



Artículo 4/2019, (nº 185)

## El arraigo como factor impeditivo de una expulsión tras la reforma de la LO 1/2015

Rodrigo Campos Hellín (Universidad de Málaga)

**Resumen:** Una de las novedades introducidas en el artículo 89 del Código Penal, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica dicho cuerpo legislativo, ha consistido en otorgar rango de obligatoriedad al análisis de las circunstancias personales del penado, especialmente su arraigo, antes de resolver sobre su expulsión. De esta forma, se ha dispensado a dicha circunstancia personal del ostracismo que venía sufriendo con las anteriores reformas del artículo 89 CP. En este trabajo se analiza en qué consiste ese arraigo, las diferentes modalidades que existen, así como las consecuencias que desplegará dicha regulación teniendo en cuenta que desde la Ley de Extranjería se posibilita la expulsión de extranjeros que hayan cumplido su correspondiente pena de prisión en España.

**Palabras clave:** Arraigo, expulsión de extranjeros, penado extranjero, antecedentes penales.

**Title:** *The social linkage like a cause to not materialise an expulsion after the operated reform by LO 1/2015.*

**Abstract:** *One of the novelties put into article 89 of the Penal Code, after being reformed by "Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal", has consisted in giving obligatory status to the analysis of the personal circumstances of the foreigner convicted, specially his social linkage, before deciding his expulsion. In this way, social linkage has been exempted of the ostracism that it has been a victim during all reforms operated in the article 89. This work analyses what is social linkage, the different social linkage, and consequences that this one will cause keeping in mind that Foreigner Law legislates the expulsion of foreigners who have served prison sentence in Spain.*

**Keywords:** *Social linkage, expulsion of foreigners, convicted foreigner, criminal record.*

**Recepción del original:**  
2 abril 2019

**Fecha de aceptación:**  
4 junio 2019

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Objetivos y metodología. 3. El arraigo de los extranjeros infractores. 3.1. Tipos de arraigo. 3.1.1. El arraigo familiar. 3.1.2. El arraigo laboral y económico. 3.1.3. El arraigo social. 4. El artículo 57.2 LOEx: La expulsión tras el cumplimiento de la pena de prisión en España. 4.1. La frustración de la reinserción social de los extranjeros que ya han cumplido su pena. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

### 1. Introducción

El artículo 89 del Código Penal es un precepto que fue introducido en dicho cuerpo legislativo en el año 1995 y que regula la expulsión de los extranjeros que han cometido un delito en lugar del cumplimiento de la correspondiente pena de prisión en España. Desde su inclusión en el Código Penal, ha sido reformado en cuatro ocasiones, la última de ellas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal.

Esta última reforma ha modificado en profundidad el artículo 89 y una de las novedades introducidas y que tendrá efectos muy positivos en la consecución de la reinserción social de los extranjeros infractores es la obligatoriedad de analizar las circunstancias personales del mismo, en especial su arraigo, antes de materializar su expulsión. De esta forma, con carácter previo a la dilucidación de una expulsión, podrá saberse si el extranjero infractor presenta un determinado arraigo en España que le hace más apto para cumplir su pena de prisión aquí, lo que favorecerá su reinserción social en la sociedad española, o, si no presenta en España un arraigo suficiente, y, por tanto, para lograr una mayor reinserción social, la solución más idónea será su expulsión.

No obstante, a pesar de que dicha modificación presenta efectos muy favorables para conseguir la consecución de la reinserción social, no se debe olvidar la existencia en la Ley 4/2000, sobre los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (en adelante LOEx), del artículo 57.2, precepto que establece que, 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.

De esta forma, por vía administrativa se abre la posibilidad de expulsar a extranjeros a los que no se les haya aplicado el artículo 89 del Código Penal por presentar arraigo en España, frustrando de esta manera las posibilidades de reinserción social que el mismo tuviera tras el cumplimiento de la pena de prisión.

## 2. Objetivos y metodología

Esta investigación presenta por objetivo determinar si el hecho de que el estudio del arraigo que presente el foráneo infractor sea obligatorio antes de dilucidar sobre su expulsión va a ser ventajoso de cara a adoptar una decisión acorde a la consecución de la reinserción social del mismo. Todo ello, teniendo en cuenta que desde la LOEx se posibilita la expulsión de extranjeros infractores a los que no se les haya aplicado el artículo 89 CP porque el estudio de dichas circunstancias personales, en especial su arraigo, hayan aconsejado el cumplimiento de la pena de prisión en un establecimiento español.

Para llevar a cabo dicho estudio, se ha realizado primeramente un análisis bibliográfico sobre la materia, a efectos de delimitar el concepto de arraigo, los distintos tipos de arraigo que existen, y el artículo 57.2 LOEx.

En segundo lugar, para proceder a realizar este análisis se ha llevado a cabo un estudio jurisprudencial que permitirá complementar la revisión bibliográfica.

Este estudio servirá para mostrar si uno de los aspectos fundamentales de la reforma que se realizó del artículo 89 a través de la LO 1/2015, a saber, hacer obligatorio el estudio del arraigo que el extranjero presente antes de decidir sobre su expulsión va realmente a configurarse como un elemento que permitirá adoptar una decisión acorde a su reintegración en la sociedad, o no.

## 3. El arraigo de los extranjeros infractores

Una de las novedades introducidas por la nueva versión del artículo 89 del Código Penal aparece reflejada en el nuevo párrafo cuarto añadido a dicho precepto. En esta nueva inclusión se establece que, no procederá sustituir la pena de prisión por la expulsión, cuando, a la vista del hecho y las circunstancias personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión sea desproporcionada (GARCÍA ESPAÑA, 2016).

No cabe duda de que nos encontramos ante una de las modificaciones más novedosas y que más se acercaría a la función preventivo especial positiva de las penas introducidas por la reforma de la LO 1/2015 en el artículo 89 (RECIO JUÁREZ, 2015).

A nuestro entender, esta maniobra legislativa responde a una necesidad lógica que venía siendo reclamada tanto desde la jurisprudencia, como desde la doctrina. En este sentido, dentro de la perspectiva jurisprudencial, en el plano internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) ya había determinado que antes de imponer una expulsión sería necesaria la ponderación de determinadas circunstancias, entre ellas el arraigo del extranjero en el país de residencia (SALVADOR CONCEPCIÓN,

2012). En este sentido, el legislador español ha recogido los criterios del TEDH al respecto en esta nueva versión del artículo 89 CP (GARCÍA ESPAÑA, 2018).

Por otro lado, en el plano jurisprudencial nacional destacó la célebre sentencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) de 8 de julio de 2004, sentencia que defendía la evaluación de las circunstancias personales del extranjero infractor, entre ellas su arraigo en España, a la hora de resolver sobre una expulsión. En idéntico sentido, también la doctrina venía reclamando la necesidad de evaluar las circunstancias personales del extranjero infractor antes de proceder a una expulsión (MAPELLI CAFFARENA, 2011).

A la hora de aludir al término arraigo, se hace referencia a un concepto jurídico indeterminado (GISBERT CASAMPERE, 2007 y GARCÍA ESPAÑA, 2018) cuyo contenido no puede ser delimitado a priori (GARCÍA GIL, 2010) y que se constituiría de todas aquellas circunstancias personales del extranjero que determinarían un nexo de unión con la sociedad española y simultáneamente debilitarían sus lazos con su país de origen (LAFONT NICUESA, 2005). Al ser un término jurídico indeterminado, será necesaria la participación del juez en aras de delimitar qué elementos quedarían fuera y cuáles dentro (Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección primera, núm 204/2017, de fecha 4 de septiembre de 2017).

En este sentido, RECIO JUÁREZ (2016) afirma que el arraigo penalmente relevante vendría determinado por la existencia de vínculos familiares, sociales, económicos, laborales, académicos o de otro tipo, que sean relevantes para apreciar el interés del penado por permanecer en el país.

En esta línea, el arraigo deberá ser alegado y puesto de manifiesto para que pueda ser apreciado, por lo que si no consta ningún tipo de alegación que manifieste la situación personal del extranjero, la expulsión no se considerará desproporcionada (GISBERT CASAMPERE, 2007).

### 3.1. Tipos de arraigo

En líneas generales, la doctrina, a la hora de analizar el arraigo, sistematiza las diversas circunstancias personales del extranjero que lo constituyen en los tres tipos de arraigo que recoge el artículo 124 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante RLOEx), a saber: el arraigo familiar, el social y el laboral (TORRES FERNÁNDEZ, 2012), y es que, tal y como afirma QUES MENA (2008, p.2), “*se trata de las tres facetas básicas que todo individuo desarrolla en la sociedad moderna*”. En este sentido, también la Circular FGE 1/2015 se hace eco de dicho sistema al establecer que “*es patente que no merecen el*

*mismo tratamiento penal quien, viviendo -arraigo social y familiar- y trabajando-arraigo laboral- en España en las mismas condiciones que un español, ocasionalmente llega a cometer un delito, que el extranjero que ha venido a territorio nacional teniendo como único objetivo la comisión de un delito o vivir con desprecio de la legalidad vigente”.*

### 3.1.1 EL ARRAIGO FAMILIAR

QUES MENA (2008, p.3) define el arraigo familiar como *“la vinculación con un territorio, que se obtiene de forma derivada, por razón de una persona con quien se tiene una relación intensa, y que a su vez ha entablado lazos intensos con el territorio. Dado que se trata de un arraigo derivado, la relación con otra persona queda reservada a personas con las que se tiene un vínculo de sangre o de matrimonio, o equiparables a éstos”.*

En términos más específicos, SANTOLAYA MACHETTI (2004, p.80) define el arraigo familiar como *“cualquier forma de convivencia en la que se creen vínculos afectivos y materiales de dependencia mutua sea cual sea su grado de formalización o incluso el sexo de sus componentes, puede ser considerada una “vida familiar” protegida por el Convenio por alejada que resulte de los parámetros de la familia tradicional basada en el matrimonio”.*

Dentro de todos los tipos de arraigo que pueda presentar un extranjero en España, la existencia de un arraigo familiar va a suponer una circunstancia impeditiva de la expulsión de gran peso (RECIO JUÁREZ, 2016, y PEÑA PÉREZ, 2012). Así viene reconocido por el TEDH, que ya determinó, con acierto a nuestro entender, que, en el caso *Nasri contra Francia*, la familia constituía un pilar fundamental para la consecución de la reinserción social del extranjero (Caso *Nasri contra Francia*, 13 de julio de 1995, párrafo 46).

Como ya vimos anteriormente, el derecho a la vida familiar del extranjero goza de un reconocimiento internacional en el artículo 8 CEDH. En este sentido, el TEDH viene considerando la necesidad de ponderar una serie de criterios en los supuestos en los que el extranjero tenga una familia y por tanto su intimidad familiar pueda resultar afectada. Así, ha reconocido que deberán tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes criterios: La situación familiar del demandante, así como la duración de su matrimonio, y otros factores que expresen la efectividad de una vida familiar en pareja, si hay niños en el matrimonio, y si los hay, cuáles son sus edades, y, por último, la gravedad de las dificultades que el grupo familiar del extranjero afectado pueda llegar a encontrar en el país destinatario de la expulsión (Caso *Boultif contra Suiza*, 2 de agosto de 2001, párrafo 48).

En esta línea, se considera que, entre las relaciones familiares que permiten valorar el arraigo, se aprecian las de los parientes más directos, esto es, hijos, padres, cónyuge o pareja de hecho, y, la Circular FGE de 2015 también incluye a los hermanos (Circular FGE 7/2015, p.17). En la misma

línea, se considera que ha de existir una vida familiar que pueda verse afectada como consecuencia de la separación que se produce al materializar una expulsión (TORRES FERNÁNDEZ, 2012), especialmente, si hay niños, ya que tal y como reconoce el TEDH, si hay niños involucrados, es necesario examinar si estos se encuentran en una edad en la que se puedan adaptar a un entorno diferente (Caso *Josef contra Bélgica*, 27 de febrero de 2014, párrafo 137). *A sensu contrario*, no existiría arraigo impeditivo de expulsión si existiera la posibilidad irrefutable de que la pareja se reúna en otro lugar y la unión o convivencia no quedara imposibilitada *sine die* (RECIO JUÁREZ, 2016 y LAFONT NICUESA, 2008). En este sentido, se viene considerando que para evaluar los posibles trastornos que se causarían a los familiares del expulsado, se debería tener en cuenta el tiempo que los mismos llevaran residiendo en España, los viajes de la familia a su país de origen, la destreza en el manejo del idioma en cuestión, la existencia o no de otros familiares en el país extranjero, así como las posibilidades de inserción en dicho país (LAFONT NICUESA, 2008).

Con base en las anteriores premisas, existirían dos circunstancias que por regla general van a determinar la existencia de un arraigo suficiente que impida la expulsión. La primera vendría determinada por la existencia de un residente menor de edad a cargo del extranjero, independientemente de que el mismo tenga o no nacionalidad española (ENCINAR DEL POZO, 2005 y RECIO JUÁREZ, 2016). La segunda, vendría delimitada por la existencia de un matrimonio (CUADRADO ZULOAGA, 2008), aunque respecto a esta última, la Circular FGE 7/2015 establece que no basta con acreditar la existencia de un matrimonio formal, sino que se deben acreditar otros factores que manifiesten la efectividad de la vida en familia de la pareja, sin especificar cuáles son los mismos.

En esta línea, cabe indicar que, lógicamente, la suma de ambas circunstancias formará el cóctel perfecto para neutralizar una expulsión. En este sentido, se ha de destacar que, aunque las circunstancias predilectas determinantes del arraigo serán la existencia de matrimonio e hijo en su seno, también será una circunstancia acreditativa de arraigo familiar la convivencia del extranjero con su madre (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección segunda, núm 347/2017, de fecha 30 de mayo de 2017).

Ahora bien, a pesar de que la existencia de un matrimonio y la existencia de un hijo en su seno, incluso aún nonato (Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección tercera, núm 204/2017, de fecha 4 de septiembre de 2017), constituyan causas impeditivas de una expulsión, el TS ha establecido que es necesario que se acredite que el extranjero al que se le ha impuesto una expulsión cumpla con las obli-

gaciones anejas a la familia (STS, Sala Segunda de lo Penal, de 12 de mayo de 2016, Fundamento de Derecho tercero; Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, sección tercera, núm 93/2016, de fecha 22 de junio de 2016). Ligada a esta obligación, en la práctica judicial ha quedado asentado que, para que el arraigo familiar pueda ser apreciado resulta necesaria la convivencia del extranjero con su familia bajo el mismo techo (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, núm 775, de 28 de septiembre de 2016. Fundamento de derecho quinto; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección primera, núm 841/2015 de 30 de septiembre. Fundamento de Derecho quinto), lo que significa que no existirá arraigo familiar respecto a un extranjero y sus hijos cuando el mismo residiera en otra provincia distinta a la de su hijo y la madre del mismo (STS, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de 15 de febrero de 2016, Fundamento de Derecho segundo). En esta línea, la jurisprudencia ha determinado que la convivencia con un hermano no es acreditativa de arraigo familiar (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso Administrativa, sección primera. Núm 115/2016, de 27 de mayo).

De esta suerte, el TS ha considerado en varias ocasiones que, la existencia de una unión de hecho estable y continuada análoga a la conyugal permite apreciar la existencia de perjuicios irreparables inherentes a la expulsión derivados del arraigo en España del extranjero en cuestión, por razón de la ruptura de la agrupación familiar (STS, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de 18 de julio de 2000, Fundamento de Derecho sexto).

Se ha de destacar que no es suficiente una mera relación de afectividad entre adultos, como podría ser una situación de noviazgo, aún si existe el propósito de contraer matrimonio. Recientemente, el TS ha establecido que no serviría para apreciar un arraigo suficiente el hecho de acreditar como única circunstancia la existencia de un hermano que se encuentra en España pero que vive en otra provincia (Auto del TS, Sala Segunda de lo Penal, de 27 de abril de 2017, Razonamiento jurídico primero; STS, Sala Segunda de lo Penal, de 1 de junio de 2017, Fundamento de Derecho segundo). Empero, si a esa circunstancia se le suman otras, sí considera que existe arraigo suficiente para impedir una expulsión, circunstancias como pueden ser las siguientes: residencia en España durante un período largo de tiempo, existencia de domicilio fijo desde hace varios años, desconocimiento del idioma oficial del país al que sería expulsado, etc (STS, Sala Segunda de lo Penal, de 11 de septiembre de 2017, Fundamento de Derecho cuarto).

En este orden de hechos, conviene destacar que, en la práctica judicial, el arraigo no sólo se ha esgrimido como una circunstancia impeditiva de una expulsión del territorio nacional, sino que, *a sensu* contrario, se ha configurado como un factor fundamental en aras de acordar una expulsión, lo cual a nuestro entender ha sido totalmente acorde a la función preventivo especial positiva de las penas.

De esta suerte, podríamos hablar en estos casos de un arraigo extraterritorial. Sirva de ejemplo un supuesto resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de noviembre de 2015 en el que se condenaba a una extranjera residente irregular en España a una pena de dos años de prisión por la comisión de un delito contra la salud pública.

En esta sentencia se acordaba la sustitución de la pena de prisión por la expulsión y la prohibición de regresar a España en un plazo de siete años. La Audiencia Provincial fundaba la expulsión en el hecho de que se encontraba en España de forma ilegal, que actualmente su única forma de obtener ingresos era la prostitución, siendo además la misma drogodependiente, y que, en su país de origen, Ecuador, tenía tres hijas (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección segunda, núm 940/2015, de fecha 24 de noviembre de 2015).

Parecida resolución llevó a cabo la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm 851/2014 al acordar la expulsión de una extranjera venezolana que fue condenada a una pena de cuatro años y seis meses de prisión por la comisión de un delito contra la salud pública y que en su país de origen tenía un hijo de seis años con problemas de audición y otro de dieciocho años aquejado de hidrocefalia y retraso mental desde el nacimiento (Sentencia de la Provincial de Barcelona, sección sexta, núm 11/2015, de fecha 22 de diciembre de 2015).

Finalmente, resulta muy importante la matización que realiza la Circular FGE 7/2015 al establecer que es necesario considerar la situación familiar del penado en el momento en que se dicta la sentencia, así como también en el momento en el que se ejecuta la expulsión, si entre ambos ha transcurrido un período de tiempo relevante (Circular FGE 7/2015, p.18).

### 3.1.2 EL ARRAIGO LABORAL Y ECONÓMICO

Por arraigo laboral se entiende el hecho de que el actor pruebe la existencia de una relación laboral o la certificación de haber cotizado a la seguridad social (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera. Fundamento de Derecho quinto. Núm 775, de 28 de septiembre de 2016; Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección cuarta, núm 33/2017, de fecha 18 de enero de 2017).

Tal y como expone RECIO JUÁREZ (2016), esos lazos con España carecerían por sí solos del suficiente peso para entender desproporcionada una medida de expulsión. Empero, no cabe duda de que son elementos relevantes para determinar el grado de vinculación del penado extranjero con España, y que de forma conjunta a su situación familiar o a la duración de su residencia pueden acreditar un elevado nivel de arraigo en España.

En este sentido, QUES MENA (2008) apunta que, el mayor o menor grado de vinculación que el arraigo laboral implica con el territorio depende del tipo de actividad de que se trate. Así, en el caso de actividades por cuenta ajena, la vinculación vendrá determinada por la estabilidad laboral, de modo que los contratos indefinidos sin periodo de prueba o con periodo de prueba superado son los que mayor vinculación con el territorio implican. Por su parte, respecto de las actividades por cuenta propia, el citado autor considera que la intensidad de los lazos entablados será proporcional al volumen de las inversiones realizadas para la puesta en marcha y continuidad de la actividad, así como a la entidad del fondo de comercio acumulado durante su ejercicio (QUES MENA, 2008).

Por su parte, TORRES FERNÁNDEZ (2012) considera que para poder apreciar un arraigo laboral es necesario que el extranjero demuestre que tiene un trabajo estable, así como perspectivas de continuar en el mismo, exigiéndose que se trate de un trabajo en el que el extranjero lleve, al menos, un año. Por su parte, la jurisprudencia avala la importancia de la estabilidad reconocida por la citada autora al reconocer explícitamente que no será circunstancia suficiente a efectos de acreditar el arraigo laboral el hecho de que el extranjero haya desempeñado un trabajo puntualmente (Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, sección primera, núm 416/2017 de 7 de noviembre de 2017), o que lleve mucho tiempo residiendo en España y conste que ha trabajado durante muy poco tiempo (Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección tercera, núm 263/2016, de 28 de septiembre de 2016; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, núm 255/2017 de 14 de junio). Sí será indicativo de arraigo laboral que el extranjero tenga una oferta real de trabajo (Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección primera, núm 36/2016, de 23 de enero de 2016; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección segunda, núm 347/2017, de 30 de mayo de 2017).

En este sentido, tampoco será un indicador de arraigo laboral el hecho de que el sujeto haya desempeñado un trabajo en prisión durante el tiempo que estuvo cumpliendo condena (Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida,

sección primera, núm 618/2016, de 30 de noviembre de 2016).

En puridad, cuanto más vida laboral acredite un extranjero, más posibilidades tendrá el mismo de que un tribunal considere que presenta un arraigo laboral de peso. Así, existirá un arraigo laboral si el extranjero aporta un contrato de trabajo, aunque de duración determinada, un informe en el que conste que el mismo ha realizado cursos en aras de su formación para realizar un trabajo en el sector en el que opere dicha empresa, un certificado en el que conste que ha realizado prácticas en otra empresa, informes de que el foráneo ha realizado talleres formativos en una fundación o en cualquier otra entidad acreditada al efecto, y tras lo cual haya obtenido una valoración altamente positiva, etc (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, núm 287/2006, de 21 de abril. Fundamento de Derecho segundo).

### 3.1.3 EL ARRAIGO SOCIAL

El arraigo social se considera un supuesto excepcional que supone una ausencia de vínculo con el país de origen de un extranjero (TORRES FERNÁNDEZ, 2012), así como un grado de integración del mismo en las diversas estructuras sociales de una determinada sociedad (QUES MENA, 2008). Para determinar ese grado de integración, será necesario tener en cuenta un elenco de circunstancias de muy variado cariz, constituyendo dicho elenco un *numerus apertus*. En este sentido, entre esas causas podrían encontrarse las siguientes: Que el extranjero lleve tanto tiempo en España que no tenga la más mínima conexión o vinculación con su país de origen, cosa que ocurrirá si el extranjero lleva en nuestro país desde su infancia o adolescencia (LAFONT NICUESA, 2005); que haya realizado un curso para aprender el español, que es un indicador muy bueno de integración social (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, núm 485/2015, de 21 de octubre); que cuente con informes de inserción social; que haya percibido prestaciones públicas; que disponga de medios económicos de subsistencia; que haya realizado reiterados intentos efectivos de regularizar su situación, y, que esté empadronado, circunstancia que por sí sola no constituye una expresión de arraigo social, ya que lo único que demuestra es la presencia física del extranjero en un país, no así su grado de integración. Por otro lado, la posesión de tarjetas sanitarias no sería por sí sola una circunstancia acreditativa de arraigo social. Tampoco los certificados de cursos emitidos por ONG, y tampoco la mera permanencia en territorio español, aunque la misma se haya dado por un período extenso de trece años

(Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección primera, núm 201/2017, de 15 de marzo de 2017; Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, sección primera, núm 153/2017, de 3 de marzo de 2017).

Tal y como se expuso anteriormente, el arraigo familiar será aquel arraigo determinante para neutralizar una expulsión, siendo el social mucho más relativo y casuístico dependiendo siempre de las causas que se aleguen (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, núm 436/2015, de 15 de mayo).

No obstante, a pesar de gozar de un menor peso que el arraigo familiar, dicho arraigo también puede ser impeditivo de una expulsión si aparece acreditado por medio de diferentes circunstancias de cariz laboral y económico.

A modo de ejemplo, si el individuo al que se pretende expulsar ha tenido una larga permanencia en España, posee además una residencia, ha estado dado de alta en la Tesorería General de la Seguridad Social, y, además, consta el pago de las cuotas hipotecarias a través de la cuenta bancaria abierta en una entidad, de todas estas circunstancias se deducirá una vinculación social suficientemente justificada (Sentencia de la Audiencia Provincial de LLeida, sección primera, núm 537/2017, de 27 de octubre de 2017).

Cuestión importante a la hora de referirse al arraigo social sería la referente a las previas condenas del extranjero al que se pretende expulsar. En este sentido, RECIO JUÁREZ (2016) considera que la práctica de una conducta antisocial continuada, especialmente si el sujeto cuenta con antecedentes penales, es reveladora de que no existe un nivel de arraigo consolidado en España, ya que, el arraigo implicaría una aceptación mínima de las normas de conductas internas, lo que es incompatible con las conductas contrarias al ordenamiento jurídico que resultan más graves, tal y como sucede con la comisión de ilícitos penales. En la misma línea también lo indica QUES MENA (2008). En este sentido, en la práctica judicial, tampoco se ha considerado que exista arraigo social cuando el extranjero ya había sido condenado por un delito grave como por el que fue sancionado (Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección primera, núm 204/2017, de 4 de septiembre de 2017).

No obstante, a pesar de que el extranjero hubiera cumplido anteriormente una condena, si se tiene constancia de informes favorables de la Junta de Tratamiento que determinen que tiene un bajo nivel de reincidencia, y tiene superadas las pruebas psicológicas que se le han practicado habiendo disfrutado de diversos permisos de salida para realizar estudios universitarios, se podrá determinar la existencia de un arraigo social (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección tercera, núm 372/2017, de 1 de agosto de 2017).

En este sentido, cabe indicar que la existencia de condenas previas no será por sí sola un factor determinante en la existencia o no de arraigo, sino que se procederá a valorar el conjunto del resto de circunstancias personales del penado (RECIO JUÁREZ, 2016).

#### **4. El artículo 57.2 LOEx: La expulsión tras el cumplimiento de la pena de prisión en España**

##### *4.1. La frustración de la reinserción social de los extranjeros que ya han cumplido su pena*

Una vez analizada la introducción en el nuevo artículo 89 CP de la obligación de estudiar las circunstancias personales del extranjero, especialmente su arraigo, antes de dilucidar sobre su expulsión, procederemos al análisis del artículo 57.2 y su relación con la nueva versión del artículo 89 CP en lo que al arraigo de los extranjeros infractores se refiere.

En esta línea, el artículo 57.2 LOEx es un precepto que norma como causa de expulsión el que el extranjero hubiera sido condenado por una conducta dolosa que constituyera en nuestro país un delito sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados. Se trata de una medida que podría recaer sobre cualquier extranjero extracomunitario incluso con residencia legal de larga duración (BOZA MARTÍNEZ, 2016).

Dicho artículo se refiere, no a la pena que finalmente se haya impuesto al extranjero, esto es, en concreto, incluso si la misma ha sido suspendida o sustituida (BONILLA CORREA, 2010), sino a la pena en abstracto, la señalada con carácter genérico para la conducta realizada (PLEITE GUADAMILLAS, 2017).

Nos encontramos ante una consecuencia jurídica calificada por GARCÍA ESPAÑA (2018) como sanción invisible, esto es, se trataría de derivaciones colaterales de la condena que se generarían de manera automática a partir del momento de la imposición de la pena principal (DÍEZ RIPOLLÉS, 2014).

En esta tesitura, al hacer alusión al artículo 57.2 LOEx, hacemos referencia a un precepto de difícil casación con el artículo 89 CP, dado que, a través de dicho precepto se podría expulsar por vía administrativa a extranjeros que hubieran ya cumplido su pena de prisión correspondiente en España, al no haberles sido de aplicación el artículo 89 CP debido a sus circunstancias personales, entre ellas el arraigo que el mismo presente en España; como consecuencia de haber sido condenados previamente por la comisión de un delito doloso que en el Código Penal español tuviera señalada una pena privativa de libertad superior a un año, independientemente de que la pena finalmente impuesta

fuera inferior a dicho límite penológico, por ejemplo, por la aplicación de atenuantes (ORTEGA MARTÍN, 2010).

Además, en el artículo 234 del Reglamento de Extranjería (en adelante RLOEx), se dispone que, la tramitación de los expedientes en los que se pueda acordar la expulsión se llevará a cabo por el procedimiento preferente cuando la infracción imputada sea alguna de las previstas en las letras a), y b) del artículo 54.1, así como en las letras d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 LOEx.

Por mor del artículo 235 RLOEx, esto conlleva que, en la misma notificación del acuerdo de inicio del expediente, se advierte que, de no efectuar alegaciones del contenido del acuerdo durante 48 horas, el mismo será considerado como propuesta de resolución con remisión del expediente a la autoridad competente para resolver. En este sentido, en la inmensa mayoría de casos, al ser el plazo tan corto, éste expira sin que nada se pueda alegar, debido al desconocimiento de la normativa de extranjería y también, en ocasiones, al bajo nivel educativo de los extranjeros. En este orden de hechos, no se debe olvidar que en muchas ocasiones se trata de extranjeros que se encuentran en prisión, por lo que el plazo de cuarenta y ocho horas deviene un período imposible de cumplir a la hora de realizar alegaciones y recabar documentación. Además, la situación económica de los foráneos que están en prisión suele ser precaria, haciendo uso de abogados de oficio con los que apenas tienen contacto (LEGANÉS GÓMEZ, 2012).

Partiendo de estas premisas, a nuestro entender, este circuito punitivo invisible pondría en tela de juicio las posibilidades de reinserción social de los extranjeros respecto a los cuales no se hubiera adoptado la expulsión del territorio nacional una vez se hubieran estudiado sus circunstancias personales, desde varias perspectivas.

En primer lugar, la expulsión vía administrativa por el artículo 57.2 LOEx podría ser posible en supuestos en que el artículo 89 CP no se hubiera aplicado por haber atendido a las circunstancias personales del extranjero, entre ellas su arraigo, ya que, en el artículo 57.2 LOEx, no se hace referencia a la obligatoriedad previa al acuerdo de una expulsión de ponderar las circunstancias personales que tenga el foráneo, sino que se configura como una sanción automática, una consecuencia directa de la condena privativa de libertad superior a un año (LARRAURI, 2016).

Un ejemplo muy ilustrativo de esto puede vislumbrarse en el artículo doctrinal publicado por GARCÍA ESPAÑA (2016). En dicho artículo, la citada autora alude al polémico caso de Abdul, que salió a la luz a raíz de su publicación en el mes de junio de 2015 en el Heraldo de Aragón y fue difundido a través de las redes sociales. Abdul era un hombre de origen marroquí de 39 años que había emigrado a España

hacia ya 20 años. Abdul trabajaba en el campo, aprendió el español y tenía una tarjeta de residencia. Pasado un tiempo, Abdul fue condenado por un delito de tráfico de drogas a varios años de prisión. Tras pasar varios años en una prisión de Zaragoza satisfizo la responsabilidad civil derivada del delito y, con su permiso de residencia y trabajo en vigor hasta 2019, se le concedió la libertad condicional debido a que consiguió un trabajo en la empresa de reinserción “Hermanas de la Caridad de Santa Ana”, viviendo durante el disfrute de la misma con su mujer y la hija de esta. Una vez acabada la condena se presentó en su lugar de trabajo la policía de extranjería que procedió a su detención con la finalidad de llevar a cabo una expulsión que se ejecutó en un plazo de 48 horas, expulsión ejecutada por la vía del artículo 57.2 LOEx.

En segundo lugar, expulsar al foráneo una vez cumplida la pena tiraría por tierra todo el trabajo que, de cara a la consecución de su reinserción social hubiera realizado la Administración Penitenciaria con el mismo durante el cumplimiento de su pena (SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, 2011).

Finalmente, las posibilidades de los extranjeros de quedarse en España y hacer efectiva la reinserción social trabajada en el establecimiento penitenciario se verán disminuidas, ya que, tal y como se ha mencionado anteriormente, el procedimiento preferente regulado en el artículo 235 RLOEx establece un período muy corto para realizar alegaciones (LEGANÉS GÓMEZ, 2015).

Esta suma de circunstancias lleva a la doctrina a considerar, con razón a nuestro entender, que el artículo 57.2 LOEx frustraría las posibilidades de reinserción social que el extranjero condenado pudiera tener tras el cumplimiento de la pena (BRANDÁRIZ GARCÍA, 2010), y es que, *“los antecedentes penales no deben augurar una mala conducta futura, sino una rehabilitación y reinserción en la sociedad”* (MIQUEL CALATAYUD, 1987, p.177).

En esta tesitura, hay autores; que consideran que; dicha expulsión administrativa no debería entrar en juego si el juzgador penal no hubiera acordado la expulsión sustitutiva en atención a las circunstancias personales del penado, por entenderla desproporcionada (RECIO JUÁREZ, 2015, y BOZA MARTÍNEZ, 2014), En idéntico sentido, hay investigadores que tildan de ilógica esta opción (BOZA MARTÍNEZ, 2016).

## 5. Conclusiones

La nueva regulación del artículo 89 CP, si bien otorga rango de obligatoriedad al análisis del arraigo de los infractores extranjeros antes de que se lleve a cabo una expulsión, no traduce esta obligatoriedad en unas mayores probabilidades de reinserción social del extranjero respecto del cual

se haya acordado el cumplimiento de la pena de prisión en España.

En efecto, la presencia en la Ley de Extranjería del artículo 57.2 LOEx puede frustrar las expectativas de reinserción social que existan sobre el extranjero infractor que ya haya cumplido su pena de prisión en España, debido a que, en un estudio previo de sus circunstancias personales, se consideró que resultaría mejor el cumplimiento de la pena en territorio español.

De esta forma, la Ley de Extranjería resta valor a todos los esfuerzos que, desde la Administración Penitenciaria se hayan realizado para reinsertar a ese extranjero en la socie-

dad española, y convierte a esta nueva reforma del artículo 89 CP en una simple cortina de humo sin pretensión alguna de conseguir la reinserción social de los extranjeros que realizan una estancia en un centro penitenciario español.

En definitiva, los resultados de este estudio permitirán conocer la verdadera realidad que subyace a esta “mejora” del artículo 89 CP, y que podrá complementarse con futuras investigaciones sobre la materia, en aras de determinar si, el estudio obligatorio del arraigo servirá de guía en aras de adoptar una decisión que se incline por la consecución de la reinserción social de los infractores extranjeros o no.

## 6. Bibliografía

- BONILLA CORREA, J.A (2010): “Tratamiento de los delinquentes extranjeros. Medidas de expulsión, Consideraciones político-criminales”, en *Diario La Ley*, nº7445.
- BOZA MARTÍNEZ, D (2016): *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89CP*. Aranzadi.
- (2014): “La expulsión de residentes de larga duración como consecuencia de condena penal y la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos”, en SOLANES CORELLA, A y LA SPINA, E., *Políticas migratorias, asilo y derechos humanos. Un cruce de perspectivas entre la Unión Europea y España*, Tirant lo Blanch.
- BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A (2010): “Resocialización e inclusión en el tratamiento punitivo de los migrantes”, en BERNUZ BENEITEZ, M.J, SUSÍN BELTRÁN, R (coords.), *Seguridad, excepción y nuevas realidades jurídicas*, Marcial Pons
- CALATAYUD, M (1987): *Estudios sobre extranjería*, Bosch.
- CUADRADO ZULOAGA, D (2008): “La expulsión de extranjeros del territorio nacional”, en *La Ley*, nº14.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JL (2014): “Sanciones adicionales a delinquentes y exdelinquentes. Contrastes entre Estados Unidos de América y países nórdicos europeos”, en *Indret*, nº4
- ENCINAR DEL POZO, M.A., Extranjeros en prisión: Valoración crítica del artículo 89.1 del Código Penal, en DE CASTRO, A y SEGOVIA BERNABÉ, JL., *El juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, Consejo General del Poder Judicial, 2005
- GARCÍA ESPAÑA, E (2016): “La expulsión como sustitutiva de la pena de prisión en el Código Penal de 2015. ¿De la discriminación a la reinserción?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº18-07.
- (2018): “El arraigo de los presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión”, en *Migraciones*, nº44.
- GARCÍA GIL, FJ (2010): “Extranjería”, en GARCÍA GIL, FJ: *La medida cautelar de suspensión de la ejecución de actos y disposiciones en el proceso administrativo*. La Ley.
- GISBERT CASAMPERE, R (2007): “Estudios sobre Derecho de Extranjería. La estancia irregular, expulsión versus sanción económica”, en *Actualidad Administrativa*, nº8.
- LAFONT NICUESA, L (2005): “Excepciones a la expulsión judicial del extranjero en el ámbito penal”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº10.
- (2008): “La sustitución judicial de las penas y medidas de seguridad por la expulsión”, en LAFONT NICUESA, L (coord.): *Extranjería. Legislación, comentarios y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch.
- LARRAURI, E (2016): Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes, en *Indret*, nº2.
- LEGANÉS GÓMEZ, S (2015): “La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015”, en *Diario La Ley*, nº8579.
- MAPPELLI CAFFARENA, B (2011): *Las consecuencias jurídicas del delito*. Thomson.
- ORTEGA MARTÍN, E (2010): *Manual práctico de derecho de extranjería. Adaptado a la LO 2/2009, de 11 de diciembre, modificadora de la LO 4/2000*, La Ley.
- PEÑA PÉREZ, A (2012): “Arraigo, circunstancias excepcionales y razones humanitarias: evolución histórica dentro del Derecho de Extranjería”, en *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería*, nº30.
- PLEITE GUADAMILLAS, F (2017): “Régimen de las expulsiones del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000”, en *Actualidad administrativa*, nº9.



- QUES MENA, L (2008): “El arraigo social, económico y familiar en el Derecho de Extranjería. Tratamiento legal y jurisprudencial”, en *Diario La Ley*, nº7067.
- RECIO JUÁREZ, M (2015): “Claves en la reforma de la expulsión de extranjeros en el Código Penal”, en *Diario La Ley*, nº8602.
- (2016): *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*. Dykinson.
- SALVADOR CONCEPCIÓN, R (2012): “Problemas que presenta la expulsión del extranjero como medida sustitutiva a su condena penal”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº28.
- SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, A (2011): “Inmigrantes cumpliendo condena: un recorrido real por un tratamiento inventado”, en *Diario La Ley*, nº7616.
- SANTOLAYA MACHETTI, P (2004): *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*. Tirant lo Blanch.
- TORRES FERNÁNDEZ, ME (2012): *La expulsión del extranjero en el Derecho Penal*. La Ley.

#### Sobre el autor:

**Rodrigo Campos Hellín** es doctorando de la Universidad de Málaga. Actualmente realiza su tesis doctoral sobre la expulsión como medida sustitutiva de la pena de prisión del artículo 89 del CP y su relación con la reinserción social, bajo la tutorización de Elisa García España. Ha realizado una estancia de investigación en la Universidad de Toulon (Francia), y publicado un artículo titulado “El medio abierto en España como vía de acceso a una expulsión tras la reforma de la LO 1/2015” en la revista *Criminalidad*.

**Contacto con el autor:** [rodrigoevan92@hotmail.com](mailto:rodrigoevan92@hotmail.com)

**Cómo citar este artículo:** CAMPOS HELLÍN, Rodrigo, “El arraigo como factor impeditivo de una expulsión tras la reforma de la LO 1/2015”, en *Boletín Criminológico*, artículo 4/2019 (n.º 185). Disponible en [www.boletincriminologico.uma.es/boletines/185.pdf](http://www.boletincriminologico.uma.es/boletines/185.pdf) [Fecha de consulta:]