



# ORDENES DE EXPULSIÓN Y PROHIBICIONES DE ENTRADA

*INCIDENCIAS EN LA PRESENTACION DE LAS DISTINTAS SOLICITUDES DE  
RESIDENCIA*

Julio A. Simón Blanco, jefe de la Oficina de  
Extranjería en A Coruña

# GRANDES PREGUNTAS

- ▶ ¿IMPIDE UNA ORDEN DE EXPULSIÓN POR ESTANCIA IRREGULAR LA OBTENCIÓN DE UNA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA?
- ▶ ¿TIENEN EL MISMO ALCANCE LAS ORDENES DE EXPULSION DICTADAS POR ESTANCIA IRREGULAR, QUE LAS DICTADAS EN APLICACIÓN DEL ART. 57.2 DE LOEX?
- ▶ ¿CUANDO CADUCA UNA EXPULSIÓN, O MEJOR DICHO CUANDO CADUCA EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR RELATIVO A UNA EXPULSIÓN?
- ▶ ¿CUANDO COMIENZA Y FINALIZA LA PROHIBICIÓN DE ENTRADA?
- ▶ SI INCUMPO LA PROHIBICIÓN DE ENTRADA, ¿PUEDO ACREDITAR ESTA PERMANENCIA A LOS EFECTOS DE OBTENER UN ARRAIGO?
- ▶ ¿CUANDO PRESCRIBE UNA EXPULSIÓN DICTADA POR EL ART. 57.2 LOEX?
- ▶ ¿QUE OCURRE SI TENGO DECRETADA UNA ORDEN DE EXPULSIÓN POR EL ART. 57.2 (NO EJECUTADA) Y CANCELO MIS ANTECEDENTES PENALES?

# DEFINICIONES DIRECTIVA RETORNO

3

- **Nacional de un tercer país:** *Cualquier persona que no sea ciudadano de la Unión en el sentido del artículo 17, apartado 1, del Tratado y **que no sea un beneficiario del derecho comunitario** a la libre circulación con arreglo a la definición del artículo 2, apartado 5, del Código de fronteras Schengen;*
- **Situación irregular:** *La presencia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones de entrada establecidas en el artículo 5 del Código de fronteras Schengen u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro;*
- **Retorno:** *El proceso de vuelta de un nacional de un tercer país, bien sea en **acatamiento voluntario de una obligación de retorno, bien de modo forzoso***
- **Decisión de retorno:** *una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se declare irregular la situación de un nacional de un tercer país y se imponga o declare una obligación de retorno;*
- **Expulsión:** *la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro;*
- **Prohibición de entrada:** *una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se prohíba la entrada y la estancia en el territorio de los Estados miembros por un período de tiempo determinado, unida a una decisión de retorno;*
- **Riesgo de fuga:** *la existencia de motivos en un caso concreto que se basen en criterios objetivos definidos por ley y que hagan suponer que un nacional de un tercer país sujeto a procedimientos de retorno pueda fugarse.*
- **Salida voluntaria:** *el cumplimiento de la obligación de retorno en el plazo fijado a tal efecto en la decisión de retorno;*



# ESTADOS EN LOS QUE PUEDE ENCONTRARSE UNA EXPULSIÓN

- INCOADA/FASE DE INSTRUCCIÓN (POLICIA NACIONAL)
- DICTADA O DECRETADA (RESOLUCIÓN DEL/SUB DEL GOBIERNO)
- EJECUTADA (EXPULSIÓN MATERIALIZADA POR FF.CC.SS.EE).
  - INICIACIÓN PERÍODO PROHIBICIÓN DE ENTRADA IMPUESTO
  - EXTENSIÓN PROHIBICIÓN RESTO PAÍSES SCHENGEN

# PRESCRIPCIÓN DE INFRACCIÓN POR ESTANCIA IRREGULAR Y SU SANCIÓN.

De acuerdo con el artículo 56 LOEX las infracciones las graves prescribirán a los dos años.

La infracción prevista en el artículo 53.1 a) LOEX (estancia irregular) está calificada como grave, si bien, hay que tener en cuenta que mientras no se regularice la situación es una infracción que se comete de continuo.

Con relación a la sanción:

El apartado 2 del artículo 56 establece que las sanciones impuestas por infracciones **graves prescribirán a los dos años, si bien de acuerdo con el apartado 3** la sanción impuesta fuera la de expulsión del territorio nacional la prescripción no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada fijado en la resolución con un máximo de diez años.



# PRESCRIPCIÓN DEL SUPUESTO ART. 57.2 LOEX

- ▶ El artículo 57.2 LOEX establece: *."Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados."*
- ▶ El TS niega, en su STS 120/2022, RC 5259/2020, de 18/01/2022 que la LOEX atribuya carácter sancionador al art. 57.2 y que se le apliquen los plazos de prescripción señalados en el artículo 56 LOEX, lo que no excluye que su aplicación deba someterse a una serie de garantías procedimentales, de motivación, ponderación individualizada y proporcionalidad entre la finalidad perseguida por la medida y los principios constitucionales y derechos fundamentales a los que afecta y que excluye automatismos.

# NATURALEZA DE LA EXPULSIÓN 57.2

## LOEX

- ▶ El TC, en la STC 236/2007 rechaza el principio invocado de non bis in idem, descartando la duplicidad sancionadora, indicando que la medida de expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso, están relacionados con el control de flujos migratorios.
- ▶ La STS 120/2022, RC 5295/2020, de 18/01/2022 indica que se trata de una medida legítima acordada por la Administración en el marco de su política de extranjería. Se trata de una medida restrictiva de derechos que se impone en el marco de la política de extranjería para proteger el orden público y la seguridad ciudadana y garantizar que la permanencia de los extranjeros en España se efectúe en términos de convivencia que permitan la integración con respecto al sistema de derechos y libertades.

## ¿PRESCRIBE LA EXPULSIÓN 57.2 LOEX POR HABER CANCELADO LOS ANTECEDENTES PENALES?

- ▶ La cancelación de los antecedentes penales (es decir, inexistencia de tales) opera como circunstancia que impide apreciar la causa de expulsión prevista en el artículo 57.2, pero decretada la expulsión, la sanción impuesta, con prohibición de entrada incluida, no prescribe por haberse cancelado los antecedentes penales. (STS 4158/2022, RC 1502/2022, de 16/11/2022).
- ▶ El período de prohibición de entrada se computa desde la ejecución y no guarda ninguna relación con el plazo exigido para la cancelación de los antecedentes penales.
- ▶ El TS todavía no ha pronunciado con respecto a la si la expresión prevista en el artículo 57.2 *“salvo que los antecedentes hubieran sido cancelados”*, abarca también el supuesto en el que los antecedentes penales resulten cancelables por concurrir los plazos y condiciones que se imponen en el CP, pero que no se han cancelado de manera efectiva por lo que se denomina *“acumulación de trabajo de los tribunales”*.





## ELEMENTOS ART 57.2 LOEX

- a) La condena por parte de un Tribunal de Justicia.
- b) Tribunal que puede ser español o extranjero, por cuanto la condena puede ser "dentro o fuera de España".
- c) La condena ha de ser por una "conducta dolosa".
- d) El delito por el que condena ha de estar sancionado "en nuestro país" ---esto es, en el Código Penal español, "con pena privativa de libertad superior a un año". Y,
- e) Que los antecedentes penales no hubieran sido cancelados.



# CRITERIOS DE APLICACIÓN ART. 57.2

- ▶ Aplicable solo a nacional de un tercer país, al que no le sea de aplicación el régimen comunitario.
- ▶ Condena de prisión por delito doloso superior a un año (pena en abstracto, y dentro del todo el espectro sancionador determinado en el CP, esto es, que el límite inferior sea superior a un año) STS 2782/2018, RC 1135/2018 de 03/07/2018. En el supuesto de la existencia de subtipos agravados que eleven el mínimo aplicable de horquilla de penas, se estará al subtipo agravado (STS 3190/2020, RC 1260/2020, de 06/10/2020).
- ▶ No aplicación automática: Valoración de la duración de la residencia si la hubiera, edad, estado de salud, situación familiar y económica, integración social y cultural en el Estado de acogida, vínculos con su país de origen.
- ▶ Protección reforzada para la aplicación en titulares de residencia de larga duración (art. 12 Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de duración).

# EXPULSION JUDICIAL ART. 89.1 CP

La interpretación realizada por la sala de lo contencioso del TS en las STSS 2041/2018, SENTENCIA 893/2018, RC 1321/2017, DE 31 DE MAYO 2018 (LA PRIMERA QUE INTERPRETA 57.2 PENA EN ABSTRACTO-PENA TIPO)

STS 2517/2018, SENTENCIA 962/2018, RC 1202/2017, DE 11 DE JUNIO DE 2018 y STS 2782/2018, SENTENCIA 1135/2018, RC 1214/2018, DE 03 DE JULIO DE 2018 choca frontalmente con la interpretación realizada por la sala de lo penal del TS, en STS 1600/2020, RC 3167/2020 cuando interpreta que la aplicación del artículo 89.1 CP en la que indica que: "11. Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español...".

La Sala de lo Penal, interpreta incorrectamente la STS 893/2018 que tuvo 2 votos en contra particulares a la interpretación de la pena tipo o pena en abstracto del art. 57.2 LOEX e indica que en consonancia con la misma y la propia LOEX, el artículo 89.1 CP se refiere a la pena en concreto y no en abstracto.

El artículo 89 se refiere a penas de prisión impuestas a extranjeros (nacional de tercer país, no comunitario) superior a 1 año (pena efectivamente impuesta) e inferior a 6 años se sustituirán por la expulsión del territorio nacional, tras cumplir las 2/3 partes de la pena de prisión, salvo que la pena sea superior a 5 años, en cuyo caso este porcentaje será el indicado en la sentencia.

No procederá la expulsión cuando por las circunstancias del hecho, personal, y particular una situación de arraigo, se considere la expulsión una medida desproporcionada.

Si se trata de un ciudadano comunitario solo procederá la aplicación del artículo 89.1 CP en casos de amenaza grave para orden público, seguridad pública y gravedad del delito.

No será aplicable la sustitución en condenas art. 177 bis, 312, 313 y 318 bis CP.

# COMPATIBILIDAD 57.2 LOEX Y 89.1 CP

La STS 4274/2019, RC 222/2019 de 19/12/2019 considera que el artículo 57.2 LOEX y artículo 89.1 CP atienden a fines distintos y son compatibles de forma que es posible la aplicación del artículo 57.2 LOEX aun cuando no se haya considerado la sustitución de expulsión del territorio nacional en sentencia en aplicación del art. 89.1.CP.:

“A la vista de los anteriores razonamiento y sobre la cuestión que presenta interés casacional objetivo, debemos concluir que la aplicación efectuada por el órgano jurisdiccional penal de lo dispuesto en el art. 89.4 del Código Penal, considerando improcedente la sustitución de la pena de prisión de más de un año impuesta a un ciudadano extranjero por su expulsión del territorio español, al considerar acreditado su arraigo familiar, y la adopción de una posterior resolución administrativa de expulsión (dictada en aplicación de lo dispuesto en el artículo 57.2 y 57.5.b) LOEX y del artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE), **no resultan incompatibles, al partir de un mismo presupuesto, la existencia de arraigo que resulta ser valorado bajo la protección y persecución de diferentes intereses.**”

# ART. 241 RLOEX. POSIBILIDAD DE REVOCACIÓN EXPULSIÓN

- El artículo 57.4 LOEX establece que: *“La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado. **No obstante, la expulsión podrá revocarse en los supuestos que se determinen reglamentariamente.**”*
- El artículo 241 del RLOEX contempla en algunos supuestos la posibilidad de revocar las previas órdenes de expulsión administrativa dictadas por la comisión de las infracciones previstas en los artículos 53.1 a) (estancia irregular), y b) (trabajar careciendo de permiso de residencia), pero con ocasión del examen de una autorización de residencia de las previstas (CCEE, viogen/sex, etc).
- No está prevista la aplicación del art. 241 RLOEX, es decir, revocación automática de la orden de expulsión en el supuesto de que la misma haya sido decretada en aplicación del artículo 57.2 LOEX. En este supuesto, la posibilidad de revocación tendría su encaje en el artículo 109 de la LPACA, el tipo de residencia solicitada (arraigo familiar, por ejemplo).

# APLICACIÓN DE LA DA 4º LOEX. INADMISION POR PROHIBICION DE ENTRADA

- ▶ El artículo 241 RLOEX termina la posibilidad de revocar los supuestos de expulsiones dictadas (y no ejecutadas) en aplicación de lo dispuesto en el artículo 53.1 a) y b) LOEX y la no aplicación de la causa de inadmisión a trámite prevista en la DA4 LOEX, “cuando conste una previa orden de expulsión o se pueda decretar la misma”, pero ello no es aplicable a supuestos en los que el extranjero ya ha sido expulsado y tiene una prohibición de entrada vigente. En estos supuestos no es aplicable la revocación de oficio de la orden de expulsión cuando en una solicitud de CCEE o de arraigo el extranjero ha incumplido la prohibición de entrada en España y pretende hacer valer dicho período de permanencia habiendo incumplido precisamente esa prohibición de entrada.

# PLAZO DE CADUCIDAD DE LOS EXPEDIENDES DE EXPULSIÓN

- ▶ El plazo es de seis meses, desde el acuerdo de inicio hasta la notificación de la resolución de expulsión, **incluido el supuesto previsto en el 57.2** (STS 3321/2019, de 9/10/19 y STS 2665/2020, de 23 de julio)
- ▶ No debemos confundir plazo de caducidad a efectos de cumplimiento del plazo máximo de duración de los procedimientos art. 40.4 LPACA, con el de la práctica de la notificación, fecha en la cual desplegará sus efectos y comenzarán los plazos para impugnar en vía administrativa o contenciosa.

# PLAZO DE CADUCIDAD EXPEDIENTES DE EXPULSIÓN ART. 15 RD 240/2007

El artículo 15.1 c) del Real Decreto 240/2007 establece que: *“1. Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes en relación con los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o con los miembros de su familia: [...] c) Ordenar la expulsión o devolución del territorio español.”*

El RD 240/2007 no establece específicamente el plazo del procedimiento sancionador en que deberá llevarse a cabo la expulsión prevista en el artículo 15.1 c) por lo que resulta de aplicación lo previsto en la DA 2ª del RD 240/2007: *“En lo no previsto en materia de procedimientos en el presente real decreto, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, y en su normativa de desarrollo, con carácter supletorio y en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y el derecho derivado de los mismos”.*

La referencia al RD 2393/2004, debe entenderse hoy día a vigente reglamento de la LOEX aprobado RD 557/2011 el cual establece en su artículo 225.1 el plazo máximo para dictarse y notificarse la resolución sancionadora es el 6 meses desde el acuerdo de inicio.





# EXPULSIÓN TITULARES DE RESIDENCIA DE LARGA DURACIÓN

- El artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional por remisión a la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, establece la expulsión de todo nacional de un tercer país titular de un permiso de residencia de larga duración que haya cometido un delito sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año, sin que sea necesario examinar si ese nacional de un tercer país representa una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública ni tener en cuenta la duración de la residencia de dicho nacional en el territorio de ese Estado miembro, su edad, las consecuencias de la expulsión para él y para los miembros de su familia, y sus vínculos con el Estado miembro de residencia o la falta de vínculos con su país de origen.

# APLICACIÓN DE RLOEX O RD 240/2007

- **La directiva de retorno define como nacional de un tercer país:** “Cualquier persona que no sea ciudadano de la Unión en el sentido del artículo 17, apartado 1, del Tratado y **que no sea un beneficiario del derecho comunitario** a la libre circulación con arreglo a la definición del artículo 2, apartado 5, del Código de fronteras Schengen;

5) «beneficiarios del derecho a la libre circulación con arreglo al Derecho de la UE» significa:

a) los ciudadanos de la Unión según lo dispuesto en el artículo 20, apartado 1, del TFUE, así como los nacionales de terceros países miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, que ejerzan su derecho a circular libremente y a los que se aplique la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo;

b) los nacionales de terceros países y los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad, que, en virtud de acuerdos celebrados entre la Unión y sus Estados miembros, por una parte, y dichos terceros países, por otra, gocen de derechos en materia de libre circulación equivalentes a los de los ciudadanos de la Unión;



FIN