



JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 MELILLA

AUTO: 00414/2015

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

TORRE NORTE V CENTENARIO PLANTA 9

Teléfono: 952699041/42/45

425000

N.I.G.: 52001 41 2 2014 1070314

DPA DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000866 /2014

Delito/Falta: DELITOS CONTRA DERECHOS DE CIUDADANOS EXTRANJEROS

Denunciante/Querellante: FEDERACION ANDALUCIA ACOGE, SOS RACISMO DEL ESTADO ESPAÑOL
FEDERACION DE ASOCIACIONES DE _____ ASOCIACION PRO DERECHOS DE LA INFANCIA-PRODEIN , ASOCIACION
COORDINADORA DE BARRIOS

Procurador/a: D/D^a ISABEL MARIA HERRERA GOMEZ, ISABEL MARIA HERRERA GOMEZ , ISABEL MARIA
HERRERA GOMEZ , ISABEL MARIA HERRERA GOMEZ

Abogado/a: D/D^a , , ,

Contra: AMBROSIO MARTIN VILLASEÑOR

Procurador/a: D/D^a

Abogado/a: D/D^a ABOGADO DEL ESTADO

Dada cuenta, el día 7.08.15, del informe presentado por la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla el día 9.07.15 en contestación a las diligencias de investigación acordadas por este Juzgado mediante auto de fecha 7.04.15 únase y analizado su contenido, paso a dictar el siguiente,

AUTO

En la Ciudad Autónoma de Melilla, a 11 de agosto de 2015.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha **24.04.15**, tuvo entrada en este Juzgado el **auto nº 83/15 dictado por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga en Melilla, de fecha 7.04.15**, cuya **Parte Dispositiva** dice lo siguiente: "Que estimando como estimamos el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y por la Abogacía del Estado en representación de D. Ambrosio Martín Villaseñor, contra el Auto de fecha 17 de noviembre de 2014 dictado en las Diligencias Previas nº 866/2014, por el Juzgado de Instrucción nº Dos de esta Ciudad, y que ha dado lugar al Rollo nº 437/2014, debemos revocar y revocamos dicha resolución y en su lugar

dictar otra acordando el sobreseimiento parcial y provisional de la causa exclusivamente respecto a la Orden 6/2004, y a las órdenes verbales dadas los días 18 de junio y 13 de agosto de 2014 por D. Ambrosio Martín Villaseñor de acuerdo con lo dicho en el apartado primero del Razonamiento Jurídico cuarto de ésta, con declaración de oficio de las costas vertidas en la alzada”.

SEGUNDO.- En atención a lo resuelto por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga en Melilla, a fin de garantizar el derecho de defensa de todas las partes personadas, mediante **providencia de fecha 24.04.15** se acordó dar traslado al Ministerio Fiscal, Abogacía del Estado y acusaciones populares personadas para que pudieran alegar lo que tuvieran por conveniente en relación a la relevancia penal que el auto dictado por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga pudiera tener respecto de los hechos objeto de instrucción y que fueron declarados por la Audiencia Provincial expresamente excluidos del ámbito del recurso, de acuerdo con lo dicho en el apartado primero del Razonamiento Jurídico cuarto y en el Razonamiento jurídico quinto del auto de fecha 7 de abril de 2015.

TERCERO.- El día **28.04.15**, tuvo entrada en este Juzgado un escrito de alegaciones presentado por la procurador de los tribunales Isabel Herrera Gómez, en nombre y representación de **Andalucía Acoge, SOS Racismo, Derechos Humanos y Prodein**, en el que se interesaba la continuación del procedimiento por los hechos que nada tuvieran que ver con la prevaricación.

CUARTO.- El día **29.04.15**, tuvo entrada en este Juzgado un escrito presentado por la **Abogacía del Estado**, interesando el dictado de un “*auto acordando el sobreseimiento libre por la inexistencia de delito de prevaricación en las entregas realizadas el 15 de octubre de 2014 y el sobreseimiento libre o subsidiariamente el sobreseimiento provisional en relación a los Guardias Civiles TIP G01881I; TIP D33936W; TIP K53508K; TIP F35221T; TIP W61370Q; TIP K42838N; TIP J10474C y TIP I40628A, imputados por delito de trato degradante*”. Asimismo, interesaba que se proceda “*a declarar el sobreseimiento libre en relación al Sr. Martín Villaseñor.*”

QUINTO.- El día **30.04.15**, tuvo entrada en este Juzgado un escrito presentado por la procurador de los tribunales Isabel Herrera Gómez, en nombre y representación de **la Asociación Coordinadora de Barrios para el seguimiento de menores y jóvenes**, en el que interesó *“continuar con las diligencias de investigación acordadas respecto de la identificación de los Guardias actuantes, la toma de declaración testifical de los lesionados y la documental solicitada, así como mantener la imputación de Ambrosio Martín y del resto de guardias civiles imputados”*.

SEXTO.- El día **28.05.15**, tuvo entrada en este Juzgado el escrito de alegaciones presentado por la **Fiscalía de Área de Melilla**, en el que informa que *“ante la no concurrencia de los elementos del tipo de trato degradante de los artículos 173 y 176 del Código Penal y del delito de lesiones de los artículos 147 y 148 del mismo cuerpo legal interesa que se acuerde el sobreseimiento provisional respecto de los agentes de la Guardia Civil con TIP número G01881I, D33936W, K53508K, F35221T, W61370Q, K42838N, J10474C y I40628A”*.

SÉPTIMO.- En fecha **9.07.15**, ha tenido entrada en este Juzgado un informe proveniente de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla, en el que informa que no ha sido posible el reconocimiento e identificación de ningún Guardia Civil, conforme a lo interesado en **auto de fecha 7.04.15**, por no percibirse con nitidez tanto los números de identificación del chaleco antitrauma como el rostro de los agentes actuantes, informando igualmente de la imposibilidad de realizar el informe pericial que les fue ordenado en el auto citado anteriormente, al haber indicado el Servicio de Criminalística del Cuerpo su inviabilidad por las cuestiones técnicas que aquí se dan por reproducidas.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Cuestión preliminar.

La presente instrucción tiene por objeto dilucidar la posible existencia de hechos con relevancia penal en el desarrollo de los acontecimientos que sucedieron

los días **18.06.14**, **13.08.14** y **15.10.14** en la valla fronteriza de Melilla, cuando un número indeterminado de ciudadanos extranjeros accedió a Melilla por punto no habilitado al efecto, asaltando la valla que delimita la frontera entre los reinos de España y Marruecos, siendo entregados de manera inmediata a las fuerzas auxiliares marroquíes sin observar la legislación aplicable al caso en materia de vigilancia de fronteras exteriores y extranjería, sin que se dictara una resolución por la autoridad competente (pese a encontrarse a disposición de funcionarios españoles y alguno de ellos habiendo superado incluso la totalidad del vallado que conforma el perímetro fronterizo), a través de la apertura de las puertas ubicadas en las vallas, incluida la valla interior y la ubicada en el entrevallado, algunos de ellos engrilletados, y en donde no se descartaba una actitud agresiva protagonizada por alguno de los inmigrantes contra miembros de la Guardia Civil, debiendo determinarse si, en relación a los mismos días y valorando las circunstancias del asalto, pudo haberse producido por parte de alguno de los agentes actuantes un empleo de la fuerza desproporcionado y merecedor de reproche penal.

Con la finalidad de esclarecer estos hechos, se acordaron mediante resolución judicial todas las diligencias de investigación que se han considerado útiles y necesarias a los fines de esta instrucción, que se dan aquí por reproducidas.

SEGUNDO.- Hechos investigados.-

A efectos de una mejor exposición, los hechos investigados son de dos clases, a saber:

1. Un primer conjunto de hechos investigados son aquellos que tuvieron lugar los días **18.06.14**, **13.08.14** y **15.10.14**, cuando un grupo de ciudadanos extranjeros accedió a España procedente de Marruecos por punto no habilitado al efecto, asaltando la valla fronteriza, siendo entregados por parte de los funcionarios de la Guardia Civil de manera inmediata a las fuerzas auxiliares marroquíes, sin seguir trámite alguno de los estipulados por nuestro ordenamiento jurídico entonces vigente en materia de extranjería, antes de la entrada en vigor de la ***disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, adicionada por la***

disposición final primera de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

2. El segundo conjunto de hechos investigados, tiene por objeto determinar si los agentes de la Guardia Civil que actuaron como policía de fronteras los días indicados, pudieron haber incurrido en responsabilidad penal con motivo del uso de la fuerza que emplearon en el perímetro fronterizo en relación a algunos de los ciudadanos extranjeros que habían accedido a España por punto no habilitado al efecto.

TERCERO.- En relación al primer conjunto de hechos investigados, la **Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga en Melilla** se ha pronunciado en su auto de fecha **7.04.15**, que es de obligada observancia y que, en consecuencia, se da por reproducido.

CUARTO.- En relación a los hechos ocurridos el día **15.10.14** ha sido objeto de investigación si pudo haberse producido por parte de alguno de los agentes actuantes un empleo de la fuerza desproporcionado, y si tal manera de proceder pudiera estar expresamente tipificada en el Código Penal, mediante un comportamiento que podría ser constitutivo, al menos, de un delito de trato degradante (artículos 173 y 176 del CP) y, en el supuesto de que pudiera determinarse que alguno de los inmigrantes hubiera sufrido una lesión a consecuencia de la acción de algún agente, de un delito de lesiones (artículos 147 y 148 del CP).

QUINTO.- De la institución del sobreseimiento provisional.-

El **artículo 641 nº 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal**, dispone que, cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa, procederá el **sobreseimiento provisional**. En consecuencia, conforme al citado precepto, procederá el sobreseimiento provisional cuando en el momento procesal contemplado por dicha resolución no es posible tomar una decisión en orden al normal seguimiento del proceso previa valoración del

material instructorio allegado a la causa hasta dicho instante, bien por su inadecuación para provocar el efecto de la concreta imputación, bien por su insuficiencia para generar tal consecuencia, ya sea por la ausencia parcial o total del acervo probatorio necesario para ello.

De otro lado, debe indicarse que el sobreseimiento opera ante la ausencia de los mínimos elementos imprescindibles para poder llevar a cabo, en las debidas condiciones de racionalidad y seguridad jurídica, el enjuiciamiento de la conducta presumiblemente punible de un sujeto en el juicio oral penal, es decir, procede ante la concurrencia o ausencia de elementos que, de ser abierto el juicio oral, determinaría con total y absoluta seguridad la absolución del acusado. Ahora bien, a la vista de las características esenciales del sobreseimiento, los fundamentos de la institución procesal que se trata no son la obtención de una mayor dosis de economía procesal en el enjuiciamiento de los conflictos penales sino que, en realidad, están representados por la recta administración de la justicia penal y el *favor rei*.

En el presente caso, es el parecer del instructor que ya no es posible acordar nuevas diligencias de investigación que resulten útiles y procedentes al esclarecimiento de los hechos, ya que las que restan por cumplimentar fueron acordadas en su día y han devenido imposibles al tiempo actual, como se expondrá a continuación. Por otro lado, mantener abierta la instrucción de manera indefinida en espera de que las diligencias pendientes puedan ser cumplimentadas resulta contraria a la lógica del proceso penal. Por lo tanto, debe entenderse agotada por el momento la investigación penal, sin perjuicio de que puedan incorporarse en el futuro hechos nuevos que podrían llegar a determinar la reapertura de las actuaciones.

SEXTO.- Valoración del resultado de las diligencias de investigación practicadas.-

Al objeto de poder cumplir con la finalidad de la instrucción, procede en este momento efectuar la valoración del material instructorio que ha sido incorporado a la causa.

En primer lugar, conviene señalar que no han podido ser cumplimentadas la totalidad de las diligencias de investigación que han sido acordadas a lo largo de esta instrucción, por las razones que obran en los distintos informes incorporados a las actuaciones. En concreto, debe destacarse como aspecto que ha condicionado la totalidad de la investigación, el hecho de que los ciudadanos extranjeros que los días **18.06.14, 13.08.14 y 15.10.14** entraron en Melilla, no fueran correctamente identificados. Su entrega inmediata en frontera a las autoridades marroquíes sin efectuar trámite alguno, ha tenido como consecuencia la imposible práctica de diligencias esenciales para los fines de la investigación, tales como tomarles declaración como perjudicados mediante el correspondiente ofrecimiento de acciones y el examen por el médico forense de los lesionados, al objeto de poder evaluar la naturaleza de las lesiones que pudieran presentar, su alcance y relación de causalidad con los hechos denunciados.

1. Respecto del delito de lesiones:

El artículo 147.1 del Código Penal (que sería de aplicación conforme a la disposición transitoria primera de la LO 1/2015 de 30 marzo, por la que se modifica la LO 1/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), en su actual redacción dice que *“el que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo de delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”*.

Pues bien; examinado el precepto, no es posible continuar la tramitación de esta causa por delito de lesiones, toda vez que no obran en las actuaciones los elementos básicos para poder acreditar en términos de imputación provisional la concurrencia de los elementos del tipo que integran este delito. Es cierto que ha podido demostrarse que los agentes de la Guardia Civil y facultativos que acudieron

al perímetro fronterizo los días investigados atendieron a muchos inmigrantes a pie de valla y que algunos de éstos tuvieron que ser trasladados al hospital. Sin embargo, no ha podido concretarse a efectos de esta instrucción la naturaleza de las lesiones que presentaban y su origen ya que, como se indicaba anteriormente, no fueron examinados por el médico forense. Resulta igualmente razonable llegar a la conclusión de que las lesiones que presentaban pudieran deberse a impactos por precipitación, propias de la acción de trepar por la valla y descender o caer desde ella, con el evidente padecimiento físico que ello implica, siendo un hecho que nadie olvidará la situación de extenuación en la que muchos se encontraban, al haber quedado recogidas las imágenes en las numerosas grabaciones que obran unidas a las actuaciones.

En consecuencia, no pudiendo continuar este procedimiento por el delito de lesiones al no haber quedado debidamente justificada la perpetración de este delito, procede acordar el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se acuerda el sobreseimiento provisional y no libre, toda vez que resulta posible reapertuar este procedimiento siempre y cuando se aporten a la instrucción nuevos hechos que permitan allegar a la causa los elementos necesarios para poder continuar con la investigación y que hasta el momento no han podido ser incorporados, tales como las declaraciones de los perjudicados y su examen forense.

2. Respecto del delito de trato degradante:

A. Objeto de la investigación:

Conviene recordar para una mejor exposición y análisis del hecho investigado, que este delito viene referido al día **15.10.14** y ha tenido como objetivo analizar si, en relación a los hechos ocurridos ese día pudo haberse producido por parte de alguno de los agentes actuantes un empleo de la fuerza desproporcionado, y si tal manera de proceder pudiera estar expresamente tipificada en el Código Penal, mediante un comportamiento que pudiera ser constitutivo, al menos, de un delito de trato degradante (artículos 173 y 176 del CP), una vez descartado en los términos expresados anteriormente la posibilidad de continuar la instrucción por un delito de lesiones.

La investigación de estos hechos parte de manera esencial del contenido de las grabaciones obrantes en autos, en las que se ve como un inmigrante conocido como Dany y que no ha sido identificado hasta el momento, al descender desde lo alto de la valla más próxima a Melilla por una escalera, alrededor de las 9.38 horas del día 15.10.14, es rodeado y golpeado por un grupo de guardias civiles empleando las defensas, siendo posteriormente trasladado en volandas hasta Marruecos desde España, atravesando el perímetro fronterizo mediante la apertura de las puertas ubicadas en el entrevallado y siendo entregado a las Fuerzas de Seguridad marroquíes.

Para un mejor esclarecimiento de los hechos, tales imágenes fueron confrontadas con las aportadas por la Guardia Civil (en el folio 1005 de las actuaciones se recoge el fotograma), en el que el inmigrante empuña un garfio en la mano derecha.

B. Elementos que integran el tipo del delito de trato degradante:

Como indica la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas en su **Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 18.02.08, (Num Sentencia: 137/2008, Ponente: Luciano Varela Castro, Recurso_Numero: 1965/2007, con referencia a la Sentencia nº 774/2007 de 25 de septiembre)**: *"en la Jurisprudencia encontramos delimitado el atentado contra la integridad moral en razón a que la vejación sea meridianamente clara y extremadamente innecesaria para el ejercicio de su cargo por la autoridad o funcionario. Así, la sentencia del 2/11/2004 exige: "a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito, b) un padecimiento físico o psíquico en dicho sujeto, c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito. (.....) y la sentencia del 16/4/2003 expone que "el atentado contra la integridad moral comprenderá: a) un acto de claro e inequívoco sentido vejatorio; b) un padecimiento físico o psíquico; c) un comportamiento que sea degradante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada..."*.

Y en la Sentencia 38/2007 de 31 de enero, establecimos que el concepto penal de integridad debe confundirse con el derecho fundamental a la misma.

Recordamos como el Tribunal Constitucional ha indicado que el derecho establecido en el art. 15 de la Constitución Española garantiza el derecho a la integridad física y moral «mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes, que carezca del consentimiento del titular», (Sentencia Tribunal Constitucional 120/90 de 27 de junio).

Destacamos entonces y reiteramos el carácter autónomo, independiente y distinto de los derechos a la vida y a la integridad física, e incluso a la libertad y al honor del bien jurídico que el art. 173 del Código Penal tutela.

Y en la Sentencia de este Tribunal 213/2005 de 22 de febrero, dijimos que la integridad moral estaría compuesta por vía negativa por elementos subjetivos, tales como los constituidos por la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo, además, concurrir la nota del dolor físico, y también por elementos objetivos en referencia a la forma y modo en que se produce el ataque.

En un esfuerzo por reconducir la laxitud de la descripción típica en la sentencia 294/2003 de 16 de abril, se enuncian los siguientes elementos típicos:

- a) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo.*
- b) La concurrencia de un padecimiento físico o psíquico.*
- c) Que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona-víctima.*

Y todo ello unido, a modo de hilo conductor, a la nota de gravedad, lo que exigirá un estudio individualizando caso a caso.

En tal examen ha de concluirse también que la ofensa al bien jurídico revista, según exige el art. 173, la necesaria gravedad, cuya ausencia obligaría a calificar los

hechos, a lo sumo, como una falta. Siendo indiferente que esa gravedad derive de una acción aislada o de su reiteración. (STS 489/2003 de 2 de abril)".

Por otro lado, la **Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su auto nº 2333/2005, (Nº de Recurso: 267/2005, de fecha 27/10/2005, Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca)**, completa en gran medida el significado jurídico de la expresión trato degradante, entendiéndolo que "como hemos manifestado en la Sentencia nº 819/2002, de 8 de mayo, la aplicación del art. 173 del C. Penal (hoy art. 173.1) exige la concurrencia de un trato degradante, debiendo entenderse como tal, en términos generales, cualquier atentado a la dignidad de la persona. Y exige en segundo lugar, un resultado consistente en el menoscabo de la integridad moral, como bien jurídico protegido por la norma y que se configura como valor autónomo, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona. Se trata de someter a la víctima, de forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indigna para la persona humana. Además, hemos dicho en diversas sentencias, de las que cabe citar la Sentencia nº 889/2005, de 30 de junio, que este delito tiene un valor autónomo que le hace compatible con otros delitos, que podríamos llamar principales, como son el de detención ilegal y el de lesiones".

Por su parte, el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**, ha destacado que "para quedar amparados bajo el artículo 3, los malos tratos deben alcanzar un mínimo de gravedad. La apreciación de este mínimo es relativa por definición; depende del conjunto de los datos de la causa, concretamente de la duración del trato y de sus efectos físicos y mentales, así como, en ocasiones, del sexo, la edad y el estado de salud de la víctima (Sentencias Irlanda contra Reino Unido, 18 de enero de 1978, ap. 162, serie A núm. 25, y Jalloh contra Alemania [GS], núm. 54810/2000, ap. 67, TEDH 2006-IX). Otros factores a considerar son el propósito con que se infligió el maltrato y la intención o la motivación que lo inspiraron (véase, en particular, Sentencias Aksoy contra Turquía, 18 de diciembre de 1996, ap. 64, Repertorio 1996-VI; Egmez contra Chipre, núm. 30873/1996, ap. 78, TEDH 2000-XII; y Krastanov contra Bulgaria, núm. 50222/1999, ap. 53, 30 de septiembre de 2004)".

C. Efectividad de la investigación:

Una vez delimitados con nitidez los elementos que integran el tipo de trato degradante, resulta preciso emitir un juicio acerca de si se han acordado en esta instrucción todas las diligencias de investigación útiles y necesarias para el completo y profundo esclarecimiento de los hechos, esto es, si se ha llevado a cabo una investigación efectiva, en los términos exigidos en el **artículo 299 de la Lecrim y especialmente en el artículo 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.**

Acerca de lo que debe entenderse por investigación efectiva, el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**¹ *“recuerda que cuando una persona sostiene de manera defendible haber sufrido a manos de la policía u otros servicios similares del Estado, un trato contrario al artículo 3 esta disposición, junto al deber general que impone al Estado el artículo 1 del Convenio de «reconocer a toda persona bajo [su] jurisdicción los derechos y libertades definidos (...) [el] Convenio», requiere, por implicación, que exista una investigación oficial efectiva. Tal investigación debe permitir identificar y castigar a los responsables. Si no fuera así, pese a su importancia fundamental, la prohibición formal general de la tortura y las penas y tratos inhumanos o degradantes sería ineficaz en la práctica y, en ciertos casos, los funcionarios del Estado podrían pisotear, con casi total impunidad, los derechos de las personas sujetas a su control (Sentencia, previamente citada, Georgiy Bykov, ap. 60; Corsacov contra Moldavia, núm. 18944/2002, ap. 68, 4 de abril de 2006 y Assenov y otros contra Bulgaria, de 28 de octubre de 1998, ap. 102, Repertorio de sentencias y resoluciones 1998-VIII) .*

183. *La investigación que exigen las acusaciones graves de malos tratos debe ser a la vez rápida y exhaustiva, lo que significa que las autoridades siempre deben esforzarse en descubrir lo que pasó, y no basarse en conclusiones precipitadas o mal fundadas para cerrar la investigación o fundamentar sus decisiones (Sentencias Assenov y otros, anteriormente citada, ap. 103 y Bati y otros contra Turquía, núms. 33097/1996 y 57834/2000, ap. 136, TEDH 2004-IV). Las autoridades deben adoptar*

¹ *STEDH, Gran Sala, Asunto El-Masri c. Ex República Yugoslava de Macedonia (Demanda no 39630/09)*

todas las medidas razonables a su alcance para recabar pruebas sobre el incidente en cuestión, incluidas, entre otras, las declaraciones de los de testigos y las pruebas forenses (Sentencia Tanrikulu contra Turquía [GS], núm. 23763/1994, ap. 104, TEDH 1999-IV y Gül contra Turquía, núm. 22676/1993, ap. 89, 14 de diciembre de 2000). Cualquier deficiencia en la investigación que socave su capacidad para establecer la causa del perjuicio o la identidad de los responsables pueda conducir a la conclusión de que no responde a los estándares de efectividad requeridos (Sentencia Boicenco contra Moldavia, núm. 41088/2005, ap. 123, 11 de julio de 2006).

184. Además, la investigación debe practicarse con total independencia respecto al poder ejecutivo (Sentencia Öğür contra Turquía [GS], núm. 21594/1993, aps. 91 a 92, TEDH 1999.III y Mehmet Emin Yüksel contra Turquía, núm. 40154/1998, ap. 37, 20 de julio de 2004). La independencia de la investigación implica no solo la ausencia de nexo jerárquico o institucional, sino también una independencia concreta (Sentencia Ergi contra Turquía, 28 de julio de 1998, aps. 83-84, Repertorio 1998-IV).

185. Por último, la víctima debe poder participar efectivamente, de una u otra forma, en la investigación (véase, mutatis mutandis, Sentencias Öğür, ap. 92; Khadjialiyev y otros contra Rusia, núm. 3013/2004, ap. 106, 6 de noviembre de 2008; Denis Vasiliev contra Rusia, núm. 32704/2004, ap. 157, 17 de diciembre de 2009; Dedovskiy y otros contra Rusia, núm. 7178/2003, ap. 92, TEDH 2008 y Ognyanova y Choban contra Bulgaria, núm. 46317/1999, ap. 107 de 23 de febrero de 2006) .

En este sentido, una vez se incoó este procedimiento, mediante los autos de fecha 4.08.14; 11.08.14; 14.08.14; 5.09.14; 11.09.14; 22.09.14; 30.09.14; 1.10.14; 13.10.14; 9.01.15; 13.01.15; 11.02.15; 16.02.15; 4.03.14 y 7.04.15, se acordaron cuantas diligencias se entendieron útiles y necesarias para los fines de la investigación, ya fuera de oficio ya a instancia de las partes.

En el presente procedimiento, las funciones de policía judicial han sido desarrolladas por la Unidad Orgánica de Policía Judicial (en adelante, UOPJ) correspondiente a la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla. Entre otras diligencias, se ha tomado **declaración en calidad de testigos** a los fotoperiodistas

que tomaron imágenes de los asaltos a la valla; han prestado declaración como testigos el personal sanitario que acudió a la valla para auxiliar a los inmigrantes.

Declararon igualmente en calidad de testigos varios guardias civiles desplazados al perímetro fronterizo. Se han aportado a las actuaciones varios **informes por la UOPJ**, así como **informes** tanto de la Dirección Adjunta Operativa y de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla como de la Jefatura Superior del Cuerpo Nacional de Policía de Melilla y de la Delegación del Gobierno en Melilla y del CETI.

Se ha recabado y analizado un importante volumen de **información médica** procedente fundamentalmente del Hospital Comarcal de Melilla y de Cruz Roja. Se han librado diversos **exhortos** a distintos partidos judiciales, con el propósito de intentar allegar a las actuaciones las declaraciones de los inmigrantes que pudieran hallarse en la península, con resultado negativo, pese a que en algún caso concreto como en el de Mamadou Traore el mismo fue localizado en Torre Pacheco (Murcia), si bien en el momento de cumplimentar el exhorto el mismo había abandonado el Centro de Torre Pacheco de la Fundación CEPAIM, manteniéndose desde entonces ilocalizable.

Respecto de las **grabaciones** aportadas a la causa tanto por los denunciantes como por los periodistas y la Guardia Civil, todas ellas conforman la pieza de soportes digitales, integrada por un total de 18 Cd's, debidamente numerados y registrados. Se ha **recibido declaración en calidad de imputados** a las personas que fueron llamadas en dicha condición y se libró una **comisión rogatoria** que no ha sido cumplimentada.

En consecuencia, debe entenderse que las diligencias de investigación descritas son todas aquellas que razonablemente se han considerado adecuadas para el esclarecimiento de los hechos, en atención a la gravedad de los mismos. A lo largo de la misma se ha pretendido fijar la realidad de lo ocurrido sometiendo todos los medios de prueba aportados a contradicción, facilitando el trámite de alegaciones a las partes y garantizando en todo momento el derecho de audiencia, pretendiendo observar el principio de investigación efectiva.

D. Aplicación de lo expuesto hasta ahora al caso concreto:

En relación a los hechos ocurridos en la línea fronteriza el día **15.10.14**, en las grabaciones se observa claramente como un inmigrante conocido como *Dany* y que no ha podido ser identificado, al descender desde lo alto de la valla más próxima a Melilla por una escalera, alrededor de las 9.38 horas del día 15.10.14, fue rodeado y golpeado por un grupo de guardias civiles empleando las defensas, siendo posteriormente trasladado en volandas hasta Marruecos desde España, atravesando el perímetro fronterizo mediante la apertura de las puertas ubicadas en el entrevallado y siendo entregado a las Fuerzas de Seguridad marroquíes. Asimismo, es un hecho cierto que el mismo empuñaba un garfio que blandió ante la presencia de los guardias, mientras se encontraba agarrado a la escalera con la otra mano.

En el caso investigado, debemos partir de inicio de un hecho que ya de por sí supone la necesidad de plantear la crisis anticipada de esta investigación, toda vez que los inmigrantes fueron entregados a la policía de fronteras marroquí de manera inmediata y sin efectuar diligencia alguna que permitiera su identificación. En consecuencia, ha resultado imposible que alguno de los inmigrantes pudiera prestar declaración ante esta instrucción, a fin de efectuar un examen individualizado de los mismos, caso por caso, lo que hubiera permitido concretar si alguno de ellos sufrió un padecimiento físico o psíquico derivado de la actuación de alguno de los agentes y susceptible de reproche penal. Sin esas declaraciones, se ha privado a la investigación de un elemento esencial que hubiera permitido concretar, en su caso, la procedencia de la continuación de esta causa.

Toda la prueba que acerca de los hechos ocurridos el día 15.10.14 ha podido allegarse a las actuaciones ha quedado limitada al contenido de las grabaciones y a las declaraciones que los guardias civiles prestaron ante esta instrucción, junto con las declaraciones de algunos testigos. Si bien las grabaciones son un medio de prueba útil a los fines de la instrucción, al igual que las declaraciones testificales, no

es menos cierto que las mismas no pueden ser consideradas por sí mismas suficientes para justificar el paso a la fase intermedia del procedimiento y mucho menos para propiciar la apertura de juicio oral.

Aunque las imágenes en principio muestran una actuación desmesurada de los agentes, al emplear las defensas contra una persona que se encontraba subido a una escalera y agarrado con una sola mano y que perfectamente habría podido ser obligado a descender de la escalera de otra manera, es lo cierto que los agentes se encontraban realizando la función de rechazo en frontera en la forma en que les había sido ordenada que la llevaran a cabo, en una situación de gran tensión. Finalmente, valorando única y exclusivamente los medios de prueba incorporados a las actuaciones (grabaciones, testificales y declaración de los agentes imputados), no puede inferirse en este momento procesal y a falta de poder practicar las diligencias de investigación pendientes, un acto inequívoco y claro de sentido vejatorio de esos agentes contra los inmigrantes, o que hubieran tenido un comportamiento degradante que incidiera en el concepto de la dignidad personal de aquéllos.

Ahora bien, las conclusiones provisionales a las que puede llegarse en este momento procesal, no implican que hayan desaparecido los indicios de delito. Estos siguen existiendo, si bien resultan insuficientes para justificar el paso a la fase intermedia del procedimiento. En consecuencia, procede el dictado de auto de sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 641.1 de la Lecrim, ante la falta parcial de acervo probatorio, lo que no impedirá que en caso de allegarse a la instrucción nuevos medios de prueba (fundamentalmente las declaraciones de los perjudicados), los mismos deban ser valorados a los efectos de acordar bien la reapertura de las actuaciones, bien el mantenimiento del archivo.

Vistos los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación,

III. PARTE DISPOSITIVA

Acuerdo:

El sobreseimiento provisional y archivo de las presentes actuaciones, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 641.1 de la Lecrim, respecto de los agentes de la guardia civil con TIP número G01881I; D33936W; K53508K; F35221T; W61370Q; K42838N; J10474C y I40628A.

Notifíquese este auto al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, haciéndoles saber que contra el auto cabe interponer, ante este Juzgado, RECURSO DE REFORMA en el plazo de los TRES DÍAS siguientes a su notificación y/o RECURSO DE APELACIÓN, subsidiariamente con el de reforma o por separado, en este caso, dentro del plazo de los CINCO DÍAS siguientes a la notificación.

Así lo manda, acuerda y firma Emilio Lamo de Espinosa Vázquez de Sola, juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Melilla. Doy fe.

El Juez

El Secretario Judicial

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo mandado. Doy fe

En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex LO 15/99, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal).