



Roj: **AAP LE 286/2012 - ECLI: ES:APLE:2012:286A**

Id Cendoj: **24089370032012200268**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **León**

Sección: **3**

Fecha: **15/03/2012**

Nº de Recurso: **261/2012**

Nº de Resolución: **292/2012**

Procedimiento: **APELACION AUTOS**

Ponente: **TEODORO GONZALEZ SANDOVAL**

Tipo de Resolución: **Auto**

A U T O N.º. 292/12

ILMOS SRES.:

D. LUIS A. MALLO MALLO.- Presidente.

D. MIGUEL ANGEL AMEZ MARTINEZ.- Magistrado.

TEODORO GONZALEZ SANDOVAL.- Magistrado.

En León, a quince de Marzo de dos mil doce

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial, constituida por los Señores del margen, habiendo sido Ponente el Istmo. Sr. D TEODORO GONZALEZ SANDOVAL, ha dictado la presente resolución en el Rollo nº 261/12 siendo apelante, **Maximiliano**, que actúa defendido por el Letrado, Don Juan Mario Caunedo Pérez, y apelado el **MINISTERIO FISCAL**.

HECHOS

UNICO .- Por el Juzgado de Instrucción nº 1 de León en fecha 28 de diciembre de 2011 y en los Autos sobre Internamiento de Extranjeros nº 15/2011 seguidos contra, Maximiliano se dictó Auto, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " **DISPONGO: AUTORIZAR** el internamiento en el Centro no Penitenciario de Internamiento de Extranjeros de la Jefatura de Policía de Madrid de Maximiliano, por el tiempo mínimo imprescindible hasta tanto pueda llevarse a efecto en sus términos la medida de expulsión acordada por la Subdelegación del Gobierno en León, con fecha 26 de febrero 2008 y en todo caso por un término máximo de SESENTA DIAS sin perjuicio de solicitar en su caso las correspondientes prórrogas hasta el máximo de cuarenta días."

Notificada que fue dicha resolución a las partes, por la defensa de Maximiliano se interpuso recurso de apelación, que fue impugnado por el Ministerio Fiscal, y una vez admitido y tramitado se remitieron las actuaciones a este Tribunal para la resolución de dicho recurso.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Se rechazan los Fundamentos Jurídicos del auto recurrido y,

PRIMERO .- Es objeto del presente recurso el auto de fecha 28 de diciembre de 2011, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de León por el que, a instancia de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de la Comisaría de Policía de León, se autorizaba el internamiento del súbdito colombiano, Maximiliano, en el Centro no penitenciario de Internamiento de Extranjeros de la Jefatura de Policía de Madrid por un término máximo de 60 días en orden a que pudiera llevarse a efecto una orden de expulsión del referido, adoptada por el Subdelegado del Gobierno en León en fecha 26 de Febrero de 2008.



Tal resolución tomaba como fundamento jurídico el artículo 57.2 de la LO 4/2000 de 11 de Enero , según el cual, constituye causa de expulsión que el extranjero haya sido condenado dentro o fuera de España por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados y, como fundamento fáctico el hecho de que Maximiliano , había sido condenado por un delito de malos tratos físicos en el ámbito familiar a la pena de dos meses de prisión, apostillándose en dicha resolución que el artículo 173.2 del Código Penal vigente a la fecha de dicha resolución fijaba para aquella clase de conductas dolosas penas que van de seis meses a tres años.

No obstante, con el escrito de recurso se ha acompañado una copia de la sentencia, dictada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de León en el procedimiento de DUD, de fecha 18 de agosto de 2004 , que es el antecedente de la Ejecutoria 420/2004 del Juzgado de lo Penal nº 1 de León a que se refiere la Resolución de expulsión.

Pues bien, de dicha copia se desprende que los hechos tomados en cuenta para la condena de Maximiliano ocurrieron el día 10 de agosto de 2004 y el delito que tales hechos constituían era de maltrato en el ámbito familiar del artículo 153.1 del Código Penal , según cuya redacción a la fecha de los hechos, dada por la LO 11/2003, tenía asignada una pena de prisión de tres meses a un año.

Así pues, el delito por el que fue condenado Maximiliano tenía asignada una pena privativa de libertad no superior a un año, que es la tomada en cuenta como motivo para la expulsión en el artículo 57.2 de la LO 4/2000 de 11 de Enero , que se invoca en la Resolución del Subdelegado del Gobierno en León.

Tomando en cuenta tales antecedentes es como debe estimarse el presente recurso si se advierte que la resolución recurrida lo que adopta es una medida cautelar restrictiva del derecho fundamental a la libertad personal a que se refiere el artículo 17 de la Constitución y que, en este caso, por el motivo que fuere, en dicha resolución no se llevo a cabo un control adecuado, entre otros aspectos, de la concurrencia efectiva de la causa de expulsión aplicada al ahora recurrente en la Resolución del Subdelegado del Gobierno en León, control que entraría, como se desprende de la STC 169/2008 de 15 de diciembre , dentro de los cometidos asignados para tales supuestos al Juez de Instrucción al momento de otorgar la autorización a que se refiere el artículo 62 de la LO 4/2000 de 11 de Enero y ese control defectuoso o insuficiente condujo a la vulneración del derecho a la libertad personal del recurrente que es preciso reconocer, con la consiguiente declaración de nulidad del auto recurrido, por mas que para este momento la situación de privación de libertad haya cesado al haberse llevado a cabo ya la expulsión del apelante a su país. Así cabe considerarlo y acordarlo siguiendo la enseñanza que se desprende de la citada STC nº 169/2008 .

SEGUNDO .- Procede declarar de oficio las costas del recurso.

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

PARTE DISPOSITIVA

Se **estima el recurso de apelación** interpuesto por Maximiliano contra el auto de fecha 28 de diciembre de 2011, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de León en su Expediente sobre Internamiento de Extranjero nº 15/2001 , y se anula y revoca, dejándola sin efecto, dicha resolución.

Se declaran de oficio las costas del recurso.

Contra la presente resolución no cabe interponer recurso ordinario alguno. Notifíquese a las partes y, devuelves testimonio de la misma, al Juzgado de procedencia par su ejecución y cumplimiento.

Así lo acordó la Sala y firman los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen superior.

DILIGENCIA .- Seguidamente se cumple lo acordado, de lo que doy fe.