



Trabajo Fin de Máster

Dictamen elaborado por D^a Gema
López García

Con objeto de la sanción de
orden de expulsión en materia de
extranjería

Penalty of expulsion abroad

Directora

Elisa Moreu Carbonell

RESUMEN

El presente dictamen tiene la finalidad de ofrecer posibles soluciones a un cliente de nacionalidad mexicana afectado por una resolución de expulsión de territorio español mientras cumple condena en un Centro Penitenciario de la provincia de Zaragoza por un delito de tráfico de drogas tipificado en el artículo 368 y 369.6 Código Penal.

En los antecedentes de hecho comienzo con una exposición de los hechos ordenados cronológicamente desde el momento de su detención en el aeropuerto de Barajas cuando fue interceptado por la policía, hasta la notificación de la propuesta de resolución de la expulsión de mi cliente de territorio nacional.

En los fundamentos de derecho ofrezco soluciones a las cuestiones que me suscita el cliente acerca de su situación para evitar su expulsión de España, desde la posibilidad de solicitar arraigo familiar por ser su padre y abuelos españoles de origen, como la posibilidad de adquisición de la nacionalidad española o doble nacionalidad, o la solicitud de asilo tras las amenazas de muerte contra su persona y contra su familia.

También le asesoro en Derecho acerca del procedimiento a realizar contra la resolución de expulsión del territorio nacional que le notificó la Delegación del Gobierno de Aragón y el trámite por la vía contenciosa - administrativa. Y finalizo el dictamen con unas conclusiones a modo de resumen.

La mayor parte del estudio recae en la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, también conocida como Ley de Extranjería y en el reglamento que la desarrolla, el Real Decreto 557/11 de 20 abril. También son de aplicación al presente dictamen la Constitución Española de 1978, el Código Civil español, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado y algunas normas administrativas como son la ley 39/2015 de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y la ley 29/1998 de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso - administrativa.

ÍNDICE

1. Listado de abreviaturas utilizadas	Página 4
2. Normativa aplicable y jurisprudencia.....	Página 5
3. Dictamen.....	Página 9
3.1 Antecedentes de hecho.....	Página 9
3.2 Problemas jurídicos que plantea el supuesto de hecho.....	Página 12
3.3 Argumentación y solución de los distintos problemas jurídicos.....	Página 12
A) Resolución problema jurídico primero.....	Página 13
B) Resolución problema jurídico segundo.....	Página 17
C) Resolución problema jurídico tercero.....	Página 21
4. Conclusiones.....	Página 25
5. Bibliografía.....	Página 27

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art.....	Artículo
BOE.....	Boletín Oficial del Estado
CC.....	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
CE.....	Constitución Española de 1978
CEDH.....	Convenio Europeo de Derechos Humanos
DOUE.....	Diario Oficial de la Unión Europea
LJCA	Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso - administrativa.
LOEx	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
LPA.....	Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
RLOEx.....	Real Decreto 557/11 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.
TEDH.....	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

NORMATIVA APLICABLE Y JURISPRUDENCIA

Para la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas se puede acudir a la siguiente normativa y debe ser considerado la jurisprudencia que se enumera seguidamente:

1. Constitución Española de 1978 <<BOE núm 311, de 29/12/1978 >>.

Art. 11.3: relativo a la doble nacionalidad.

Art. 19: libertad de circular por el territorio nacional.

Art. 24: derecho a la tutela judicial efectiva.

Art. 25.2: reinserción social del penado.

2. Directiva 2011/95/UE del Parlamento y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida <<DOUE núm 337, de 20 de diciembre de 2011 >>.

3. Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967 <<BOE núm 252, de 21/10/1978 >>.

Art.1: estatuto del refugiado.

4. Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la

República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991 << BOE núm 81, de 05/04/1994 >>.

Art. 96: situaciones de extranjeros.

5. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente << BOE núm 243, de 10 de octubre de 1979 >>.

Art. 6.2: presunción de inocencia.

Art. 8: derecho al respeto de la vida privada y familiar.

6. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social << BOE núm 10, de 12/01/2000 >>.

Art. 31: sobre la situación de residencia temporal.

Art. 53.1 letra a) : infracciones graves.

Art 55.1 letra b): sanciones.

Art. 55.2: competencia para imponer sanciones por infracciones administrativas.

Art. 57.1: supuestos en los que se aplica la expulsión del territorio.

Art. 57.2: comisión de delito doloso causa de expulsión.

Art. 57.4: extinción de autorización de permanencia en España.

Art. 58.1: efectos de la expulsión.

Art. 63: procedimiento preferente de expulsión.

Art. 63 bis: procedimiento ordinario de expulsión.

7. Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas <<BOE núm 236, de 02/10/2015>>.

Art. 123: objeto del recurso potestativo de reposición.

Art. 124: plazos de interposición del recurso potestativo de reposición.

8. Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa <<BOE núm 167, de 14/07/1998>>.

Art. 45: el recurso contencioso - administrativo.

Art. 46: plazo para interposición el recurso contencioso - administrativo.

9. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria <<BOE núm 263, de 31/10/2009>>.

Art. 3: condición de refugiado.

Art. 8: motivos de exclusión de la condición de refugiado.

Art. 10: condiciones para la concesión del derecho a la protección subsidiaria.

Art 18.1: derechos y obligaciones de los solicitantes.

Art. 19.1: efectos de la presentación de la solicitud.

10. 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 <<BOE núm 103, de 30/04/2011>>.

Art. 123 y ss: sobre las autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

Art. 124: autorización de residencia temporal por razones de arraigo.

Art. 219: competencia de inicio del procedimiento sancionador.

Art. 226 y ss: procedimiento ordinario sancionador.

Art. 234 y ss.: procedimiento preferente sancionador.

11. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil <<BOE núm 206, de 25/07/1889>>.

Art. 20.1 b): nacionalidad española por origen.

Art. 20.3: nacionalidad de origen.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala Contencioso - administrativa Sección 3^a, núm 327/2014 de fecha 21 de mayo. ECLI:ES:TSJPV:2014:1455.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm 261/2017 de fecha 6 de abril. ECLI: TS:2017:1486.

DICTAMEN que, a petición de D. Julio Hernández García, emite D^a Gema López García, Letrada del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza sobre SANCIÓN DE ORDEN DE EXPULSIÓN EN MATERIA DE EXTRANJERÍA con fecha de tres de diciembre de 2019.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

De la documentación trasladada y de la información facilitada por el Sr. Hernández García y por la Delegación del Gobierno en Aragón, se deducen los siguientes:

PRIMERO.- El Sr. Julio Hernández García, mayor de edad, nacido el día 02/11/1969, de nacionalidad mexicana y sin antecedentes penales, se encontraba en el aeropuerto de Madrid - Barajas el día 24 de septiembre de 2017 tras aterrizar el avión en el que viajaba procedente de México.

Portaba como equipaje una maleta tipo “trolley”, en cuyo interior existía un doble fondo y debajo de él, una plancha de cartón que contenía una sustancia, que tras ser analizada por el Grupo de Policía Judicial de la Comisaría de Policía Nacional del aeropuerto de Barajas, resultó ser cocaína, con un peso de 2.967 gramos y una pureza del 75,6 %. La sustancia hubiera alcanzado en el mercado ilícito un valor aproximado de 99.867 euros. Se procede al comiso de la droga intervenida.

El Sr. Hernández García se encuentra en prisión provisional por esta causa desde el día 24 de septiembre de 2017, fecha en que fue detenido.

SEGUNDO.- Analizados los hechos producidos y los elementos configuradores del tipo delictivo, la Sección séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, dicta sentencia con fecha diez de marzo de 2018 condenando a D. Julio Hernández García como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública a las penas de nueve años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de cien mil euros, acordando el comiso de la droga intervenida.

TERCERO.- El día doce de abril de 2019, mientras me encontraba de guardia de servicio de extranjería, se me notifica acuerdo de iniciación del procedimiento preferente de expulsión incoado por la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de la Jefatura Superior de Policía de Aragón, contra el ciudadano extranjero D. Julio Hernández García interno en el Centro Penitenciario de Zuera, y por la cual, me dirijo a dicho centro penitenciario para asistirle.

CUARTO.- Tras un control de extranjeros internos en el citado centro penitenciario, se constata que dicho ciudadano no ha realizado ninguna gestión válida ante la Administración al objeto de regularizar su situación administrativa en España, siendo estos hechos constitutivos de una presunta infracción administrativa a la LOEx en su art. 53.1 letra a) y del art. 57.2, relativos a la estancia irregular en España y la comisión de un delito doloso condenado en España a una pena de prisión superior a un año, en concreto el delito es tráfico de drogas condenado a nueve años de prisión.

En atención a estos hechos, se le puede imponer la sanción de expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada en España por un período mínimo de tres años hasta un máximo de diez años, de conformidad con el art. 57.1 en relación con los arts. 58.1 y 58.2, ambos de la LOEx.

QUINTO.- El Sr. Hernández García contrajo matrimonio con una mujer de nacionalidad española en fecha de 29 de septiembre de 2018, previo al acuerdo de iniciación del procedimiento preferente de expulsión de territorio español. El matrimonio se celebró en el centro penitenciario donde se encuentra interno desde la sentencia condenatoria con fecha de diez de marzo de 2018.

Además, mi cliente es hijo y nieto de ciudadanos españoles de origen, por lo que puede solicitar la nacionalidad española o incluso la doble nacionalidad entre México y España y evitar de este modo, la expulsión de territorio nacional.

SEXTO.- Con fecha de 17 de abril de 2019, se me notifica la propuesta de resolución de procedimiento preferente de expulsión, y tras haber formulado las pertinentes alegaciones en defensa del Sr. Hernández García, frente al acuerdo de iniciación del procedimiento preferente de expulsión, la Jefatura Superior de Policía en Aragón afirma que los hechos mencionados en el antecedente cuarto, son constitutivos de la infracciones administrativas mencionadas en el art 53.1 letra a) de LOEx y del art. 57.2 de la misma norma, y que por lo tanto, proponen la expulsión del Sr. Hernández García del territorio nacional con prohibición de entrada al mismo por un período de diez años, período que empieza a contar desde la fecha en que la expulsión sea efectivamente ejecutada. Esta prohibición de entrada es extensible en aplicación del art. 96 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, a los estados parte del mismo.

Igualmente, según lo dispuesto en el art. 57.4 LOEx, la resolución de expulsión conlleva la extinción de cualquier autorización de permanecer en España de la que fuese titular.

Con fecha 5 de julio de 2019, recibo designación a mi despacho profesional del Servicio de Turno de Oficio de Extranjería acerca de la expulsión de D. Julio Hernández García, por el que se me requiere para interponer el correspondiente recurso contra la resolución de expulsión del territorio nacional notificada en fecha de nueve de mayo de 2019 por la Delegación del Gobierno en Aragón, en relación con el expediente sancionador X, procedimiento sancionador 000/17, por medio de la cual se viene a decretar la expulsión del territorio español de D. Julio Hernández García con prohibición de entrada en España por diez años.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEA EL SUPUESTO DE HECHO

A la vista de los antecedentes fácticos expuestos a la Letrada que suscribe, se plantean las siguientes cuestiones jurídicas a fin de conseguir la posible suspensión de la expulsión de territorio nacional.

1. ¿Qué puede hacer el preso frente a la resolución de su expulsión del territorio nacional?

2. Si durante el tiempo que permanece en prisión cumpliendo la condena, contrajo matrimonio con una nacional española, ¿es requisito suficiente para revocar la expulsión?

En el mismo sentido, el padre del Sr. Hernández García es español de origen, ¿tiene posibilidades de solicitar por ello arraigo familiar o incluso adquirir la nacionalidad española o la doble nacionalidad entre los estados de México y España?

3. El interesado ha solicitado asilo en España tras ser amenazado de muerte por las personas que le encomendaron la misión de transportar la droga, y por ideología política diferente a la vigente en el poder en su país, México. ¿Qué derechos tiene?

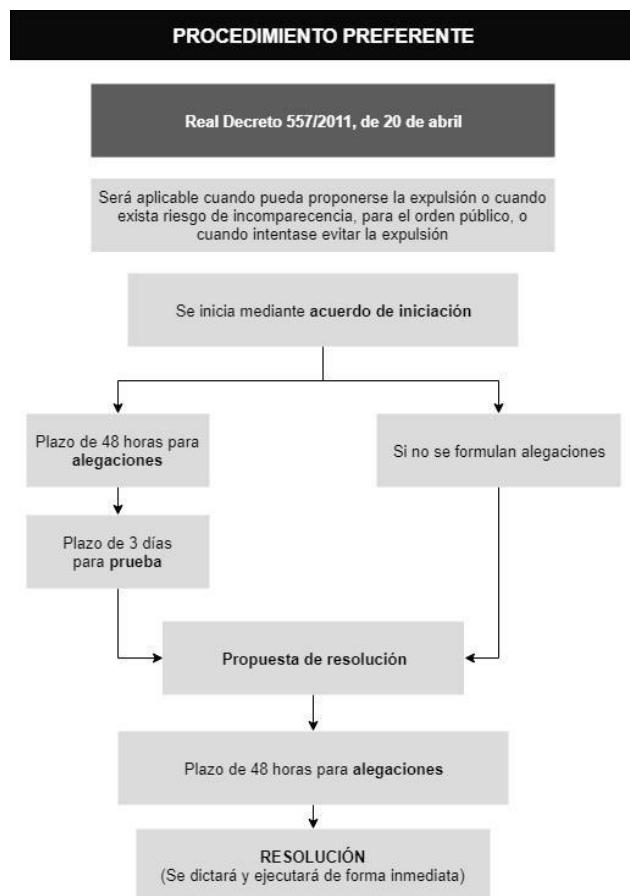
Aceptando el requerimiento formulado, la Letrada que suscribe emite el siguiente dictamen basándose en estos fundamentos jurídicos y ofrezco:

III. ARGUMENTACIÓN Y SOLUCIÓN DE LOS DISTINTOS PROBLEMAS JURÍDICOS

PRIMERO.- La Delegación del Gobierno en Aragón emite resolución de expulsión con fecha nueve de mayo de 2019 contra el ciudadano extranjero D. Julio Hernández García, preso interno en el Centro Penitenciario de Zuera, al considerar que se halla incurso en el supuesto previsto en el art. 53.1 letra a) de la LOEx por encontrarse irregularmente en territorio español, y por el art. 57.2 de la misma norma, relativo a la comisión en territorio español o fuera de este, de un delito doloso que en España esté sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales estén cancelados.

La propuesta de expulsión se realiza mediante procedimiento preferente, regulado en el art. 63 de la LOEx y en el art. 234 y ss. del RLOEx, donde los trámites se ajustan a un plazo de 48 horas para efectuar alegaciones por el propio interesado. Este procedimiento se usa con mayor frecuencia para supuestos en los que se aplica el precepto de la letra a) del artículo 53.1 LOEx y que, además, existe riesgo de incomparecencia por parte del preso, o que éste intente dificultar su expulsión del país, o que represente un riesgo para la seguridad pública o nacional y el orden público. En este procedimiento no se permite la salida voluntaria del país del extranjero.

El plazo de duración de este procedimiento es de 6 meses, dentro de los cuales el órgano competente, en el caso que nos atañe, corresponde a la Subdelegación del Gobierno de Aragón, tiene que dictar y notificar resolución definitiva.



Fotografía 1. Esquema del procedimiento preferente sancionador.¹

Frente al procedimiento preferente, existe el procedimiento ordinario regulado en el art. 63 bis LOEx y 226 y ss. RLOEx, en el que los plazos son más dilatados. En concreto se dispone de 15 días para formular alegaciones y aportar documentos, hay trámite de prueba y de audiencia previa a la resolución, pero no cabe adoptar la medida cautelar de internamiento y la ejecución de la resolución cuenta con un plazo de cumplimiento voluntario, que posibilita al interesado solicitar la revocación de la prohibición de entrada.

¹ <https://www.iberley.es/temas/procedimiento-sancionador-preferente-extranjeria-63192> Fecha de consulta: 09/11/2019.

Las alegaciones presentadas en defensa de mi cliente por el procedimiento preferente abierto contra él, se fundamentan el art. 24.2 CE donde se reconoce el derecho de todas las personas a la presunción de inocencia, puesto en relación con el art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, donde todas personas son inocentes en un proceso hasta que se demuestre lo contrario con una sentencia condenatoria.

Además, en las alegaciones expuse el arraigo que tiene mi cliente al ser su padre y abuelos paternos españoles de origen, procedentes de un municipio de la provincia de Zaragoza y que se vieron obligados a emigrar del país en época de la Guerra Civil española, pudiendo D. Julio Hernández García solicitar la nacionalidad española o incluso la doble nacionalidad mexicana - española, y de este modo suspender la resolución de expulsión del país.

También hay que tener en cuenta que el Sr. Hernández García contrajo matrimonio mientras se encuentra en prisión con una mujer de nacionalidad española.

Y, por último mi cliente se pregunta si puede solicitar asilo en España y estar amparado por la protección de este estado.

SEGUNDO.- La resolución de expulsión se basa en los hechos que responsabilizan al Sr. Hernández García por incluirse en el supuesto previsto en el art. 53.1 letra a) LOEx calificado como infracción grave, al encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueran exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente.

El segundo motivo que fundamenta la causa de expulsión es la comisión de un delito doloso condenado en España con más de un año de privación de libertad, hecho al que se refiere el art. 57.2 LOEx, y que por lo tanto cumple al estar mi cliente cumpliendo condena de nueve años de prisión por tráfico de drogas.

La expulsión del territorio español de D. Julio Hernández García comporta la prohibición de entrada tanto a España como al resto de territorios que conforman el Acuerdo de Schengen durante los diez años siguientes desde la fecha en que la expulsión sea efectivamente ejecutada. Contra la resolución de expulsión es posible

interponer dos recursos; en primer lugar y de forma potestativa, el recurso de reposición regulado en los arts. 123 y 124 LPAC, previo a la vía contencioso administrativa y en el plazo de un mes desde el día siguiente de su notificación. Y/o el recurso contencioso - administrativo en el plazo de dos meses desde dicha notificación ante el Juzgado de lo Contencioso - Administrativo, regulado en los arts. 45 y 46 LJCA.

El recurso de reposición es un recurso administrativo que se interpone ante el mismo órgano administrativo o Administración que dictó la resolución, en este caso es la Subdelegación del Gobierno de Aragón, contra los actos que agotan la vía administrativa, como ocurre con el acuerdo de resolución de expulsión. Dicho recurso se interpone en el plazo de un mes desde que el acto es expreso, y el mismo plazo de duración tiene la administración para resolver sobre el recurso. En el caso de que interpongamos en primer lugar el recurso de reposición, hay que esperar a que éste se resuelva ya sea de forma expresa o por silencio administrativo de manera presunta, para poder interponer con posterioridad recurso contencioso - administrativo.

Por otro lado, tenemos la opción de interponer directamente, y sin obligación de pasar por el recurso de reposición, el recurso contencioso - administrativo, el cuál es un procedimiento judicial que se interpone contra las disposiciones de carácter general y contra los actos expresos y presuntos de la administración pública que pongan fin a la vía administrativa. Para ello disponemos de un plazo de dos meses para interponerlo ante los Juzgados de lo contencioso - administrativo correspondientes, plazo que empieza a contar desde el día siguiente al de la publicación o notificación del acto que ponga fin a la vía administrativa.

Ambos recursos se deben fundamentar con las alegaciones necesarias que justifiquen el arraigo que tiene mi cliente con España, a través de su padre y familia paterna todos de origen español, y el matrimonio contraído con una mujer española.

Como letrada, estudiadas las características de ambos recursos, aprecio ventajas en los dos; respecto al recurso de reposición, éste representa una forma rápida y económica de hacer valer los derechos e intereses del Sr. Hernández García, es la última oportunidad antes de acudir a la vía judicial y poder alargar el procedimiento para que solicite la nacionalidad española o la doble nacionalidad mexicana - española si lo desea. Con la interposición de este recurso solicito la suspensión del acto recurrido, es decir, la resolución de expulsión de territorio nacional hasta que se resuelva. Pero por otro lado, el recurso contencioso - administrativo al interponerse por la vía judicial es ventajoso

porque el recurso lo revisa un juez, y no el mismo órgano que ya me desestimó el recurso de reposición y además, acordó la expulsión que ahora recurro, en este caso la Subdelegación del Gobierno de Aragón.

Por lo tanto, aconsejo a mi cliente interponer directamente recurso contencioso - administrativo ante los tribunales, fundamentado con las necesarias alegaciones sobre arraigo y matrimonio que posee, y donde solicito la suspensión cautelar de la resolución de expulsión de fecha nueve de mayo de 2019, con el fin de que al ser revisado por un juez, estime el recurso y suspenda la orden de expulsión. También me decanto por elegir este recurso, porque en la práctica, la gran mayoría de supuestos similares al presente, son desestimados los recursos de reposición, con el añadido de que se prolonga con excesiva dilación el plazo en el que la administración competente resuelve.

TERCERO.- Existe la posibilidad de que extranjeros que se encuentran en España de forma irregular, puedan obtener una autorización de residencia temporal por causas excepcionales. El artículo 123 y siguientes RLOEx en relación con el apartado tercero del artículo 31 LOEx, recogen estas causas en atención a las circunstancias excepcionales que concurren en cada caso, y se podrá conceder una autorización de residencia temporal a los extranjeros que se hallen en territorio nacional en:

- Supuestos de arraigo.
- Protección internacional.
- Razones humanitarias.
- Colaboración con autoridades públicas o por razones de seguridad nacional o interés público.

De tal modo, que el extranjero que tenga abierto un procedimiento de expulsión del territorio español, puede solicitar la suspensión del mismo alegando la circunstancia en la que se encuentre. En relación con el caso que se me presenta, D. Julio Hernández García puede solicitar arraigo y que posteriormente desarollaré.

El criterio formal del término arraigo, entiende que lo hay cuando, existen ciertas pruebas que presumen la existencia de la vinculación del interesado con un determinado

país, en nuestro caso España. Dicho criterio es propio del ámbito administrativo, cuya función es el control de las fronteras y la regulación del flujo migratorio, teniendo en cuenta las necesidades del mercado, y de la situación económica del país. Éste tiene un alcance limitado ya que, a presunción requiere exigencias formales estrictas.

En el ámbito penitenciario se debe valorar más a fondo las circunstancias del penado para proceder a la toma de decisiones sobre el régimen y el tratamiento². Atendiendo a criterios materiales, existe jurisprudencia que expone este criterio formal de arraigo, en concreto la Sentencia del Tribunal Superior Justicia del País Vasco núm 327/2014 de 21 de mayo, Sala de lo Contencioso - administrativo Sección 3^a, ECLI: ES: TSJPV:2014:1455. Se trata de un caso en el que se produce una aplicación automática de los mecanismos de expulsión sin tener previamente en cuenta, las circunstancias personales y familiares del interno y concretas del hecho.

Este concepto material del arraigo pretende la búsqueda de vínculos efectivos que no se presumen, pero es requisito indispensable que éstos tengan una calidad suficiente como para arraigar a un Estado al sujeto en cuestión. Este concepto tiene dos interpretaciones: la que considera el arraigo como un derecho de primer orden del extranjero que hay que proteger frente a la expulsión administrativa. Este es el criterio que sigue la Circular 7/2015 de 17 de noviembre, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por L.O 1/2015. Doctrina de la Fiscalía General del Estado, y el criterio de estudiar el arraigo desde un punto de vista material es, como un factor de protección frente al delito y necesario frente al desistimiento y a la reinserción social del interno o su inclusión social en la sociedad a su salida de prisión.

²GARCÍA - ESPAÑA, ELISA, El arraigo de presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión, pág 14 y ss, Revista Dialnet 2018

El art. 124 RLOEx detalla que se puede conceder la autorización de residencia temporal por razones de arraigo laboral, social o familiar. En primer lugar, el arraigo laboral requiere dos condiciones inseparables que son, acreditar la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años (careciendo de antecedentes penales en España y en su país de origen), y que el interesado demuestre la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses. Este supuesto de arraigo, no lo puede solicitar el Sr. Hernández García debido a que no tiene oferta de trabajo al estar interno en el Centro Penitenciario de Zuera cumpliendo condena.

Seguidamente, el RLOEx en el mismo artículo, regula el arraigo social que requiere la acreditación de permanecer de manera continuada en España durante un período mínimo de tres años y, además carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen, no ser ciudadano de un Estado de la Unión Europea, contar con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empleador o empresario para un período mínimo de trabajo de un año, y tener vínculos familiares con otros extranjeros residentes o con españoles. Pero, D. Julio Hernández García no puede en este caso solicitar este arraigo porque no cumple con ninguno de los requisitos exigidos.

Y por último, el art. 124.3 RLOEx y en concreto la letra b) recoge el arraigo familiar, que consiste en una circunstancia excepcional con la que cuentan los ciudadanos extranjeros que se encuentren en España, para obtener una autorización de residencia temporal y regularizar su situación por circunstancias excepcionales. Dentro de los requisitos es que, el interesado de solicitar este arraigo tiene que ser hijo de padre o madre españoles, hecho que cumple mi cliente, además de no ser ciudadano de la Unión Europea. Pero las condiciones que no cumple el Sr. Hernández García son la no posesión de antecedentes penales en España y la no prohibición de entrada en España. Por lo tanto, mi cliente tampoco puede solicitar esta clase de arraigo.

Pero, como el padre de mi representado y sus abuelos paternos nacieron en un municipio de la provincia de Zaragoza, y por lo tanto son españoles de origen, aunque durante los años en los que España sufrió la Guerra Civil, se vieron obligados a huir de

urgencia del país en busca de trabajo y una vida estable y más segura, siendo su destino latinoamerica y en concreto, México, lugar donde conoció a la que es la madre de mi cliente, y de cuya relación nació D. Julio Hernández García. Filiación y nacimiento que constato con las partidas de nacimiento.

Mi cliente posee nacionalidad mexicana al haber nacido en dicho país, y al ser hijo de español puede solicitar la nacionalidad española tal y como resulta del art. 20.1 letra b) del Real Decreto 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil español, que hace referencia a las personas que pueden optar por la nacionalidad española como << aquellas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España>> puesto en relación con el art. 20.3 de la misma norma legal donde se dispone, que el ejercicio del derecho de opción de nacionalidad no está sujeto a límite de edad alguno, siendo el interesado mayor de edad, persona adulta.

Es más, y apoyándome en el art. 11.3 CE, el Estado español podrá concertar convenios de doble nacionalidad con países iberoamericanos con los que tenga vinculación, y uno de ellos es México, país de nacimiento del Sr. Hernández García. Por lo tanto, mi cliente tiene opción de solicitar la nacionalidad española por el motivo que acabo de explicar o la doble nacionalidad mexicana - española. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad y así se reconoce en numerosos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.³ Sin embargo, corresponde a cada estado establecer las condiciones de atribución de la nacionalidad y al derecho internacional resolver los conflictos que pudieran presentarse en caso de tener varias nacionalidades. Centrándonos en el ámbito de la expulsión de una persona del territorio de un estado, se plantea si ese estado tiene derecho a expulsar libremente a sus propios nacionales, o si por el contrario, existe una norma internacional que le impide privar a una persona de su derecho a permanecer en el Estado del que es nacional.

CUARTO.- Otro motivo de arraigo por el que me pregunta mi cliente, es el relativo al matrimonio contraído en la prisión de Zuera con una mujer de nacionalidad española, celebrado con anterioridad a la notificación del acuerdo de iniciación del

³ BOLLO AROCENA, M^a DOLORES, Expulsión de extranjeros, derecho internacional y derecho europeo, pág 23 Thomson Reuters Aranzadi

procedimiento preferente de expulsión. Me aporta como medios de prueba la partida literal de matrimonio entre mi cliente y el otro cónyuge, copia del DNI de la esposa y la copia del pasaporte del compareciente.

Como letrada, le indico a D. Julio Hernández García que no veo con claridad que pueda solicitar el arraigo con motivo de la celebración de este matrimonio, porque puede entenderse como un matrimonio de conveniencia al ser constituido entre un preso interno y una persona del exterior que no mantenían con anterioridad relación alguna y apreciarse signos de falsedad, siendo perjudicial y agravando aún más la situación en la que ya se encuentra mi cliente. La sentencia núm 261/2017 de 6 de abril de la Sala de lo Penal Sección primera del Tribunal Supremo, ECLI: ES:TS:2017:1486 condenó a una pareja por afirmar tener una relación y por la que se contraían matrimonio, pero con posterioridad se comprobó que ese matrimonio era inexistente, cada uno de esos cónyuges residía en una localidad distinta y el matrimonio se celebró e inscribió de forma mendaz en el Registro Civil con el propósito de obtener tarjetas de residencia familiar para sus descendientes.

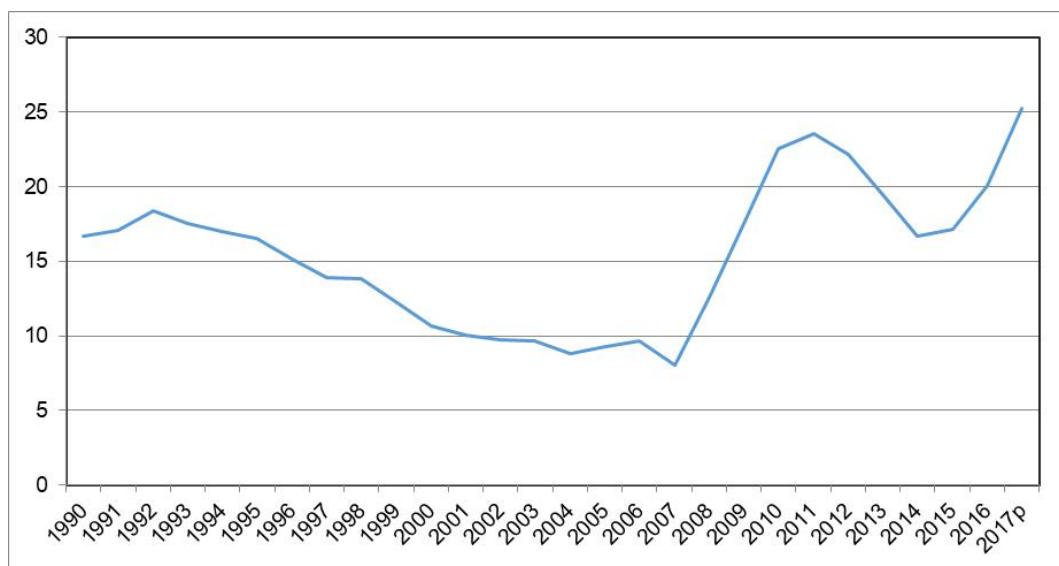
Por lo tanto, no me inclino en favor de que mi cliente solicite arraigo por este matrimonio, y de este modo evitar problemas u otra sanción administrativa por este tipo de matrimonio.

QUINTO.- Para finalizar, voy a responder a la pregunta de mi cliente acerca de la solicitud de asilo. De acuerdo con el artículo 1 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, un refugiado⁴ es <<toda persona, que debido a temores fundados de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, de género u orientación sexual, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él >>. Misma definición de la condición de refugiado la encontramos

⁴ <https://www.acnur.org/es-es/el-asilo-en-espana.html> Fecha de consulta: 19/11/2019

en el art. 3 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

D. Julio Hernández García se encuentra en una situación crítica, debido a que las personas que le encomendaron el transporte de la droga desde su país, México, hasta España, lo han amenazado de muerte en diversas ocasiones, y ya han atentado contra una de sus hijas al no haber cumplido la misión que le asignaron al haber sido interceptado por la Policía. Estos hechos son considerados como daños graves por el art. 10 de la Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo, y condicionantes para la concesión del asilo. México es uno de los países que cuenta con mayores cifras de corrupción y crimen organizado, en especial el narcotráfico, delito que a su vez se relaciona con muchos de los homicidios y asesinatos que se producen diariamente en la ciudad, colocándose en un nivel de peligrosidad muy alto ⁶.



Fotografía 2. Tasa de homicidios por cada 100.000 habitantes a nivel nacional en México, desde el año 1990 hasta 2017.

El temor fundado que tiene éste y su familia lo sitúan en una posición de debilidad, y es aconsejable que solicite asilo en España, lugar donde cumple condena por un delito contra la salud pública. Para ello debe llenar el formulario de solicitud de asilo y presentarlo ante la Oficina de Asilo y Refugio en Madrid, o ante la Oficina de Extranjeros más cercana, o bien, en Comisarías de Policía autorizadas para ello.

⁶ <https://www.inegi.org.mx/app/saladeprensa/noticia.html?id=4300> Fecha de consulta: 10/12/2019
Página 22 de 27

Pero surge un problema en líneas del art. 8.2 letra b) de la Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo, y condicionantes para la concesión del asilo, porque el asilo no se le concede a personas que hayan cometido un delito grave, pero entiendo de este apartado que al decir textualmente que quedarán excluidas las personas extranjeras que << han cometido fuera del país de refugio antes de ser admitidas como refugiadas [...] un delito grave [...] y que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas o el patrimonio [...] >>. Por lo tanto, a mi entender mi cliente podría solicitar asilo porque el delito que cometió fue en suelo del estado al que le pide refugio, que es España, aunque el lugar donde fue detenido era una zona de tránsito. Y como el artículo dice que el delito se tiene que cometer fuera del país de refugio, entiendo que mi cliente cumple con dicho requisito, además de que el delito por el que fue condenado no es ninguno de los que cita el art. 8.2 letra b) para excluir la solicitud de asilo.

En este caso, el Sr. Hernández García no puede presentar la solicitud de forma personal al estar interno en el Centro Penitenciario de Zuera, por lo que este trámite se realizará a través de representante, es decir, por su letrada. Dicha solicitud debe incluir los datos personales que se pidan, y además, el solicitante de asilo, debe relatar de forma cronológica y ordenada los hechos y amenazas sufridos por él y por los familiares que se hayan visto afectados en su país, escrito por su puño y letra, pudiendo adjuntar también cartas, mensajes u otras pruebas donde se aprecien las amenazas.

Entre los diversos derechos que ofrece la protección internacional de asilo, el más importante en estos momentos para el Sr. Hernández García es el derecho a la suspensión del proceso de expulsión que tiene abierto tras la resolución de la Delegación del Gobierno en Aragón con fecha nueve de mayo de 2019, recogida en el art. 18.1 letra d) de la Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo donde se acuerda su expulsión del territorio nacional, así como el art. 19.1 de la misma norma legal.

Otro motivo que tiene D. Julio Hernández García para solicitar asilo según me relata, es por cuestiones políticas, es el debido a las amenazas sufridas en diversas ocasiones, ya que un familiar suyo pertenece a un grupo político contrario al establecido en estos momentos en el poder en su país de origen, México. Toda su familia incluido el Sr. Hernández García están amenazados por partidarios del grupo político opuesto en el poder de México; pero México es una república democrática sin problemas de esta

índole, por lo que le asesoro diciendo que el asilo por este motivo es inadecuado.

Solicitada la protección de asilo por el primer motivo explicado, el extranjero solicitante no puede ser objeto de expulsión mientras esté el procedimiento abierto, por lo que se procede a la suspensión del proceso, y habrá que estar a la espera de su resolución, de conformidad con el art.19.1 Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo.

En el supuesto de que el órgano competente, la Oficina de Asilo y Refugio dependiente del Ministerio del Interior, estimara la solicitud de asilo del Sr. Hernández García por entender indicios suficientes y encontrarse en una situación de peligro el regreso a su país de origen México, se procedería a la suspensión de la orden de expulsión de territorio nacional que tiene acordada por resolución de la Delegación del Gobierno de Aragón en fecha de nueve de mayo de 2019, y por lo tanto no sería devuelto a su país de origen y permanecería en España en calidad de refugiado.

Pero, por otro lado, en el caso de que se deniegue la solicitud de asilo,⁶ se puede interponer recurso de reposición con carácter potestativo, en el plazo de un mes natural desde que se recibe la notificación de la denegación. Y en el caso de que dicho recurso tuviera también resultado desestimatorio, se podría interponer recurso contencioso – administrativo ante la jurisdicción Contencioso – Administrativa.

⁶<http://romuloparraabogado.com/que-hacer-si-te-niegan-la-solicitud-de-asilo-en-espana> Fecha de consulta: 19/11/2019

En base a las consideraciones contenidas en el presente Dictamen, y sobre el extremo objeto de consulta, la Letrada que suscribe formula las siguientes:

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Actuando en calidad de letrada de D. Julio Hernández García y como ya expliqué en el fundamento primero de este dictamen, contra la resolución de expulsión emitida por la Delegación del Gobierno de Aragón mi cliente tiene la opción de interponer recurso potestativo de reposición o bien, recurso contencioso - administrativo, eligiendo este último como el más aconsejable por el motivo principal de que revise su caso un juez y no el mismo órgano que emitió la resolución de expulsión que además, si interponemos el recurso de reposición también lo revisaría, teniendo muy escasas posibilidades de que saliera adelante.

SEGUNDA.- En cuanto al tema del arraigo, al no cumplir ninguno de los requisitos para solicitar ningún tipo de arraigo, le aconsejo solicitar la nacionalidad española o la doble nacionalidad mexicana - española, si lo prefiere, al ser su padre y abuelos paternos españoles de origen. La solicitud de nacionalidad suspende el procedimiento de expulsión hasta su resolución.

Respecto al matrimonio celebrado entre mi cliente y una mujer de nacionalidad española, no me parece buena idea que solicite a partir del mismo arraigo, porque es posible que lo consideren como un matrimonio de conveniencia y agravar aún más la situación en la que se encuentra D. Julio Hernández García, si se le interpone otra sanción.

TERCERA.- Sobre el tema del asilo, el estudio de la ley reguladora del mismo, establece algunos motivos de exclusión para sus solicitantes, pero considero que el delito que cometió mi cliente no entra dentro de ese precepto que analizo en el fundamento jurídico quinto de este dictamen. Por ello, el Sr. Hernández García puede

solicitar asilo en España por las amenazas que sufrió hasta llegar a nuestro país por parte de los narcotraficantes que le obligaron y coaccionaron al transporte de la mercancía con la condición de que si su respuesta era negativa acabarían con la vida de sus hijas, y que como persona y padre accedió sin tener otra salida.

CUARTA.- Y de conformidad con la letra b) del art. 55.1 LOEx, la infracción cometida por D. Julio Hernández García, según la Delegación del Gobierno en Aragón está tipificada como grave, y de acuerdo con el artículo ahora citado, se le debe imponer una sanción incluida en el rango desde los 501 a 10.000 euros, pero no la expulsión del territorio nacional.

QUINTA.- La situación de mi cliente es muy complicada, tiene una condena muy elevada de prisión y eso complica la concesión de sus solicitudes. Le quiero informar de que si le son rechazadas todas las pretensiones que solicita, y finalmente se acuerda la expulsión de España, ésto ocurrirá tras cumplir con toda o gran parte de la condena en el Centro Penitenciario de Zuera y, es posible que una vez salga de prisión le transporten hasta un centro de internamiento hasta que haya un vuelo completo para la devolución a su país de origen.

Este es mi Dictamen que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

En Zaragoza, a tres de diciembre de 2019

Firma

BIBLIOGRAFÍA

BOLLO AROCENA, M^a DOLORES, Expulsión de extranjeros, derecho internacional y derecho europeo, pág 23 Thomson Reuters Aranzadi 2016.

GARCÍA - ESPAÑA, ELISA, El arraigo de presos extranjeros: más allá de un criterio limitador de la expulsión, pág 14 y ss Revista Dialnet 2018.