



**JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.6
CEUTA**

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

C/ SERRANO ORIVE S/N
Teléfono: 956.52.50.11 **Fax:** 956.52.50.10
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MLG
Modelo: 904100

DPA DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000123 /2014

N.I.G: 51001 41 2 2014 0001257

Delito/Delito Leve: DELITO SIN ESPECIFICAR

Denunciante/Querellante: MINISTERIO FISCAL, ASOCIACION COMITÉ RENE CASSIN, ASOCIACION SOCIEDAD HUMANA, COMISION ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO, ASOCIACION COORDINADORA DE BARRIOS PARA EL SEGUIMIENTO DE MENORES Y JOVENES, DE DRETS HUMANS ASOCIACION OBSERVATORIO, ASOCIACION PRO DERECHOS HUMANOS DE ESPAÑA

Procurador/a: , MARIA AFRICA MELGAR DURAN, NICOLAS RODRIGUEZ ESTEVEZ, ANGEL RUIZ REINA, MARIA VICTORIA PECINO MORA, MARIA AFRICA MELGAR DURAN, ANGEL RUIZ REINA

Abogado: , JOSE LUIS PIZARRO CARRETO, ANNA VALLVE FONTANA, ABDELHALI LAHASEN LAHASEN, PATRICIA FERNANDEZ VICENS, , ABDELHALI LAHASEN LAHASEN

Contra:

Procurador/a: ESTHER MARIA GONZALEZ MELGAR, JUAN CARLOS TERUEL LOPEZ, JUAN CARLOS TERUEL LOPEZ, ESTHER MARIA GONZALEZ MELGAR, JUAN CARLOS TERUEL LOPEZ, , , , , ,

Abogado: JESUS MARTIN VAZQUEZ, JAVIER MANUEL GIMENO PUCHE, JAVIER MANUEL GIMENO PUCHE, JESUS RODRIGUEZ QUIROS, JAVIER MANUEL GIMENO PUCHE, ABOGADO DEL ESTADO, ABOGADO DEL ESTADO, ABOGADO DEL ESTADO, ABOGADO DEL ESTADO, ABOGADO DEL ESTADO, ABOGADO DEL ESTADO, ABOGADO DEL ESTADO, ABOGADO DEL ESTADO, ABOGADO DEL ESTADO, ABOGADO DEL ESTADO

AUTO DE PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL DEL PROCEDIMIENTO

ABREVIADO

Magistrada Ilma. Sra. D^a. María de la Luz Lozano Gago

En Ceuta, el veinticuatro de septiembre dos mil diecinueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Las presentes actuaciones se incoaron por presuntos delitos de homicidio imprudente, lesiones imprudentes, denegación de auxilio y prevaricación administrativa.

Han sido practicadas las diligencias conducentes a la comprobación del delito, a la averiguación e identificación de los posibles culpables y a la protección de los ofendidos o perjudicados por el mismo.

De las diligencias practicadas en la instrucción se infiere que, el 6 de febrero de 2014, miembros de la Guardia Civil, investigados en esta causa, dispararon pelotas de goma y botes de humo -con propósito disuasorio- desde la playa ceutí del Tarajal al mar en el que una serie de personas intentaban alcanzar Ceuta a nado y que fueron obligadas a volver a Marruecos. No obstante, no todas consiguieron volver nadando y se ahogaron quince personas, resultando otras lesionadas.

Tales hechos, supuestamente acontecidos, resultan de las testificales practicadas -coincidentes en su contenido-, así como de los informes periciales, declaraciones -las de los investigados fueron tomadas en fecha 27/02/2015- y demás documentación obrante en la causa, incluso audiovisual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PREVIO.- DE LAS FRONTERAS Y DE LOS DERECHOS HUMANOS.

La presente instrucción ha tenido por objeto esclarecer los hechos acaecidos el seis de febrero de dos mil catorce en la playa ceutí del Tarajal, resultando muertas quince personas que formaban parte de un grupo que trataba de acceder a Ceuta por vía marítima a nado, y resultando asimismo otras personas lesionadas.

La normativa y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de inmigración se puede condensar en el principio básico de **“defender las fronteras sin desproteger a las personas”**, en el sentido de que, en todo caso, los derechos humanos deben ser máximamente protegidos. En esta instrucción se ha investigado una praxis concreta de los agentes de la Guardia Civil actuantes que han sido investigados, circunscrita a los luctuosos hechos del día seis de febrero de dos mil catorce que han sido indicados *“ut supra”*. Por tanto, se trata de determinar sin concurren indicios –que no pruebas, solo practicables en el acto del juicio oral, conforme a nuestro sistema procesal penal acusatorio mixto, con la salvedad de los casos de prueba preconstituida o anticipada- de responsabilidad penal con motivo de las actuaciones disuasorias empleadas en el perímetro

fronterizo en relación a personas que trataban de acceder a España por mar el día de los hechos. El quid de la cuestión estriba en dilucidar si pudo haberse producido por los agentes actuantes un uso de la fuerza no proporcionado, y si el “*modus operandi*” pudiera tener encaje en algún tipo del Código Penal, fuere homicidio imprudente, lesiones imprudentes, prevaricación y/o denegación de auxilio.

Por frontera, se entiende el elemento técnico que permite la separación de los espacios, terrestres, marítimos y aéreos, pertenecientes a dos o más Estados.

La frontera, tiene como finalidad definir el espacio físico sobre el que el Estado ejerce sus competencias territoriales y personales y sobre el que aplica con plenitud de derechos su legislación interna de cualquier tipo y su jurisdicción sobre las personas que se encuentran dentro del citado territorio; incluidos los extranjeros que han traspasado la frontera, tanto si lo han hecho de forma legal como ilegal.

Las fronteras entre España y Marruecos, en lo que a Ceuta se refiere, se encuentran delimitadas en tratados internacionales. En particular, en el *Convenio de 24 de agosto de 1859* relativo a la delimitación de las fronteras españolas con Marruecos en las plazas de Ceuta y Melilla, y el *Tratado de Paz y Amistad celebrado entre España y Marruecos, firmado en Tetuán el 26 de abril de 1860*. El artículo 6 del Tratado de Paz y Amistad celebrado entre España y Marruecos, firmado en Tetuán el 26 de abril de 1860, se refiere expresamente a “*terrenos neutrales concedidos por S. M. el Rey de Marruecos a las plazas españolas de Ceuta y Melilla*”, de donde se debe deducir que los

territorios neutrales no forman parte de la frontera y están ubicados dentro de territorio español. El artículo 7 del Tratado de Paz y Amistad celebrado entre España y Marruecos, firmado en Tetuán el 26 de abril de 1860, reconoce al Reino de España el derecho a *“adoptar todas las medidas que juzgue adecuadas para la seguridad de los territorios españoles, levantando en cualquier parte de ellos fortificaciones y defensas que estime convenientes, sin que en ningún tiempo se oponga a ello obstáculo alguno por parte de las autoridades marroquíes”*.

Siendo, por tanto, incontrovertible el deber de la Guardia Civil de proteger la frontera, tampoco puede soslayarse que ese deber debe cumplirse dentro del marco normativo y jurisprudencial del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto Air Transport Association of America C-366-10 puntualiza que:

“La acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho Internacional”

A este respecto, debe destacarse la Disposición adicional décima, añadida por la LO 4/2015 de 30 de marzo (modificación vigente desde el 1/04/2015),

a la LO 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sobre régimen especial de Ceuta y Melilla, del tenor siguiente:

“1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.

2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.

3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.”

Por tanto, como ya había recalcado con anterioridad la Unión Europea, se debe compatibilizar la defensa de las fronteras con el amparo de los derechos humanos, de tal modo que no cabe rechazar la entrada de personas migrantes de cualquier modo, sino solo de una manera adecuada a la protección de tales derechos.

Así pues, el Tratado de la Unión Europea (modificado por el Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1/12/2009) establece que los derechos fundamentales, garantizados por el Convenio, forman parte del derecho de la Unión Europea; así, en su art. 2 señala que: “La Unión se fundamenta en los

valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías (...)”, y asimismo en su artículo 6 : “1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

(...)

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.”

Las cuestiones que afectan más concretamente al presente caso están reguladas en el Título V, “El espacio de libertad, seguridad y justicia”, de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) respecto a las políticas y acciones de la Unión. En el capítulo primero de dicho Título, el artículo 67 dispone:

“1. La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros.

2. Garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países. (...)”

El artículo 72 de dicho capítulo del Tratado dispone:

“El presente título se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior”.

Ciertos Estados europeos, como es el caso de España, se enfrenta con frecuencia al flujo de inmigrantes en situación irregular, en tanto que país puerta de entrada hacia el resto de Europa. La Ciudad Autónoma de Ceuta es un enclave español situado en la costa del norte de África, siendo la Guardia Civil la encargada de patrullar la frontera terrestre y la costa para impedir entradas clandestinas. Grupos más o menos numerosos de extranjeros intentan entrar periódicamente en España. **Como se indica literalmente en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de octubre de 2017:**

“ 44. Grupos más o menos importantes de extranjeros –entre varios y un millar de personas- intentan periódicamente entrar en territorio español. En lo que se refiere a las tentativas de entrada en territorio español por mar, el CPT (Comité para la Prevención de la Tortura, constituido en el seno del Consejo de Europa) ha sido informado del

drama que tuvo lugar el 6 de febrero de 2014 y que tuvo una amplia repercusión en los medios de comunicación social. Miembros de la Guardia Civil dispararon pelotas de goma desde la playa a aquellas personas que intentaban alcanzar Ceuta a nado y que fueron obligadas a volver a Marruecos. No obstante, no todos consiguieron volver nadando y parece ser que se ahogaron 15 extranjeros”

Así pues, el Comisario europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, en su informe anual de actividad de 2015 con data de 14 de marzo de 2016 indica que: “Los rechazos deben cesar y deben reemplazarse por una práctica que concilie el control de las fronteras y los derechos humanos. No es una misión imposible, ya que los flujos migratorios a Melilla se mantienen actualmente en un nivel manejable. Cualquier uso excesivo de la fuerza por parte de los miembros de las fuerzas de seguridad debe dar lugar a una investigación completa y efectiva, y las personas responsables deben ser sancionadas de forma adecuada”.

Por tanto, volvemos a la premisa de partida: las fronteras han de protegerse, pero sin dejar desprotegidas a las personas. Así, en los párrafos 53 y 54 de la referida STEDH, “*ut supra*” citada, se indica que (sic): “El TEDH observa por otra parte que la línea fronteriza entre el Reino de Marruecos y las ciudades de Ceuta y Melilla ha sido delimitada por los tratados internacionales en los que son parte los Reinos de España y de Marruecos y que no puede ser modificada a instancia de uno de estos Estados por las necesidades de una situación concreta de hecho. Toma nota de las

afirmaciones de la CEAR en sus observaciones sobre el perímetro fronterizo entre España y Marruecos (párrafos 47 y 33 anteriores) así como de las del Comisario DDHH retomando las de la Defensora del pueblo español, según las cuales la jurisdicción española también se ejercería sobre el terreno situado entre las vallas en el puesto fronterizo de Melilla y no solamente más allá del dispositivo de protección del puesto en cuestión (párrafos 46 y 34 anteriores).

A la vista de cuanto antecede y del contexto de las presentes demandas, el TEDH se remite al derecho internacional aplicable y a los acuerdos celebrados entre los Reinos de Marruecos y de España que conciernen al establecimiento de las fronteras entre estos dos Estados. Considera sin embargo que no es necesario establecer si la valla fronteriza levantada entre Marruecos y España se sitúa o no en territorio de este último Estado. Se limita a recordar, tal como ya lo ha dejado asentado en el pasado, que desde el momento en que hay un control sobre los demás, se trata en esos casos de un control *de jure* ejercido por el Estado en cuestión sobre los individuos afectados (*Hirsi Jamaa*, anteriormente citada, § 77), es decir de un control efectivo de las autoridades de éste Estado, ya se encuentren éstas en el interior del territorio del Estado o en sus fronteras terrestres. En opinión del TEDH, desde el momento en que los demandantes descendieron de las vallas fronterizas, se encontraron bajo el control continuo y exclusivo, al menos, *de facto*, de las autoridades españolas. Ninguna especulación que ataña a las competencias, funciones y actuación de las fuerzas del orden

españolas en cuanto a la naturaleza y el fin de su intervención podría llevar al TEDH a otra conclusión.”

Por tanto, y dado que las personas inmigrantes estaban bajo control de fuerzas del orden españolas, los hechos denunciados están sin duda bajo la jurisdicción de España.

Si bien es cierto que la protección de la frontera, como Estado soberano que es España, se activa frente a intentos de entrada ilegal en su territorio, y por más difícil que pueda ser la tarea, ello no puede ser justificación para recurrir a prácticas incompatibles con los derechos humanos, ni puede dar pábulo a sobreentender, ni remotamente, que las fronteras o espacios entre las mismas son zonas de excepción en relación a los derechos humanos.

Los derechos humanos son universales o no son tales. Quiere decirse con ello que la universalidad es inherente a los mismos, en tanto que se predicán de la persona en tanto que valiosa, merecedora de tutela en tanto que su dignidad así lo requiere, siendo ésta última “el alfa y el omega” de los derechos fundamentales. Se trata de derechos de todos los seres humanos, que les corresponden por el mero hecho de su nacimiento. Dicha universalidad de los mismos se ha consignado en el Acta Final de la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos de Viena, así como ha de hacerse alusión a la Resolución de la Asamblea General de la ONU que crea la figura del Alto Comisionado para la protección de los derechos humanos, y en ambos textos –de 1993- se reconoce “sin ambages” el carácter “universal

e indivisible” de los derechos humanos. Literalmente: “La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma el solemne compromiso de todos los Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal, así como la observancia y protección de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, otros instrumentos relativos a los derechos humanos y el derecho internacional. El carácter universal de esos derechos y libertades no admite dudas. En ese contexto, el fortalecimiento de la cooperación internacional en la esfera de los derechos humanos es esencial para la plena realización de los propósitos de las Naciones Unidas. Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos”. A su vez, en la Declaración sobre derechos humanos aprobada en Bangkok por las organizaciones no gubernamentales, A/CONF.157/PC/83, 19 abril de 1993, se señala que: “Las normas universales de derechos humanos están arraigadas en muchas culturas. Afirmamos la base de la universalidad de los derechos humanos que permite proteger a toda la Humanidad, en particular a grupos especiales tales como las mujeres, los niños, las minorías y los pueblos indígenas, los trabajadores, los refugiados y las personas desplazadas, los discapacitados y los ancianos. Al tiempo que se promueve el pluralismo cultural, no pueden tolerarse las prácticas culturales contrarias a los derechos humanos universalmente aceptados, entre ellos los derechos de la mujer”. Y por último la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 reforzaron el principio de universalidad de los derechos humanos y la obligación de los Estados de acatarlos, en el punto

32 se dice lo siguiente: “La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma la importancia de garantizar la universalidad, objetividad y no selectividad del examen de las cuestiones de derechos humanos”

Derechos de toda la Humanidad, y en todas las partes de la Tierra, sin parcelaciones, exclusiones ni fragmentaciones. Sin relativismos. Así: “Reafirmamos nuestro compromiso con la realización plena de cada uno de los derechos humanos de todos, que son universales e indivisibles, están relacionados entre sí, son interdependientes y se refuerzan mutuamente” (De la Declaración sobre el sexagésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 2008), y “La Organización (la ONU) promoverá (...) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción (...)” (Del artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas, 1945)

PRIMERO.- DEL ÁMBITO DEL JUICIO ABREVIADO.

Si los hechos investigados constituyeran delitos castigados con penas privativas de libertad no superiores a 9 años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración, practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto la decisión de ordenar seguir el procedimiento por los trámites previstos para la preparación del juicio oral, determinando los hechos punibles y la

identificación de la persona a la que se le imputan (artículos 757 y 779.1.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

SEGUNDO.- DE LOS HECHOS PUNIBLES.

De lo actuado resulta indiciariamente que el seis de febrero de 2014, cientos de personas se lanzaron al mar con el propósito de llegar a España a nado, y de entre ellas quince fallecieron ahogadas en la playa ceutí del Tarajal, y un número indeterminado de otras resultaron lesionadas, mientras los agentes de la Guardia Civil investigados utilizaban material de dispersión para disuadirlos, disparando en consecuencia bolas de goma y botes de humo al mar en que nadaban, en defensa de las fronteras españolas. Dicha actuación pudo contribuir, co-causalmente, a título de imprudencia, a la muerte por ahogamiento de las mismas, concurriendo indicios sobre posible falta de proporcionalidad de la actuación desplegada por los investigados, los cuales, indiciariamente asimismo, omitieron socorrer a las personas que se hallaban nadando en el mar con riesgo vital.

A tal narración de hechos se llega a partir del examen de las diligencias practicadas, grabaciones, informes periciales, declaraciones -fueron tomadas a todos los investigados con fecha 27/02/2015, y testificales practicadas con el carácter de pruebas preconstituidas, a lo largo de la instrucción de la causa. En concreto, los dos testimonios prestados como preconstituidos son convergentes entre sí y apuntan a la concurrencia de los indicios apreciados, -y han quedado grabados audiovisualmente.

TERCERO.- DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS Y DE LA DETERMINACIÓN DE SUS AUTORES.

Tales hechos, sin perjuicio de ulterior calificación, podrían ser constitutivos de:

-Un delito de homicidio por imprudencia grave con resultado de muerte previsto y penado en el artículo 142 del Código Penal

-Un delito de denegación de auxilio previsto y penado en el artículo 412.3 del CP que se imputan a:

-GUARDIA CIVIL ,

-GUARDIA CIVIL ,

-GUARDIA CIVIL ,

-GUARDIA CIVIL ,

-GUARDIA CIVIL ,

-GUARDIA CIVIL ,

-GUARDIA CIVIL ,

-GUARDIA CIVIL ,

-GUARDIA CIVIL ,

-GUARDIA CIVIL ,

-GUARDIA CIVIL ,

-GUARDIA CIVIL ,

-GUARDIA CIVIL ,

-GUARDIA CIVIL ,

-GUARDIA CIVIL ,

-GUARDIA CIVIL

CUARTO.- DE LA DENEGACIÓN DE AUXILIO.

El art. 412.3 párrafo tercero del Código Penal tipifica la conducta de la autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar auxilio a que venga obligado para evitar un mal (“cualquier otro delito u otro mal”), tipo de injusto respecto del cual concurren indicios racionales de criminalidad en el presente caso. Se trata de un tipo delictivo de omisión cuyo sujeto activo ha de ser un funcionario público y el sujeto pasivo es el Estado, en cuanto titular del deber de cooperación.

En esta modalidad de denegación de auxilio del art. 412.3 se tipifica específicamente la omisión de prestaciones directas de auxilio a los ciudadanos. Este Apartado 3 prevé un tipo básico en su párrafo III (la denegación de auxilio para evitar cualquier otro delito u otro mal (castigado con las penas de multa de 3 a 12 meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 6 meses a 2 años) y sendos tipos agravados en sus párrafos I y II: En el I sanciona la denegación de auxilio por parte de un funcionario o autoridad requerido por un particular a prestar algún auxilio a

que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito contra la vida (castigado con penas de multa de 18 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 3 a 6 años). El párrafo II agrava la denegación de auxilio para evitar un delito contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas.

Sus elementos son los siguientes:

- Un requerimiento verosímil y real realizado para evitar un delito o mal
- Obligación del funcionario de prestar auxilio por razón de su cargo
- El funcionario ha de estar funcional y profesionalmente en condiciones de intervenir
- Abstención de intervenir sin causa justificada.

Ha de tenerse presente que como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2010, el auxilio omitido ha de ser el pertinente en atención a las obligaciones del sujeto activo en relación con la realidad que percibe, según un examen objetivo de la situación en que la cuestión se plantea, -y la responsabilidad no puede ser establecida más allá de las posibilidades de reacción del sujeto.

El delito de denegación de auxilio exige en el plano objetivo una actuación omisiva, de clara y pertinaz resistencia al incumplimiento de las diligencias solicitadas, y en el plano subjetivo, una actitud dolosa directa integrada por el consciente y malicioso propósito de no prestar la cooperación requerida.

La ausencia de dolo directo determina que no quepa apreciar el delito de denegación de auxilio en supuestos en que la inejecución procede de error, olvido o nula inteligencia, y no responde a una falta de intencionalidad (SS. Del TS, Sala II, de 6.3.87 , 12.3.89 , 15.2.90 , y 5.12.90).

Descendiendo a la presente instrucción, es claro que en el mar había personas migrantes que podían sufrir un mal, incluso la pérdida de la vida, y que debían ser auxiliadas por los agentes investigados, los cuales podían haber intervenido en su auxilio y se abstuvieron de hacerlo sin causa que justifique su omisión. Asimismo, la ayuda que precisaban las personas que nadaban el día de los hechos hacia España era frente a un mal, el riesgo de pérdida de sus vidas, inminente. Y para integrar indiciariamente el tipo de injusto basta con la falta de asistencia y de colaboración precisa, en este caso de la Guardia Civil actuante.

En la presente causa se ha investigado si la actuación de la Guardia Civil en defensa de las fronteras ha sido o no proporcional, si el empleo de la fuerza utilizada por la misma es o no conforme a la legalidad. De hecho, el art. 5.2. c) de la LOFCS relativo a los principios básicos de actuación de los agentes policiales indica que “deberán actuar con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance”. El art. 11 de la LOFCS establece que deben, a su vez, “a) Velar por el cumplimiento de las

Leyes y disposiciones generales, ejecutando las órdenes que reciban de las Autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias **b) Auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentren en situación de peligro por cualquier causa (...)** e) Mantener y restablecer, en su caso, el orden y la seguridad ciudadana. F) Prevenir la comisión de actos delictivos” Se trata de un tipo delictivo estrictamente doloso, pero como se ha encargado de reiterar la propia Jurisprudencia, las cuestiones relativas a la culpabilidad, como la imputación a título de dolo o de imprudencia, no forman parte de la función instructora, y que por consiguiente exige el conocimiento del requerimiento de auxilio por parte del sujeto requerido, así como la obligación de actuar y la posibilidad o capacidad de prestar el auxilio por parte de dicho sujeto que lo deniega (SSTS 2093/95, 16-2-96; 2-6-69, 2-10-69).

Si la coacción empleada por los agentes investigados para evitar la penetración en territorio español de personas inmigrantes está o no amparada en su caso por el cumplimiento de un deber -art 20.7 del CP-, o por la atinente al estado de necesidad por posible colisión de deberes, son cuestiones que en cuanto referidas a causas de justificación no corresponden a la función instructora, sino que deberán, en su caso, sustanciarse y resolverse en la fase del juicio oral –y lo mismo cabe argüir en relación a la concurrencia de eventuales errores de tipo o prohibición, vencibles o invencibles, por hipotética superioridad de unos bienes jurídicos sobre otros.

QUINTO.- DEL HOMICIDIO A TÍTULO DE IMPRUDENCIA.

Con carácter previo, esta Instructora destaca precisamente que porque **España es**, sin duda alguna, un país grande, una nación con siglos de Historia a sus espaldas, un Estado de Derecho moderno, con una democracia consolidada, **ejemplo y modelo de solidaridad en el mundo entero**, sus fuerzas de seguridad y del orden están llamadas, como no puede ser de otro modo, y como es sabido, a estar a la altura del país en que desempeñan sus funciones, y debiendo desempeñarlas en todo momento, como recuerda la Justicia de la Unión Europea, dentro del marco jurídico de los Derechos Humanos: universales, indivisibles e inalienables.

Concurren indicios asimismo de posible homicidio imprudente cometido por parte de los agentes investigados -que no pruebas-, con independencia de que en el plenario, y con la práctica de los medios probatorios así como la valoración de las testificales practicadas como preconstituidas por este juzgado de instrucción, se llegue a una valoración u otra, lo cierto es que dichos indicios, que no prejuzgan la culpabilidad de los agentes, se dan en el presente caso, -y todo lo cual sin perjuicio de una más depurada calificación de los hechos.

En primer lugar, debe destacarse que, en gran medida como consecuencia de la eliminación de las faltas, la reforma de 2015 elimina la modalidad “leve” de la imprudencia. Desaparece, de este modo, la clásica distinción legal, doctrinal y jurisprudencial entre imprudencia grave e imprudencia leve. Con anterioridad a la reforma de 2015, el homicidio por imprudencia

grave era constitutivo de delito y el cometido con imprudencia leve era calificado como falta. Se consideraba que existía imprudencia grave cuando se producía la infracción de normas de cuidado elementales, que respetaría incluso el hombre menos diligente (SSTS 419/07, 21-5; 2057/02, 11-12; 1401/02, 25-7; 2411/01, 1-4). Por su parte, la imprudencia leve tenía lugar como consecuencia de la infracción de normas de cuidado no elementales, sólo observadas por un ciudadano cuidadoso (STS 2200/02, 27-12; SSAP Huesca 68/00, 14-7, caso “camping de Biescas”) (arts. 12, 138 y 152). Jurisprudencia mayoritaria viene calificando como homicidio imprudente los supuestos de homicidio en dolo eventual concurriendo un error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, o un exceso intensivo (SSTS419/07, 21-5; 80/07, 9-2). Se recoge así una modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave. En cualquier caso, la delimitación entre imprudencia grave e imprudencia menos grave debe establecerse, fundamentalmente, tomando como criterio el mayor o menor grado de gravedad de la infracción de la norma de cuidado, que, a su vez, depende del mayor o menor grado de elementalidad de la norma infringida.

Según la Sentencia de la AP Madrid (sección 23.^a) de 11 de septiembre de 2.008, los elementos de la imprudencia son los siguientes:

- a) una acción u omisión voluntaria, no maliciosa o intencional, es decir, que se halle ausente en ella un dolo directo o eventual;
- b) una actuación negligente o reprochable por falta de previsión más o menos relevante, factor subjetivo, eje o nervio de la conducta imprudente en

cuanto propiciador del riesgo, al marginarse la racional presencia de consecuencias nocivas de la acción u omisión empeñadas, siempre previsibles, prevenibles y evitables; elemento susceptible de apreciarse en una gradación diferenciadora;

c) factor normativo externo, representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, traducido en normas convencionales y experienciales tácitamente aconsejadas y observadas en la vida social en evitación de perjuicios de terceros, en normas específicas reguladoras y de buen gobierno de determinadas actividades; hallándose en la violación de tales principios o normas socio-culturales o legales, la raíz de la antijuridicidad detectable en las conductas culposas o imprudentes;

d) originación de un daño; temido evento mutatorio o alteración de la situación preexistente, que el sujeto debía conocer como previsible y prevenible, y desde luego evitable, caso de haberse observado el deber objetivo de cuidado que tenía impuesto y, que, por serle exigible, debiera haber observado puntual e ineludiblemente;

e) adecuada relación de causalidad entre el proceder descuidado e inobservante, o acto inicial conculcador del deber objetivo de cuidado y el mal o resultado antijurídico sobrevenido, lo que supone la traducción potencial de lo previsto o debido prever, en una “consecuencialidad” real;

f) relevancia jurídico penal de la relación causal o acción típica antijurídica, no bastando la mera relación causal, sino que precisa, dentro ya de la propia relación de antijuridicidad, que el resultado hubiese podido evitarse con una

conducta cuidadosa, o al menos, no se hubiera incrementado el riesgo preexistente y que, además, la norma infringida se orientara a impedir el resultado. “

Estos elementos pueden sintetizarse así:

-Elementos objetivos del tipo:

- a) la infracción de la norma de cuidado, equivalente al «desvalor de la acción» y,
- b) la producción de un resultado coincidente con el que esté previsto en el tipo doloso, que equivale al «desvalor del resultado».

-Elementos subjetivos del tipo:

- a) uno, de carácter positivo, consistente en querer la conducta (conducta negligente), ya sea conociendo el peligro que entraña (culpa consciente o con representación), ya sea sin conocerlo (culpa inconsciente); y,
- b) el elemento negativo de no haber querido la producción del resultado.

-Infracción de la norma de cuidado

Este elemento del tipo presenta dos aspectos distintos:

- a) El llamado «deber de cuidado interno», con arreglo al cual el sujeto ha de advertir la presencia del riesgo, ha de prever el riesgo potencial que conlleva determinada conducta (previsibilidad); y, por contraposición,

b) el «deber de cuidado externo, que radica en la exigencia de comportarse conforme a la norma de cuidado previamente advertida, a fin de enervar el peligro o riesgo.

Ambos aspectos deben ponerse en relación con las condiciones afectantes al sujeto inculpado y, por otra parte, debe considerarse que en nuestro derecho no se cuenta con un concepto positivo de lo que haya de entenderse por norma de cuidado ni, en consecuencia, se sabe cuál es el módulo o criterio con que valorar la actitud del sujeto en la situación concreta, ya sea al tiempo de prevenir el riesgo, ya sea en el de evitar sus consecuencias.

Por ello, nuestra jurisprudencia ha señalado que el deber de cuidado es un elemento que puede establecerse en un precepto jurídico o en la que se conoce como norma de la común y sabia experiencia general tácitamente admitida y guardada en el ordinario y prudente desenvolvimiento de la actividad social, que se objetiva, como dice la STS de 2 noviembre de 1981 en el módulo objetivo de la comparación o contrastación de la conducta del agente con la que se supone hubiera observado un hombre medio normal colocado en la misma situación concreta en la que se encontraba el sujeto activo.

Así: “la vigente categoría de imprudencia grave se corresponde con la imprudencia temeraria, es decir, con la más grave infracción de los deberes objetivos de cuidado; con la omisión de elementales normas de cuidado que cualquier persona debe observar en los actos de la vida ordinaria (SSTS de 22 de diciembre de 1955 y 18 de noviembre de 1974).

Se caracteriza, en suma, la imprudencia grave por imprevisiones que eran fácilmente asequibles y vulgarmente previsibles, así como por la desatención grosera relevante de lo que es exigible a cualquier persona (STS de 18 de diciembre de 1975).”

Así, “la gravedad de la imprudencia está directamente en relación con la jerarquía de los bienes jurídicos que se ponen en peligro y con la posibilidad concreta de la producción del resultado lesivo (2235/2001, de 30 de noviembre [LA LEY 2254/2002]), debiendo exigirse más nivel de cuidado respecto de la vida e integridad física que respecto a los bienes (2445/2001, de 22 de diciembre [LA LEY 232744/2001] y 1133/2001, de 11 de junio, entre otras).”

La Circular de la Fiscalía General del Estado número 10/11, estableció que precisamente en orden a la distinción entre la imprudencia grave y leve, hay que manejar los conceptos básicos delimitadores, como la intensidad de la falta de diligencia del autor atendidas las circunstancias concurrentes, la mayor o menor previsibilidad del resultado y el mayor o menor grado de infracción del deber de cuidado según las normas socio-culturales vigentes ya recogidos en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado número 3/06.

No cabe soslayar que en el presente caso los agentes debían observar un deber de cuidado respecto de la vida de las personas que se hallaban nadando a mar abierto ese día 6/2/2014, y si la “auto-puesta” en peligro rompe en su caso el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado,

ello debe dilucidarlo asimismo el tribunal sentenciador, porque en ningún caso un auto de continuación de diligencias previas por los trámites del procedimiento abreviado puede erigirse en una “pseudo-sentencia anticipada”, ya fuere condenatoria o absolutoria, sino que el deber del instructor es valorar si concurren o no indicios , que no pruebas, de comisión de hechos que pudieran tener encaje en tipos de injusto recogidos por el código penal, si tales indicios son por tanto acreditados, y si tienen o no relevancia penal como para a continuación ordenar la preparación del juicio oral; y sí, es preciso, necesario e imprescindible que se celebre a continuación juicio para la práctica y valoración de pruebas, que culmine en la correspondiente sentencia, absolutoria o condenatoria, sin que la presente resolución rebase otra cualidad que la de ser una resolución estrictamente procesal, motivada y ajustada a la legislación española que configura un sistema acusatorio formal o mixto con estricta separación de las funciones instructora o investigadora y decisora, y que las residencia en distintos jueces o tribunales: el juez de instrucción y el juez o tribunal decisor. Otra cosa, sería invertir los términos del sistema de la justicia penal española.

SEXTO.- DE LAS LESIONES

El artículo 147.1 del Código Penal (que sería de aplicación conforme a la disposición transitoria primera de la LO 1/2015 de 30 marzo, por la que se modifica la LO 1/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), en su actual redacción dice que “*el que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro*

una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo de delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”.

Pues bien; examinado el precepto, no es posible continuar la tramitación de esta causa por delito de lesiones, toda vez que no obran en las actuaciones los elementos básicos para poder acreditar en términos de imputación provisional la concurrencia de los elementos del tipo que integran este delito. No ha podido concretarse a efectos de esta instrucción la naturaleza de las lesiones que presentaban y su origen ya que, como se indicaba anteriormente, no figuran informes de sanidad emitidos por el médico forense.

Si el Juez estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará mediante auto el sobreseimiento que corresponda (artículo 779.1.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Según reiterada jurisprudencia, entre la que se incluye la Ilma. Audiencia provincial de Cádiz, *“nuestro Ordenamiento procesal distingue dos formas de sobreseimiento: uno, el libre, que se corresponde con aquel supuesto en el que, concluida la instrucción, los hechos revelados por la misma no sean*

constitutivos de infracción penal; otro, el provisional, que corresponde al supuesto en el que de la instrucción practicada no resulten esclarecidos los hechos hasta el punto de poder afirmar que son o no delictivos.”

Se distingue, por tanto, el supuesto en el que la investigación desarrollada durante la fase de instrucción haya permitido alcanzar una certeza acerca de cómo ocurrió el hecho investigado y, además, concluir que no es delictivo, de aquel en que la investigación no haya permitido alcanzar dicha certeza, sin que tampoco resulten indicios bastantes relativos a la comisión de un hecho para formular acusación.

Dispone el artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que *“procederá el sobreseimiento provisional: 1º Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito, que haya dado motivo a la formación de la causa...”*. Según el apartado segundo del artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *“cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores”*.

Así acontece en el presente caso, en el que no existe informe médico forense de sanidad de las víctimas lesionadas, de modo que en el actual estado de las actuaciones y a falta de dicha pericia, no es posible concretar en legal forma los indicios de la presunta comisión del delito de lesiones que se investiga.

Por tanto, es procedente sobreseer provisionalmente las presentes diligencias previas respecto del delito de lesiones imputado, por no resultar debidamente justificada su perpetración en vista de la falta del informe de alta Médico Forense.

SÉPTIMO.- DE LA PREVARICACION

El artículo 404 castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.

El Auto del Tribunal Supremo de 12/06/2018, define con precisión el bien jurídico tutelado en este tipo de injusto:

“De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Sala -STS 63/2017, de 8 de febrero, con cita de otras muchas-, el delito de prevaricación «tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal. Por ello -como expresa la STS. 941/2009 de 29 de

septiembre - el artículo 404 del CP, castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Se trata de una figura penal que constituye un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido por los funcionarios públicos (art. 24 CP), sin perjuicio de la cláusula de comunicabilidad hacia los no funcionarios prevista en el art. 65.3 del Código penal , cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (v. arts. 9.1 y 103 CE), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), bien entendido que no se trata de sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la administración pública por la jurisdicción penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límites, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria».

Hay que precisar que arbitrariedad no es sinónima de injusticia, pues acto arbitrario es aquél que es “contrario a la justicia, la razón y las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho” (SSTS 148/98, 3-2, 487/98, 6-4, 1590/03, 1590/03, 22-04, caso “Intelhorce”). Pero la condición arbitraria de la resolución es un “*aliud*” cualitativamente diferente de la mera ilegalidad (STS 600/14, 3-9). Se trata de acentuar con el término arbitrariedad, la

divergencia entre la mera ilegalidad –para ello está ideado el sistema de recursos- y la injusticia, que debe entenderse en el sentido amplio que abarca la arbitrariedad (SSTS 600/14, 3-9, 373/14, 30-4, 228/13, 22-03; 79/12, 9-2; 755/07, 25-9; 226/06, 9-2; 935/03, 26-6; 927/2003, 23-6 y 368/03, 12-3, distinguen entre las resoluciones prevaricadoras o arbitrarias y las meramente ilegales). La teoría objetiva, que es la mayoritaria en España (SSTS 657/13, 15-7 y 228/13, 22-3, entre otras) y Alemania, mantiene que la injusticia se da cuando se lesiona el derecho objetivo, el derecho positivo, contemplado no sólo en el plano formal, sino material con respecto al sistema de fuentes y de las normas del ordenamiento jurídico de interpretación e integración. El problema se plantea en los llamados “casos difíciles”, o sea, en los casos en que la norma “no es unívoca”, o de contenido impreciso; los casos de “normas discrecionales”, y en los supuestos de “conceptos indeterminados”, donde el legislador renuncia a soluciones uniformes de dichos casos y quiere que sea el funcionario quien diga la última palabra. La teoría genuinamente objetiva resuelve dichos casos optando por ampliar el concepto de “resolución objetivamente correcta”, de manera que todas las decisiones que caen dentro de los límites de la discrecionalidad otorgada por el legislador son decisiones justas, sea cual sea el camino y las motivaciones que han llevado al funcionario a seguirla, sin que caigan éstos en prevaricación. Pero precisamente para resolver estos casos difíciles en otro sentido, y como complemento de la teoría objetiva, se creó la teoría del incumplimiento del deber del funcionario de encontrar el derecho, según la cual, prevarica el funcionario cuando éste decide guiado

por consideraciones extrañas al asunto, es decir, si actúa por estímulos, móviles o intereses ajenos al Derecho, al resolver. Así, La STS 102/09, 3-2 acoge expresamente la teoría objetiva complementada con la teoría de la infracción del deber jurídico en los casos de “contenido impreciso” y en las decisiones sobre facultades discrecionales, afirmando la posibilidad de decisión prevaricadora cuando el funcionario decide motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o cuando el funcionario se aparta del método previsto en el ordenamiento. El delito se comete cuando el autor adopta una resolución que se funda en su propia voluntad y no en la Ley aplicable al caso (SSTS 600/14, 3-9, 743/13,11-10, 340/12). El tipo objetivo del delito, por tanto, se dará cuando el autor toma decisiones que no pueden ser derivadas de la Ley por ninguno de los métodos de interpretación de la misma admitidos en derecho (ATS, 10-2-14; SSTS 755/07, 25-9; 1497/02, 23-9; 878/02,17-5; 76/02, 25-1; ATS, 23-7-02, que cita SSTS 713/97, 17-05, 563/00, 20-04,1029/00, 12-06; 2338/0, 11-12; 76/02, 25-01; 537/02, 5-04, 743/13,11-10, 1718/15, 30-4, entre otras). Debe distinguirse entre mera ilegalidad e injusticia o arbitrariedad, que exige un plus, respecto de la mera ilegalidad (ATS 10-2-14), que la resolución sea tan grosera, esperpéntica y disparatada que ese carácter puede ser apreciado por cualquiera (SSTS 228/13, 22-3, 538/05, 28-4. La STS 226/06, 19-2, afirma: “no basta la mera ilegalidad a este respecto; no existe el delito cuando la resolución correspondiente es sólo una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en el ámbito del derecho; se precisa una discordancia tan patente y clara entre esa resolución y el ordenamiento

jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de explicación razonable. Es decir, la injusticia ha de ser tan notoria que podamos afirmar que nos encontramos ante una resolución arbitraria”. También es muy reiterada la doctrina del TS a la hora de concretar el contenido de la injusticia o arbitrariedad: puede radicar en la absoluta falta de competencia del funcionario o autoridad, en la inobservancia de alguna norma esencial del procedimiento, en la ausencia de razonamiento, o en el propio contenido sustancial de lo resuelto (STS 226/06, 19-02 aunque STS 228/13, 22-3, matiza que no son identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación). Es arbitraria una resolución cuando vulnere, sin lugar a dudas, la ley, sin que exista interpretación alguna de ésta que pueda crear “la duda” de si se da dicha ilegalidad; así debe entenderse cuando la jurisprudencia habla de “resolución de ilegalidad manifiesta, clara y patente”, pues si existe duda de la ilegalidad, para eso está el sistema de recursos (SSTS 148/98, 3-2, 818/92,10-4).

A mayor abundamiento, la doctrina mayoritaria entiende que comprende sólo el dolo directo y descarta la inclusión de la imprudencia y del dolo eventual (SSTS 624/03, 27-06, 411/03, 06-05,1629/00, 19-10, 1223/04, 21-10, 226/06, 19-2). En el Código Penal español no se castiga el delito de prevaricación administrativa en su modalidad imprudente.

Por todo ello, en orden a la existencia misma de un delito de prevaricación, son necesarios los siguientes elementos:

1. En primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo.
2. En segundo lugar, que sea contraria a Derecho, es decir, ilegal.
3. En tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad constituya un acto arbitrario, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, y que sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable.
4. En cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y
5. En quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la particular voluntad de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

La prevaricación es el negativo del deber de los Poderes Públicos de actuar conforme a la Constitución y al Ordenamiento Jurídico (art. 9.3 y 103 CE) y cita STS 648/07, 28-06: “la prevaricación lesiona gravemente la confianza de los ciudadanos en sus instituciones”

En la enumeración de los requisitos de esta infracción penal, destaca la arbitrariedad de la resolución: a) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; b) que sea contraria al derecho, es decir, ilegal; c) que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites

esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; d) que ocasione un resultado materialmente injusto; e) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho (STS 331/03, 5-3; 1658/03, 4-12; 654/04, 25-5; 1223/04, 21-10; 773/08, 19-11; 49/10, 4-2).

Obrar de manera arbitraria, en un contexto público de actuación normativamente reglado, es suplantar la ratio y el fin de la norma por las propias y personales razones y finalidades. Es, pues, en la patente subversión de la “*ratio legis*” donde radica el núcleo de la antijuridicidad de la conducta. En efecto, para satisfacer tal requerimiento del tipo no basta con que ésta sea irregular y ni siquiera ilegal sin más. “Injusta” en sentido legal por “arbitraria” es un calificativo que únicamente puede darse en presencia de un modo de actuar en el que la propia voluntad de un sujeto público se convierte en impropia fuente de una norma particular (STS 343/05, 17-3).

Según la STS de 28 de octubre de 2014, “*La jurisprudencia ha señalado en numerosas ocasiones que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa*

contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho” (SSTS. 49/2010, de 4-2 ; 1160/2011, de 8-11 ; 502/2012, de 8-6 ; y 743/2013, de 11-10 , entre otras).

Contradicción patente y grosera; resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso; desviación o torcimiento del derecho grosera, clara y consciente; contradicción palmaria o esperpéntica”.

Todos estos calificativos dan contenido al criterio objetivo de la arbitrariedad. Desde el lado subjetivo la arbitrariedad se concibe como ejercicio arbitrario del poder (art. 9.3 CE). Así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad.

Puede afirmarse -como señalan recientes sentencias de esta Sala, que es ocioso reseñar- que la arbitrariedad aparece cuando "la resolución en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es asumible o sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley; o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad del autor o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos".

La jurisprudencia, en suma, establece (por todas, la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 185/2016, de 4 de marzo con cita de la 600/2014, de 3 de septiembre) que “el delito de prevaricación administrativa es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico. En definitiva, el delito de la prevaricación administrativa sanciona los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de derecho, pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes políticos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos son los primeros custodios. Por ello, la nota de arbitrariedad es un “*aliud*” diferente al control judicial de los actos administrativos por la jurisdicción contenciosa. La nota de arbitrariedad supone que un apartamiento de toda normativa, es la voluntad desnuda de las personas concernidas la que se erige en única fuente de la decisión”.

Sin embargo, no existe indicio alguno sobre la comisión de un eventual delito de prevaricación, por cuanto los agentes obraron defendiendo las fronteras, en principio, como es su deber. Hubiera concurrido prevaricación en el caso contrario. El problema de esta causa es si debieron defenderlas en el modo en que lo hicieron, si hubo o no exceso de coacción por su parte, si les ampara o no el cumplimiento del deber del art. 20.7 del Código Penal, si su actuación fue o no proporcionada a las circunstancias, cuestiones todas ellas a dirimir, como no puede ser de otra manera, en el juicio oral, porque sí concurren indicios de imprudencia, a juicio de esta instructora, respecto de las muertes producidas, y sí concurren indicios de que no se prestó un auxilio debido y exigido tanto por el Derecho español como por el de la Unión Europea, pero respecto de la prevaricación no cabe sino que esta instructora decrete el sobreseimiento libre de la causa por tal motivo de acuerdo con el art. 637.2 de la LECrim, pues no se puede pretender que los agentes no ejerzan su obligación de defender las fronteras o que no eviten comisión de delitos como los que se cometen contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. A mayor abundamiento, las fuerzas de seguridad desplegadas en esta Ciudad Autónoma de Ceuta se ven necesitadas de mayores medios personales y técnicos para cumplir con sus deberes de contención fronteriza, que se ven notoria y gravemente dificultados en su quehacer en ésta la frontera sur de la Unión Europea, y no puede soslayarse que también han de trabajar los agentes en contra de un delito tan grave como es la inmigración ilegal, que supone en no pocas ocasiones la dolosa puesta en peligro, cuando menos, de la vida y de la integridad física de las personas inmigrantes, por

parte de las organizaciones criminales que delinquen así atentando de continuo contra los derechos de los extranjeros, por lo que se corrobora ,“*a fortiori*”, lo antes expuesto.

Tampoco puede esta instructora ignorar que **los derechos humanos de los Guardias Civiles que protegen la frontera Sur de Europa han de ser protegidos, dotándoseles de los protocolos de actuación y recursos materiales, técnicos y humanos que permitan realizar su función con seguridad y con adecuación a la normativa internacional de Derechos humanos de las personas inmigrantes, y que al propio tiempo proteja los propios derechos fundamentales de aquéllos en su calidad de vigilantes, pues no puede desconocerse que ha habido episodios de asaltos violentos y delictivos a las fronteras nacionales que los agentes han sufrido físicamente, viéndose claramente en situación de indefensión, numérica y técnica, y con afectación finalmente de su propia integridad física. Derechos humanos de todos, de las personas inmigrantes, y también de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de este gran país que es España.**

Asimismo, no cabe soslayar la complicación que supone para los agentes de la guardia civil el rechazo en frontera en el ámbito marítimo, pues en el mar no hay elementos de contención fronteriza, por lo que mal puede hablarse de arbitrariedad, siendo ésta inexistente en el caso de autos, por cuanto una resolución ilegal no es, solo por ser ilegal, una resolución injusta, sino que ha de suponer un plus de contradicción con la

norma que es lo que justifica la intervención del Derecho penal. Este plus de que se habla es la arbitrariedad – por demás, fundamento jurídico quinto del Auto 83/15, de siete de abril de 2015, de la Audiencia Provincial de Melilla: “(...) Por último, es preciso valorar que en coincidencia cronológica, pero anterior a la solicitud del Ministerio Fiscal de fecha 24 de octubre de 2014 en la que solicita el sobreseimiento provisional, la tramitación legislativa de la reforma de la Ley de Extranjería a través de una enmienda a la Ley de Seguridad Ciudadana, con la finalidad de regular expresamente el caso que nos ocupa. Concretamente se dice: "los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta y Melilla, intentando el cruce no autorizado de la frontera de forma clandestina, flagrante o violenta, serán rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España". Esta enmienda dota de cobertura legal, desde un punto de vista objetivo, las decisiones imputadas a título de prevaricación que constituyen el objeto de nuestro análisis, pues establece para supuestos idénticos al aquí analizado una respuesta similar a la discutida, esto es, la devolución automática en frontera. Lo que resulta de gran trascendencia, pues pone de manifiesto que las resoluciones administrativas objeto de recurso podrían acomodarse a cánones interpretativos admisibles desde una perspectiva jurídica del derecho interno español. Ciertamente el texto finalmente aprobado, difiere de la proposición de ley inicialmente planteada en el Congreso de los Diputados, al introducir como condición que la devolución o rechazo en frontera respete los mínimos de derecho humanitario, pero en todo caso, instituye como se ha dicho, el rechazo en frontera junto con las otras

alternativas previstas en la Ley de Extranjería, esto es, expulsión, devolución y denegación de entrada.

En conclusión, las resoluciones administrativas siguen el criterio adoptado por la Dirección General de la Guardia Civil para las entradas masivas de inmigrantes por la valla fronteriza de Melilla, que no es sino manifestación coincidente con la política del Estado español desde la construcción de la valla, esto es, resolución del conflicto de los asaltos masivos de inmigrantes en favor de la seguridad de las fronteras exteriores del Estado; abordan una cuestión jurídica hasta ahora no prevista, como es el concepto de frontera en el marco de las vallas fronterizas de las referidas ciudades, y la solución por la que se opta parece acorde con la reforma legislativa que se está operando actualmente en esta materia.

A la vista de ello, las resoluciones cuestionadas pese a su contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico, al menos, con el vigente al tiempo en que fueron adoptadas, no puede decirse que carezcan de toda posible explicación razonable, ni que sean manifiestamente arbitrarias, lo que veda su incardinación en el concepto penal del artículo 404 del Código Penal”.

OCTAVO.- SOBRE LA FUNCIÓN DE LA INSTRUCCIÓN Y DEL SISTEMA ACUSATORIO ESPAÑOL FORMAL O MIXTO.

Como se desprende de los arts. 774 y siguientes de la LECrim, en relación con los arts. 299 y ss de la referida Ley, el objeto esencial de la fase

instructora de un proceso penal no es otro que el de reunir el mayor número de elementos posibles para constatar o excluir la comisión de un hecho punible, con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación del hecho y determinación de los presuntos culpables; estableciendo el art. 779 de la LECrim en su punto 1.4 que si el hecho constituyera delito comprendido en el art. 757 seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. El auto de acomodación de las Diligencias Previas al trámite del Procedimiento Abreviado es una resolución interlocutoria de carácter procesal en virtud de la cual el Juez de Instrucción, que deduce de las diligencias practicadas la existencia de indicios de la comisión de algún delito de los comprendidos en el art. 757 de la LECrim, esto es, los castigados con pena privativa de libertad no superior a 9 años, o con penas de distinta naturaleza, cualquiera que sea su duración, ordena continuar el procedimiento y dar traslado a las partes para que formulen los respectivos escritos de acusación y defensa, que son los que en definitiva servirán para delimitar el objeto del proceso. En consecuencia, la interpretación subjetiva del resultado de la instrucción no puede ser resuelta a su vez en trámite de resolver sobre la continuación del procedimiento para su enjuiciamiento, ya que ello exige un examen de las actuaciones y una valoración jurídica que exceden de su limitado ámbito.

Asimismo, que es preciso deslindar las funciones del Instructor y las del Tribunal al que corresponde el enjuiciamiento y la decisión, de forma que el primero, siempre que exista una acusación, no puede rebasar las funciones propias de la instrucción adentrándose en cuestiones que afectan a la culpabilidad, como es el dolo, o a otros elementos del tipo, salvo casos de diafanidad manifiesta, entrando en juicios de inferencia, cuya decisión exige la celebración de verdaderos actos de prueba bajo los principios que rigen el juicio oral, pues de lo contrario se está vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva con indefensión de la acusación que se ve privada además de su derecho a sostener la misma y a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24 CE)

Y también y con base en la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1996, que la compatibilidad entre el cierre anticipado del proceso y el derecho de acción que ostentan las partes pende, esencialmente, de la identificación de una clara e indubitada causa justificativa y de su adecuada justificación (STS 1524/2004, de 29 de diciembre), que la existencia de indicios racionales de criminalidad sobre la participación de una persona en hechos presuntamente delictivos es suficiente para fundamentar la imputación frente a la misma.

Por último, la propia Audiencia provincial de Cádiz, Sección Sexta, radicada en Ceuta, en su auto 125/2019 de 25/6/2019, Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa María de Castro Martín, en su Fundamento Jurídico Cuarto, párrafos segundo y siguientes, señala que:

“Al respecto es sabido que el pronunciamiento que contiene la resolución impugnada, supone la plasmación de la previsión contenida en el art. 779.1.4^a de la LECrim, y que tiene como objeto finiquitar la instrucción, descartar el resto de pronunciamientos que prevé dicho precepto y atribuir formalmente unos hechos concretos a personas a las que previamente se les hubiese concedido la condición de imputados, los cuales deben revestir los elementos de alguna de las infracciones penales enjuiciables por los trámites del procedimiento abreviado o faltas conexas. Dicha fase del procedimiento, no debe olvidarse, está encaminada a recabar los datos necesarios para realizar, en su caso y al margen de otros objetivos, como recuerdan los arts. 299 y 777 del cuerpo legal mencionado, la primera concreción del objeto del procedimiento, abriéndose la fase intermedia, en donde el principio acusatorio adquiere una mayor relevancia.

Lógicamente, este estadio procesal no exige la existencia de unas pruebas concluyentes que sólo se proponen y practican en el juicio oral. Únicamente será necesaria la existencia de unos indicios racionales, no meras sospechas, objetivables, aunque quepa tener en cuenta la impresión subjetiva que el instructor pueda obtener de las declaraciones prestadas, puesto que la inmediación también ejerce un papel fundamental en la investigación judicial, no sólo en el plenario.

De igual manera, la imputación fáctica no tiene que alcanzar el grado de detalle de un relato de hechos probados, aunque sí ser lo suficientemente comprensiva para abarcar fuera de toda duda qué es lo que el instructor

considera que ocurrió realmente y las personas que intervinieron en dichos acontecimientos.

Tomando todo ello en consideración se impone como un presupuesto necesario, no sólo especificar los hechos que se imputan, sino también exteriorizar en qué se funda la impresión que se plasma en la resolución y exponer en qué infracciones penales pudieran subsumirse, sin necesidad de que se efectúe un examen técnico tan profundo como el que habría de realizarse en la sentencia definitiva. Será suficiente con que se pueda conocer la base jurídica que justifica la decisión”

NOVENO.- DE LA PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL. Si el Juez de Instrucción acordare que debe seguirse el trámite establecido para la preparación del juicio oral, en la misma resolución ordenará que se dé traslado de las diligencias previas, originales o mediante fotocopia, al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas, para que, en el plazo común de 10 días, soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias, cuando manifiesten la imposibilidad de formular escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos (artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En virtud de cuanto antecede, vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

Debo acordar y acuerdo continuar las presentes diligencias previas por los trámites de la preparación del juicio oral del procedimiento abreviado, con respecto a los hechos y a las personas indicados en los fundamentos precedentes, por posibles delitos de homicidio por imprudencia grave con resultado de muerte y por delito de denegación de auxilio, a cuyo objeto dése traslado al Ministerio Fiscal y acusaciones personadas por plazo común de 10 días para que soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias.

Se decreta el sobreseimiento provisional de la causa ex art. 641.1 de la LECrim respecto de las lesiones imputadas, y el sobreseimiento libre ex art. 637.2 de la LECrim en relación al delito de prevaricación imputado, conforme a fundamentación jurídica que antecede

Notifíquese esta resolución personalmente a los investigados y en forma al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndoles saber que no es firme, cabiendo interponer contra la misma recurso de reforma en el plazo de los 3 días siguientes a su notificación y/o recurso de apelación, subsidiariamente o por separado en el plazo de los 5 días siguientes a su

notificación, a presentar ante este mismo Juzgado. Asimismo, que los datos de carácter personal contenidos en ella, gozan de la protección prevista en el ordenamiento jurídico y que su uso cabe exclusivamente para las actuaciones procesales o materiales que puedan derivarse de la misma.

Así por este mi auto, sirviendo el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 6 de Ceuta, lo acuerdo, mando y firmo.

EL/LA MAGISTRADO

EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.