



Roj: AAP MU 119/2012
Id Cendoj: 30030370032012200080
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Murcia
Sección: 3
Nº de Recurso: 157/2012
Nº de Resolución: 149/2012
Procedimiento: APELACION AUTOS
Ponente: JUAN DEL OLMO GALVEZ
Tipo de Resolución: Auto

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

MURCIA

AUTO: 00149/2012

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3 de MURCIA

Domicilio: - PASEO DE GARAY Nº 5, 5ª PLANTA (PALACIO DE JUSTICIA) MURCIA

Telf: 968229124

Fax:968229118

Modelo: 662000

N.I.G.: 30030 37 2 2012 0311702

ROLLO: APELACION AUTOS 0000157 /2012 -J.A.

Juzgado procedencia: JDO. INSTRUCCION N. 2 de MURCIA

Procedimiento de origen: INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS 0000023 /2012

RECURRENTE: Arturo

Procurador/a:

Letrado/a: PEDRO JOSE CUTILLAS HORTELANO

RECURRIDO/A: MINISTERIO FISCAL

Procurador/a:

Letrado/a:

Ilmos. Sres.:

Doña María Jover Carrión

Presidenta

Don Juan del Olmo Gálvez

Don Augusto Morales Limia

Magistrados

AUTO Nº 149/2012

En la Ciudad de Murcia, a trece de marzo de dos mil doce.

HECHOS

PRIMERO: Por auto de fecha 28 de febrero de 2012 el Juzgado de Instrucción Nº 2 de Murcia desestimó el recurso de reforma interpuesto por la Defensa del ciudadano comunitario rumano D. **Arturo** , contra

anterior auto de 17 de febrero de 2012, que acordó en Diligencias de Internamiento de Extranjeros nº 23/2012, haber lugar a su internamiento con carácter cautelar por plazo de sesenta días en el Centro de Internamiento de Extranjeros.

Contra el auto de 28 de febrero de 2012 se interpuso recurso subsidiario de apelación al formularse el previo de reforma.

Remitido a esta Audiencia Provincial testimonio de las actuaciones, se formó por la Sección Tercera el oportuno Rollo con el Nº **157/2012** (el 9 de marzo de 2012), señalándose el día 13 de marzo de 2012 para su deliberación y votación.

Es Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. Don Juan del Olmo Gálvez, quien expresa el parecer de la Sala.

SEGUNDO: Sostiene la parte apelante que el auto impugnado no valora que su defendido es miembro de la Comunidad Europea, encontrándose en España en su condición de comunitario, que no ha cometido ningún delito (sólo tiene antecedentes policiales, sin que conste se haya abierto ningún procedimiento judicial) y tiene domicilio conocido. Interesando la revocación del auto dictado y que se deje sin efecto el internamiento.

El Ministerio Fiscal, en dictamen emitido el 9 de marzo de 2012 señala que procede la confirmación del auto recurrido en base a su propia fundamentación.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: El inicial auto recurrido atiende básicamente al artículo 62 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los extranjeros en España para justificar la medida acordada, sin analizar expresamente la condición de ciudadano comunitario del internado, ciudadano rumano.

Es cierto que en el auto resolutorio de la reforma se hace expresa mención al Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, pero sin ahondar en su texto, sentido y significado, especialmente en lo que afecta a la especificidad de una condición, la de ciudadano comunitario, que refuerza las razones para entender justificado un expediente de expulsión, y consecuentemente, inspirado en esa exigencia, para analizar si procede adoptar tan grave medida cautelar, cual es la privativa de libertad, para asegurar la expulsión efectiva del territorio español.

La Disposición adicional segunda del citado Real Decreto 240/2007 , en orden a la *Normativa aplicable a los procedimientos*, establece el carácter supletorio de la normativa general de extranjería y del procedimiento administrativo común, sin perjuicio de establecer el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los extranjeros en España, la aplicación de esa Ley a los ciudadanos comunitarios cuando resulte más favorable (*Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables*).

El artículo 61 de la Ley Orgánica 4/200, de 11 de enero, señala las *Medidas cautelares que cabría adoptar*: 1. *Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares:*

- a) *Presentación periódica ante las autoridades competentes.*
- b) *Residencia obligatoria en determinado lugar.*
- c) *Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida.*
- d) *Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento.*

En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas.

- e) *Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento.*
- f) *Cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente.*

Siendo el artículo 62 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los extranjeros en España, el que establece la regulación de la medida de internamiento: 1. *Incoado el expediente por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b)del artículo 54.1, en las letras a), d)y f)del*

artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de esta Ley Orgánica en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador.

El Juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero.

2. El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente.

3. Cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, el extranjero será puesto inmediatamente en libertad por la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo, poniéndolo en conocimiento del Juez que autorizó su internamiento. Del mismo modo y por las mismas causas, podrá ser ordenado el fin del internamiento y la puesta en libertad inmediata del extranjero por el Juez, de oficio o a iniciativa de parte o del Ministerio Fiscal.

4. (...).

5. (...).

6. A los efectos del presente artículo, el Juez competente para autorizar y, en su caso, dejar sin efecto el internamiento será el Juez de Instrucción del lugar donde se practique la detención. El Juez competente para el control de la estancia de los extranjeros en los Centros de Internamiento y en las Salas de Inadmisión de fronteras, será el Juez de Instrucción del lugar donde estén ubicados, debiendo designarse un concreto Juzgado en aquellos partidos judiciales en los que existan varios. Este Juez conocerá, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales. Igualmente, podrá visitar tales centros cuando conozca algún incumplimiento grave o cuando lo considere conveniente.

Y el artículo 64 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, recoge en lo que aquí interesa: 1. *Expirado el plazo de cumplimiento voluntario sin que el extranjero haya abandonado el territorio nacional, se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que se deba hacer efectiva la expulsión. Si la expulsión no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, podrá solicitarse la medida de internamiento regulada en los artículos anteriores, que no podrá exceder del período establecido en el artículo 62 de esta Ley.*

Pero esa regulación general no puede desatender lo que constituye la normativa precisa, estricta y ajustada a la condición comunitaria de los ciudadanos que encontrándose en España podrían estar afectos a un expediente de expulsión, en tal sentido el Artículo 15 del Real Decreto 240/2007. *Medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública: 1. Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes en relación con los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o con los miembros de su familia:*

a) (...).

b) (...).

c) Ordenar la expulsión o devolución del territorio español.

Únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o a miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública. Asimismo, antes de adoptarse una decisión en ese sentido, se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen.

2. (...).

3. La continuidad de la residencia referida en el presente real decreto se verá interrumpida por cualquier resolución de expulsión ejecutada válidamente contra el interesado.

4. En los casos en los que una resolución de expulsión vaya a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, las autoridades competentes deberán comprobar y valorar posibles cambios de circunstancias que pudieran haberse producido desde el momento en el que se adoptó la decisión de expulsión, así como la realidad de la amenaza que el interesado representa para el orden público o la seguridad pública.

5. La adopción de una de las medidas previstas en los apartados anteriores 1 a 4 se atenderá a los siguientes criterios:

a) Habrá de ser adoptada con arreglo a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia.

b) Podrá ser revocada de oficio o a instancia de parte cuando dejen de subsistir las razones que motivaron su adopción.

c) No podrá ser adoptada con fines económicos.

d) Cuando se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas.

6. No podrá adoptarse una decisión de expulsión o repatriación respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, salvo si existen motivos imperiosos de seguridad pública, en los siguientes casos:

a) Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores, o:

b) Si fuera menor de edad, salvo si la repatriación es conforme al interés superior del menor, no teniendo dicha repatriación, en ningún caso, carácter sancionador.

7. La caducidad del documento de identidad o del pasaporte con el que el interesado efectuara su entrada en España, o, en su caso, de la tarjeta de residencia, no podrá ser causa de expulsión.

8. El incumplimiento de la obligación de solicitar la tarjeta de residencia o del certificado de registro conllevará la aplicación de las sanciones pecuniarias que, en idénticos términos y para supuestos similares, se establezca para los ciudadanos españoles en relación con el Documento Nacional de Identidad.

9. Las únicas dolencias o enfermedades que pueden justificar la adopción de alguna de las medidas del apartado 1 del presente artículo serán las enfermedades con potencial epidémico, como se definen en los instrumentos correspondientes de la Organización Mundial de la Salud, así como otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas, de conformidad con la legislación española vigente.

Las enfermedades que sobrevengan tras los tres primeros meses siguientes a la fecha de llegada del interesado, no podrán justificar la expulsión de territorio español.

En los casos individuales en los que existan indicios graves que lo justifiquen, podrá someterse a la persona incluida en el ámbito de aplicación del presente real decreto, en los tres meses siguientes a la fecha de su llegada a España, a un reconocimiento médico gratuito para que se certifique que no padece ninguna de las enfermedades mencionadas en este apartado. Dichos reconocimientos médicos no podrán exigirse con carácter sistemático.

Tan rigurosa regulación, con reiteradas menciones a la " gravedad " como factor de ponderación, añadida a las razones de orden público, seguridad pública o salud pública para justificar el expediente de expulsión, constituye un plus de control y de exigencia sobre lo que podría constituir el fundamento de la expulsión, pero también, y especialmente en orden a la medida cautelar de privación de libertad cuya autorización ahora se analiza y controla, una causa legal de exclusión de esa previsión legal general, por no venir ni prevista legalmente, ni justificada en orden a amparar su aplicación.

El análisis del fundamento de la expulsión de un ciudadano comunitario viene conferido a la Jurisdicción contencioso- administrativa, correspondiendo a la Jurisdicción penal analizar la previsión legal y amparo de la

medida cautelar de internamiento. Es precisamente en ese análisis y control que se aprecia la falta de expresa previsión legal habilitadora para la adopción de una medida restrictiva del derecho fundamental a la libertad personal, por cuanto la propia Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sólo prevé la aplicación supletoria de su normativa a los supuestos que resulten más favorables para el ciudadano comunitario, con preferencia de su normativa específica, en la que, recordemos, se prevé la expulsión, pero no la aplicación de medida cautelar privativa de libertad (que, en todo caso, por referirse a derecho fundamental, requeriría rango de Ley Orgánica, lo que no es el caso).

Por lo tanto, la Sala aprecia que la medida cautelar privativa de libertad acordada no procede en supuestos que afectan a ciudadanos comunitarios (tal y como también consideran, con distinta y complementaria fundamentación, los autos de la Audiencia Provincial de Madrid: Sección 2ª, de 13 de agosto de 2011 - Pte. Cucala Campillo-; Sección 30ª, de 23 de septiembre de 2011 -Pte. Fernández Soto -; y Sección 29ª, de 23 de septiembre de 2011 -Pte. Almeida Castro-).

Por todo lo cual, procede estimar el recurso de apelación interpuesto y decretar la inmediata libertad del ciudadano rumano Arturo .

SEGUNDO : Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA : Estimar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa del ciudadano rumano D. **Arturo** contra el auto de fecha 28 de febrero de 2012 dictado por el Juzgado de Instrucción Nº 2 de Murcia en Diligencias de Internamiento de Extranjeros Nº 23/2012 , Rollo de Apelación Nº **157/2012**, revocando dicha resolución y la originaria de la que trae causa, de 17 de febrero de 2012.

Expídase inmediato mandamiento de libertad para que el citado ciudadano rumano obtenga la libertad .

Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Devuélvase la causa al Juzgado de procedencia con certificación de la presente resolución.

Así, por este nuestro auto, lo acordamos, mandamos y firmamos.