caso El Dridi, asunto C-61/11; de 6 de diciembre de 2011, caso Achughbabian, asunto C-329/11; y de 6 de diciembre de 2012, caso Md Sagor, asunto C-430/11). El Tribunal Supremo comenta que esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia «posiblemente obligará a modular la interpretación hasta ahora efectuada, y la aplicación de las normas legales que permiten en ciertos supuestos “elegir” entre la expulsión y la multa de los extranjeros en situación irregular».

Este punto de la argumentación de la STS ha encontrado eco rápidamente en dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León<sup>7</sup>. Estas sentencias recogen la alusión del Tribunal Supremo al punto de inflexión en la interpretación de la obligación de motivar la medida de

**EL TRIBUNAL SUPREMO AFIRMA QUE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA OBLIGARÁ A MODULAR LA DOCTRINA SOBRE LA ELECCIÓN ENTRE MULTA Y EXPULSIÓN**

7. Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia (SSTSJ) de Castilla y León n.º 697/2013 de 26 de abril y n.º 782/2013 de 10 de mayo (en ambos casos dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Valladolid, Sección 3ª).

expulsión frente a la multa, pero no extraen consecuencias para la *ratio decidendi*. El motivo es que los casos analizados son supuestos de aplicación del art. 57.2 LO 4/2000 (condena por delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año) y no del artículo 53.1.a) de la citada Ley (estancia irregular). Las sentencias desestiman la alegación sobre la falta de motivación y de proporcionalidad de la expulsión reiterando que el supuesto previsto en el art. 57.2 LO 4/2000 solo permite «la aplicación de una consecuencia y es la expulsión, sin alternativa alguna»<sup>8</sup>.

Resulta prematuro valorar si la STS de 12 marzo de 2013 marca un punto de inflexión en la jurisprudencia. Recordemos que el Tribunal Supremo ha sostenido 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. 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 la resolución sancionadora.

Esta jurisprudencia sigue siendo aplicada en sus estrictos términos por algunos Tribunales Superiores de Justicia. Resulta significativa de esta línea la STSJ Madrid n.º 25/2013 de 11 de enero (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), porque resume las circunstancias que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo constituyen motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión, y no la de multa: «estar indocumentado el extranjero y, por tanto, sin acreditar su identificación y filiación (en este sentido, sentencias de 30 de junio de 2006, 1 de octubre de 2006 y 29 de mayo de 2007); haber sido detenido por su participación en un delito, hecho por el que se siguieron diligencias penales en un Juzgado de Instrucción (en este sentido, Sentencia de 19 de diciembre de 2006); carecer de domicilio y de arraigo familiar y estar, además, indocumentado (en este sentido, Sentencia de 28 de febrero de 2007); o, en fin, dictarse con

---

8. En la STSJ Islas Baleares n.º 276/2013 de 26 de marzo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) también se sostiene que no es necesario justificar la ponderación que lleva a expulsar a una persona que ha sido condenada, porque el legislador, en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica, no ha establecido alternativa entre multa y expulsión.

carácter previo a la expulsión una orden de salida obligatoria del territorio nacional que tendría que haberse hecho efectiva, sin haber intentado legalizar su situación en España (en este sentido se pronuncia concretamente la Sentencia de 22 de febrero de 2007)».

#### **5.4. *Non bis in idem***

En algunas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia se repite que el supuesto de expulsión del art. 57.2 LO 4/2000 (condena por delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año) no infringe el principio de *non bis in idem*, una cuestión que ya fue resuelta por el Tribunal Constitucional en el ATC 331/1997, de 3 de octubre, y posteriormente en las STC 24/2000, de 31 de enero, y STC 236/2007, de 7 de noviembre<sup>9</sup>.

#### **5.5. Proporcionalidad y concepto de arraigo**

La mayoría de las sentencias tienden a identificar el arraigo como circunstancia que puede conllevar la falta de proporcionalidad de la expulsión con la definición normativa del arraigo en relación con la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales. Para valorar la ausencia de arraigo se toman como referencia los requisitos previstos en el artículo 124 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril<sup>10</sup>.

La STSJ Madrid n.º 25/2013 de 11 de enero (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) considera que la expulsión es desproporcionada basándose en que el recurrente tiene domicilio conocido, está empadronado desde 2008 y especialmente que convive en España junto con su esposa, residente legal, y con su hija, menor de edad, nacida en España. El motivo de la expulsión era la estancia irregular, sin que constaran otras circunstancias negativas. La Sentencia argumenta que la expulsión perjudicaría gravemente los intereses de una menor de edad, residente y nacida en España, y cercenaría «los principios y derechos tuitivos que, respecto a la familia y la infancia, consagra nuestra Norma Fundamental». La Sentencia afirma que «debe tenerse en cuenta que el derecho a la protección de la vida familiar goza de protección constitucional (ex artículo 18.1 de la Norma Fundamental)». También destaca que este derecho debe ser interpretado «de conformidad con el artículo 8 del Convenio Europeo para Protección de los Derechos Humanos, así como de conformidad con los criterios jurisprudenciales acuñados por el Tribunal Europeo

---

<sup>9</sup>. SSTSJ Castilla y León n.º 697/2013, de 26 de abril, y n.º 782/2013, de 10 de mayo (en ambos casos dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Valladolid, Sección 3ª). También la STSJ Murcia n.º 447/2013 de 31 de mayo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª).

<sup>10</sup>. STSJ Castilla y León n.º 697/2013 de 26 de abril (Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª).

de Derechos Humanos». El Tribunal Superior de Justicia cita las «sentencias de 21 de junio de 1988, caso Barrehab contra Holanda , de 23 de enero de 1991, caso Djeroud contra Francia, de 26 de marzo de 1992, caso Beljoudi contra Francia , de 29 de enero de 1997, caso Bouchelkia contra Francia, o, en fin, de 19 de febrero de 1998, caso Dalia contra Francia». De las anteriores sentencias extrae la idea de que las decisiones en materia de expulsión «deben ser necesarias en una sociedad democrática, justificadas por una necesidad social imperativa y proporcionadas al fin legítimo que se pretende conseguir»<sup>11</sup>.

La existencia de una efectiva relación paterno-filial es requisito para apreciar arraigo familiar. La STSJ Islas Baleares n.º 276/2013 de 26 de marzo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) confirma la expulsión del recurrente, un hombre que había sido condenado por un delito de atentado y que es padre de un menor de edad de nacionalidad española, porque no se ha demostrado la convivencia con el menor ni que sufrague pensión alguna. La Sentencia resta credibilidad al empadronamiento del progenitor en el mismo domicilio que el menor porque es de fecha posterior al inicio del expediente sancionador.

En la STSJ Madrid n.º 947/2012 de 26 de diciembre (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª) se valora que el recurrente, aunque no convive con su hijo, menor de edad, sí colabora a su sostenimiento con una ayuda mensual. La Sentencia es interesante porque este dato positivo permite contrarrestar el dato negativo de la previa imposición de una sanción económica por un delito de hurto.

## **5.6. Proporcionalidad en caso de existencia de una condena penal**

La existencia de una condena penal excluye, en algunas sentencias, la invocación de una situación de arraigo. La STSJ Andalucía n.º 498/2013 de 18 de febrero (Granada, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª) sostiene que «los antecedentes penales son un indicio serio de inadaptación del extranjero a las normas de convivencia pacífica, máxime si, como es el caso, el apelante fue condenado por la comisión de varios delitos a penas privativas de libertad que superaban los tres años, haciendo, de este modo, jurídicamente inviable su remisión condicional, aparte de las connotaciones de razones de orden público que le son consustanciales por representar la conducta del extranjero solicitante una amenaza real, grave y actual para el interés social ante la existencia de las señaladas condenas penales firmes». El recurrente alegaba que llevaba

---

11. La misma argumentación aparece en la STSJ Madrid n.º 324/2013, de 1 de marzo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª).

en España desde el año 2000, período durante el cual residió algunos años legalmente, y que su pareja y los tres hijos que tienen en común se encuentran residiendo legalmente en España.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía cita la STS de 28 de abril de 2011 (Sección 1ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Recurso de Revisión 32/2009). En esta Sentencia, el Tribunal Supremo desestimó un recurso de revisión que se fundamentaba en el artículo 102.1.a) Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (cuando después de pronunciada sentencia firme se recobraren documentos decisivos). El Tribunal Supremo consideró que el documento que el recurrente aportaba, concesión de la libertad condicional y autorización para la realización de actividades laborales por penados extranjeros fuera del recinto penitenciario, no era decisivo para la resolución del proceso judicial sobre la validez de la expulsión. La STSJ de Andalucía reproduce algunos de los fundamentos jurídicos utilizados por la STSJ de Castilla y León que se recurría ante el Tribunal Supremo<sup>12</sup>. De esta toma prestada la afirmación de que la situación de arraigo no puede enervar la medida de expulsión impuesta por vía del art. 57.2 LO 4/2000. Se argumenta que la comisión de un delito grave, «que atenta a la salud pública y que lesiona el orden y paz pública, revela que el actor no respeta las normas de convivencia que nos hemos dado, y si no respeta tales normas resulta evidente que no se encuentra arraigado en territorio español». Por eso concluye que «es comprensible que el Estado en situaciones como la de autos, y sin atentar al derecho a la vida familiar, y respetando el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, adopte la medida de expulsión respecto del sujeto que por su comportamiento delictivo ponga en riesgo la protección de la salud, la seguridad y el orden público».

La STSJ Murcia n.º 1013/2012 de 28 de diciembre (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) valora la proporcionalidad de una expulsión dictada al amparo del art. 57.2 LO 4/2000 en un supuesto de hecho muy especial. Considera que es desproporcionada la expulsión de una mujer que había sido condenada a una pena de prisión de cuatro meses como autora de un delito de lesiones, un tipo de delito para el que se establece una pena de entre seis meses y tres años de prisión. La recurrente tenía domicilio fijo y era madre de dos menores nacidos en España (de siete y tres años de edad). La Sentencia argumenta que la expulsión es desproporcionada porque supone el desmembramiento de la unidad familiar. Se añade que la sanción puede producir «un efecto evidentemente no deseado por el ordenamiento jurídico, en cuanto también podría suponer (...) el traslado forzado y la expulsión del sistema educativo de esos niños de tan corta edad». La falta de proporcionalidad de la expulsión constituye una lesión del artículo 25 de la Constitución

---

12. STSJ Castilla y León n.º 321/2009, de 17 de julio, (Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª).

española (art. 25 CE) y «debe reputarse contraria a Derecho por quebrantamiento del art. 39 CE que garantiza la protección a la familia y a la infancia».

Resulta especial el caso de los residentes de larga duración. El artículo de la Ley Orgánica establece dos excepciones a la prohibición de expulsar a residentes de larga duración (antes residentes permanentes): los casos en los que la expulsión se basa en la causa prevista en el artículo

## EN VARIAS SENTENCIAS SE ANALIZA LA EXPULSIÓN DE RESIDENTES DE LARGA DURACIÓN CONDENADOS PENALMENTE

54.1.a) de la Ley Orgánica (estar implicado en actividades contrarias al orden público) o cuando existe una situación de reincidencia. Algunas SSTSJ añadían una tercera excepción<sup>13</sup>. Se defendía que los supuestos regulados en el art. 57.5 LO 4/2000 tampoco podían ser aplicables cuando el extranjero era expulsado por haber

sido condenado por delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año (art. 57.2 LO 4/2000). Se argumentaba que este supuesto de comisión de delitos constituía una conducta más reprochable que los casos expresamente citados en el artículo 57.5.

La LO 2/2009 modificó el citado 57.5 b) para añadir que, 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». El motivo del cambio legislativo fue la necesidad de trasponer la Directiva 2003/109/CE, del Consejo Europeo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Una reforma legislativa cuya necesidad puso de manifiesto la condena por incumplimiento dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>14</sup>. En algunas sentencias se añade una segunda exigencia que deriva de la Directiva pero que no aparece recogida expresamente en la Ley. Se sostiene que debe interpretarse de acuerdo con la Directiva que únicamente puede expulsarse a un residente de larga duración «cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública»<sup>15</sup>.

13. Esta posición todavía aparece en la STSJ Castilla y León n.º 782/2013, de 10 de mayo (Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª).

14. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5ª) de 15 de noviembre de 2007 (Asunto C-59/2007).

15. STSJ Castilla y León n.º 531/2011, de 16 de diciembre (Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Recurso de Apelación n.º 222/2011), y STSJ Cantabria, de 23 de diciembre de 2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Recurso de Apelación n.º 197/2011). En todas estas sentencias se cita la STC 236/2007, de 7 de noviembre. El Tribunal Constitucional aludió a la Directiva sobre residentes de larga duración, como argumento para explicar que el artículo 57.2 de la Ley Orgánica no era contrario al principio de *non bis in idem*.

La STSJ Castilla y León n.º 468/2012 de 19 de octubre (Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) aplica esta jurisprudencia y rectifica la resolución administrativa y la Sentencia de primera instancia por ausencia de la valoración de las circunstancias personales y de los hechos por los que fue condenado el recurrente<sup>16</sup>. Considera que no debió adoptarse la medida de expulsión porque la pena que se impuso en concreto al actor por un delito contra la seguridad vial y otro de atentado fue de seis meses de prisión. Se destaca que la pena ha sido objeto de suspensión. Se argumenta que el legislador contempla la posibilidad de poder renovar la autorización de residencia temporal o la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena a los extranjeros que hayan sido condenados por la comisión de un delito y se encuentren en situación de remisión condicional (art. 31.7.a) LO 4/2000 y artículos 37.3 y 54.9 del Real Decreto 2393/2004). Se razona que si el propio legislador contempla en esos casos la posibilidad de poder renovar tal autorización, no tiene sentido que por aplicación de otros preceptos de la misma Ley se imponga la expulsión automática de un extranjero condenado por un delito doloso a una pena de seis meses de prisión, estando dicha pena suspendida. Se concluye que los hechos delictivos por los que fue condenado el recurrente no suponen una «amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública». De forma complementaria, se destaca la concurrencia de diversas circunstancias sociales, laborales y familiares que excluirían la expulsión en este caso, como la existencia de un hijo menor que es residente legal en España.

### 5.7. 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>17</sup>.

La causa que más frecuentemente se invoca para solicitar la suspensión cautelar es el peligro

---

<sup>16</sup>. En un sentido similar se pronuncian las SSTSJ Castilla y León n.º 434/2012 de 28 septiembre, n.º 446/2012 de 5 octubre y n.º 462/2012 de 15 octubre (todas dictadas por Sala de lo Contencioso-Administrativo, Burgos, Sección 1ª).

<sup>17</sup>. Entre otras, puede verse la STSJ Andalucía n.º. 1452/2013, de 22 de abril (Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª).

de ruptura del arraigo. La STSJ Madrid n.º 303/2012 de 5 de septiembre (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) señala que el empadronamiento o la obtención de una tarjeta sanitaria no son suficientes para acreditar arraigo, ni siquiera a efectos de conceder la suspensión cautelar. La STSJ Madrid n.º 1039/2012, de 26 diciembre (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª) considera que es una circunstancia suficiente para acceder a la suspensión cautelar el hecho de que el recurrente acredite que convive con una hija nacida en España en el año 2007 y con la madre de esta. El argumento de que está justificada la elección de la sanción más grave de expulsión, en vez de la de multa, porque el recurrente incumplió una orden previa de abandonar el territorio nacional (impuesta en un expediente sancionador previo, que se encuentra caducado, y en dos resoluciones denegatorias de solicitudes de autorización de residencia y trabajo) deberá ser analizado cuando el Juzgado resuelva sobre el fondo del asunto discutido, pero no debe servir para denegar la suspensión cautelar.

Algunos Tribunales Superiores de Justicia acceden 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 únicamente se fundamenta en la situación de estancia irregular. Se atribuyen 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 más que la carencia de permiso de estancia o residencia legal en España<sup>18</sup>.

## 6. LA DEVOLUCIÓN

### 6.1. Prohibición de entrada del extranjero que pretende entrar ilegalmente en el país

La STS de 12 marzo de 2013 (Recurso de Casación n.º 343/2011) analiza si la regulación que se hace de la devolución en el artículo 23 del Real Decreto 557/2011 es contraria a la LO 4/2000. El aspecto que se cuestiona es el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de las resoluciones que ordenan la devolución. La regla es diferente para cada uno de los dos supuestos de devolución que se contemplan en el art. 58. 3 LO 4/2000:

**a)** devolución de un extranjero que contraviene una prohibición de entrada en España (impuesta como consecuencia de una expulsión previa): el plazo de prescripción, que se fija en

---

<sup>18</sup>. Podemos citar como ejemplo de esta línea jurisprudencial las SSTSJ Madrid n.º 1164/2012, de 19 de julio, y n.º 202/2013, de 20 de febrero (ambas dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª).

cinco años, «no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada reiniciado»;

**b)** devolución de un extranjero que pretende entrar ilegalmente en el país: el plazo de prescripción de dos años «no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada determinado en la resolución de devolución».

A juicio de los recurrentes, la devolución de los extranjeros tiene un carácter sancionador, por lo que, dado que la LO 4/2000 no regula el comienzo del plazo de prescripción, deberían aplicarse de forma subsidiaria las normas sobre la prescripción de las sanciones de la Ley 30/1992. Se propugna que se aplique el artículo 132.3 de la Ley 30/1992, de modo que el plazo de prescripción de la devolución comience a correr desde el día siguiente a aquel en que la resolución adquiera firmeza. Los recurrentes concluyen que la disposición reglamentaria sería ilegal por apartarse de la Ley 30/1992.

**EL TRIBUNAL SUPREMO  
ANALIZA ASPECTOS  
RELEVANTES SOBRE LA  
DEVOLUCIÓN EN LA SENTENCIA  
DE 12 DE MARZO DE 2013**

La Sentencia rebate la naturaleza sancionadora de la figura de la devolución, contradiciendo el argumento esgrimido por los recurrentes. La devolución del extranjero que fue expulsado y ha vuelto a nuestro país contraviniendo la prohibición de entrada es, para el Tribunal Supremo, «un acto de ejecución material de aquella prohibición y carece de sustantividad sancionadora autónoma». La Sentencia se basa en jurisprudencia previa del mismo Tribunal Supremo. Respecto del segundo supuesto de devolución, la Sentencia sostiene que las órdenes de devolución contra los extranjeros «que pretendan entrar ilegalmente en el país» se aproximan «a las medidas administrativas de rechazo o denegación de entrada que adoptan –pueden adoptar– los funcionarios encargados del control en los puestos fronterizos». Considera que no tienen carácter sancionador y que son «medidas impeditivas de la entrada ilegal en España». El Tribunal Supremo destaca que el carácter no sancionador de las órdenes de devolución ha sido expresamente reconocido en la STC 17/2013, de 31 de enero, y esgrime como argumento a favor de la asimilación de la devolución y del rechazo en frontera el artículo 2 de la Directiva 2008/115/CE (Directiva de Retorno), a tenor del cual se permite a los estados miembros no aplicar las normas de la Directiva «a los nacionales de terceros países a los que se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de Fronteras Schengen, o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas

o aéreas de un Estado miembro». La Sentencia concluye que no resultan aplicables al cómputo del plazo de prescripción de la devolución las normas que establece la Ley 30/1992 sobre prescripción de las sanciones, por lo que no existe contradicción entre esta Ley y el Real Decreto 557/2011.

La Sentencia analiza si puede plantear problemas la fijación del *dies a quo* para la prescripción en el caso de la devolución de un extranjero que pretende entrar ilegalmente en el país. Se establecía como *dies a quo* el final del período de prohibición de entrada fijado en la resolución de devolución. El problema surge porque la STC 17/2013, antes citada, afirma que la prohibición de entrada tiene naturaleza sancionadora y ha declarado inconstitucional y nulo el inciso del art. 58.7 LO 4/2000 en el que se preveía que «toda devolución» de un extranjero que pretendiera entrar ilegalmente debía llevar consigo una prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años.

El Tribunal Supremo interpreta, en lo que podría tal vez calificarse como un diálogo entre tribunales, que la STC 17/2013 permite imponer válidamente prohibiciones de entrada en una resolución de devolución si se respetan ciertas garantías de procedimiento. La STS afirma que las órdenes de prohibición de entrada de quienes son objeto de una devolución por pretender entrar de modo ilegal solo resultan inconstitucionales, «pese a lo que pudiera parecer a primera vista», si su adopción no viene precedida del procedimiento adecuado. El Tribunal Supremo insiste en que la STC 17/2013 permite reaccionar frente al intento de entrada ilegal con el retorno del extranjero y también con el establecimiento de una prohibición adicional de entrada, durante un período temporal determinado y con las garantías que sean precisas.

La STS sostiene que la validez del establecimiento de una prohibición de entrada como medida aneja a la devolución viene respaldada por el Derecho de la Unión Europea. El Tribunal Supremo precisa, como cuestión previa, que la Directiva es aplicable a la devolución de los extranjeros que intentan entrar ilegalmente. La Sentencia razona que la LO 2/2009 no ejerció la opción prevista en el artículo 2.2 de la Directiva de Retorno, que permite a los estados miembros optar por no aplicarla a los nacionales de terceros países a quienes se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de Fronteras Schengen, o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores. El núcleo central de la argumentación del Tribunal Supremo es que el artículo 11.1 de la Directiva de Retorno permite a los estados adoptar una prohibición de entrada como acompañamiento de las decisiones de retorno. Esta posibilidad se transforma en obligación en dos supuestos: «si la propia obligación de retorno no se ha cumplido» o «si no

se ha concedido un plazo para la salida voluntaria». El Tribunal Supremo rechaza plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como sugería el abogado del Estado, porque considera que la STC 17/2013 no es contraria a la Directiva de Retorno. El Tribunal Supremo afirma que la Directiva «no se opone de modo necesario» a que la prohibición de entrada se adopte «una vez tramitado un determinado tipo de procedimiento administrativo que, sin mengua de su eficacia, respete las garantías a las que se refiere el Tribunal Constitucional en la Sentencia 17/2013». La Sentencia concluye este punto con el siguiente comentario: «no se nos ocultan, en todo caso, las obvias dificultades de coherencia y eficacia de la devolución inmediata con la incoación y tramitación de un procedimiento sancionador».

## **6.2. Prohibición de entrada del extranjero que contraviene una resolución previa**

La STSJ Andalucía n.º 182/2013 de 25 de enero (Málaga, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) sostiene que la devolución no es una medida sancionadora ni restrictiva de derechos fundamentales. La define como una medida tendente a restablecer la legalidad alterada, por lo que no es necesaria la tramitación de un expediente que cumpla las exigencias del art. 24 CE, entre las que se encuentra la audiencia previa del interesado. La Sentencia mantiene una posición distinta en lo referente al reinicio del cómputo del plazo de prohibición de entrada contravenida (se refiere al supuesto de devolución por contravención de una prohibición de entrada previa). La Sala juzgadora, invocando su jurisprudencia previa (Sentencia de 26 de febrero de 2010, Apelación n.º 1945/2007), señala que el reinicio del cómputo del plazo de prohibición de entrada tiene carácter punitivo porque «no devuelve las cosas a un status quo anterior a la ilegalidad, sino que va más allá» y tiene una finalidad disuasoria. El reinicio del cómputo del plazo de prohibición de entrada exige que se cumpla el trámite de audiencia.

## **7. ADVERTENCIA DE SALIDA DEL TERRITORIO ESPAÑOL**

La STSJ Madrid n.º 81/2013, de 12 de marzo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), afirma que el artículo 158.1 del Real Decreto 2393/2004 habilita a la Administración para advertir a cualquier ciudadano extranjero que se halle irregularmente en España de su obligación de salida obligatoria del país. Aunque la citada norma solo recoge expresamente algunos supuestos (denegación de autorizaciones y similares), también encuentra encaje la resolución administrativa que impone una multa a un extranjero que reside en España sin autorización.

A continuación, la Sentencia interpreta que el plazo de 15 días que fija el artículo 158.2 del Real Decreto 2393/2004 como regla general para la salida obligatoria como consecuencia de la

denegación de solicitudes resulta también aplicable a los demás supuestos en los que se puede establecer una advertencia de salida del territorio español. La Sentencia afirma que el hecho de poseer tarjeta sanitaria o estar empadronado no es una circunstancia excepcional que obligue a ampliar el plazo de salida obligatoria. La Sentencia es útil para interpretar el artículo 24 del vigente Real Decreto 557/2011, porque la redacción del precepto es similar.

La obligación de abandonar el territorio nacional puede ser suspendida cautelarmente. El acto recurrido en la STSJ Castilla y León n.º 570/2012 de 21 de diciembre (Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) era la denegación de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, con la obligación de abandonar el territorio español en el plazo de 15 días. La Sentencia recuerda la jurisprudencia previa del Tribunal Supremo y accede a la suspensión cautelar en lo relativo a la obligación de salida, basándose en que el recurrente acredita «un cierto arraigo laboral». Si se cumplen los requisitos para obtener la autorización de residencia por arraigo laboral es algo que no se puede valorar en el momento de la tutela cautelar y que debe ser examinado en el proceso principal contra la denegación de la autorización administrativa.