

## AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 CEUTA

AUTO: 00217/2018

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

C/PADILLA S/N. EDIFICIO CEUTA CENTER 2ª PLANTA  
Teléfono: 956510905

Equipo/usuario: ENB  
Modelo: 662000

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

### RT APELACION AUTOS 0000124 /2018

Delito: DELITO SIN ESPECIFICAR

Recurrente: ASOCIACION COORDINADORA DE BARRIOS PARA EL SEGUIMIENTO DE MENORES Y JOVENES,  
COMISION ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO , DE DRETS HUMANS ASOCIACION OBSERVATORIO , ASOCIACION  
SOCIEDAD HUMANA , ABOGADO DEL ESTADO, MINISTERIO FISCAL

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

Abogado/a: D/Dª PATRICIA FERNANDEZ VICENS, ABDELHALI LAHASEN LAHASEN , GONZALO BOYE TUSET ,  
ANNA VALLVE FONTANA , ,

### AUTO

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

**MAGISTRADOS:** *Ilmos. Sres. doña Rosa María de Castro Martín y don Luis de Diego Alegre.*

**PONENTE:** *Ilma. Sra. doña Rosa Mª de Castro Martín.*

En CEUTA, a treinta de agosto de dos mil dieciocho.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** - En la causa referenciada se dictó por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Ceuta auto de fecha 26 de enero de 2018 por el que se acordaba el Sobreseimiento Libre y archivo de la causa.

**SEGUNDO.** - Contra dicho auto se interpuso por COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO, la ASOCIACIÓN COORDINADORA DE BARRIOS PARA EL SEGUIMIENTO DE MENORES Y JOVENES y la ASOCIACIÓN SOCIEDAD HUMANA a los que se ha adherido la ASOCIACIÓN OBSERVATORI DE DREST HUMANS (DESC) recurso de apelación, el cual fue admitido en un solo efecto, remitiéndose en su virtud a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

**TERCERO.** - Sustanciado el recurso por todos sus trámites, se señaló la deliberación, votación y fallo para el día 27 de junio de 2018.

Siendo Ponente la Ilma. Sra. Doña. Rosa María de Castro Martín.

### **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO.** – Frente al Auto de 26 de enero de 2018 que acuerda el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones en la presente causa, se ha interpuesto recurso de apelación por la COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO, la ASOCIACIÓN COORDINADORA DE BARRIOS PARA EL SEGUIMIENTO DE MENORES Y JOVENES y la ASOCIACIÓN SOCIEDAD HUMANA a los que se ha adherido la ASOCIACIÓN OBSERVATORI DE DREST HUMANS (DESC), que se desglosan separadamente a continuación, si bien de modo sucinto:

RECURSO DE LA COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO:

1. La causa fue reabierta de acuerdo con el Auto de la Sección Sexta de la AP Cádiz de fecha 12 de enero de 2017, en consideración a las pruebas que se declararon inconclusas. El Auto que ahora se apela considera que las diligencias de prueba acordadas mediante providencia de 3 de marzo de 2017, han sido cumplimentadas. Sin embargo, no existe ninguna consideración respecto al oficio remitido a la Comandancia de la Guardia Civil de Ceuta para recabar información a las autoridades de Camerún acerca de la identificación de [redacted] tampoco justifica por qué no va a ser cumplimentada nunca la Comisión Rogatoria a Marruecos igualmente acordada.

2. Considera la resolución impugnada que las diligencias de prueba propuestas y ordenadas tras la reapertura de las actuaciones se reducen a dos testificales de las cuales sólo se ha practicado la solicitada por la Abogacía del Estado. Respecto a la

solicitada por la Asociación Observatori de Drets Humans (DESC), la providencia que se dictó solicitó a la Guardia Civil sobre la constancia de entrada en el territorio nacional de los testigos que se encuentran perfectamente identificados y localizados en Alemania, con la respuesta por parte de ésta en el sentido de que no consta que hayan pasado por territorio español en fecha relativamente recientes o cercanas al 6 de febrero de 2014, descartándose sin motivación alguna la posibilidad de declaración de ambos testigos por videoconferencia.

3. Se considera no ajustada a derecho la valoración del Juzgado respecto de las pruebas que se han llevado a cabo y su negativa a practicar aquellas diligencias ordenadas y no realizadas. Ya que de lo actuado y de los distintos informes que constan se desprende que el 6 de febrero de 2014, los agentes de la Guardia Civil del operativo desplegado en la playa del Tarajal y espigón anexo dispararon contra las personas que se encontraban en el mar intentando acceder a suelo español, material antidisturbios y resulta indiciariamente acreditado que a consecuencia de ello fallecieron al menos 14 personas, resultando otras tantas lesionadas y 23 ciudadanos extranjeros entregados a las autoridades marroquíes al margen de cualquier procedimiento legal, lo que resulta contrario a los artículos 2 y 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 15 CE.
4. El Auto objeto de recurso acuerda el sobreseimiento libre señalando que no podrán realizarse nuevas diligencias de prueba por haber finalizado el plazo de instrucción conforme al artículo 324 LECrim, sin tener en cuenta que no concurren las circunstancias de los artículos 637 o 641 LECrim.
5. En los últimos días se ha tenido conocimiento de la existencia de un nuevo testigo, que actualmente reside en España con domicilio en C/General Perón 32. 2º D, de Madrid), pero al haberse dictado el Auto de forma sorpresiva, cerrando la puerta a nuevas pruebas y cerrando en falso el presente procedimiento, se

vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho al proceso con todas las garantías y el derecho a la prueba contemplados en el artículo 24 CE.

## RECURSO DE LA ASOCIACIÓN COORDINADORA DE BARRIOS PARA EL SEGUIMIENTO DE MENORES Y JOVENES:

1. No se cumplen los requisitos para acordar el sobreseimiento libre por existir en el procedimiento abundantes indicios de criminalidad que no sólo constatan la existencia de un ilícito penal sino además que existen indicios que permiten atribuir los mismos a los Guarias Civiles investigados en este procedimiento.
2. Falta del transcurso del plazo de investigación. No se han tenido en cuenta los periodos de suspensión del término y, no obstante, tampoco podría darse lugar al sobreseimiento por el mero transcurso del plazo puesto que sería contrario al artículo 324 LECrim y al artículo 24 CE.
3. Sobre el testimonio de los testigos residentes en Alemania. Tras ser admitida su práctica y facilitado los domicilios, el oficio a la Guardia Civil sobre su paradero y entrada en Europa resulta irrelevante y tendrían que haberse adoptados los medios necesarios para su práctica con todas las garantías. Se pone de manifiesto que, en todo caso, el oficio habría de estar dirigido a la Brigada de Extranjería de la Policía Nacional. Se justifica la no práctica de la prueba con el hecho de que no residen legalmente en Alemania y que no podrían desplazarse a España para su realización como prueba preconstituida, decidiendo no acudir a la videoconferencia al no existir causa legítima de incomparecencia.
4. Sobre la comisión rogatoria. Sólo se han efectuado tres recordatorios y carece de rigor el informe del Magistrado de enlace.
5. Sobre la identificación de los cuerpos. Sólo se ha identificado fehacientemente a uno de los 5 fallecidos aparecido en aguas ceutíes y no se ha permitido la personación de los ciudadanos cameruneses que lo han solicitado al no haberse realizado la prueba de ADN a los cuerpos no identificados, lo que es posible al existir muestras de los mismos en la base de datos Fénix de la Guardia Civil.

6. Sobre las devoluciones en caliente y su relación con el delito de omisión del deber de socorro. El Auto de esta Sala de 12 de enero de 2017 ya manifiesta que no se tuvo en cuenta a la hora de valorar las conductas y en este nuevo Auto de sobreseimiento tampoco se realiza.

#### RECURSO DE LA ASOCIACIÓN SOCIEDAD HUMANA

1. Carece de fundamento y no se compadece con el resultante de la instrucción el dictado del auto de sobreseimiento, ni libre ni provisional. Pero colisiona con cualquier interpretación del ordenamiento jurídico el dictar el auto de sobreseimiento libre. Aparece debidamente justificada la perpetración de la causa ya que hubo muertos, que venían nadando intentando entrar ilegalmente en España y la Guardia Civil disparó pelotas de goma, se ahogaron y sus cuerpos aparecieron flotando en el rompiente, se asaltaron las normas reguladoras de la entrada, no se socorrió a los inmigrantes que se estaban ahogando y se continuó disparando salvas por lo que es incomprensible que se haya dictado el sobreseimiento libre
2. Procede revocar el auto de sobreseimiento y ordenar la continuación de la instrucción. Hay diligencias de instrucción sin practicar porque se colige que los testigos propuestos están en situación irregular en Alemania y no sería viable su traslado a España, pero podría hacerse por videoconferencia.
3. Debe continuar la instrucción ya que indiciariamente se ha acreditado la existencia de delito y puede atribuirse a los investigados.
4. Desconocimiento de los plazos máximos de instrucción, ya que no se ha contado con los periodos de suspensión, con lo que no hay preclusión alguna.

La ASOCIACIÓN OBSERVATORI DE DRETS HUMANS (DESC) y la ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ESPAÑA (APDHE) se han adherido a los recursos oportunamente interpuestos.

Se han opuesto a los mismos las representaciones procesales del CAPITAN DE LA GUARDIA CIVIL TIP K48099L; del GUARDIA CIVIL TIP J18822F; de EMILIO JOSÉ GONZÁLEZ DUARTE Y OTROS; la Abogada del estado en representación y defensa de los

GUARDIAS CIVILES TIP T74809M, E41747W, X13297J, R20154S, V45681J, S10378P, L11921C, P17413K, U96387A y A52660H, así como el MINISTERIO FISCAL en informe del Ilmo. Sr. Puerta Martí.

**SEGUNDO.** – Esta Sala, en su anterior Auto de 12 de enero de 2017, Ponente: Ilmo. Sr. Martín Salinas, (RC 86/2016) en que ya se revocó el sobreseimiento provisional y libre que venía acordado por el juez instructor, ordenando la continuación de la causa como diligencias previas del procedimiento abreviado, ya ponía de manifiesto que *la instrucción no se había agotado (...) 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 una 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 (...). La actual redacción de dicho precepto recoge esa misma idea, aunque adaptada a los medios actuales (...). Lo importante es intentarlos oír y realizar los esfuerzos que sean posibles para lograrlos, se consiga o no finalmente. Debe afirmarse, por lo tanto, que la instrucción no ha sido agotada como le era exigible por tales motivos...* (Fundamento Jurídico Séptimo).

Además, se añade en el Fundamento Jurídico Decimo que *“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, prevé que, antes de que finalizase ese plazo y excepcionalmente, pudiera 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 acertase 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 fijado 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 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 este tribunal 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.*

Lamentablemente, en este momento procesal, transcurrido más de un año desde el anterior, nos encontramos en la misma situación:

1. Mediante providencia de 8 de mayo de 2017 de la juez instructora, vista la pertinencia de la prueba testifical propuesta por la ASOCIACIÓN OBSERVATORI DE DRETS HUMANS solicitando la declaración en calidad de testigos de y , se accede a ella, acordándose que por el letrado de la Administración de Justicia de este Juzgado se proceda a cumplimentar las comisiones rogatorias que se precisen a fin de proveer el requerimiento de auxilio judicial internacional.
2. Una nueva providencia de 21 de agosto de 2017 acuerda requerir a la representación procesal de la ASOCIACIÓN OBSERVATORI DE DRETS HUMANS para que en el plazo de diez días aporte los datos de filiación de los dos testigos propuestos y antes referidos, ya que para poder realizar la videoconferencia con las autoridades alemanas es estrictamente necesario que los mismos aporten documentación que acrediten su identidad. Dicho requerimiento fue debidamente cumplimentado,

facilitándose todos los datos de identidad de los dos testigos, así como el lugar donde podrían ser citados.

3. En la providencia de 22 de enero de 2018 se dice textualmente que se considera necesario antes de dar cumplimiento a las pruebas testificales acordada, que por la Guardia Civil se investigue si ambos testigos, facilitándose todos sus datos de filiación, han pasado por territorio español, ya sea en la fecha en la que ocurrieron los hechos, o en una fecha relativamente reciente, consultándose todas las bases de datos a las que pudiera tener acceso la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

4. La petición formulada a la Guardia Civil fue contestada por oficio de 25 de enero de 2018, confirmándose que uno de los testigos, se encuentra efectivamente en Alemania, sin que conste respecto a la otra.

Igualmente se manifiesta que consta la entrada ilegal en España, en patera, en agosto y octubre de 2014, de dos personas con el mismo nombre que las facilitadas y que las imágenes de ambos en España y Alemania hace pensar que se trate de las mismas personas.

5. Todo lo anterior vino seguido del Auto impugnado, de 26 de enero de 2018, donde se argumenta que la razón de la consulta a la Guardia Civil *estriba en que la práctica de dichas diligencias de prueba serían las únicas que podrían desvirtuar, en su caso, el derecho a la presunción de inocencia de los investigados. Y ni siquiera tendrían fuerza suficiente para ello, dado que como se manifiesta en la carta enviada por el abogado a la ASOCIACION OBSERVATORI DE DRETS HUMNAS (DESC), dichas personas no se encuentran residiendo legalmente en Alemania, por lo que no podrían trasladarse a España para poder practicar la prueba con el carácter de preconstituída, y es razonable entender que tampoco van a poder comparecer al acto del juicio oral a fin de que pueda ser incorporada al proceso para someterse a los principios de contradicción, inmediatez y oralidad. No obstante, lo anterior, y a fin de salvaguardar todos los intereses aquí afectados, se ha acordado remitir oficio a la Guardia Civil para que constate si existen indicios del paso de estas personas por territorio español.*

*En el oficio remitido en el día de ayer, se pone de manifiesto que no consta que con los datos aportados por la ASOCIACION OBSERVATORI DE DRETS HUMNAS (DESC) hayan pasado por*

*territorio español en fechas relativamente recientes o cercanas al 6 de febrero de 2014.*

*Por todo lo anterior, unido al hecho de que no van a poder acordarse nuevas diligencias de prueba por haber finalizado el plazo de instrucción conforme al artículo 324 de la LECrim, es por lo que se acuerda el sobreseimiento libre de las actuaciones.*

**TERCERO.** – Es decir, se descarta la práctica de la prueba testifical, sin haberse realizado el más mínimo intento de oír a los testigos propuestos y admitidos, sólo con el razonamiento al que llega la instructora de que dichas personas no se encuentran residiendo legalmente en Alemania por lo que -se supone- no podrían trasladarse a España para poder practicar la prueba, añadiéndose que no consta su paso por nuestro país en las fechas próximas a los hechos. Tal argumentación no puede admitirse respecto de una prueba propuesta y aceptada en tiempo hábil -por lo que no afectaría a su práctica el transcurso del plazo de instrucción-, menos aun cuando se acordó que la misma se practicaría mediante el auxilio judicial internacional y por videoconferencia, modificándose el criterio sin explicación plausible alguna, lo que atenta claramente contra el principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales.

Siendo así, el auto ha de verse nuevamente revocado y dejado sin efecto, continuándose la tramitación de las Diligencias Previas a fin de que se practique la prueba testifical a la que nos venimos refiriendo o, al menos, se intente su práctica con los medios técnicos y legales de los que actualmente se dispone, sin que sea necesario, en este momento procesal, entrar a conocer de los restantes motivos de recurso ni ello presuponga necesariamente el reconocimiento, ni siquiera el análisis, de indicio alguno de criminalidad respecto de los investigados.

**CUARTO.** – A tenor de lo dispuesto en el artículo 240 LECrim se han de declarar de oficio las costas causadas en la tramitarse de los recursos que resolvemos. Igualmente, conforme con la Disposición Adicional 15ª, párrafo 8º LOPJ, la estimación de los recursos impone la devolución de la totalidad de los depósitos constituidos para su interposición.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

**PARTE DISPOSITIVA:**

1. Se estiman los recursos de apelación interpuestos contra el Auto de 26 de enero de 2018, dictado en las Diligencias Previas nº 123/2014 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de los de Ceuta que ordenó el sobreseimiento libre de las actuaciones, que se revoca, ordenándose la continuación de la causa como diligencias previas del procedimiento abreviado.
2. Declaramos de oficio las costas causadas con ocasión de los recursos y la devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.