



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
HUESCA**

AUTO: 00253/2017

AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1 de HUESCA

Domicilio: CALLE CALATAYUD ESQUINA IRENE IZARBEZ

Telf: 974-290145 Fax: 974-290146

Modelo: 139200

N.I.G.: 22125 37 2 2017 0100380

ROLLO: RT APELACION AUTOS 0000237 /2017

Juzgado procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de MONZON

Procedimiento de origen: INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS 0000001 /2017

RECURRENTE: [REDACTED]

Procurador/a:

Abogado/a: EMILIO LUIS BELINCHON ALVAREZ

RECURRIDO/A: MINISTERIO FISCAL

Procurador/a:

Abogado/a:

APEL. PENAL 237/17

A180817.2G

AUTO NÚMERO 253

PRESIDENTE

GONZALO GUTIÉRREZ CELMA

MAGISTRADOS

MARIA CELORRIO CALVO

EDUARDO JOSÉ BERNUÉS MATEOS

En Huesca, a dieciocho de agosto dos mil diecisiete.

HECHOS

PRIMERO: El Juzgado de 1ª Inst. e Instrucción nº 1 de Monzón, en el procedimiento de internamiento de extranjeros seguido al número 01/2017 y, tras practicar las diligencias que estimó oportunas, el 5 de julio de 2017, dictó resolución el forma de Auto del siguiente tenor literal: " **AUTORIZO EL INTERNAMIENTO de [REDACTED]** en el Centro no penitenciario de Madrid, por un plazo máximo de 60 días, a fin de asegurar la eficacia de la resolución final de expulsión que en su caso pueda recaer en el procedimiento preferente sancionador, expediente administrativo tramitado por la Sección de Extranjería y Documentación de la Comisaría Provincial de la Policía Nacional de Huesca. Notifíquese esta resolución al interesado [REDACTED], al Ministerio Fiscal y a la Subdelegación del Gobierno en Huesca.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



Comuníquese la presente resolución al Ministerio de Asuntos Exteriores y al Consulado de Marruecos en España".

SEGUNDO: Notificada a las partes dicha resolución, la representación procesal de [REDACTED] interpuso recurso de reforma, solicitando se estime el recurso y reformándolo, dicte otro por el que se acuerde su libertad. Por auto de fecha 19 de julio de 2017 fue desestimado el recurso de reforma y contra el que la indicada parte interpuso recurso de apelación insistiendo en la misma pretensión. El juzgado puso de manifiesto la causa por cinco días a las demás partes personadas para que alegaran cuanto tuvieran por conveniente y presentaran los documentos justificativos de sus pretensiones; interesando el MINISTERIO FISCAL la desestimación del recurso y la confirmación del Auto impugnado. Seguidamente, el pasado diez de agosto, el Juzgado acordó elevar la causa a esta Audiencia Provincial en la que, una vez recibido el expediente en el día de ayer, se formó el presente rollo, seguido al número 237 del año dos mil diecisiete y, sin más trámites, se procedió en el día de hoy a la deliberación de esta resolución, de la que es Ponente el Magistrado Gonzalo Gutiérrez Celma, quien expresa el parecer de la Sala sobre el pronunciamiento que merece el presente recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Se cuestiona en el recurso que la medida de internamiento controvertida, adoptada en la resolución inicialmente recurrida, sea aplicable a un descendiente de un ciudadano comunitario, reprochando además falta de motivación a la resolución del juzgado, la cual está correctamente motivada por más que la parte no comparta los argumentos del juzgado, siendo ciertamente muy discutible la procedencia en el caso de la medida cautelar controvertida cuando el recurrente, tal y como lo reconoce el juzgado al folio 23, reside con sus padres y, por más que no obedeciera la medida de salida obligatoria que le fue notificada el 5 de agosto de 2014, no consta que haya hecho nada para evadirse o ponerse fuera del alcance de las autoridades, con la particularidad de que recientemente su padre ha adquirido la nacionalidad española, estando en posesión del correspondiente documento nacional de identidad expedido el 23 de marzo de 2017 (folio 79), con posterioridad a que el 26 de enero de 2017 le fuera denegada la autorización de residencia al ahora apelante, resolución en la que ninguna referencia se hace a la reciente adquisición de la nacionalidad española por el padre del ahora apelante, cuyo arraigo se ve reforzado por dicho hecho, con más razón si tenemos en cuenta que, como afirma el juzgado, reside con sus padres, aparte de que lo que se le denegó fue una autorización de residencia y trabajo INDEPENDIENTE y no tenemos constancia de razón alguna por la que no pueda seguir viviendo a cargo de su padre.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

SEGUNDO: Pero es que, además, tenemos que en anteriores precedentes hemos descartado la procedencia del internamiento contra ciudadanos comunitarios. Aunque la cuestión no tenga una



solución unánime en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, lo cierto es que este tribunal ya se pronunció sobre esta cuestión en el auto de nueve de julio de 2014 y 9 de mayo de 2017, en los que pusimos de manifiesto entonces que «Como se señala, en un caso similar al presente, en el Auto de 23 de septiembre de 2011 de la Sección Trigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, cuyo Razonamiento Cuarto transcribimos, el control de legalidad no finaliza con la comprobación de que la orden de expulsión se adoptó con arreglo a la legislación vigente; es preciso comprobar si la Ley, única que puede establecer una privación de libertad como se desprende del art. 53.1 de la Constitución, permite en este caso la adopción de una medida cautelar de internamiento de extranjero. En este sentido, el art. 61.1 de la L.O. 4/2000, prevé la posibilidad de adopción de medidas cautelares en los supuestos en que pueda adoptarse la expulsión del ciudadano extranjero, entre otras el internamiento, y precisa el 62 de la Ley Orgánica que incoado el expediente por las causas comprendidas en los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como a), d) y f) del artículo 53, en el que pueda proponerse la sanción de expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al juez de instrucción competente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador, sin que sea necesario que haya recaído resolución de expulsión. Pues bien, he aquí que según se desprende del art. 53 d) de la L. O. 4/2000 en relación con el art. 15 del RD 240/2007, el incumplimiento de las medidas impuestas por razones de seguridad pública es constitutiva de una infracción grave, la cual podría hipotéticamente habilitar para incoar un procedimiento administrativo sancionatorio que concluya con la expulsión del ciudadano extranjero, en cuyo curso, incluso al inicio del procedimiento (art. 62.1 L.O. 4/2000), es posible interesar la medida cautelar de internamiento para garantizar el buen fin del expediente. Pero la resolución de expulsión por los motivos del art. 15 del RD 240/2007 no es título que habilite por sí mismo para solicitar la medida cautelar de internamiento en un CIE, ya que esta medida solo puede adoptarse en los procedimientos sancionatorios a los que se refiere el art. 62 de la L.O. 4/2000, entre los que no se encuentra, como venimos apuntando, el que desembocó en la resolución administrativa presentada al Juez de Instrucción para la adopción de la medida de internamiento. En definitiva, solo la incoación de un procedimiento sancionatorio por alguna de las causas establecidas en los artículos a) y b) del apartado 1 del art. 54, así como a), d) y f) del art. 53 de la L.O. 4/2000 permiten la adopción del internamiento previsto en el art. 62 de la misma Ley, no así la resolución dictada al amparo del art. 15 del RD 240/2007. No a otra conclusión puede llegarse de la regulación legal, porque aunque la resolución adoptada acuerda la expulsión, no es el cauce normativo que permite la adopción de la grave medida cautelar cuya revisión se nos está sometiendo. Téngase en cuenta que a diferencia de la Ley Orgánica, todo el procedimiento sancionatorio y las causas de expulsión, están establecidas por una disposición reglamentaria (Real Decreto), referida a ciudadanos comunitarios, y por causas verdaderamente excepcionales, sometidas las medidas previstas a numerosas cautelas, tales como la inejecutabilidad de la medida de expulsión desde que se solicita judicialmente la suspensión de la ejecución hasta que



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

se resuelve el incidente (art. 17), la posibilidad de solicitar el levantamiento de la medida por el interesado transcurridos dos años desde su adopción (art. 15.2), la obligación de las autoridades de comprobar y valorar posibles cambios de circunstancias cuando la medida haya de ejecutarse más de dos años después de haberse dictado (art. 15.4), las precisiones sobre la conducta a que hace referencia el apartado 5 d) del art. 15, antes transcrito, o la imposibilidad absoluta de adoptar tal medida en caso de residencia prolongada en nuestro país. Por otra parte resulta difícilmente asumible que el traslado de un ciudadano comunitario, documentación incluida, no pueda gestionarse en el plazo de 72 horas previsto en la Ley, y se precise un internamiento de hasta sesenta días. No podemos aceptar, por ello, que la remisión genérica de la disposición adicional segunda del RD a la aplicación supletoria de la L.O. 4/2000, puesta en relación con el art. 61.1, habilite para acordar un internamiento que ni expresamente prevé el citado reglamento (obviamente, pues así lo impide el art. 53.1 CE), ni se deriva de la interacción del art. 61 en relación con el 62 , al no estar establecido como motivo que justifique la medida privativa de libertad, una resolución adoptada en el procedimiento y por los motivos previstos en el art. 15 del RD 240/2007. En este sentido nos pronunciamos ya en esta misma sección, en relación con un ciudadano portugués, en el auto 359/2011, de 7 de junio, RT 364/2011. Finalmente citaremos una resolución dictada por esta misma Audiencia, en supuesto similar, referida también a un ciudadano rumano, de fecha 23 de marzo de 2011, Sec. 7 , (...), cuyos argumentos aceptamos íntegramente: <<En el Real Decreto citado, lógicamente dado el carácter de dicha disposición, no está previsto el internamiento de los ciudadanos comunitarios a fin de llevar a cabo la expulsión de los mismos y respecto del procedimiento la Disposición Adicional segunda establece que "En lo no previsto en materia de procedimientos en el presente real decreto, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre , en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, y en su normativa de desarrollo, con carácter supletorio y en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y el derecho derivado de los mismos." Por otra parte, la Disposición Final cuarta, en su apartado 2 dispone "Las normas de carácter general contenidas en la citada Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como las normas reglamentarias vigentes sobre la materia, serán aplicables a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación del presente real decreto, con carácter supletorio y en la medida en que pudieran ser más favorables y no se opongan a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como en el Derecho derivado de los mismos." >>Por su parte, la Ley Orgánica 4/2000 en su art. 1.3 dispone que "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 Juzgado ha acordado el internamiento de ...



por estar prevista esta medida en la Ley de extranjería pero este Tribunal considera que no puede aplicarse la misma al recurrente, salvo en aquello que le resulte favorable, precisamente por tratarse de un ciudadano comunitario.>>En primer lugar, la medida de internamiento la prevé la Ley de extranjería en el art. 61 para aquellos supuestos en que se incoe un expediente de expulsión por causas determinadas a las que alude dicho precepto, y en el art. 64 para llevar a efecto una expulsión que ya ha sido acordada al decir que: "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 art. 62 de esta Ley".>>Cabría ampararse en este precepto para acordar, en el supuesto que se examina, el internamiento del recurrente pero este Tribunal considera que no resulta procedente. En primer lugar, porque la disposición adicional segunda se remite con carácter general "en materia de procedimientos" a la Ley de extranjería y en la Ley de extranjería son los arts. 63 y 63 bis los que se refieren a los procedimientos, dentro del Título III dedicado a las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, por lo que este Tribunal considera que no puede aplicarse con carácter supletorio lo establecido en el art. 64 relativo a la "Ejecución de la expulsión" en el que expresamente se prevé el internamiento. En segundo lugar, la ejecución de la expulsión tratándose de ciudadanos comunitarios tiene unas especificidades en el Real Decreto 240/2007 que no se contemplan en la Ley de extranjería como es que "Cuando la presentación de recurso administrativo o judicial contra la resolución de expulsión vaya acompañada de la solicitud de una medida cautelar de suspensión de la ejecución de dicha resolución, no podrá producirse la expulsión en sí hasta el momento en que se haya adoptado la decisión sobre la medida cautelar " (art. 17), salvo si concurren una serie de circunstancias que no se dan, claramente, en este caso: a) Que la resolución de expulsión se base en una decisión judicial anterior; b) Que las personas afectadas hayan tenido acceso previo a la revisión judicial y c) Que la resolución de expulsión se base en motivos imperiosos de seguridad pública según lo señalado en el artículo 15.5.a) y d) del presente real decreto.>>Pero a todo lo anterior ha de unirse, con carácter esencial, que no cabe efectuar una interpretación extensiva de los preceptos que limitan derechos fundamentales como lo es el derecho a la libertad, debiendo estar expresamente previstos en una disposición con rango de Ley Orgánica aquellos supuestos en que una persona puede verse privada de la misma. La Ley que regula los derechos y libertades de los extranjeros tiene carácter de ley orgánica pero dicha ley es de aplicación, con carácter general, a los ciudadanos extranjeros no comunitarios y solo es aplicable a los ciudadanos comunitarios en aquello que les sea más favorable de acuerdo con los preceptos a los que antes se ha hecho mención; la remisión que se efectúa en el RD 240/2007 a dicha Ley de extranjería no permite aplicar los preceptos que en ésta regulan la privación de libertad de los ciudadanos no comunitarios a aquellos que sí lo son puesto que en definitiva permitiría privar de libertad a una persona en virtud de una remisión a una ley orgánica efectuada por una



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

norma que no tiene tal carácter y que, por tanto, no puede establecer, aun cuando sea por remisión a una ley orgánica, cuándo una persona puede verse privada de libertad."»

En el mismo sentido, en nuestros autos de 9 de julio de 2014 y nueve de mayo de 2017 dijimos que «el Auto de 2 de mayo de 2012 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia dispone en su Razonamiento Tercero que, sin perjuicio de anticipar que, sin duda alguna, el recurso ha de ser estimado, ha de comenzar su examen por poner de relieve lo que tanto la resolución recurrida como los apelantes parecen haber ignorado, esto es, las peculiaridades determinadas por la condición de ciudadano comunitario del acusado, nacional de Rumanía, país que se integró al Tratado de la Unión Europea mediante la firma de adhesión al mismo el 25-4-2007 y es miembro de pleno Derecho desde el día 1 de enero del 2007. No es algo, sin embargo, que ignorase la resolución de la Delegación del Gobierno, referida, precisamente, a ciudadano comunitario, invocando, además de la Ley de Extranjería (LO 4/2000, de 11 enero) y su Reglamento (en rigor, RD 557/2011, de 20 abril, pese a que la resolución cita el ya derogado del 30 diciembre 2004), el Real Decreto 240/2007, de 16 febrero, relativo a la entrada, libre circulación de residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Sucede que este Real Decreto 240/2007 no contiene previsión expresa alguna de solicitud de internamiento a efectos de expulsión que, sometida a criterios lógicamente mucho más severos que en el caso de extranjeros, prevé en sus artículos 15 y siguientes. Ciertamente, la Disposición Final Cuarta de este Real Decreto establece, de una parte, que la entrada, permanencia y trabajo en España de los ciudadanos a que se refiere el Real Decreto, se regirán por la LO 4/2000, en aquellos casos en que no quede acreditada la concurrencia de los requisitos previstos en el propio Real Decreto y, de otra parte, que las normas de carácter general contenidas en la citada LO 4/2000, así como las normas reglamentarias vigentes sobre la materia, "serán aplicables a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto, con carácter supletorio y en la medida en que pudieran ser más favorables y no se opongan a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como en el Derecho derivado de los mismos ". En definitiva, el internamiento como garantía de una expulsión de por sí sometida a especiales restricciones, sólo podría entenderse aplicable al caso en la medida en que puede integrarse sin violencia en las exigencias de favorabilidad y no oposición al Derecho Comunitario previsto en la regulación específica de la expulsión de ciudadanos comunitarios, lo que, obviamente, no sucede respecto de una medida privativa de libertad como la acordada. Esta especialidad es ignorada absolutamente por la resolución recurrida que autoriza un internamiento improcedente en estos casos, como han señalado, entre otros, los AAAP Madrid, Sección 2, de 13 de agosto de 2011, Sección 7, de 24 de agosto de 2011, Secciones 29 y 30, ambas de 23 de septiembre de 2011 y Murcia, Sección 3, de 13 de marzo de 2012, Sección 2, de 20 de marzo de 2012. Todo ello sin necesidad de valorar la arriesgada nueva valoración como inexistente de un arraigo que había sido afirmado por resolución judicial anterior en apenas un mes a la recurrida y sin que lo afirmado suponga la



imposibilidad normativa de proceder a la expulsión administrativa de extranjeros comunitarios, sin posibilidad, sin embargo, de recurrir al internamiento instrumental judicialmente tutelado».

Como hemos visto, ya en los repetidos auto de este tribunal de 9 de julio de 2014 y 9 de mayo de 2017 asumimos los argumentos hasta ahora expuestos y en el mismo sentido puede citarse el auto de 25 de octubre de 2016 de la sección tercera de la Audiencia Provincial de Murcia (Roj: AAP MU 8/2016 - ECLI:ES:APMU:2016:8ª, Nº de Recurso: 775/2016, Nº de Resolución: 1117/2016) y el auto de de nueve de marzo de 2017 de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Roj: AAP GU 34/2017 - ECLI:ES:APGU:2017:34ª, Nº de Recurso: 130/2017, Nº de Resolución: 81/2017).

TERCERO: Y las anteriores consideraciones, al menos mientras viva a cargo de su padre, son también aplicables al apelante pues, aunque no sea ciudadano comunitario, desde la adquisición de la nacionalidad española por su padre, es hijo de un ciudadano comunitario, aparte de que sería absurdo que a estos efectos fueran de peor condición los hijos de españoles que los hijos de nacionales de cualquier otro estado comunitario, por lo que parece que le es de aplicación el régimen del artículo 2.c) del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando extiende los efectos de dicho real decreto a los descendientes directos, de un ciudadano comunitario de otro estado miembro, menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a su cargo, por lo que le es también de aplicación su disposición final cuarta, antes citada, al menos para las normas de carácter general contenidas en la citada Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como las normas reglamentarias vigentes sobre la materia, de modo que sólo serán aplicables a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación del real decreto, con carácter supletorio y en la medida en que pudieran ser más favorables lo que, como ya ha quedado dicho, no sucede con una medida privativa de libertad, por lo que procede estimar el recurso para acordar la puesta en libertad del recurrente.

CUARTO: No encontrando méritos para reputar temerario el recurso, que incluso es estimado, procede declarar de oficio el pago de las costas de esta alzada, al amparo de lo dispuesto en los artículos 239 y siguientes de la Ley procesal penal.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación y por todo lo que antecede,

LA SALA HA RESUELTO: Estimar el recurso de apelación interpuesto por [REDACTED], contra el auto dictado por el Juzgado de Instrucción número 1 de Monzón, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, el diecinueve de julio de dos



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



mil diecisiete, por el que se desestimó la reforma contra el de cinco de julio de dos mil diecisiete, por el que se autorizaba el internamiento del recurrente, dejando sin efecto ambas resoluciones y, en su lugar, decretamos la inmediata libertad del expresado apelante, de no haber sido ya expulsado del territorio nacional, con declaración de oficio de las costas causadas en esta alzada.

La presente resolución es firme, por lo que contra ella no cabe recurso alguno, sin perjuicio del derecho de las partes a intentar la interposición de cuantos recursos consideren legalmente procedentes.

Notifíquese y, con devolución del procedimiento, remítase un testimonio de esta resolución al Juzgado de procedencia para que tengan lugar la ejecución y cumplimiento de lo aquí resuelto, lo que se hará por la vía ordinaria y mediante fax confirmado telefónicamente a fin de que el Juzgado deje sin efecto de inmediato el internamiento del apelante.

Así lo resuelve y firma la Sala, doy fe.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN