



Roj: **AAP CE 2/2017 - ECLI: ES:APCE:2017:2A**

Id Cendoj: **51001370062017200002**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ceuta**

Sección: **6**

Fecha: **12/01/2017**

Nº de Recurso: **86/2016**

Nº de Resolución: **1/2017**

Procedimiento: **APELACION AUTOS**

Ponente: **EMILIO JOSE MARTIN SALINAS**

Tipo de Resolución: **Auto**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6**

#### **CEUTA**

**AUTO: 00001/2017**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 CEUTA** 51001 41 2 2014 0001257RT APELACION AUTOS 0000086 /2016JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.6 de CEUTA DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000123 /2014

#### **UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

Domicilio: C/PADILLA S/N. EDIFICIO CEUTA CENTER 2ª PLANTA

Telf: 956510905 Fax: 956514970

Equipo/usuario: MDG

**Modelo:** 901000

**N.I.G.:** 51001 41 2 2014 0001257

**ROLLO:** RT APELACION AUTOS 0000086 /2016

Juzgado procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.6 de CEUTA

Procedimiento de origen: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000123 /2014

RECURRENTE: ASOCIACION COORDINADORA DE BARRIOS PARA EL SEGUIMIENTO DE MENORES Y JOVENES, ONG COMISION ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO , ASOCIACION OBSERVATORIO DE DRETS HUMANS (DESC)

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

Abogado/a: PATRICIA FERNANDEZ VICENS, JOSE LUIS PIZARRO CARRETO

RECURRIDO/A:

Procurador/a:

Abogado/a:

RECURRENTE: Procurador/a: Abogado/a: RECURRIDO/A: Procurador/a: Abogado/a:

AUTO

**PRESIDENTE:** Ilmo. Sr. don Fernando Tesón Martín.

**MAGISTRADOS:** Ilmos. Srs. don Luis de Diego Alegre y don Emilio José Martín Salinas.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. don Emilio José Martín Salinas.



**En Ceuta, a doce de enero de dos mil diecisiete.**

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Incoadas diligencias previas del procedimiento abreviado, el día 15/10/2015 se dictó un auto en cuya parte dispositiva se ordenó lo siguiente:

" ...1.- *Sobreseimiento provisional de la causa por los delitos de homicidio y lesiones imprudentes.*

2.- *Sobreseimiento libre de la causa por el delito de prevaricación... "*

Dichos pronunciamientos se fundaron, en esencia, en los siguientes razonamientos:

a) " ...Respecto de los delitos de homicidio y lesiones imprudentes, el punto de partida para el avance de la instrucción y de las correspondientes imputaciones vino constituido por el informe elaborado por la ONG Caminando Fronteras denominado "Informe de análisis de hechos y recopilación de testimonios de la tragedia que tuvo lugar el 6 de febrero de 2014 en la zona fronteriza de Ceuta"... ". No obstante, las conclusiones del mismo " ...no se encuentran corroboradas ni por los informes de los lesionados a los que se acaba de hacer referencia ni por los informes de autopsia de los cinco cadáveres hallados en España, informes periciales ratificados a presencia judicial... ", conclusión que era "...extensible al informe pericial aportado por la Asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Menores y Jóvenes ( folios 2563 y siguientes), informe que fue ratificado por su autor el señor Ramón ...".

b) Teniendo en cuenta lo anterior y, en particular, los supuestos testimonios obtenidos en Marruecos y las escasas aportaciones de las grabaciones aportadas, se inferían los siguientes hechos de las indagaciones realizadas:

" ...1.- *En Ceuta, el día 6 de febrero de 2.014 hubo un intento masivo de un número indeterminado de inmigrantes - entre 250 y 300- de acceder a territorio español, adentrándose en el mar por el espigón de la playa del Tarajal de Ceuta.*

2.- *Pretendían acceder a las costas españolas en avalancha y a nado.*

3.- *Del grupo de inmigrantes solo llegaron a la playa de Ceuta 23, que fueron expulsados a través de las denominadas "devoluciones en caliente".*

4.- *Con posterioridad al día 6 de febrero, en concreto los días 8, 12, 13 y 15 de febrero, aparecieron en las costas españolas los cadáveres de cinco inmigrantes. A día de hoy se desconoce si los fallecimientos se produjeron en aguas de Ceuta o de Marruecos.*

5.- *Los cadáveres aparecieron sin flotador y con diversas prendas de vestir.*

6.- *La causa de los fallecimientos fue asfixia por sumersión, sin que ninguno de ellos presentase lesiones determinantes del fallecimiento.*

7.- *Los agentes de la Guardia Civil, en el ejercicio de su función de impedir la entrada ilegal de personas, hicieron uso de material antidisturbios... "*

c) No podía atribuirse a Guardia Civil delito alguno en lo relativo a su actuación para evitar la entrada en España de los inmigrantes, ni siquiera a título de imprudencia, por los siguientes motivos:

" ...1.- *Los agentes de la Guardia Civil actuaron en el ejercicio de su función de custodia y vigilancia de la frontera; función que exige impedir la entrada ilegal de personas en el territorio nacional, salvo por los lugares legalmente habilitados al efecto.*

2.- *En el ejercicio de la función de custodia y vigilancia de la frontera, la Guardia Civil está autorizada para utilizar medios antidisturbios reglamentarios, siempre ajustados a los principio de oportunidad, congruencia y proporcionalidad, principios básicos de actuación recogidos en el art. 5 de la Ley Orgánica 2/86 de 13 de marzo según el Protocolo Operativo de Vigilancia de Fronteras (folios 705 y siguientes)... ", actuándose conforme a la Orden de Servicio 15/11 de la Comandancia de Ceuta.*

" ...3.- *Una cosa es la legitimación y obligación de los agentes de utilizar el material antidisturbio y otra distinta es el uso concreto que cada agente hizo de dicho material.*

*No existe ningún indicio que permita afirmar que los agentes imputados hicieron un uso inadecuado del material antidisturbio, máxime cuando no existe un protocolo que regule la utilización de dicho material en el medio acuático.*

*La mera utilización de dicho material no puede ser calificada como imprudente en atención a lo ya expuesto.*



Por otra parte, no se puede olvidar el principio de responsabilidad penal personal y que la imprudencia es graduable, no toda imprudencia debe ser incardinada en el ámbito penal.

4.- Los agentes utilizaron el material antidisturbios con efecto disuasorio, confiando en que lograrían su objetivo: detener el avance de los inmigrantes en su objetivo de llegar a las costas españolas.

5.- Los inmigrantes no eran personas en peligro en el mar que precisasen ayuda en el sentido referido en el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS) y la Convención Internacional sobre SAR Marítimo. Los inmigrantes asumieron el riesgo de entrar ilegalmente en territorio español por el mar a nado, en avalancha, aprovechando la noche, vistiendo gran cantidad de ropa y haciendo caso omiso a las actuaciones disuasorias tanto de las fuerzas marroquíes como de la Guardia Civil... "

d) " ...Conforme a lo expuesto, se acuerda el sobreseimiento provisional de la causa respecto de los fallecimientos y lesiones, provisional por cuanto no se descarta el cumplimiento de la comisión rogatoria remitida a Marruecos... "

e) El sobreseimiento libre respecto del delito de prevaricación ante lo que se viene denominando " devoluciones en caliente " procedía por la ausencia de " ...antijuricidad y la culpabilidad o dolo de quienes en el ámbito particular de Ceuta, y más en concreto el día 6 de febrero de 2014, actuaron conforme a una práctica admitida e impuesta por el Ministerio del Interior, con cobertura legal en este momento... " en la disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

**SEGUNDO.-** La procuradora María Victoria Pecino Mora interpuso en representación de la Asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Menores y Jóvenes un recurso de reforma contra la resolución anteriormente indicada, en el que solicitó que se revocara y se ordenara " ...la práctica de las diligencias de investigación pendientes... " o, subsidiariamente, se dispusiera la continuación de la causa por los trámites del procedimiento abreviado. El mismo fue desestimado íntegramente mediante un auto dictado el día 09/12/2015.

**TERCERO.-** La procuradora María África Melgar Durán interpuso en representación de la Asociación Observatori de Drets Humans (DESC) un recurso de reforma contra la resolución indicada en el antecedente de hecho primero, en el que vino a solicitar que se revocara y continuara la causa como diligencias previas del procedimiento abreviado. Fue desestimado igualmente mediante un auto de fecha 23/09/2016.

**CUARTO.-** El procurador Ángel Ruiz Reina interpuso directamente en representación de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado un recurso de apelación contra el auto referido en el antecedente de hecho primero, en el que solicitó que se revocara y se ordenara que continuara la causa como diligencias previas del procedimiento abreviado. Argumentó en apoyo de tal petición, a grandes rasgos, lo que sigue:

a) De las actuaciones se desprendía indiciariamente que el 06/02/2014 los guardias civiles que formaban el operativo desplegado en la cercanía de la frontera de El Tarajal hicieron uso de material antidisturbios consistente " ...en pelotas o balas de goma y fumígenos o gases lacrimógenos... " falleciendo a consecuencia de ello " ...al menos 14 personas, resultando otras tantas lesionadas... "

b) No podía sostenerse que existiera un protocolo específico para la utilización de material antidisturbios en el medio acuático, empleándose en cualquier caso de forma desproporcionada.

c) Los hechos denunciados tenían apariencia delictiva y existía un presunto autor conocido, desconociéndose qué no estaba debidamente justificado en la fase de instrucción para justificar el sobreseimiento provisional, debiendo ser objeto de análisis por el juzgado de lo penal en el correspondiente juicio oral.

d) Las conocidas como " devoluciones en calientes " se llevaron a cabo sin tramitar el procedimiento previsto en la normativa de extranjería, como expulsión colectiva y efectuada hacia un país en el que existían motivos suficientes para pensar que las personas objeto de la misma podrían ser sometidas a torturas y tratos inhumanos o degradantes, estaban expresamente prohibidas por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y atentaban, además, contra el principio de " no devolución " reconocido en la Convención de Ginebra de 28/07/1954.

**QUINTO.-** La procuradora María Victoria Pecino Mora interpuso en representación de la Asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Menores y Jóvenes un recurso de apelación contra el auto citado en el antecedente de hecho primero tras desestimarse el previo de reforma, en el que interesó que se revocara y se ordenara continuar con la instrucción de la causa. Dicha petición se basó, en esencia, en lo que sigue:

a) " ...En las presentes actuaciones se investiga, entre otros hechos, la causa de la muerte de al menos 5 personas, cuyos cuerpos han aparecido en la costa española, y la de otras 9 personas, cuyos cuerpos aparecieron en la



costa marroquí, las lesiones padecidas por 8 personas al intentar acceder al territorio nacional la madrugada del día 6 de Febrero de 2014 así como la entrega a las autoridades marroquíes de personas migrantes que accedieron a la playa española de Tarajal, entrega que se materializó al margen de cualquier procedimiento de los previstos en la ley de extranjería y con infracción de sus derechos fundamentales, existiendo indicios racionales de criminalidad contra algunos de los agentes de la Guardia Civil actuantes... " .

b) No se había agotado la actividad instructora, estando pendiente de practicarse diligencias, por lo que no cabía ordenar el sobreseimiento, debiendo postergarse cualquier decisión al respecto hasta que se hubiesen practicado. En concreto restaba por llevarse a cabo lo siguiente:

1.-" *...Comisión Rogatoria librada a Marruecos para la remisión de las autopsias... "*, que se entendió necesaria en general, " *...máxime cuando las autopsias practicadas en España han omitido la realización de análisis tóxico-químicos y anatómo- patológicos imprescindibles para la investigación de los hechos... "*, sin que, además, obren " *...en el procedimiento los certificados o acuses de recibo ni del Ministerio de Justicia, ni del Ministerio de Asuntos Exteriores ni del Consulado Español en Rabat que acrediten la tramitación de la citada Comisión Rogatoria y el estado en el que ésta se encuentra a la hora de ponderar la pertinencia del citado sobreseimiento provisional... "*.

2.-" *... la identificación de los cadáveres que se hallan enterrados en España, diligencia de investigación que fue acordada mediante providencia de fecha 4 de Febrero de 2015... "*. La misma permitiría " *...esclarecer aspectos importantes del procedimiento tales como si las víctimas sabían nadar o no... "*. Su falta de práctica conculcaba, además, el " *...acceso a la tutela judicial efectiva... por cuanto se ha denegado por el juzgado el acceso al procedimiento en calidad de acusación particular a los familiares de las víctimas alegando que dado que no se hallaban identificados los cuerpos no se podía admitir... "*.

c) Se hacía necesario, por otra parte, recabar " *...el testimonio de los supervivientes de la tragedia, víctimas del delito de lesiones y que constan identificados en los informes médicos expedidos por la Dra. Flor ... "*. Nada se había hecho para identificarlos y averiguar su paradero, existiendo en " *...los informes médicos...datos de las personas lesionadas en su filiación, similar a la que se contienen en cualquier parte médico, donde no se exige a la persona documento identificativo sino que se reseña por los datos y antecedentes médicos que el propio paciente aporta.... "*. Existían mecanismos de indagación que no se habían agotado, sin que pudiera argumentarse que la propia recurrente era la única que lo podría haber hecho.

d) " *...el no agotamiento de todas las vías de investigación en el seno de delitos contra la vida, la integridad física y la integridad moral de ciudadanos sometidos a una relación de especial sujeción con las fuerzas de seguridad del estado, constituye una violación del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de investigación oficial suficiente y efectiva... "*, como era doctrina del Tribunal Constitucional e imponía el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

e) Existían indicios racionales de la comisión de delitos de lesiones al existir 8 personas con daños físicos compatibles con el uso de materiales antidisturbios. Los " *...lesionados más graves fueron vistos en hospitales de la zona, y en dichos informes se recoge la fecha de las lesiones. Los lesionados más leves fueron atendidos y curados por Doña Flor el 25 de febrero... "* poniendo de manifiesto tal compatibilidad " *...tanto el Médico Forense del Juzgado como el Dr. Ramón , médico perito de la Universidad del País Vasco que depuso en calidad de perito el 2 de Octubre... "*.

f) Existían igualmente " *...indicios racionales de la comisión de un delito de homicidio imprudente... "*, anticipándose la instructora a este respecto " *...al debate propio del plenario... "* mientras que con " *...sus propios argumentos viene a reconocer la existencia de esos indicios que niega... solo en sentencia, tras el plenario, con la practica contradictoria de la prueba, podrá pronunciarse el tribunal sobre la intención de los acusados, y la valoración de la conducta como imprudente a consecuencia del uso inadecuado del material antidisturbio... "* que no constaba, por otra parte, que hubiera sido autorizado, sino sólo por imitación de la conducta del capitán que intervino, " *... así como la infracción del deber objetivo de cuidado... "*, especialmente cuando se trataba de personas vulnerables por estar en el agua, más allá de sus facultades natatorias y de que se desconocía cuál sería el comportamiento de las pelotas y los gases al no haberse usado nunca en el medio acuático. Además, todos " *...los indicios apuntan a que las muertes se produjeron el día 6 de febrero de 2014, fecha en que se produjeron las lesiones, siempre sujeto al margen de error que existe en toda data de fallecimientos, como reconoce el médico forense... los agentes actuantes omitieron el rescate de los cuerpos lo que ha tenido la virtualidad principal de dificultar el esclarecimiento de los hechos... "* lo que suponía incidir en la vulneración del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos ya aludida, sin que se hubiera razonado que se hiciera un uso proporcionado por la Guardia Civil de unos medios necesarios, mucho menos que se efectuara " *...conforme al Manual... "*, más allá de que " *...ningún protocolo puede ir contra legem... "*. De otro lado, " *...el uso de la fuerza en este caso no estaba justificada puesto que los migrantes en ningún momento antes*



del despliegue de la Guardia Civil hicieron uso dirigieron violencia alguna, la Guardia Civil no estaba realizando ninguna acción dirigida a su detención y no se trataba de ninguna insurrección o revuelta... " sólo pudiendo llegarse a la conclusión de una actuación correcta si se considerase que " ...la vida y la integridad física de las personas son bienes jurídicos dignos de menor protección que la contención de una entrada irregular en las condiciones en las que ésta se desarrollaba... Para restablecer el orden en las circunstancias de los hechos, hubiese sido suficiente esperar en la playa y detener a los que salían del agua, según iban llegando. Prueba de ello es que así se dirigió la operación desde determinado momento, garantizando su éxito hasta el final, sin que se volvieran a usar antidisturbios. Porque no eran necesarios. Esa manifiesta falta de proporcionalidad, representa otro incumplimiento del protocolo y un uso indebido de los materiales antidisturbios: los procedimientos sin uso de fuerza eran suficientes para restablecer el orden... ". Finalmente, no podía entenderse que los súbditos extranjeros se hubieran autopuesto en una situación de peligro.

g) " ... al no haberse realizado las autopsias conforme a los protocolos establecidos, puede concluirse que no se ha llevado a cabo una investigación efectiva y suficiente para la averiguación de las causas de la muerte por cuanto como el propio médico forense declaró en el juzgado, la no realización de estudios químico toxicológicos no permite descartar la influencia de gases en los fallecimientos.

Asimismo, la ausencia del estudio histopatológico impide defender con certeza el origen pre o posmortal de las lesiones... " en dos casos en concreto, además de obviarse otras actuaciones imprescindibles al amparo de una supuesta falta de medios. Se destacó, igualmente, que las autopsias " ...no se han realizado conforme a lo establecido en los Protocolos del Instituto Nacional de Toxicología ni se han seguido las recomendaciones del Consejo de Ministros de la Unión Europea ni el Manual forense sobre prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias de las Naciones Unida [s] acordado en Nueva York en 1991... ", sin perjuicio de que nunca se debieran haber concluido las actuaciones médicas hasta que se dotara a todos los facultativos de lo que fuera imprescindible para realizarlas.

h) Aunque no pudiera apreciarse un nexo causal entre el uso del material antidisturbios y las muertes existirían indicios racionales de la comisión de un delito de homicidio en comisión por omisión, pues " ...salvo declaración de guerra, la frontera no puede ser custodiada a costa de otros bienes dignos de mejor protección...Existía un deber objetivo de cuidado de las personas que se encontraban en el mar tratando de acceder a territorio nacional. No se puede admitir en modo alguno que los inmigrantes no eran personas en peligro en el mar que precisasen ayuda en el sentido referido en el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS) y la Convención Internacional sobre SAR Marítimo... ". Eran, en definitivas, personas a las que había que prestar auxilio con todos los medios disponibles conforme a dicho textos internacionales y otros varios y los agentes se situaban en una indiscutible posición de garante, siendo, por lo demás, previsible el resultado de muerte si no se actuaba.

i) Las " devoluciones en caliente " realizadas no sólo suponían una violación del derecho a alcanzar la protección internacional, sino unas expulsiones colectivas proscritas por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, no produciendo la despenalización de la conducta llevadas a cabo por consumarse la prevaricación con " ...el apartamiento de la legislación vigente en el momento de los hechos... ".

j) La ilegalidad de las " devoluciones en caliente " realizadas, no sólo era palmaria, sino que " ...además era conocida por los mismos agentes fronterizos aunque solo sea por el dato objetivo que la Guardia Civil carece de competencias en materia de extranjería y que esta compete en exclusiva a Policía Nacional... ". Ello había que ponerlo en " ...conexión directa con el hecho de que las ciudadanos extranjeros habrían sido testigos y perjudicados de un delito, que estaban algunos de ellos visiblemente heridos... ", extremo objetivado en los videos, "...y que además fueron devueltos a un país no respetuoso con los derechos de las personas migrantes... ".

**SEXTO.-** La procuradora María África Melgar Durán interpuso en representación de la Asociación Observatori de Drets Humans (DESC) un recurso de apelación contra el auto referido en el antecedente de hecho primero, en el que vino a solicitar que se revocara y se continuara la causa como diligencias previas del procedimiento abreviado a tenor, a grandes rasgos, de los siguientes argumentos:

a) En el auto recurrido la juzgadora reconocía los hechos acaecidos el día 06/02/2014, " ...a[u]n cuando no quiera investigarlos y cuando sobre la calificación jurídica no sea el momento de pronunciarse... ", puesto que la instrucción no había terminado, correspondiendo la misma, por lo demás, a las acusaciones.

b) El sobreseimiento no era un pronunciamiento que recayese sobre delitos, sino sobre hechos, confundiendo unos y otros y sin que pudiera entenderse, como ocurría con la resolución recurrida, que se investigaban a unos Guardias Civiles y sin tener en cuenta, además, la posibilidad de encajar las conductas



investigadas en otros delitos, como el de denegación de auxilio, muriendo al menos 15 personas a las que no se les prestó la ayuda necesaria por los funcionarios que estaban presentes.

c) Sólo desde la "*...precipitación y paralización de la investigación...*" podía entenderse que procediera el sobreseimiento de cualquier clase, no concurriendo, además, los requisitos del libre.

d) En el auto recurrido se partía de la premisa errónea de que la Guardia Civil no había hecho nada malo ni su conducta era relevante penalmente, sin que se pudiera "*...entrar en el plano de una investigación intuitu personae lo cual, en ningún caso, es voluntad de esta acusación...*".

e) Por mucho que la Guardia Civil tuviera atribuidas funciones de custodia de la frontera, no todo estaba permitido con ese fin, no habiendo nada que controlar en este caso "*...salvo la salud e integridad física...*" de las personas que intentaban entrar en España nadando.

f) La actuación de la Guardia Civil no podía considerarse en caso alguno como proporcionada, utilizándose, además, medios antidisturbios que no estaban previstos para situaciones como la vivida el 06/02/2016.

g) No podía entenderse como normal que aparecieran cadáveres en las aguas de Ceuta, no cabiendo sostener que los recuperados no estuvieran relacionados con lo acontecido el 06/02/2016.

h) La reapertura de la causa se había dejado en manos de Marruecos, debiendo haberse insistido en la comisión rogatoria que se le remitió y esperado "*...a su resultado para establecer una base sólida sobre la cual adoptar una u otra decisión...*", no pudiendo considerarse la misma, por lo demás, como una diligencia infructuosa.

i) En el auto recurrido se había tratado de trasladar la responsabilidad de lo ocurrido a los propios inmigrantes, situándose el órgano judicial en una "*...posición que dista mucho del mantenimiento del equilibrio...*" que era necesario "*...dentro del principio de imparcialidad...*" y siendo el "*...ánimo del órgano instructor, desde el comienzo de la presente investigación...*" el de "*...cerrar este procedimiento...*".

j) La instrucción no había concluido, hasta el punto de que tras el auto recurrido "*...se han seguido practicando diligencias y uniéndolas a las actuaciones...sin que conste la reapertura del procedimiento...*".

k) Gran parte de los razonamientos de la resolución apelada se basaban en descalificar el informe elaborado por Ca-minando Fronteras, sacándose de contexto, además lo declarado por el médico forense.

l) La "*...investigación, en la forma en que se está llevando y en la forma en que se ha cerrado, es impropia de un Estado Democrático y de Derecho porque no se ajusta a los convenios internacionales suscritos por España y al sentido de "investigación eficaz" que ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos...*".

**SÉPTIMO.-** El Ministerio Fiscal se opuso a los recursos de apelación alegando frente a todos ellos, en líneas generales, lo que sigue:

a) Los resultados lesivos producidos eran consecuencia de varias circunstancias concurrentes que "*...pueden hacer romper o bien la imputación objetiva hasta hacer la conducta impune o reducir la imprudencia hasta la antigua falta de imprudencia hoy desaparecida...*".

b) Las diligencias practicadas en las que se apoyaban las acusaciones no tenían suficiente consistencia para sustentar unos indicios mínimos.

c) Debía partirse de un "*concepto operativo de frontera*", conforme al cual no sólo debía entenderse como tal la física, sino también la línea de contención formada por agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la cual debía protegerse con los mecanismos de contención necesarios.

d) El "*concepto operativo de frontera*", podía ser discutible, pero no arbitrario, lo que descartaría "*...el elemento normativo de injusticia del contenido de la decisión administrativa adoptada...*".

e) Las denominadas "*devoluciones en caliente*" eran un práctica consolidada tanto en Ceuta como en Melilla desde 2005, lo que imposibilita aún más la apreciación de una conciencia de actuar a sabiendas de su injusticia, estando hoy, por lo demás, amparada por la disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, por lo que no podía considerarse en estos momentos, no ya que llevarlas a cabo fuera delito, sino incluso una infracción administrativa.

**OCTAVO.-** La abogada del Estado se opuso a los recursos de apelación en representación de los agentes de la Guardia Civil con números de identificación profesional NUM000 , NUM001 , NUM002 , NUM003 , NUM004 , NUM005 , NUM006 , NUM007 , NUM008 y NUM009 alegando, en esencia, lo siguiente:

a) No existían indicios de delito alguno en la actuación de los agentes de la Guardia Civil imputados en lo que a la muerte y lesiones de los súbdito foráneos se refiere, en tanto que de las diligencias realizadas en general no podían extraerse y aquéllas en las que se basaban las acusaciones partían de datos parciales y sesgados.



- b) Al considerar Marruecos a Ceuta como " *...una plaza ocupada...* " no iba a dar curso a la comisión rogatoria que se le había remitido, viéndose perjudicada mientras tanto la trayectoria profesional de los imputados.
- c) Los agentes de la Guardia Civil no habrían infringido en caso alguno un deber de previsión que permitiese sostener que hubieran cometido un delito imprudente de cualquier clase al entrenar a diario, reunirse antes de afrontar su actuación para determinar cómo iban operar y ser conscientes de la gravedad de los hechos, desarrollando sus funciones de forma impecable desde el punto de vista objetivo. En concreto obraron " *...acorde con el Manual...* ", más allá de que sólo contuviera recomendaciones, autorizándose para intervenir como lo hicieron al contemplar no sólo como el máximo mando presente lo hacía, sino porque el uso de de salvas así lo pone de relieve en supuestos de control de masas.
- d) La imprudencia en la que en cualquier caso pudieran haber incurrido nunca podría considerarse grave.
- e) Los delitos debían ser imputados a personas concretas y en este supuesto " *...es materialmente imposible saber quien hizo qué en la mañana del seis de febrero más que a líneas generales, por lo que sería imposible atribuir a una actuación concreta de los guardias civiles unas consecuencias concretas...* ".
- f) En lo que toca la prevaricación respecto de la que se dispuso el sobreseimiento libre era imposible apreciar que fuera arbitraria ni siquiera desde el punto de vista administrativo ante el " *concepto operativo de frontera* " que manejaba el Estado, conforme al cual, no se produce una entrada en España hasta que se rebasa no sólo la línea fronteriza, sino el operativo que se hubiera establecido en el mismo, como hoy se recoge en la disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.
- g) El instructor ni siquiera había contemplado la posibilidad de que se hubiera cometido un delito de omisión del deber de socorro, sin que nada se pudiera hacer por los inmigrantes que estaban en Marruecos, además de haberse encauzando hacia la orilla de la única forma posible a los que habían traspasado el vallado fronterizo, a alguno de los cuales se les rescató y se les prestó la ayuda necesaria.
- h) No se había dejado de practicar aparte de lo relativo a la comisión rogatoria y a la identificación de cadáveres diligencia alguna que se hubiera ordenado y no cabía esperar indefinidamente a que tuvieran un resultado positivo.
- i) Llegado el caso de que se llevaran a cabo las dos diligencias que restaban por practicarse se recabarían datos que podrían justificar la reapertura de las actuaciones.

**NOVENO.-** La procuradora Esther María González Melgar se opuso a los recursos de apelación en representación del Guardia Civil con número de identificación profesional NUM010 argumentado en líneas generales lo que sigue:

- a) La resolución apelada contenía una motivación suficiente.
- b) Las acusaciones no tenían un derecho a que necesariamente se abriera la fase de juicio oral.
- c) No existía tampoco un derecho absoluto a la práctica de todas las pruebas que se tuvieran por convenientes.
- d) No existían indicios suficientes para la atribución de delito imprudente alguno de lesiones u homicidio, careciendo de la relevancia que se le pretendía atribuir por las acusaciones al informe en el que se habían basado fundamentalmente y sin que cupiese afirmar ni siquiera que los cadáveres encontrados en España se correspondieran con personas que hubieran fallecido el 06/02/2014, más allá de que no podía saberse si la muerte se había producido en Marruecos.
- e) No había quedado demostrada otra cosa que no fuera que los agentes de la Guardia Civil habían hecho uso del material antidisturbios con una finalidad disuasoria, confiando en que lograrían su objetivo de impermeabilizar la frontera, máxime cuando no existía un protocolo que regulase su uso en el medio acuático.
- f) No existía ilegalidad alguna en rechazar a quienes de forma clandestina, flagrante y violenta habían tratado de entrar en España, sobre todo cuando existía un tratado entre España y Marruecos que lo autorizaba.

**DÉCIMO.-** La procuradora Esther María González Melgar se opuso a los recursos de apelación en representación del Guardia Civil con número de identificación profesional NUM011 alegando, a grandes rasgos, lo siguiente:

- a) Se había practicado la autopsia a todos los cadáveres encontrados en España, apreciándose siempre que la muerte había sido accidental por ahogamiento.
- b) No se había recibido la comisión rogatoria sobre los cadáveres encontrados en Marruecos ni era previsible que se le diera curso, siendo parciales y nada objetivos los datos sobre ellos que se habían aportado.



- c) Era imposible determinar en cualquier caso si los lesionados habían sufrido los daños en España o en Marruecos.
- d) No podían olvidarse las circunstancias en las que se había intentado traspasar el vallado fronterizo, más allá de que se produjo un primer intento de las autoridades marroquíes de reprimir tal actuación violentamente.
- e) La actuación de la Guardia Civil fue en todo momento proporcionada y consecuente con los hechos que estaban aconteciendo, sin que se pudiera obviar que los inmigrantes llevaron a cabo un ataque virulento.
- f) Las entregas a Marruecos de inmigrantes se habían llevado a cabo mediante el procedimiento establecido por el poder ejecutivo, por lo que su mayor o menor corrección no podía trasladarse a los agentes que lo cumplieron, habiendo quedado acreditado que se llevaron a cabo sobre inmigrantes que no tenían lesiones, ya que, en caso contrario, no habrían sido devueltos.
- g) *"...Lo que resulta claro y evidente, es que de lo actuado, no se habrá de tener consideración ningún testimonio, informe, fotografía, etc., que se haya recabado en territorio marroquí por las ONGS (las que conforman las acusaciones populares y que como parte en la causa penal, no son objetivas, ya que tienen un interés manifiesto en la causa, y a priori ab initio tienen un claro culpable de los hechos acaecidos con independencia de las pruebas objetivas practicadas), no se ha acreditado que en Marruecos no se siga una causa judicial por los mismo hechos, y dichos elemento, en todo caso, habrán de gozar de inmediatez ante la autoridad judicial española, y de hecho, los que se admitan habrán de ser recepcionados por los cauces oficiales, esto es las comisiones rogatorias, que para algo están, no aportados por las acusaciones populares que a la postre reiteramos, son parte integrante de la causa, con lo que no se daría salvaguarda al principio de objetividad, y desde luego, se desconoce hasta qué punto alcanza el condicionamiento en dichos testimonios, algunos de ellos anónimos..."*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Tal como se desprende de lo expuesto en los antecedentes de hecho de la presente resolución, el día 06/02/2014 se produjo un intento de entrada masiva de personas extranjeras en Ceuta bordeando a través del mar el vallado existente en el puesto fronterizo de El Tarajal, que se trató de evitar por agentes de la Guardia Civil. Ante la forma en la que se llevó a cabo la actuación policial, las posibles consecuencias que la misma pudo tener sobre quienes intentaron acceder a Ceuta y la entrega posterior que se efectuó directamente a las autoridades marroquíes de algunos de ellos es por lo que se han seguido diligencias previas. Tiene que empezar recordándose que las mismas se corresponden con la fase de instrucción del procedimiento abreviado conforme con los artículos 757 y 774 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Se les puso fin con el dictado del auto recurrido, que, como se ha indicado en el antecedente de hecho primero, ordenó los sobreseimientos provisionales y libres, así como totales, al amparo de los artículos 634 , 637 , 641 y 779.1.1ª del mismo cuerpo legal aludido. Con ello se daría por terminada la causa, sin posibilidad de entrar en la fase siguiente y, por lo tanto, abortando la celebración de un eventual juicio oral, aunque sólo interinamente en ciertos puntos. En virtud del segundo de los preceptos mencionados y del artículo 777, en concordancia con el artículo 299, ambos también de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , esa primera etapa del procedimiento que en principio no habría de verse superada tiene por finalidad esencial determinar la naturaleza y circunstancias de los hechos que constituyan su objeto, así como sus posibles partícipes. Acertó la Asociación Observatori de Drets Humans (DESC) en su recurso a incidir en este último punto y destacar que las causas penales no giran sobre delitos, sino sobre hechos, frente a lo que, en su opinión, había entendido la juzgadora, señalando que ello había contaminado no sólo su decisión, sino toda su labor instructora. Si se vuelve sobre la parte dispositiva del auto apelado y algunos pasajes de sus fundamentos de derecho podría parecer que no le faltaba la razón en tal crítica. No obstante, siendo correcto su argumento, deben realizarse al hilo del mismo varias consideraciones que permitirán entender en buena medida las razones que llevaron a que en el auto se emplearan tales términos, abordar directamente algunos extremos puestos de manifiesto en los tres recursos y sentar las bases para lo que se tratará en fundamentos de derecho posteriores:

a) Frente a la regla general establecida en la anterior redacción del artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y hoy recogida en su artículo 17 de que cada causa penal versará sobre un único hecho, por más que el precepto hable impropriamente de delito, nos encontramos en el presente caso con una pluralidad de ellos, no idénticos o similares todos entre sí y llevados a cabo, además, por una pluralidad de personas, que si se ventilan en el mismo procedimiento es porque se les ha considerado conexos conforme al último precepto citado. Atendiendo a ello tiene que concluirse lo siguiente:

1.-La juzgadora debía adoptar un pronunciamiento respecto de cada uno de los diferentes objetos del procedimiento, que, obviamente, no tenía que ser idéntico, pudiendo resultar procedente el sobreseimiento provisional respecto de unos y el libre respecto de otros, como efectivamente ocurrió.





2.-Nada impediría que se utilizara una fórmula común para adoptar la decisión correspondiente sobre una pluralidad de objetos procesales, como también se hizo.

En tal entendimiento, con la alusión en la parte dispositiva del auto a diferentes tipos penales lo único que se pretendía era simplificar su redacción y aligerar en cierta medida los ya de por sí extensos fundamentos de derecho, dado que con la referencia a los mismos se entendía perfectamente a qué conductas concretas investigadas o aspectos de las mismas se estaba refiriendo la juzgadora en cada momento. Cuestión diferente es que los hechos en sí investigados no se acertaran a examinar en toda su posible relevancia penal, como esgrimió también la Asociación Observatori de Drets Humans (DESC) afirmando que, dejando a un lado la entrega a Marruecos de varios inmigrantes, no se había tomado en consideración el que por los agentes que intervinieron se hubiera podido cometer un delito de denegación de auxilio.

b) Sostener, como hizo también la Asociación Observatori de Drets Humans (DESC), que no era el momento para realizar calificaciones sobre los hechos investigados es incorrecto. Si se sigue un procedimiento penal por determinadas conductas llevadas a cabo por personas es porque tienen una posible relevancia penal o, al menos, no puede descartarse la misma en un primer momento. De no ser así el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impondría que se abstuviera de actuar el instructor que recibiera la denuncia, su artículo 313 que se " *desestimara* " la posible querrela que se hubiera formulado y el artículo 637.2º, finalmente, el sobreseimiento libre. Los hechos objeto de una causa, en consecuencia, siempre tienen que ser examinados desde una óptica jurídica y ello impone analizar si son constitutivos de alguna infracción penal desde el primer momento, condicionando ello, además, no sólo su posible incoación y clausura, sino también cómo habría de discurrir la investigación que es propia de la instrucción. Cuando dicha asociación indicó que la calificación corresponde a las partes, parece estar confundiendo la determinación de la pretensión punitiva a través del eventual escrito de acusación que pudiera formularse con la ordenación y discurrir general del procedimiento.

c) Criticar, como hizo igualmente en su recurso la Asociación Observatori de Drets Humans (DESC), que la instructora había partido también de la base errónea de que se investigaba a Guardias Civiles y no hechos, supone olvidar en buena medida que, como se destacó en el auto recurrido, en nuestro ordenamiento jurídico-penal rige el principio de responsabilidad personal por hechos propios y que sólo desde su atribución a personas concretas el procedimiento penal puede avanzar hasta alcanzar la fase de juicio oral, como se extrae de los artículos 384 , 637 , 641 , 649 , 779.1.4 ª , 783 , 798 y 800 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y los artículos 25 , 26 y 32 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado . Otra cosa sería que los posibles partícipes en unos hechos que pudieran ser constitutivos de una infracción criminal puedan determinarse siempre en un primer momento o que a medida que vayan realizándose las investigaciones propias de la instrucción se vaya ampliando el ámbito de posibles responsables. Es por ello que el argumento de esa misma recurrente sobre que no cabe realizar una " *...investigación intuitu personae...* " es errónea, al menos en los términos en los que se formuló.

**SEGUNDO.-** Dentro de una serie de comentarios nada favorables sobre la actuación de la instructora y que podrían exceder de los límites del ejercicio del derecho de defensa, en tanto que se le llega a calificar como falta de imparcialidad y que había reconducido el procedimiento conscientemente de una forma incorrecta, la Asociación Observatori de Drets Humans (DESC) incidió en que se había partido desde un primer momento de la premisa de que los guardias civiles actuantes el día 06/02/2014 no eran culpables y que se había tenido un ánimo de cerrar la causa desde sus comienzos. Tales argumentos, que no se destacan gratuitamente en la presente resolución, puesto que con los mismos se trata de combatir en gran medida la improcedencia de los sobreseimientos ordenados, exigen recordar que la Justicia se imparte por personas y, como tales, no están dotadas del don de la infalibilidad. No obstante, más peligroso aún que el error judicial en sí mismo es partir de prejuicios o ideas preconcebidas que, de llevarse a sus últimas consecuencias, subvertirían las bases de nuestro modelo de procedimiento penal. Ello es lo que, en el fondo, encierran esas dos afirmaciones concretas de la recurrente en el contexto en el que se vertieron, puesto que suponen olvidar dos premisas insoslayables, que son las siguientes:

a) La presunción de inocencia reconocida por el artículo 24.2 de la Constitución Española . Según ha establecido el Tribunal Constitucional en sentencias como las de número 105/1988 , 153/2009 o 185/2014 , entre otras muchas de cita ociosa, impide, como regla de tratamiento, " *...tener por culpable a quien no ha sido así declarado tras un previo juicio justo...* " , mientras que como regla de juicio se configura como el " *...derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable...* " , de lo que se extrae que, en general, " *...se presume que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificadas como delito y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos de tipo delictivo, corresponden a quienes, en el correspondiente proceso penal, asumen la condición de parte acusadora...* " . Se establece, por lo tanto, " *...una presunción iuris tantum de ausencia de culpabilidad...* " durante todo el procedimiento y no sólo frente al juez instructor, sino frente a todos.



b) La regla general del artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que, adelantándose muchos años a la doctrina constitucional antes indicada, establece que " *todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo...* " .

Como se extrae de todo ello, lo que habría resultado criticable es que la instructora partiera de la base indiscutible de que las personas contra las que se siguió la causa habían cometido una o varias infracciones penales y que el discurrir de su primera fase estuviera condicionado por ello, propiciándose una imputación de hechos que llevara por encima de cualquier consideración a posibilitar que se formule acusación contra las mismas y sean enjuiciadas o alargando simplemente de forma gratuita su tramitación, máxime en un tipo de procedimiento como el incoado, que por su denominación de abreviado, tiene una clara vocación de culminación expeditiva, sin perjuicio de lo que se razonará en el fundamento de derecho siguiente.

**TERCERO.-** Las recurrentes, como partes que se han postulado para el ejercicio de la acusación popular, no ostentan un derecho a que se sustancie todo el procedimiento, alcanzándose necesariamente la fase de juicio oral, como en buena medida acertó a alegar el agente de la Guardia Civil con número de identificación profesional NUM010 y frente a lo que parecen entender a la luz de algunas de sus alegaciones la Comisión Española de Ayuda al Refugiado y la Asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Menores y Jóvenes. A pesar de ello y de lo expuesto en el fundamento de derecho anterior, como correctamente argumentaron esta última y la Asociación Observatori de Drets Humans (DESC), si nada excusa la tibieza o dejadez para investigar cualquier hecho que pudiera ser objeto de un procedimiento por delito no leve, mucho menos lo haría cuando la vida, la integridad física o la dignidad en general de las personas se haya podido ver conculcada por la actuación de personas que obran por cuenta del Estado y que, en el desarrollo de tal labor, pueden hacer un uso de la fuerza y emplear medios específicamente destinados a tal fin que son especialmente peligrosos. Surge en tales casos el concepto de " *investigación eficaz* ". Como ha establecido el Tribunal Constitucional en sentencias como la de número 182/2012 , entre otras muchas, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución Española y en los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la propia doctrina emanada al respecto de estos dos últimos preceptos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se le impone al Estado en tales casos un deber de especial suficiencia y eficacia en la investigación criminal, tratando de compensar con firmeza la desigualdad de armas que pudiera existir, contrarrestando la " *...posible resistencia o demora en la aportación de medios de prueba...* " y prestando especial atención " *...a diligencias de prueba cuyo origen se sitúe al margen de las instituciones afectadas por la denuncia...* ". El mayor o menor esfuerzo exigible dependerá de las circunstancias concretas de cada caso y de " *...la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad...* ". Ante ello, nos encontramos claramente ante un supuesto en el que las labores de investigación debían reforzarse en extrema medida, no sólo porque los hechos objeto de la causa están relacionados con una intervención de agentes de la Guardia Civil, que habrían empleado unos medios de contención no despreciables, lo que no quiere decir que fuera necesariamente incorrecto, sino también porque se vieron implicadas las autoridades de otro país, como es Marruecos, de tal forma que tiene que lucharse para esclarecer en la mayor medida posible la verdad con la eventual reticencia de dos Estados en un punto del planeta relativamente sensible, como es la zona norte de África en su parte más próxima a Europa, discutido, además, en cuanto a su soberanía, como es notorio que ocurre entre ambos, y relacionado con un tema de máxima relevancia internacional, como es el difícil equilibrio entre un correcto control de los flujos migratorios y la solidaridad entre todos los seres humanos. El panorama no podía ser más complejo.

**CUARTO.-** Conforme a lo expuesto en los fundamentos de derecho anteriores, tenía que realizarse en este caso una labor instructora que combinara una especial eficacia y esfuerzo en el descubrimiento de los hechos acontecidos el 06/02/2014 en la frontera de El Tarajal, tratando de distinguir la actuación que en concreto habrían de tener cada una de las personas que tomaron parte en ellos, con una tramitación lo más expeditiva posible y en la que, paralelamente, se salvaguardaran los derechos de contra quienes se dirige la causa, especialmente el de no ser considerados culpables en tanto que no recayera contra ellos una sentencia condenatoria firme. Dentro de las investigaciones necesarias a tal fin se encuentra, como en muchos casos en los que se producen fallecimientos, la práctica de autopsias, puesto que a través de las mismas, realizadas conforme con los artículos 343 y 353 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , pueden revelarse las causas de las muertes y sus circunstancias, como apuntó correctamente la Asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Menores y Jóvenes en su recurso. Varias han sido realizadas en el supuesto que nos ocupa. La labor del forense que las llevó a cabo ha sido muy criticada por dicha asociación. Al hilo de lo que argumentó en tal sentido deben tomarse en consideración varios aspectos:

a) El forense debe desarrollar su labor con " *celo* " y " *esmero* " conforme con el artículo 347 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y ello quizás habría debido llevarle a realizar algunos análisis específicos, como los toxicológicos e histopatológicos que la Asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Menores



y Jóvenes echó en falta, para contrastar la posible influencia de los gases que se emplearon para evitar que alcanzaran los inmigrantes la costa ceutí y determinar el carácter previo o posterior a la muerte de determinados menoscabos físicos que sufrieran.

b) De igual modo, como se criticó también al forense, el artículo 347 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal le imponía el deber de emplear el tiempo que hubiera sido necesario para desentrañar todo lo que rodeaba las muertes, no debiendo actuarse con prisas innecesarias de cara a una recta y eficaz administración de justicia.

c) Si el médico forense no estuviera en condiciones de realizar sus labores con plena corrección por no contar con los medios necesarios para ello, como igualmente se objetó que había acontecido a la luz de lo que declaró posteriormente sobre algunos aspectos de las autopsias, los artículos 348 , 362 y 485 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 17.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial imponían que se paralizara la realización de la diligencia en lo que no fuera posible culminar o pudiera verse perjudicado y, con el auxilio del instructor, recabase lo que fuera necesario para poder alcanzar sus conclusiones en las mejores condiciones.

No obstante todo lo anterior, fuera o no correcta la labor del médico forense y aunque pudiera haberse comprometido el deber de llevar a cabo una investigación eficaz y suficiente, como se ha razonado que era exigible, lo cierto es que ello no tendría relevancia alguna de cara al pronunciamiento a adoptar los sobreseimientos. No existe forma de reparar el daño que se hubiera podido ocasionar en la instrucción por su posible mala praxis. Es notorio que los restos humanos se deterioran con el paso del tiempo y no parece que exista ya posibilidad de corregirlo y arrojar más luz sobre lo ocurrido. Otro tanto puede decirse sobre las críticas también realizadas por la misma asociación citada acerca del tiempo que se demoró el rescate de los cadáveres. Distintas serán las consecuencias que pudieran derivarse de la violación de derechos fundamentales que todo ello pudiera haber generado, lo que no corresponde declarar a este tribunal.

**QUINTO.-** Fuera de lo expuesto en el fundamento de derecho anterior sobre las autopsias, cuando el instructor considere que se han agotado todas las diligencias que pudieran considerarse útiles y pertinentes sin desbordar la finalidad de esa primera fase de la causa, como sería requerido conforme con los artículos 311 , 777 y 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , sobre lo que luego se volverá, se le abren varias opciones, entre las que se encuentran, fundamentalmente, la de continuar por los trámites del procedimiento abreviado o el sobreseimiento en alguna de sus variantes, como ocurrió en la resolución apelada. Cualquiera de tales decisiones, todas la cuales suponen poner fin a la investigación, pueden ser incorrectas y motivar por ello su revocación por dos razones básicas:

a) Partiendo de que se hayan agotado todas las diligencias útiles y pertinentes, por proceder sin más con los datos resultantes de las investigaciones de las que se dispone cualquier otro pronunciamiento de los que prevé el artículo 779.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

b) Por haberse cerrado precipitadamente la instrucción por la insuficiencia de la investigación de cara a la consecución de sus fines, sin perjuicio de que, completada, pudiera ser procedente en el futuro dictar una resolución idéntica.

Partiendo de tales premisas, sostener, de un lado, que existen indicios suficientes de la comisión de varias infracciones penales y que se ha hurtado el legítimo debate en la fase de juicio oral y, de otro, que la investigación se ha cerrado en falso, como en gran medida han sostenido la Asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Menores y Jóvenes y la Asociación Observatori de Drets Humans (DESC), sobre todo en lo que se refiere a las muertes y daños físicos ocasionados al repeler los intentos de los inmigrantes de alcanzar Ceuta, es en gran medida incompatible. Sobre unos hechos concretos o procede sostener que se está en disposición de dar el paso hacia la fase intermedia del procedimiento abreviado o que aún tienen que indagarse en mayor medida sobre los mismos, pero no ambas cosas a la vez, salvo que se confundan instrucción y juicio oral.

**SEXTO.-** Más allá de la cierta incoherencia procesal referida en el fundamento de derecho anterior, lo cierto es que todas las asociaciones recurrentes vinieron a interesar que se revocaran los sobreseimientos adoptados y se continuara con la instrucción y a ello tiene que ceñirse este tribunal para no incurrir en el vicio procesal de incongruencia. Ello implica analizar, por lo tanto, si la clausura de la instrucción fue precipitada. Nos encontraríamos ante tal situación, haciendo una correcta exégesis de los artículos 311 , 774 , 777 y 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , cuando concurriera cualquiera de estas dos circunstancias:

a) No se hubieran ordenado todas las diligencias indagatorias necesarias para la culminación de los fines de una instrucción, que, además, habría de ser especialmente suficiente y eficaz, como ya se ha razonado.

b) Si habiéndose ordenado todas las diligencias que se consideraron en principio útiles y pertinentes no se han concluido las mismas y ello impide situar a la instructora en el trance procesal de resolver sobre la continuación por los trámites del procedimiento abreviado o sobreseer la causa. A este respecto debe tenerse muy en cuenta



que el que se haya dispuesto llevar a cabo determinadas indagaciones no condiciona que tengan que llevarse a cabo necesariamente antes de adoptar alguna de las resoluciones previstas en el artículo 779.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Dejando a un lado lo que se expondrá en el fundamento de derecho décimo sobre las investigaciones que simplemente se ven dilatadas en el tiempo por diversos motivos, cabe que lo que en un primer momento se consideró imprescindible de cara a la consecución del fin esencial de la primera fase del procedimiento luego se compruebe que no era tal, ya sea porque se llegue después a la conclusión de que no guardaban la debida relación con los hechos investigados que eran necesaria (impertinentes), no podían contribuir a su esclarecimiento (inútiles) o excedían de lo que se requiere para la comprobación de la existencia de meros indicios racionales, adentrándose en lo que sería más propio de prueba en el juicio oral. En dichas situaciones podrá prescindirse de llevarse a cabo. De lo contrario se desvirtuaría la propia naturaleza de la instrucción. Nótese que, más allá de la intimación que hace el último precepto citado a que se practiquen " *...sin demora las diligencias pertinentes...* ", su denominación en el procedimiento ordinario como " *sumario* ", no puede ser más indicativa ni descriptiva. Al hilo de esto, cuando la Asociación Observatori de Drets Humans (DESC) mantuvo que se " *...dio traslado del oficio de fecha 13 de noviembre de 2015 recordatorio de la Comisión Rogatoria a la Autoridades marroquíes. Del mismo modo se unió y dio traslado del Oficio de fecha 30 de diciembre, mediante Providencia de fecha 19 de enero de 2016. En conclusión, se han seguido practicando diligencias y uniéndolas a las actuaciones con posterioridad al sobreseimiento y archivo de las actuaciones sin que conste reapertura del procedimiento y poniendo de manifiesto que la instrucción se halla inconclusa...* ", resulta evidente que no ha tenido en cuenta tales consideraciones, si es que no está confundiendo sin más lo que no dejaría de ser la mera ordenación de la causa con la investigación en sí de los hechos objeto de la misma.

Si tenemos en cuenta lo expuesto, la conclusión que debe extraerse inmediatamente es que gran parte de las alegaciones de los recursos sobre la conducta de las personas contra las que se ha dirigido la causa en lo que toca especialmente a su actuación de cara a impedir que entraran en territorio nacional los súbditos extranjeros que trataron de sobrepasar fuera de los cauces legales la frontera de España con Marruecos existente en Ceuta, que fue examinada desde la perspectiva de su subsunción en unos u otros tipos penales, y la concurrencia de más o menos indicios sobre ello, eran superfluos o tan prematuros como se predicaba en los mismos que lo había sido el cierre de la instrucción. Ello determina que este tribunal deba centrarse en examinar si la investigación había alcanzado un punto en el que podía cerrarse y no en cómo habría de hacerse, lo que implica dejar de adentrarse, en la medida que sea posible, en la calificación jurídica que mereciera la actuación llevada a cabo el día 06/02/2016. De hacerse de otro modo se correría el riesgo de poner el foco en algo ajeno a lo que realmente están discutiendo las partes, perturbando el análisis de lo que es relevante en este momento y condicionando la labor del instructor si procediera la revocación del auto apelado al asumir un papel que sólo a él le correspondería en un primer momento si hubieran de continuarse las indagaciones.

**SÉPTIMO.-** Debiendo poner el acento, como se ha expuesto en los fundamentos de derecho anteriores, en si la investigación ha sido suficiente y efectiva en la medida que se exigía en este caso concreto y cómo habría ello de afectar al discurrir del procedimiento en este momento, debe hacerse notar que los recursos no han incidido casi en que se haya ordenado el sobreseimiento cuando aún existían diligencias instructoras que debían ordenarse. De los tres sólo puede atisbarse alguna alusión en ese sentido en que la Asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Menores y Jóvenes sostuvieran que se hacía " *...necesario recabar el testimonio de los supervivientes de la tragedia, víctimas del delito de lesiones y que constan identificados [en] los informes médicos expedidos por Doña. Flor ...* ". No debe pasarse por alto tal alegación. Atendiendo a los argumentos de la resolución recurrida, no se entendió justificado que la actuación de la Guardia Civil el día 06/02/2016 fuera absolutamente correcta desde un punto de vista jurídico con los datos de los que se disponían. No se apreciaron indicios de suficiente entidad sobre que la misma fuera la causa directa y eficiente del fallecimiento de las personas cuyos cadáveres se encontraron en las costas españolas o de los que hubieran aparecido en las marroquíes, así como de los menoscabos físicos que hubieran podido sufrir algunos de los que no lograron su objetivo final, ya no consiguiesen llegar a suelo español ya fueran devueltos a Marruecos. No es de extrañar que, ante ello, las tres apelantes incidieran de una u otra forma en que una cosa era cumplir el deber de custodia de las fronteras que tiene atribuida dicho cuerpo, que, efectivamente, le reconoce el artículo 12.1.B.d) de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad , y otra muy diferente hacerlo a cualquier precio, no atendiendo a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance que les imponía su artículo 5.2.c). Ante un supuesto de un calado humano, social y jurídico tan grande como el que nos ocupa no debían escatimarse esfuerzos de cara a agotar las diligencias indagatorias necesarias para la comprobación de esto último y así lograr llevar a cabo la investigación suficiente y eficaz que era requerida. Ello exigía tratar de recabar cuantas fuentes de conocimiento de lo ocurrido fueren posibles. No bastaba, pues, analizar concienzudamente el " *Informe de análisis de los hechos y recopilación de testimonios de la tragedia que tuvo lugar el 6 de febrero de 2014 en la zona fronteriza de Ceuta* " que aportó la Asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento



de Menores y Jóvenes, que incluía algunos dictámenes médicos realizados por Flor y conforme al que la instrucción ha girado en enorme medida, de ahí que se detuviera tanto en el mismo el auto apelado. Respecto de ello, no puede dejarse de destacar que, si bien era lógico que se cuestionase la credibilidad y objetividad de algunos de los testimonios referenciados allí y las grabaciones de las entrevistas que permitieron plasmarlos o, al menos, contemplarse con suma cautela, no podían tampoco valorarse como si de pruebas a practicar en el juicio oral de cara a tratar de enervar la presunción de inocencia. Como se criticó por la citada asociación, en la investigación no se ha intentado obtener toda la valiosa información que podrían ofrecer quienes, ajenos a las autoridades españolas, fueran testigos directos de lo ocurrido en la frontera de El Tarajal. La instrucción no se ha agotado en este punto, aunque ello no pueda sostener que sea debido a la ligereza e interés en poner fin a la causa que se le achacó a la juzgadora. Como se extrae de la resolución recurrida, esto ha venido motivado fundamentalmente porque se ha confundido la pertinencia y utilidad de algunas diligencias con el convencimiento, fundado o no, de que serán imposibles de realizar. Sobre ello debe hacerse hincapié en que la Ley de Enjuiciamiento Criminal nunca ha sido ajena a tal dicotomía. En el caso concreto de los testigos siempre ha distinguido entre la procedencia de su declaración, las medidas a adoptar de cara a su citación para oírlos y la posibilidad real de realizar el acto de comunicación, de forma que lo relevante es encauzar formalmente la investigación hacia la averiguación de los hechos objeto de la causa y si luego no se consigue materializar lo ordenado, considerarlo como un eventualidad inevitable y adoptar la decisión que corresponda acerca de cómo habría de avanzar aquélla. Baste volver sobre la anterior redacción de su artículo 432 para entenderlo:

*" Si el testigo no tuviere domicilio conocido o se ignorare su paradero, el Juez instructor ordenará lo conveniente a los funcionarios de policía, u oficiará a la Autoridad administrativa a quien corresponda para que lo averigüen y le den parte del resultado dentro del plazo que les hubiere fijado. Transcurrido este plazo sin haber averiguado el paradero del testigo, se publicará la cédula de citación en el periódico oficial del pueblo de la residencia del Juez, y, en su defecto, en cualquier otro que allí se publique.*

*Se insertará también la cédula, si el Juez lo estima conveniente, en los periódicos oficiales o particulares de la capital de la provincia y del lugar donde se presume hallarse el testigo, y en la Gaceta de Madrid "*

La actual redacción de dicho precepto recoge esa misma idea, aunque adaptada a los medios actuales, cuando establece que *" Si el testigo no tuviere domicilio conocido o se ignorare su paradero, el Juez instructor ordenará lo conveniente para la averiguación del mismo. En este caso el Secretario judicial se dirigirá a la Policía Judicial, Registros oficiales, colegios profesionales, entidad o empresas en el que el interesado ejerza su actividad interesando dicha averiguación "*. El que no se cuente incluso con una identificación fiable de los testigos no constituye obstáculo alguno. Lo importante es intentarlos oír y realizar los esfuerzos que sean posibles para lograrlo, se consiga o no finalmente. Debe afirmarse, por lo tanto, que la instrucción no ha sido agotada como le era exigible por tales motivos con las consecuencias que se examinarán más adelante.

**OCTAVO.-** Distinto de lo expuesto en el fundamento de derecho anterior es la existencia de diligencias instructoras ordenadas y no practicadas antes de disponerse los sobreseimientos en la resolución apelada. La Asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Menores y Jóvenes alegó que esto había ocurrido con dos en concreto, que son las siguientes:

a) Identificación de todos los cadáveres que se han enterrado en España, según se había ordenado en la providencia dictada el día 04/02/2015. En la misma, en realidad, lo que se dispuso sobre tal aspecto era que por la *" ...Unidad Técnica de Policía Judicial, grupo de Desaparecidos..."* de la Guardia Civil se realizasen *" ...las gestiones oportunas para recabar de las autoridades camerunesas las fotografías de identificación y fichas decadaclilares correspondientes a Juan Pablo y Bernabe junto con las copias de la documentación aportada por la familia de Juan Pablo , no constando en autos copias de ninguna documentación que halla aportado los familiares de Bernabe , sólo el poder notarial de Florencio padre de Bernabe ... "*. La razón de ello se encontraba en que ya se había logrado con el que se había identificado como Leonardo . En efecto, en el momento de dictarse el auto recurrido no se había llevado a cabo la actuación interesada de la policía judicial, incidiéndose en dicha resolución en que eso mismo, junto con lo que se analizará a continuación, era el motivo por el que se había ordenado respecto de una parte de los diferentes objetos del procedimiento el sobreseimiento provisional. Sin embargo, con posterioridad, concretamente el 30/12/2015, se recibió una comunicación en la que se indicó que los datos de Juan Pablo y Bernabe , *" ...fueron remitidos... a INTERPOL, recibiendo contestación negativa. Referente a Bernabe solicitan más datos para afinar la búsqueda (fotografías, huellas dactilares). Referente a Juan Pablo , nacido el NUM012 de 1995 en Douala (Camerún), no les figura en la Base de Datos de Identidad.*

*No obstante autoridades de Camerún interesaban se ampliaran más datos de estas dos personas con objeto de efectuar una búsqueda más efectiva... "*



b) La petición de auxilio judicial internacional remitida a Marruecos, aspecto en el que incidieron también en sus recursos la Asociación Observatori de Drets Humans (DESC) y la Comisión Española de Ayuda al Refugiado. En efecto el día 24/02/2014 se dictó una providencia en la que se dispuso que se remitiera " *...Comisión rogatoria a Marruecos para que certifiquen el número de cadáveres y los informes médicos forenses de los cadáveres hallados en territorio marroquí con motivo de los hechos ocurridos el día 6 de febrero de 2014...* ". La misma, tras algunas dificultades de cara a su tramitación ligadas a los requisitos que debía cumplir en cuanto a contenido y traducción, sobre las que no es necesario adentrarse, no ha sido cumplimentada. No obstante, la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional ha informado mediante sendas comunicaciones con salida de sus dependencias el 03/11/2015 y el 17/11/2015 que se había remitido la petición de auxilio judicial internacional a las autoridades marroquíes el 04/05/2015 y se había procedido a recordarla a instancia del órgano instructor.

Al margen de lo afirmado por la Asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Menores y Jóvenes al respecto de que con la primera diligencia indicada podría determinarse si los fallecidos que fueron encontrados en España sabían nadar o no y que al no identificarse se imposibilitaría la participación de sus familiares en la causa, las tres apelantes se centraron en gran medida en la relevancia de los datos que pudieran obtenerse con la segunda. Ello es lógico. Buena parte de los argumentos en los que descansaba la decisión de sobreseimiento provisional ordenada en el auto recurrido, parte tal circunstancia, destacándose que la remisión de la información podría determinar la reapertura de las actuaciones. De los razonamientos de dicha resolución se extrae que con ello podría determinarse si, frente a lo que podía extraerse de las investigaciones realizadas hasta el momento, la labor de la Guardia Civil en la frontera de El Tarajal el día 06/02/2014 consistió en algo más que un " *...ejercicio de su función de custodia y vigilancia de la frontera...* " y si su uso de los " *...medios antidisturbios reglamentarios...* " se había ajustado a los principios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad, limitándose a emplearlos " *...con efecto disuasorio, confiando en que lograrían su objetivo: detener el avance de los inmigrantes en su objetivo de llegar a las costas españolas...* ". La instructora no consideró que la petición no hubiera de tener respuesta en caso alguno, al igual que la identificación de los dos cadáveres referidos, sobre lo que en realidad no se adentró, aunque no podía ocultar que sus esperanzas de que ocurriera fueran pocas. Se partió, por lo tanto, no de unas diligencias indagatorias que, una vez ordenadas, han devenido imposibles de realizar exitosamente por una u otra razón, lo que puede ocurrir, lógicamente, y justificaría que se pusiera término a la causa si no hubiera de continuarse con las investigaciones, sino de que no se tenía certeza de que pudiera culminarse o, al menos, si se haría en un plazo más o menos cercano. La pregunta que surge inmediatamente es si en tales supuestos puede darse por concluida la primera fase del procedimiento, como se entendió por la juzgadora. Esto mismo se planteó este tribunal con ocasión del rollo de apelación registrado con el número 115/2013, al que se le puso fin con el auto dictado el día 19/06/2013, que versó sobre un supuesto que presentaba algunos elementos comunes con el que nos ocupa. Entonces este tribunal entendió que no era correcto, al menos no de forma automática. La razón de ello radica en que el sobreseimiento provisional por no estar debidamente justificada la perpetración del delito que hubiera motivado la formación de la causa al que se refiere su artículo 641.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se ha adoptado respecto de la actuación frente a los intentos de entrada en Ceuta en sí, único aspecto en los que la juzgadora consideró que no se habían concluido las investigaciones, frente a la modalidad libre, ni tiene efectos de cosa juzgada ni, en consonancia con ello, le pone término definitivamente. Su conclusión se produce de forma meramente interina por la sencilla razón de que no excluye la comisión de infracción penal alguna sino sólo la apreciación de que no existen méritos bastantes para atribuirle a una persona en concreto. Esta decisión, aunque estadísticamente sea muy abundante en la práctica diaria de los tribunales patrios, debe considerarse como excepcional. Su proximidad a la denostada absolución en la instancia que proscribe el artículo 144 del mismo cuerpo legal citado ha hecho que se la vea con cierto recelo, no en vano supone un cierto fracaso de la Administración de Justicia, en tanto que por uno u otro motivo no ha podido llevar a cabo su labor de forma que pueda adoptarse, como sería más deseable por la seguridad jurídica que confiere, una resolución con plena eficacia de cosa juzgada material, como sería el sobreseimiento libre o una sentencia condenatoria o absolutoria. Su aplicación debe ser, por lo tanto, muy restrictiva. No puede confundirse la mayor o menor demora en la práctica de unas determinadas diligencias instructoras con la ausencia de indicios incriminatorios suficientes y con la aparente inviabilidad de obtenerlos. La conclusión a la que debe llegarse es que, en tales condiciones, no cabe, en consecuencia, ordenar el sobreseimiento como regla general, salvo, claro está, que se determine, razonándose, que las indagaciones pendientes no pudieran tener relevancia alguna de cara a cómo poner término a la instrucción, lo que no es el caso. Ante ello, los sobreseimientos provisionales ordenados pueden tildarse, en principio, de prematuros.

**NOVENO.-** En lo que respecta a lo relativo a la entrega de varias personas directamente a las autoridades marroquíes tras ser interceptados por la Guardia Civil tiene que partirse de que el sobreseimiento libre que se dispuso sobre ello se fundó en una serie de argumentos que le llevaron a la juzgadora a concluir que tal actuación carecía de " *...relevancia penal por cuanto excluyen la antijuricidad y la culpabilidad o el dolo...* ". No



todas estas circunstancias, difícilmente conciliables entre sí, ni siquiera tendrían cabida en la previsión del artículo 637.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, norma que se entendió aplicable. Dejando a un lado ello, mucho podría analizarse sobre si tales conductas, denominadas como " *devoluciones en caliente* ", son acordes con nuestra normativa interna en materia de extranjería, en concreto con la de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social y su reglamento, si, en todo caso, podrían llevarse a cabo más allá de la línea fronteriza real porque quepa sostener la predominancia a este respecto de un " *concepto operativo de frontera* ", que llevaría a situarlo en el punto hasta donde los elementos de contención físicos y personales se ubicaran, si esa última noción tiene algún sustento legal, cuál sería la relevancia de que posteriormente ese tipo de devoluciones se admitiese por la disposición adicional décima de la Ley Orgánica citada, si esta previsión normativa contradice los tratados internacionales suscritos por España o si, en definitiva, podía hacerse de forma generalizada y a un país como Marruecos, como largamente expusieron las tres recurrentes. No obstante, este tribunal tiene que prescindir de adentrarse en tales cuestiones, no tanto porque no sean relevantes, sino porque hacerlo sería prematuro y en gran medida gratuito. Como muy específicamente acertó a alegar la Asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Menores y Jóvenes, en el " *Informe de análisis de los hechos y recopilación de testimonios de la tragedia que tuvo lugar el 6 de febrero de 2014 en la zona fronteriza de Ceuta* " se puso de relieve, no ya que se pudo haber ejercitado una violencia gratuita contra algunas personas que fueron entregadas a Marruecos antes de hacerlo, sino que se les devolvió a pesar de que sufrían algunos menoscabos físicos, prescindiéndose de prestarles asistencia médica. Hacerlo concurriendo esta última circunstancia contravendría abiertamente el protocolo de actuación al que, según se razonó en el propio auto apelado, se dio cumplimiento con la actuación de la Guardia Civil en este punto y que habría encontrado apoyo normativo posterior en la disposición adicional antes indicada. Nótese que se informó de que " *...Por excepción, aquéllos que presentan lesiones de cualquier tipo u otros problemas sanitarios son trasladados directamente a los centros sanitarios correspondientes, para su atención inmediata, dando cuenta al Cuerpo Nacional de Policía...* ". Esto no sería más que la consecuencia de lo establecido en la normativa supranacional y en determinados convenios internacionales, como el artículo 6.1 del entonces vigente Reglamento (CE) nº 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), los artículos 1 y 2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o los artículos 2, 3 y 17 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, entre otros, a los que exige expresamente atender como primera premisa la varias veces citada disposición adicional en su apartado segundo. Ello no se valoró como una circunstancia a tener en consideración de cara a calificar tales conductas, de ahí que los sobreseimientos libres dispuestos difícilmente podrían sustentarse en los datos de los que partió la instructora y, en cualquier caso, serían en principio tan prematuros como los provisionales que también se ordenaron por el precipitado cierre de las investigaciones que se ha predicado en fundamentos anteriores.

**DÉCIMO.**- Ante lo expuesto en los tres fundamentos de derecho precedentes es claro que la investigación no ha alcanzado por diversos motivos los grados de suficiencia y eficacia que serían exigibles. Ante ello, la pregunta que surge inmediatamente es si en las condiciones tan peculiares de esta causa cabe a pesar de todo revocar los sobreseimientos dispuestos y ordenar que continúe la causa como diligencias previas del procedimiento abreviado, como se interesó por los recurrentes. Esto implicaría, como ya se incidió, mantener la causa en su fase de instrucción. Podría parecer que ello la colocaría en una situación de anómala paralización. No obstante, ni ello en sí mismo es antitético con los fines de esa primera fase del procedimiento y su predicada necesidad de impulso célere ni tendría realmente que ocurrir así por diversas razones:

a) Al margen de lo que pueda resultar de nuevas informaciones que quizás las diferentes apelantes estén en condiciones más óptimas que nadie de facilitar, los datos susceptibles de recabarse sobre la actuación de los Guardias Civiles en los términos que apuntó la Asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Menores y Jóvenes que se han analizado en el fundamento de derecho séptimo y de que se logre que se lleve a cabo con éxito la identificación de dos de las personas encontradas muertas en España tras comunicarse tras el dictado de la resolución recurrida que no había sido posible con la información remitida, como se indicó en el fundamento de derecho octavo, la instructora podrá replantearse en cualquier caso la necesidad de agotar otras fuentes de indagación no contempladas hasta ahora.

b) El que la petición de auxilio judicial internacional se haya remitido a Marruecos añade algunas peculiaridades a este procedimiento. Según la experiencia de este tribunal, las comisiones rogatorias remitidas a dicho país por órganos jurisdiccionales con sede en Ceuta sólo en contadas ocasiones han obtenido un resultado fructífero por razones tan notorias que no es necesario detenerse en ellas. No obstante, no cabe perder la esperanza, aunque sea lejana, como entendió la juzgadora, de que se le dé curso. En tal tesitura, puede adquirir gran importancia la intervención del magistrado de enlace en Marruecos, nombrado conforme a lo dispuesto en la disposición adicional primera de la ley 16/2006 por la que se regula el estatuto del miembro nacional



de Eurojust y las relaciones con este órgano de la Unión Europea, quien quizás no pueda lograr que se lleve a cabo, pero es posible que, al menos, consiga que se dé una respuesta negativa expresa, lo que permitiría encauzar de una forma más correcta la tramitación del procedimiento.

c) Ante la existencia de diligencias instructoras de dudosa realización o cuya conclusión no pueda establecerse claramente en el tiempo, el artículo 324.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ofrece hoy una solución, adoptada ya en el pasado en algunas ocasiones por este mismo tribunal ante situaciones similares. Conforme a dicho precepto, si, como ha ocurrido en este caso, se ha declarado la causa compleja en un auto dictado el 05/04/2016, prorrogándose durante 18 meses la instrucción, antes de que finalice ese plazo y excepcionalmente, podría establecerse un " *...un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción...* " ante la por concurrencia de " *...razones que lo justifiquen...* ". Esta cláusula normativa, excesivamente abierta y que quizás no se acierten a comprender en una primera lectura qué alcance podría verdaderamente tener, encuentra plena virtualidad en supuestos como el presente. Conforme al mismo, a instancia del Ministerio Fiscal o alguna de las partes personadas, podría fijarse más allá incluso del lapso temporal inicialmente señalado un día concreto llegado el cual cualquier expectativa razonable de respuesta por Marruecos debe descartarse, haciendo justificado que se deba tener por terminada ya la instrucción, adoptando a continuación la resolución que corresponda conforme con el artículo 779.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según se extrae de su artículo 324.8.

De todo ello se extrae que la única opción que tiene este tribunal pasa por revocar sin más, como se instó, los sobreseimientos dispuestos en el auto recurrido, continuando la causa como diligencias previas. Si se llegase en el futuro a un punto en el que no se dispusiera de más datos ni pudiera prolongarse más la fase de investigación sería cuando estaría en condiciones de analizar si los indicios que la instructora o las partes apreciaran serían más o menos consistentes y si, en cualquier caso, más allá de no haberse podido llevar a cabo unas indagaciones más efectivas sobre todo lo ocurrido el 06/02/2014, los que tuvieran una mínima base sólida podrían tener alguna relevancia penal, justificando así que se ordenase continuar por los trámites del procedimiento abreviado.

**UNDÉCIMO.**- A tenor de los pronunciamientos estimatorios de los tres recursos que tienen que adoptarse y de lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es preciso declarar de oficio la totalidad de las costas procesales que hubieran podido generarse con ocasión de los mismos.

**DUODÉCIMO.**- Conforme con la disposición adicional 15ª, párrafo 8º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la estimación de los recursos de apelación impone la devolución de la totalidad de los depósitos constituido para su interposición.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y preceptiva aplicación, procede ordenar lo siguiente:

## PARTE DISPOSITIVA

1) Estimamos íntegramente los recursos de apelación interpuestos por los procuradores María Victoria Pecino Mora, Ángel Ruiz Reina y María África Melgar Durán en representación, respectivamente, de la Asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Menores y Jóvenes, la Comisión Española de Ayuda al Refugiado y la Asociación Observatori de Drets Humans (DESC) contra el auto que ordenó el sobreseimiento provisional y libre de las actuaciones, el cual revocamos y ordenamos continuar la causa como diligencias previas del procedimiento abreviado.

2) Declaramos de oficio la totalidad de las costas procesales que pudieran haberse generado con ocasión de los recursos de apelación.

3) Ordenamos la devolución de la totalidad de los depósitos constituidos para la interposición de los recursos de apelación.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe interponer, en consecuencia, recurso alguno.

Así lo resolvemos y firmamos los magistrados indicados en el encabezamiento de esta resolución.

El Ilmo. Sr. don Fernando Tesón Martín pone su firma por el Ilmo. Sr. don Luis de Diego Alegre, quien deliberó y no pudo firmar.