

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N° 2 DE DONOSTIA
DONOSTIAKO INSTRUKZIOKO 2 ZK.KO EPAITEGIA

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1 2ª planta - C.P./PK: 20012
Tel.: 943-000722 Fax: 943-004389

Indeterminadas / Zehaztugabeak 1141/2014 - G

Procedimiento origen/Jatorriko prozedura: /
NIG PV/ IZO EAE: 20.05.1-14/006495
NIG CGPJ / IZO BJKN: 20.069.43.2-2014/0006495
Atestado nº/Atestatu zk.: RECURSO JUZGADO GUARDIA
Hecho denunciado/Salatutako egitatea: Delitos sin
especificar/Beste delitu batzuk

KOPIA DA ESCOPIA

A U T O

MAGISTRADO QUE LO DICTA: D/Dª MARIA CRISTINA HIDALGO MORATINOS
Lugar: DONOSTIA / SAN SEBASTIAN
Fecha: cinco de abril de dos mil catorce

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO -. En el día de ayer se ha presentado en este juzgado en funciones de guardia escrito por la letrada Viviana Echeverría Pascual, en nombre de solicitando medida cautelar urgente consistente en la suspensión de la expulsión prevista de manera inminente como consecuencia de la resolución de 23 de enero de 2014 por la que se acordaba su expulsión de territorio nacional, y que le fue notificada a la el 5 de febrero de 2014. Se solicita la tramitación por el procedimiento previsto en el artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dado que la se encuentra en el centro de internamiento de extranjeros de Madrid, estando prevista su expulsión de manera inminente para el próximo lunes 7 de abril de 2014 a las 00:30 horas.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 42 del Reglamento 1/2005 de Aspectos Accesorios de Actuaciones Judiciales establece que: "1. Constituye el objeto del servicio de guardia la recepción e incoación, en su caso, de los procesos correspondientes a los atestados, denuncias y querellas que se presenten durante el tiempo de guardia, la realización de las primeras diligencias de instrucción criminal que resulten procedentes, entre ellas las medidas cautelares de protección a la víctima, la

adopción de las resoluciones oportunas acerca de la situación personal de quienes sean conducidos como detenidos a presencia judicial, la celebración de los juicios inmediatos de faltas previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la tramitación de diligencias urgentes y de otras actuaciones que el Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuye al Juez de guardia. Y, asimismo, la práctica de cualesquiera otras actuaciones de carácter urgente o inaplazable de entre las que la Ley atribuye a los Juzgados de Instrucción y a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Todas estas actuaciones se entenderán urgentes a los efectos del artículo 183 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 2. En cada circunscripción judicial, las normas generales de reparto determinarán el órgano judicial a que en definitiva habrá de corresponder el conocimiento de los asuntos que ingresen a través del servicio de guardia y podrán asignar al Juzgado que en cada momento desempeñe tales cometidos el trámite y resolución de determinadas categorías de procedimientos de los que integran la competencia de los Juzgados de Instrucción. 3. Igualmente constituirá objeto del servicio de guardia la adopción de medidas cautelares respecto de las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, o la práctica de diligencias restrictivas de los derechos fundamentales de dichas personas, cuando su necesidad se suscite fuera de las horas de audiencia del correspondiente Juzgado de Menores, siempre que en la demarcación de dicho Juzgado de Menores no exista un servicio de guardia propio de esta clase de órganos jurisdiccionales. A estos efectos el Juez de Instrucción que atienda el servicio de guardia actuará en sustitución del correspondiente Juez de Menores. Adoptada la decisión que proceda, el Juez de Instrucción en funciones de guardia remitirá lo actuado al órgano competente y pondrá a su disposición, en su caso, al menor de que se trate. De igual manera, corresponde al Juez de Instrucción, actuando en sustitución del correspondiente Juez de Menores, la autorización de los permisos extraordinarios previstos en el artículo 47 del Real Decreto 1774/04, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, que por razones de urgencia deban ser autorizadas por la autoridad judicial. 4. También será objeto del servicio de guardia la regularización de la situación personal de quienes sean detenidos por su presunta participación en delitos cuya instrucción sea competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la resolución de las solicitudes de adopción de las órdenes de protección de las víctimas de los mismos, siempre que dichas solicitudes se presenten y los detenidos sean puestos a disposición judicial fuera de las horas de audiencia de dichos Juzgados. A estos efectos, el Juez de Instrucción que atienda el servicio de guardia actuará en sustitución del correspondiente Juez de Violencia sobre la Mujer. Adoptada la decisión que proceda, el Juez de Instrucción en funciones de guardia remitirá lo actuado al órgano competente y pondrá a su disposición, en su caso, al imputado. 5. El Juez que en cada circunscripción judicial desempeñe el servicio de guardia conocerá también, en idéntico cometido de sustitución, de aquellas actuaciones urgentes que el artículo 70 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, atribuye a los Jueces Decanos, así como las de igual naturaleza propias de la oficina

del Registro Civil y las que asigna a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo el segundo párrafo del apartado sexto del artículo 8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, siempre y cuando las mismas sean inaplazables y se susciten fuera de las horas de audiencia del órgano a que estuvieren encomendados tales cometidos. Realizada que sea la intervención procedente, se trasladará lo actuado al órgano competente o a la oficina de reparto, en su caso. 6. En aquellos partidos judiciales en que exista separación entre Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de Instrucción y el volumen de trabajo lo requiera, la Sala de Gobierno correspondiente, oída la Junta de Jueces, podrá proponer al Consejo General del Poder Judicial el establecimiento de un servicio especial para atender a las actuaciones de carácter inaplazable que dentro de la jurisdicción civil o en el ámbito del Registro Civil, se susciten en días y horas inhábiles. 7. Del mismo modo, las Juntas de Jueces podrán encomendar al Juzgado en funciones de guardia la atención de aquellos servicios comunes de carácter gubernativo que exijan una prestación continuada.

SEGUNDO.- El artículo 130 de la LJ 29/98 dispone que: "1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. 2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada."

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la regulación de las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio. Así, en la (STS de 27 de abril de 2004 [RJ 2004, 5381] , en los AATS de 22 de marzo (RJ 2000, 3218) y 31 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9884) señala que en el citado artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del periculum in mora; resoluciones que señalan que el mismo opera como criterio decisor de la suspensión cautelar.

Por su parte, los AATS de 2 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9741) y 5 de febrero (RJ 2001, 1398) , 21 de marzo (RJ 2001, 5914) y 25 de junio de 2001 (RJ 2001, 5801) exponen que "en el nuevo régimen de medidas cautelares, ya no sólo limitado a la suspensión, instaurado por la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1741) Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, partiendo de aquel principio general, (no otro sentido puede tener el adverbio únicamente del artículo 130.1), se permite al Órgano jurisdiccional en sus artículos 129 y 130, la adopción de las medidas cautelares teniendo en cuenta una doble referencia: valorando no sólo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también la de que con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada.

La exégesis del precepto conduce a las siguientes conclusiones:

- a) la adopción de la medida, exige de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso;
- b) aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y,
- c) en todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el Órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada».

Por otra parte, el art. 135 de la LJ establece que cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el Juez o Tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto:

a) Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el Juez o Tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.

En cuanto se refiere a la grabación de la comparecencia y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 63.

b) No apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131, durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo.

Y sentado lo anterior concurren, en el caso de autos, las circunstancias de especial urgencia que exige la tutela provisional sumaria del apartado a) del artículo 135, puesto que

1 se encuentra en un centro de internamiento de extranjeros estando prevista su expulsión de manera inminente para el próximo lunes 7 de abril.

TERCERO.- Del art. 130 LJCA, antes transcrito, se desprende la necesidad de que en cada caso concreto el Juez o Tribunal valore los intereses en juego y las circunstancias en cada caso concurrentes en orden a resolver sobre la adopción ó no de la medida cautelar, no debiendo de olvidarse que sigue siendo principio básico el de la

presunción de legalidad de los actos de la Administración y el de su ejecutividad, justificada por la realización de los fines públicos asumidos por la Administración.

Siendo por lo demás evidente que el efecto pernicioso para los derechos e intereses de quien impugna ante esta jurisdicción un acto o disposición de la Administración solo se producirá cuando la situación creada por su ejecución resulte irreversible ó, no siendo así se sitúe al recurrente en una situación tal que los daños o perjuicios que por ello le ocasionen sean de una entidad y naturaleza que el ulterior reconocimiento de su derecho en sentencia y la ejecución de éste, pese a la reversibilidad de la situación creada con la ejecución de la actuación administrativa impugnada, resulten vanos.

En relación a los perjuicios que para la solicitante de la medida puede producir su salida del territorio nacional, debe de recordarse que según reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia (Sentencias de 13 de diciembre de 2007 y 9 de enero de 2008 , por citar entre otras algunas de las más recientes) su valoración debe de realizarse a la vista del arraigo que tenga el recurrente en territorio español, entendiéndose que el arraigo de un ciudadano extranjero en territorio español, bien sea por razones económicas, sociales o familiares, es causa suficiente para suspender la ejecutividad de una orden de expulsión o la obligación impuesta de abandonar España , por considerarse en estos casos como prevalente, de ordinario, el interés particular frente al general. Es más, en un caso así, el mantenimiento de esos vínculos económicos, sociales o familiares con el lugar en el que se reside, sin merma, quebranto o ruptura mientras se tramita el proceso, constituye, también, una o la finalidad legítima del recurso, en el sentido en que este concepto jurídico indeterminado es utilizado en la norma recogida en el artículo 130.1 de la actual Ley de la Jurisdicción.

Pues bien, en el caso presente se ha aportado prueba que acredita el arraigo de la recurrente en territorio español, pues en el escrito de solicitud de medida cautelarísima de suspensión de la orden de expulsión se hace referencia a una serie de documentos consistentes en informe de vida laboral, contrato de trabajo de duración determinada en la empresa , documentación en la que se acredita que : ha participado con regularidad y aprovechamiento en el programa Auzolan 2005 aprobado y subvencionado por el Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco y Fondo Social Europeo, en la especialidad de atención gerontológica de la tercera y cuarta edad durante seis meses con una duración de 720 horas así como documentación acreditativa de que la ha estado inscrita como demandante de empleo en varios períodos.

Toda esta documentación acredita que la salida de la solicitante de territorio español le podría ocasionar perjuicios irreparables ó de difícil reparación, debiendo su interés particular de permanecer en España prevalecer sobre el interés general que demanda la ejecución del acto.

El T.S. ha declarado, en relación con la carga de la prueba en este tipo de procedimientos, en su sentencia de 20-X-2005 que:

"Sobre la parte que solicita la medida cautelar pesa la carga procesal de aportar datos, documentos, elementos de juicio, en suma, que estando a su disposición puedan ser valorados, cuando menos, como indicios de aquello que alega (en este caso, del hipotético arraigo en nuestro país por causas de índole familiar o social o económicas). Sólo si así lo hace, podrá el órgano judicial proceder a una circunstanciada valoración de todos los intereses en conflicto, tal y como le exige el artículo 130.1 de la Ley de la Jurisdicción . Y si no lo hace, estará demás hablar de vulneración del derecho a la tutela judicial afectiva, pues es su actitud y no una situación de indefensión a la que no achacable, la que habrá determinado la decisión judicial."

2)El propio T.S. también ha venido declarando, de forma reiterada (S.T.S.22-VI-04 y 4-XI-05) desde la sentencia de 14-III-2002 , en relación con el riesgo de la mora procesal que "no cabe considerar como tales (perjuicios), en casos como el que nos ocupa, la salida del territorio nacional, salvo que concurran circunstancias específicas que así lo determinen, como sería la de tener procedimiento de regularización pendiente o supuestos de arraigo", aquí existentes, al haberse aportado documentos que lo justifican.

3)El propio T.S. interpretando el art. 130 de la LJCA y la necesidad de ponderar los intereses en conflicto, ha declarado que ha de hacerse constar una vez más que el criterio legal establecido en el invocado artículo 130 para dar lugar a la medida cautelar de suspensión, se encuentra en gran manera predeterminada por la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto", -inciso literal con el que se inicia el precepto-, razón determinante de que en la actual legalidad, al igual que en la representada por la Ley de 1 .956 , haya de hacerse siempre una ponderación suficientemente motivada de los intereses públicos y privados concurrentes, y como en el supuesto actual, como señalábamos en el fundamento anterior, no puede tenerse por justificada la concurrencia de perjuicios irreparables en razón de la obligada salida del territorio español; debiendo en fin tenerse en cuenta, de un lado, que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, la tutela efectiva que han de prestar los Tribunales, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución, y en orden a la suspensión de los actos administrativos impugnados ante nuestra jurisdicción, queda satisfecha con la intervención o control de aquellos respecto de la medida cautelar administrativa y, de otro, que nada impide que, estimando el fondo del recurso contenciosos-administrativo planteado, se proceda al retorno al territorio nacional e incluso, en su caso, a la reclamación de los perjuicios que hubieran podido ocasionarse."

Visto lo anterior procede acordar la medida cautelarísima solicitada, al tiempo que se acuerda dar audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente.

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO: ACORDAR LA MEDIDA CAUTELAR REFERENCIADA EN EL ANTECEDENTE DE HECHO ÚNICO DE ESTA RESOLUCIÓN.

Notifíquese este auto a las partes haciéndoles saber que es FIRME.

Dése traslado a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente.

Así por este mi auto, lo acuerdo, mando y firmo: Doy fe.