



**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA
SECCIÓN SEPTIMA**

ROLLO: ALTRE 36/21-Z

Diligencias Indeterminadas Ley de extranjería 56/2021
JUZGADO DE INSTRUCCIÓN 2 DE EL PRAT DE LLOBREGAT

A U T O

Ilmo. Sr. Presidente
D. José Grau Gassó

Ilmos. Sres. Magistrados:
D. Enrique Rovira del Canto
D.ª María Calvo López

En la Ciudad de Barcelona, a 21 de enero de 2021.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 18 de diciembre de 2020 por el Juzgado de Instrucción num. 2 de los de El Prat de Llobregat se dictó Auto por el que se acordaba autorizar el internamiento cautelar de D. [REDACTED], súbdito del Reino de Marruecos, en el centro de internamiento no penitenciario de Extranjeros de Barcelona, por un plazo máximo de 40 días, a fin de garantizar el cumplimiento del acuerdo de devolución dictado por el director insular de la Administración General del Estado en Lanzarote de 26.11.20, notificado al mismo en la misma fecha.

SEGUNDO.- Notificado el Auto a las partes, por el Letrado representante de D. [REDACTED], en fecha 21 de diciembre de 2020 se interpuso el presente recurso de apelación, al que se ha opuesto el Ministerio Fiscal, por lo que fueron remitidas las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las





prescripciones legales, y ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique Rovira del Canto, quien expresa el parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Cabe recordar que de conformidad con lo establecido en art. 61 de L.O. 4/2000, de 11 de enero, reformada por L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, durante o finalizada la tramitación del expediente sancionador en el que se formule propuesta de expulsión, o acordada la misma, la autoridad gubernativa competente podrá acordar diversas medidas cautelares a fin de asegurar la eficacia de la resolución final, estando entre ellas, en el apartado e) el internamiento preventivo previa autorización judicial.

El auto dictado indica que concurren los requisitos legales para acordar el internamiento para devolución del recurrente por intento de entrada ilegal en territorio nacional. Consta que el recurrente llegó a la isla de La Graciosa a bordo de una patera en fecha 24 de noviembre de 2020, siendo de origen magrebí y careciendo de permiso de residencia. El Director Insular de la Administración General del Estado en Lanzarote, en el que consta trató de entrar irregularmente acordó en fecha 26 de noviembre de 2020 su devolución, siéndole notificada la citada resolución el mismo día al recurrente, y que fue detenido en fecha 17 de diciembre de 2020 en el aeropuerto del Prat de Llobregat y puesto a disposición judicial con petición de internamiento sobre la base de los artículos 57.1 y 53.1 en relación al artículo 58.3 y 6 de la L.O. 8/2000 de 22 de diciembre.

El internamiento para expulsión/devolución ha de verificar la existencia de una orden de expulsión/acuerdo de devolución por alguno de los motivos que permiten el internamiento (o bien la tramitación de expediente de expulsión sin resolución pero por alguna de dichas causas) y la concurrencia de condiciones personales en el sujeto a expulsar que harían necesario/imprescindible tal internamiento para asegurar la eventual expulsión/devolución. En el caso de autos el acuerdo de devolución se dictó sobre la base del artículo 58.3 b) que indica la innecesariedad de tramitar expediente de expulsión para la devolución de extranjeros que traten de entrar ilegalmente en España, previéndose en el artículo 58.6 que "cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión".

En el momento inicial (24 de noviembre de 2020) no se acordó





el internamiento, según indica el auto dictado por el Juzgado de Instrucción, aunque los motivos invocados para ello en la resolución judicial no constan en el expediente (se hace referencia a un informe del Jefe de extranjería exponiendo los motivos -sanitarios- que determinaron tal circunstancia que no figura en el testimonio elevado más que por la referencia del propio auto). El ahora recurrente carece de antecedentes penales o policiales ni tampoco le constan detenciones previas según la petición de internamiento. En todo caso carece de arraigo pues indica que ha viajado a Cataluña para reunirse con su novia que vive en Barcelona.

En este caso hemos de estimar el recurso planteado y anular el internamiento y los motivos no son otros que la invocación por parte del Letrado de que no le ha sido concedido un plazo de salida voluntaria previo al internamiento decretado, hecho de que la devolución no se materializó (ni se intentó siquiera acordando en su momento el internamiento) en su momento (el mes de noviembre de 2020) y transcurridos dos meses entendemos que lo procedente sería incoar un expediente de expulsión, que no se anuncia. El extranjero no ha intentado entrar en territorio nacional sino que efectivamente lo ha hecho, y de hecho se ha movido por el mismo y ha permanecido en nuestro país durante al menos dos meses, con lo que entendemos que lo procedente sería en su caso el trámite de expulsión por haber incurrido el extranjero en la infracción prevista en el artículo 53 a) de la ley y no el de devolución que se refiere a quien "intenta" entrar sin lograrlo.

Hay una ruptura de la base fáctica que justifica la devolución si se da la circunstancia de que no se acuerda el internamiento para devolución en 72 horas sino que se permite que quien intentó entrar circule libremente por territorio nacional y la ejecución de dicha devolución se difiere en el tiempo a la mayor conveniencia o medios de la Administración ejecutante. De permitir esa práctica (acuerdos de devolución en frontera y ejecución diferida en el tiempo) la extensión de las llamadas devoluciones en caliente se extendería en detrimento de las mayores garantías que aporta el procedimiento de expulsión.

El aval de la jurisprudencia del TEDH a dicho procedimiento se ha circunscrito a las situaciones analizadas (asalto violento e ilegal de un grupo numeroso de extranjeros contra un punto concreto de la frontera) y la excepcionalidad de las devoluciones entendemos debe mantenerse atendido el tenor literal del párrafo quinto del artículo 58 que no ofrece otra alternativa a la ejecución de la devolución que su materialización en 72 horas o bien la pretensión inmediata de internamiento (con un máximo de 60 días). La ruptura de ese hilo temporal entendemos que nos sitúa, como hemos dicho, en un escenario distinto.





Por otra parte y si bien la legalidad del acuerdo administrativo de devolución es competencia de la jurisdicción contenciosa y no de la penal, en la verificación que nos compete y que se refiere a la existencia de un título en virtud del cual pueda acordarse el internamiento y a la necesidad de éste según las circunstancias concurrentes en el extranjero, si entendemos que habrá de revisarse la potencialidad de tal título para operar la devolución o la mayor/menor viabilidad de cualquier recurso contra él interpuesto. Y ello ya que, de haber motivos para sostener el carácter discutible del acuerdo o de su ejecución, las razones para el internamiento no podrían sino verse afectadas. Por una parte el extranjero tendría menores alicientes para ocultarse/huir de cara a evitar la perentoriedad de una devolución que puede ser combatida legalmente. Por otra, la adopción de una medida cautelar siempre debe tener como base el *fumus boni iuris* que le sirve de fundamento y a menor fiabilidad/potencialidad de éste, menor proporcionalidad de aquélla.

Por todo lo indicado entendemos procedente la estimación del recurso y la revocación de la resolución dictada, poniendo fin al internamiento que ahora mismo padece el recurrente.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la defensa de D. [REDACTED] contra el Auto de fecha 11 de diciembre de 2020, por el que la Il.tra. Sra. Magistrada del Juzgado de Instrucción nº 2 de El Prat de Llobregat acordó el internamiento de dicho recurrente en el Centro de internamiento de Extranjeros no penitenciario de Barcelona, y REVOCAMOS DICHA RESOLUCIÓN acordando la inmediata puesta en libertad del recurrente y el cese del internamiento indicado. Se declaran las costas de oficio.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno. Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia.

