

ALGUNAS NOTAS SOBRE EL ARRAIGO PENAL

Luis Lafont Nicuesa

Fiscal adscrito al Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería

Arraigo familiar:

-Sólo cabe respecto de parientes directos: esposa/o o una relación de pareja de hecho, hijos y padres. Respecto de hermanos, puede citarse el ATS n°349/2010, de 4 de marzo “...carece igualmente de arraigo familiar, dado que sólo tiene en España una hermana”.

-Es preciso que los parientes que sean españoles o estén regularizados en España. En el caso de los hijos bastará el nacimiento en España.

La SAP de Vizcaya 340/2009 de 15 de junio de 2009 expone “...no está acreditado ningún tipo de arraigo dado que carece de cónyuge o descendiente con nacionalidad española o residencia legal en este país”. En el mismo sentido, AAP de Segovia de 30 de septiembre de 2005.

-Es necesario que **exista una vida familiar:** El dato típico es la convivencia con los parientes, en particular es **fundamental que cumpla sus obligaciones respecto a los hijos.** Aunque no convivan será suficiente que mantenga contactos directos y estables con ellos. En el caso de que

estén en prisión será fundamental el ejercicio del derecho de visitas por parte de dichos parientes¹.

Puede ser de interés citar el ATS nº 2834/2009 de 11 diciembre de 2009 *“Efectivamente como allí se expone, no consta en modo alguno que el hijo que al parecer tuvo el recurrente hace cinco años, según la certificación del Registro Civil, nacido en Valencia de madre costarricense, tenga relación familiar alguna con él”*. En el mismo sentido, el ATS de 18 de julio de 2007 *“Añade el Tribunal que tampoco de la documentación aportada por el hoy recurrente puede afirmarse un arraigo familiar ni con el territorio nacional, pues el libro de familia aportado en sede oral tan sólo muestra el reconocimiento por el acusado de la ya citada paternidad, pero no evidencia por sí mismo ni que el hoy recurrente conviva con el menor ni que mantenga con el mismo ni con su madre biológica relación de ningún género. Nada puede objetarse a tan amplia y acertada argumentación del Tribunal de instancia”*.

En los delitos **de violencia familiar y de género** hay que examinar si:

¹ Ciertamente es que la STS 871/2008, de 17 de diciembre señala *“El arraigo familiar y el mantenimiento de dos hijos comunes con la víctima se rompe precisamente con el acusado en la cárcel durante 4 años y medio, y con pocas expectativas de encontrar trabajo al salir de ella, y desde luego con pérdida de contacto personal, salvo las posibles visitas que puedan hacer sus hijos a la cárcel, lugar poco propio para desarrollar un adecuado ambiente familiar”*. El criterio es algo dudoso. La vida familiar es un concepto flexible y el contacto por medio de visitas frecuentes en prisión puede también interpretarse como un tipo de vida familiar, al menos el que permiten las circunstancias. En todo caso la pena es una alternativa mucho más proporcionada que la expulsión desde la perspectiva del respeto a la vida familiar como criterio de proporcionalidad. Salvo la remota posibilidad de que la familia pueda reagruparse en el país de origen, la expulsión supone la privación total de mantener la vida familiar durante diez años, mientras la prisión no suprime dicha vida familiar que en cierta medida y aunque de forma menos intensa puede mantenerse en prisión mediante comunicaciones y que se restablece de forma sustancial una vez el penado alcanza el tercer grado y plenamente una vez que sale en libertad.

a) Si la violencia no se ejerció sobre el componente del grupo familiar respecto del que se alega el arraigo:

La SAP de Vizcaya nº 940/09 de 6 de octubre de 2009 en un delito del Art.153.1 CP manifiesta *“Alega como arraigo dos hijos menores de edad, que nacieron en Bolivia y la propia pareja, precisamente la víctima de los actos por los que ha sido condenado. Es evidente que no concurre arraigo alguno que pueda evitar la sustitución de la pena”*.

b) Al tiempo del juicio hay o no una relación familiar:

La SAP de Vizcaya de 18 de mayo de 2009 manifiesta *“si con ocasión de la comisión de otro tipo de delitos hemos afirmado que no basta con la existencia de una relación afectiva, incluso aunque esté formalizada y haya dado lugar al nacimiento de hijos en común, ante la evidencia de la falta de acreditación del vínculo en todas sus manifestaciones, incluido el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la patria potestad, mucho más habremos de llegar a la conclusión en un caso como el enjuiciado en que precisamente el reproche penal se centra en el quebranto de los bienes jurídicos de la pareja del acusado, en una grave vulneración de los caracteres propios de la relación que se alega y que el ordenamiento protege...La relación de pareja e incluso la paternidad habrán de ser, pues, objeto de una consideración muy especial en la valoración del arraigo obstativo de la expulsión en esta clase de delitos... Al folio 70 encontramos manifestaciones relativas al menos a tres episodios anteriores a los hechos que nos ocupan en los que la víctima refirió haber sido objeto*

de graves agresiones. Además, por otro lado, como se refleja en la sentencia, la denunciante fue preguntada por su relación con él, que antes eran pareja pero que en ese momento no, manifestando igualmente su intención de reanudar la relación sentimental con el acusado. A la fecha del juicio oral, por tanto, no existía propiamente una relación sentimental con los caracteres propios de una relación de pareja, ni tampoco una situación de normalidad en el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. Es obvio, por último, que en esa situación interfiere no sólo la orden de protección sino incluso las prohibiciones establecidas en la sentencia como penas accesorias, como lo es también que todas estas previsiones responden a designio de protección de la víctima, finalidad nada despreciable, a la vista de los hechos relatados en la sentencia e igualmente señalados por la denunciante en su declaración inicial, que también puede cumplir la sustitución de la expulsión”.

c) La reiteración delictiva

La SAP de Guadalajara de 21 de marzo de 2006 expone “...decantándose por la expulsión, atendida la repulsa social que en nuestra sociedad producen los delitos de malos tratos en el ámbito familiar y la comisión por el condenado de dos de dichos delitos del Art. 153 C.P en el lapso temporal de solo un año; razonando que la reincidencia en dicho delito evidencia el nulo propósito de reinserción del penado y abundando en que la expulsión, dadas las circunstancias del caso, va a suponer una medida de prevención de la reiteración delictiva y de protección de la víctima más eficaz que el cumplimiento en un centro penitenciario español, criterio que esta Audiencia comparte”.

-Intromisión: Es otro elemento que se valora para determinar la proporcionalidad de la expulsión. Se entiende que la expulsión supone una intromisión en la vida familiar cuando implica la alternativa excesivamente gravosa de, o bien la destrucción del grupo familiar, o bien la reunificación de la familia en un país ajeno, como ocurriría si la familia no tiene relación alguna con el país al que el extranjero va a ser expulsado. Si el grupo puede reunificarse en el país de origen se entiende que no hay intromisión y cabe la expulsión. La STEDH de 18 de octubre 2006 (caso Üner Vs Países Bajos) considera que no hay razón alguna por la que los familiares del extranjero expulsado que son residentes legales en Holanda no puedan desplazarse a Turquía y retornar a los países bajos sin mayores dificultades. La STS 871/2008 parece acoger dicha doctrina cuando señala *“Aplicando la medida, la familia puede reunificarse en su país de origen (Bolivia) o en otro distinto, sin excluir otro de la Unión Europea, en el que la ilegalidad de su estancia es la misma que en España...., procede adoptar la medida al no hallarse justificada la excepción, que nada tiene que ver con la naturaleza del delito”*. Este criterio puede ser muy dudoso en su aplicación práctica. La vida familiar no puede equipararse a un derecho de visitas y la reunificación estable en el país de origen será en la práctica será muy difícil por razones económicas.

Arraigo laboral:

Es imprescindible que tenga un trabajo estable y viable en el futuro. La SAP de Vizcaya de 18 de mayo de 2009 expone *“En relación con la actividad laboral, aparte de una evidente falta de acreditación de la misma, habremos de exigir a aquélla un mínimo de estabilidad y regularidad para ser calificada como una actividad susceptible de ser calificada como dedicación laboral”*.

Asimismo será necesario que haya trabajado de manera continuada al menos un año. Así, en el ámbito administrativo para apreciar un arraigo laboral, la duración de la relación no deberá ser inferior a un año. (Art. 45.2.a) ROEX). En la esfera penal no cabe atender a criterios más flexibles.

Arraigo por permanencia:

Será un supuesto muy excepcional, que lleve tanto tiempo en España, normalmente desde la infancia, sin contacto con su país de origen hasta el punto de que pueda ser considerado un extranjero en su país.

Es importante recordar:

-El empadronamiento no tiene valor como arraigo siendo una mera autodeclaración (Entre otros muchos, AAP de Vizcaya de 17 de junio de 2009). Su único valor es el de acreditar el tiempo que el extranjero lleva en España a efectos de apreciar un arraigo por permanencia

-Los cursos de formación o las rentas de inserción social no tienen tampoco valor alguno. Conforme a reiterada doctrina de la Audiencia de Vizcaya es aprovecharse de las ventajas del Estado de bienestar (Por todas, SAP de Vizcaya de 8 de septiembre de 2009).

-Un indicio de falta de arraigo es no hablar castellano u otra lengua oficial española (Entre otras, la SAP de Madrid de 15 de febrero de 2008 y SSAP de Barcelona de 28 de julio de 2007 y 10 de marzo de 2008).

-Se ponderará negativamente la existencia de antecedentes penales pudiendo considerarse como indicio de falta de integración (AAP de Vizcaya de 27 de julio de 2009).

-El arraigo como **excepción a un hecho general que es la expulsión del Art.89 debe probarse por quien lo alega.**

Luis Lafont Nicuesa