



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



JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 2 (ANTIGUO MIXTO Nº 7)
Campo internacional de Maspalomas, Parcela 33
San Bartolomé de Tirajana
Teléfono: 928 72 32 07
Fax.: 928 72 32 92
eMail: instruc2.sbar@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Diligencias previas
Nº Procedimiento: 0002563/2020
Proc. origen: Diligencias previas
Nº proc. origen: 0002392/2020-00
NIG: 3501943220200008170
Resolución: Auto 001112/2020

Intervención:
Denunciante

Interviniente:
AYUNTAMIENTO DE MOGAN

Abogado:

Procurador:

AUTO

En San Bartolomé de Tirajana, a 23 de noviembre de 2020.

HECHOS

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se inician en virtud de una denuncia presentada por el Ayuntamiento de Mogán por la que se da cuenta de la situación en la que se encuentran los migrantes extranjeros que pernoctan en el Muelle de Arguineguín, en la isla de Gran Canaria.

SEGUNDO.- Por auto de fecha 13 de noviembre de 2020, se acordó por este Juzgado la realización de la inspección ocular del Muelle de Arguineguín a los efectos de esclarecer los hechos manifestados en la denuncia interpuesta, levantando acta de la situación del lugar así como dejando constancia fotográfica del mismo.

TERCERO.- El día 20 de noviembre de 2020, la comisión judicial realizó la mencionada diligencia teniendo conocimiento directo de la situación en la que se encuentran los ciudadanos extranjeros en el muelle antes citado.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Conforme al artículo 777.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.), *"El Juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento, dando cuenta al Ministerio Fiscal de su incoación y de los hechos que la determinen. Se emplearán para ello los medios comunes y ordinarios que establece esta Ley, con las modificaciones establecidas en el presente Título."*

Junto con éstas, resulta ineludible practicar como Diligencias Previas del Procedimiento Abreviado, la comparecencia del imputado prevista en el art. 775 LECrim, y el ofrecimiento de acciones al perjudicado, previsto en el art. 776 LECrim; así, estos preceptos, delimitan las diligencias previas que deben practicarse por ser necesarias, en cuanto destinadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas participantes y el órgano



competente para la celebración del juicio oral, si bien, sólo en el caso de que los aspectos reseñados no hayan podido determinarse con anterioridad en fase de investigación preliminar a cargo de la Policía Judicial y/o el Ministerio Fiscal (arts. 769 a 773 LECrim); de modo que practicadas sin demora estas diligencias necesarias, el Juez Instructor puede dictar cualquiera de las resoluciones previstas en el art. 779 LECrim.

En el presente caso, no se estima necesario la práctica de nuevas diligencias instructoras, por cuanto el resultado de las ya practicadas resulta revelador de la naturaleza no delictiva de los hechos investigados, estimándose así esta Instructora suficientemente ilustrada respecto a la apreciación de los extremos y a los fines previstos en el art. 777.1 LECrim en relación con el art. 779 LECrim.

SEGUNDO.- Dicho esto, el examen de las diligencias de investigación practicadas, así como de la presente denuncia debe llevar necesariamente a su archivo, por entender esta Instructora que los hechos denunciados no son presuntamente constitutivos de infracción criminal, no apreciándose en el relato fáctico efectuado en el cuerpo del escrito, indicios suficientes que conduzcan a la estimación de la concurrencia de los elementos penales integradores de un hecho delictivo.

Pues analizando el resultado de la inspección ocular, se considera que los hechos descritos en la denuncia presentada no reúnen los caracteres del delito por el que la misma se interpone, por lo que constatada dicha ausencia de tipicidad de la conducta denunciada parece incuestionable la procedencia del sobreseimiento, por entender que los hechos denunciados carecen de relevancia a efectos penales, sin perjuicio que, efectivamente la situación deplorable en la que se encuentran los migrantes en el Muelle de Arguineguín no son las idóneas; circunstancia que ha quedado patente en el día de hoy.

TERCERO- En relación a la estancia de los ciudadanos extranjeros en el muelle, y en relación con lo establecido Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 en su artículo 205 *"1. Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y la obligación de conservar, en vigor, la documentación con la que hubieran efectuado su entrada en España, la que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España. 2. Los extranjeros están obligados a exhibir los documentos referidos en el apartado anterior cuando fueran requeridos por las autoridades o sus agentes, en ejercicio de sus funciones. 3. Los extranjeros no podrán ser privados de su documentación, salvo en los supuestos y con los requisitos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana".* En el artículo 206 se establece que *"1. Los extranjeros a cuyo favor se inicie un procedimiento para obtener un documento que les habilite para permanecer en territorio español que no sea un visado, aquéllos a los que se les haya incoado un expediente administrativo en virtud de lo dispuesto en la normativa sobre extranjería y aquellos que por sus intereses económicos, profesionales o sociales se relacionen con España serán dotados, a los efectos de identificación, de un número personal, único y exclusivo, de carácter secuencial. 2. El número personal será el identificador del extranjero, que deberá figurar en todos los documentos que se le expidan o tramiten, así como en las diligencias que se estampen en su pasaporte o documento análogo, salvo en los visados. 3. El*



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



número de identidad del extranjero, NIE, deberá ser concedido de oficio, por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, en los supuestos mencionados en el apartado 1, salvo en el caso de los extranjeros que se relacionen con España por razón de sus intereses económicos, profesionales o sociales, que deberán interesar de dicho órgano la asignación del indicado número, siempre que concurran los siguientes requisitos: a) Que no se encuentren en España en situación irregular. b) Que se comuniquen los motivos por los que solicitan la asignación de dicho número. Los extranjeros que se relacionen con España por razón de sus intereses económicos, profesionales o sociales podrán solicitar personalmente el NIE a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, directamente o a través de las Oficinas de Extranjería o Comisarias de policía. En el caso de que el extranjero no se encuentre en territorio español en el momento de la solicitud, solicitará la asignación de NIE a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, a través de las Oficinas Consulares de España en el exterior”.

En el presente caso, la situación administrativa irregular en la que se encuentran los ciudadanos extranjeros que pernoctan en el muelle, hace necesario la realización por parte de la fuerza pública actuante de las labores propias de identificación y registro de los mismos, teniendo en cuenta para ello las limitaciones en cuanto a los medios materiales y personales existentes, sino además el gran número de ciudadanos llegados a las costas canarias durante los últimos meses.

CUARTO.- Mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, la situación sanitaria en nuestro país y fuera de éste ha modificado de forma sustancial las distintas actuaciones, siguiendo para ello los distintos protocolos sanitarios impuestos por la autoridad competente para la salvaguarda de la salud de toda la población. Es por ello, que el proceso de identificación y actuación de la fuerza actuante y el protocolo seguido por éste ha sido modificado de forma sustancial, no pudiéndose realizar labor alguna – ni administrativa ni judicial- hasta obtener los resultados de las PCR realizadas a los migrantes, y en su caso, seguir la cuarentena o las prescripciones necesarias establecidas por el facultativo que los asiste. En este sentido, la libertad ambulatoria (de tanto nacionales como extranjeros) puede encontrarse limitada por el protocolo a seguir, considerándose por esta juzgadora la existencia de una prudente proporcionalidad entre la limitación de dicho derecho fundamental y la salvaguarda de la salud pública.

QUINTO.- En relación a la afluencia de ciudadanos extranjeros en territorio nacional, incrementado por el impacto de la Covid -19 podría llevar a una crisis humanitaria existente en África sin precedentes, que hace que los recursos públicos existentes en territorio nacional- que deben ser mejorados por las Administraciones Públicas competentes- sean insuficientes para amparar de forma adecuada los derechos básicos y fundamentales de dichos migrantes, pero sin que ello signifique la existencia de infracción penal alguna.

SEXTO.- De la inspección ocular realizada, en la que se ha podido constatar la existencia de más de mil ciudadanos extranjeros en el muelle, no ha podido acreditarse la existencia de ilícito penal. No ha quedado probado que los mismos estén en dicho recinto en contra de su voluntad, ni que se les haya impedido abandonarlo. La fuerza actuante realiza las funciones de



protección y salvaguarda que les son propias, pero no existe prueba alguna que acredite que los ciudadanos que se encuentran en dichas instalaciones, lo estén en contra de su voluntad y que al intentar abandonar las mismas hayan regresado por la fuerza.

Según la doctrina del Tribunal Supremo el delito de detención ilegal exige un dolo específico, es decir, la voluntad de privar a otro de su libertad durante cierto tiempo y si tal propósito no resulta evidente por las circunstancias del caso no se cometería este delito (STS 48/2003 de 23 de enero). El dolo o voluntad consiste en una actuación intencionada, consciente de la ilicitud de la conducta. Son irrelevantes los motivos por los que se realice la conducta pero lo determinante es que se quiera privar de libertad al sujeto (STS 1627/2003 de 8 de octubre, STS 1075/2001 de 1 de junio). Los medios comisivos son muy amplios y no requieren empleo de fuerza. El delito para estimarse consumado no requiere un lapso más o menos dilatado de encierro, cuestión que podrá influir en la determinación de la pena, sino que se consuma desde el momento mismo de la privación de libertad (STS 307/2000 de 27 de febrero, STS 574/2000 de 31 de marzo, STS 14/2001 de 1 de enero, STS 164/2001 de 5 de marzo, STS 610/2001 de 10 de abril, STS 496/2003 de 1 de abril, STS 1400/2003 de 28 de octubre, STS 1424/2004 de 1 de diciembre y STS 601/2005 de 10 de mayo).

SÉPTIMO.- Cabe reiterar que la propia jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal prohíbe la existencia de una investigación meramente prospectiva para tratar de averiguar si una persona ha cometido, en algún momento, algún delito en relación con la multitud de hechos y acontecimientos que se le imputan; y ello en ausencia de cualquier dato u elemento objetivo que apoye esta posibilidad. En este sentido, el desaparecido fiscal general del Estado, José Manuel Maza, fue muy contundente contra las "investigaciones prospectivas" en la Memoria de la Fiscalía General del Estado, presentada el 5 de septiembre de 2017, que ordenó desechar *"tanto las investigaciones generales o prospectivas, dirigidas a la búsqueda de 'algo', que pudiera ser un indicio de delito", así "como la extensión sin límite de las investigaciones dirigidas a explorar, sin verdadero soporte real, el posible hallazgo de eventuales infracciones penales"*.

En todo caso, la exigencia de suficiente justificación o debida justificación de la participación en la perpetración del delito, debe entenderse como aquélla que permite llegar a la convicción provisional de la existencia de un hecho punible, sin que resulten bastantes las sospechas difusas o inconsistentes; la apreciación de tal justificación debe ser el resultado lógico de la consideración de hechos concretos susceptibles de incardinarse en una figura penal. La doctrina del Tribunal Constitucional recaída en torno al Auto de Procesamiento (Sentencias 37/89 de 15 de febrero, 66/89 de 17 de abril, 135/89 de 19 de julio, 218/89 de 21 de diciembre y 70/90 de 5 de abril) enseña que los indicios racionales van ligados al concepto de la probabilidad, de manera que para incoar un sumario es precisa la posibilidad de comisión de un delito; para el procesamiento la probabilidad de la comisión y de la participación de una persona determinada y, para la condena, la certeza, con exclusión de toda duda; precisando en relación al procesamiento la necesidad de que concurra algún indicio de criminalidad que sea racional, de modo que no se llegue a tan grave medida como consecuencia de vagas indicaciones o livianas sospechas, lo que implica la necesidad de sustentarse en datos de valor fáctico que, representando más que una posibilidad y menos que una certeza, supongan una probabilidad de la existencia de un delito. Esta doctrina es plenamente aplicable al ámbito del procedimiento abreviado, (en este sentido, entre otros, Auto AP de Madrid, Sección 3ª, de 4



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



de noviembre de 2005); de manera que en este momento procesal, y tras una instrucción que debe considerarse concluida, debe afirmarse, respecto de la figura penal que se pretendería por la acusación, **que no concurren los antedichos indicios racionales de criminalidad que supongan una probabilidad de que exista persona física o jurídica que haya tenido participación en la perpetración de un hecho ilícito**

Al respecto, conviene señalar que, la ley debe posibilitar que el Juez Instructor valore si las diligencias practicadas realmente determinan la existencia o no de tales indicios de participación en el supuesto hecho criminal, indicios racionales que son los que en el procedimiento ordinario se exigen para el auto de procesamiento (artículo 384 Lecrim), y al objeto de evitar que alguien pueda ser sometido a un proceso penal por delito (pena de banquillo) sin que antes se permita al Juez llevar a cabo dicha valoración (en este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala II, 424/1997 de 5 de mayo). Incluso, cuando en el propio relato de hechos contenido en la denuncia/querella inicial no aparece suficientemente constatada la comisión de la infracción penal objeto de la misma, por parte de persona concreta y determinada lo procedente es el sobreseimiento y archivo de las actuaciones sin necesidad de iniciar la instrucción penal (en este sentido, v.g., Auto AP-Córdoba, Secc. 2ª, de 3 de marzo de 2014; Auto AP-Sevilla, Sec. 3ª, de 18 de junio de 2015). Por todo ello, en el presente estadio procesal, resulta procedente el sobreseimiento de las actuaciones al amparo de lo establecido en el artículos 779.1.1ª, 782, 783 y 641.2º de la Lecrim.

Por los motivos expuestos, y tras analizar el resultado de las diligencias practicadas durante la instrucción de la causa, se acuerda el sobreseimiento libre de la misma, al no resultar el hecho constitutivo de delito (artículo 637.2º LECr).

En virtud de lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

Se DECRETA el SOBRESEIMIENTO LIBRE y el ARCHIVO de las presentes actuaciones.

NOTIFÍQUESE este auto al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, informándoles que esta resolución no es firme y contra ella cabe interponer ante este Juzgado recurso de reforma en el plazo de 3 días y/o recurso de apelación, subsidiariamente o por separado, en el plazo de 5 días desde su notificación.

Así lo acuerda, manda y firma **Dña. YANIRA DEL CARMEN GONZÁLEZ SOSA**, Juez del Juzgado de Instrucción número. 2 de San Bartolomé de Tirajana, de lo que doy fe.

LA JUEZ