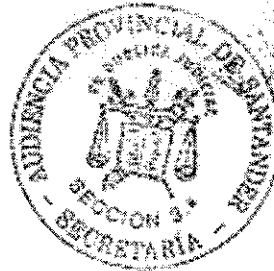




AUDIENCIA PROVINCIAL

Sección Tercera

CANTABRIA



Rollo núm. 143/2008

Juzgado de Instrucción, núm. 4 de Santander

Diligencias Urgentes, núm. 27/2008

Recurso de Apelación.

A U T O NÚM. 149/ 2008.

ILMOS. SRES.

Presidentes :

D. AGUSTIN ALONSO ROCA.

Magistrados :

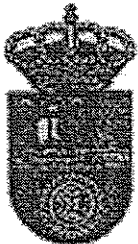
D. ESTEBAN CAMPELO IGLESIAS.

D. IGNACIO MATEOS ESPESO.

En SANTANDER, a veinticuatro de junio de dos mil ocho.

HECHOS

PRIMERO: Por el Juzgado de Instrucción num. 4 de Santander, se siguen diligencias urgentes, núm. 27/2008 por delito de amenazas-desobediencia, en las que recayó auto de fecha 21 de enero de 2008, acordando la expulsión del territorio nacional de [REDACTED] y el sobreseimiento provisional de las actuaciones, contra cuya resolución se interpuso, recurso en reforma y subsidiariamente de APELACION que motiva el





presente Rollo, por el Letrado Sr. SAEZ BERECIARTU, en representación de [REDACTED], mediante el oportuno escrito.

SEGUNDO: Oídas el resto de las partes, informaron en el sentido que consta en autos, solicitando la confirmación del auto recurrido.

Ha sido Ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sección D. ESTEBAN CAMPELO IGLESIAS, que expresa el parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Frente a los autos del Juzgado nº 4 de Santander, de fecha 21 de enero y 21 de febrero de 2008, que autorizan la expulsión del territorio nacional de D. [REDACTED], se alza por la dirección letrada de éste el recurso interpuesto, alegando que dicha resolución es contraria a derecho porque: 1º.- No ha sido oído sobre tal expulsión. 2º.- Que el recurrente no ha estado nunca en la Rioja, por lo que no pudo haber dictado tal resolución por la Delegación del Gobierno de la Rioja, no habiéndose remitido la resolución sancionadora al Juzgado de Instrucción por parte de tal Delegación Gobierno, no sabiendo si es firme o no. 3º.- Que la incoación del expediente sancionador con propuesta de resolución de expulsión es anterior a la presunta comisión del hecho delictivo que se le imputa, y por tanto éste no está acreditado en el Expediente, como exige el art. 57.7 de la L.O. de Derecho y Libertades de los Extranjeros. 4º.- Que nada se dice si se autoriza la sanción accesoria de prohibición de entrada en nuestro país y por cuanto tiempo. 5º.- Que sólo se puede autorizar la expulsión cuando en el marco del procedimiento abreviado sobre la persona encartada pesa un acto de imputación semejante al auto de procesamiento, y el mismo no puede ser sino el Auto de transformación de las



Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado o el Auto de apertura del Juicio Oral. 6º.- Que el recurrente tiene arraigo en España. 7º.- Que la expulsión acordada vulnera el artículo 10 de la Constitución en relación con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, el 39 de la Constitución, artículo 110, 143-2º y 154 del Código Civil así como el artículo 11.2 de la Ley 1/1996 de 15 de enero de Protección del Menor, que proclama como principios rectores de los poderes públicos: a) La supremacía del interés de menor; b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés; c) Su integración familiar y social. El Ministerio Fiscal interesa, con desestimación del recurso, la confirmación de la resolución.

SEGUNDO: Examinadas las diligencias, cabe hacer las siguientes consideraciones: 1º Con fecha 26-1-07 se dictó resolución por la Delegación de Gobierno de La Rioja, en la que acuerda la expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada por un período de 3 años, a [REDACTED], por infracción grave prevista en el art. 53 a) -estancia irregular- de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por L.O. 8/2000, de 22 de diciembre y L.O: 14/2003, de 20 de noviembre. 2º Con fecha 21 de enero de 2008, se inician en el Juzgado de Instrucción nº 4 de Santander Diligencias penales contra [REDACTED] imputado por un posible delito de desobediencia a la autoridad.

La Autoridad gubernativa solicitó la autorización para expulsión del imputado apelando a lo dispuesto en el art. 57.7 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

El citado artículo establece que:

"Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a





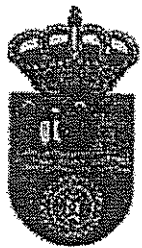
seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación".

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2004 estableció que:

"Es evidente que la normativa en vigor actualmente debe ser interpretada desde una lectura constitucional ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona -sea o no inmigrante, ilegal o no- que están reconocidos no sólo en el catálogo de derechos fundamentales de la constitución, sino en los Tratados Internacionales firmados por España y que de acuerdo con el art. 10 no sólo constituyen derecho interno aplicable, sino que tales derechos se interpretarán conforme a tales Tratados y en concreto a la jurisprudencia del TEDH en lo referente a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, y ello es tanto más exigible cuanto que, como ya se ha dicho, la filosofía de la reforma del art. 89 del Código Penal responde a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de política criminal, muy atendibles pero siempre que vayan precedidos del indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto lo que supone un análisis individualizado caso a caso y por tanto motivado.

Esta doctrina, afirma la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 26-11-2004, es aplicable no sólo a las sustituciones de pena por expulsión del artículo 89 del Código Penal, sino también a las autorizaciones para expulsión del art. 57, pues se causa la misma indefensión al interesado.

Señala el Tribunal Supremo en S. 12-4-07, en caso análogo al que ahora se analiza que "en la Ley Orgánica 7/85, de 1 de Julio, la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción, y así se deduce de una interpretación





conjunta de sus artículos 26 y 27, al establecerse como sanción para las infracciones de lo dispuesto en la Ley la de multa y prescribirse que las infracciones que den lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanciones pecuniarias. Quedaba, pues, claro en aquella normativa que los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con expulsión.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero (art. 490-a), 51-1-b) y 53-1, en regulación mantenida por la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre (artículos 53-a), 55-1-b) y 57-1), cambia esa concepción de la expulsión, y prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves de las letras a), b), c), d) y f) del artículo 53 "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español", e introduce unas previsiones a cuyo tenor "para la graduación de las sanciones, el órgano competente es imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad, y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su transcendencia".

De esta regulación se deduce:

1º.- Que al encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el art. 30-1 y 2 de la Ley 4/2000, reformada por Ley 8/2000 ya que durante los primeros noventa días no procede la expulsión sino la devolución), repetimos ese encontrarse ilegalmente en España, según el artículo 53-a), puede ser sancionado o con multa o con expulsión. No sólo se deduce esto del artículo 53-a) sino también del artículo 63-2 y 3, que expresamente admite que la expulsión puede no ser oportuna (artículo 63-2) o puede no proceder (artículo 63-3), y ello tratándose, como se trata, del caso del artículo 53-a), es decir, de la permanencia ilegal.

Por su parte, el Reglamento 864/2001, de 20 de Julio, expresamente habla de la elección entre multa o expulsión, pues prescribe en su artículo 115 que "podrá acordarse la expulsión del territorio nacional, salvo que el órgano competente para resolver determine la procedencia de la sanción de multa", (Dejemos de lado ahora el posible exceso del Reglamento, que, en



este precepto y en contra de lo dispuesto en la Ley, parece imponer como regla general la expulsión y como excepción la multa). Lo que importa ahora es retener que, en los casos de permanencia ilegal, la Administración, según los casos, puede imponer o bien la sanción de multa o bien la sanción de expulsión.

2º.- En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55-1 y de la propia literalidad de su artículo 57-1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional".

3º.- En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el artículo 55-3, (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa" y que... tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa.

En el presente caso no consta la resolución de 26-1-2007, de la Delegación de Gobierno de La Rioja, que no es aportada por la Policía ni es interesada por la instrucción ni tampoco el expediente en el que se dictó. Tampoco consta haya existido trámite de alegaciones y audiencia, sobre tal





expulsión, ni en el expediente administrativo, ni ahora en la instrucción, por el Juzgado nº 4.

Se destaca en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 26-11-2004, que de acuerdo con la doctrina constitucional para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión.

Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad.

Consta acreditado, en las actuaciones que [REDACTED] [REDACTED] esta casado en España con una ciudadana boliviana, Doña Maria Esther Mondragón Torrez que reside legalmente en nuestro país, y con la que tiene cuatro hijos, dos de los cuales han nacido en España y tienen la nacionalidad española, Natalia Mondragón Torrez y Carolina Pardo Mondragón. Los dos hijos mayores, Enrique y Estela Pardo Mondragón, también residen en España y están debidamente escolarizados en el Colegio San Martín de Santander. Don Jesús Pardo Zúñiga es quien aporta el único ingreso de su familia, ya que desde el nacimiento de su último hijo su esposa está plenamente dedicada al cuidado de sus cuatro hijos, no pudiendo conciliar su vida familiar con sus obligaciones laborales.

Recordar sobre este punto que se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional -SSTC 99/85 de 3 de septiembre (99) EDJ 1985/99, 242/94 (242) EDJ 1994/10590 y 203/97 (203) EDJ 1997/8131-, ciertamente con anterioridad a la actual reforma, pero exigiendo siempre un trámite de alegaciones como único medio de poder efectuar un juicio de proporcionalidad y



ponderación ante los derechos que pueden entrar en conflicto a consecuencia de la expulsión, con cita de la libertad de residencia y desplazamiento. Estimamos que con mayor motivo habrá de mantenerse la exigencia si se trata del derecho de familia, una de cuyas manifestaciones -tal vez la esencial- es "vivir juntos" -SSTEDH de 24 de marzo de 1988 (TEDH 1988, 2), Olsson vs. Suecia EDJ 1988/10468, 9 de junio de 1998 (TEDH 1998, 27), Bronda vs Italia EDJ 1998/7603, entre otras, vida común que queda totalmente cercenada con la expulsión.

Se ha de dar también la razón al recurrente, pues conforme a los términos del art. 57.7 antes transcritos la incoación de un expediente administrativo sancionador con propuesta de resolución de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada es anterior a la presunta comisión del hecho delictivo que se le imputa. En consecuencia, el hecho delictivo que se le imputa no consta esté acreditado en el expediente administrativo de expulsión.

Finalmente el art. 57 se refiere a la autorización para expulsión del procesado o inculcado, es decir que sólo se puede autorizar la misma cuando en el marco del procedimiento abreviado sobre la persona encartada pesa un acto de imputación semejante al auto de procesamiento y el mismo no puede ser sino el Auto de transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado o el Auto de apertura del Juicio Oral.

En el presente caso no se llegó a tal estadio procesal, sino que después de incoar diligencias previas y de tomar declaración al imputado se le confirió ese status de "inculcado" a los efectos del citado art. 57.7

TERCERO: En base a las deficiencias observadas a la luz de la normativa constitucional y procesal vigentes procede, con estimación del recurso de apelación interpuesto, contra los autos de 21 de enero y 21 de febrero de 2008, dictados por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Santander, revocar tales resoluciones.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

CUARTO: En el capítulo de costas, conforme al art. 123 del C. Penal y 239 y 240 de la L.E.Cr., se han de declarar de oficio las causadas en la alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

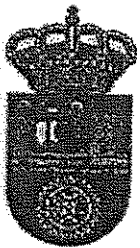
PARTE DISPOSITIVA

La Sala ACUERDA: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la dirección letrada de [REDACTED] contra los autos de 21 de enero y 21 de febrero de 2008, dictados por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Santander, debemos revocar y revocamos tales resoluciones, con declaración de oficio de las costas causadas en la alzada.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes.

Así por este Auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

M/



DILIGENCIA : Para dar fe de que se me entrega la precedente resolución, que paso a documentar. Reitero fe.