



Roj: AAP ML 1/2015 - ECLI:ES:APML:2015:1A
Id Cendoj: 52001370072015200001
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Melilla
Sección: 7
Nº de Recurso: 437/2014
Nº de Resolución: 83/2015
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MIGUEL ANGEL GARCIA GUTIERREZ
Tipo de Resolución: Auto

AUD. PROVINCIAL DE MALAGA SECC. N.7 de MELILLA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Domicilio: EDIF. V CENTENARIO TORRE NORTE PLAZA DEL MAR Nº 3, 2ª PLANTA

Telf: 952698926/27

Fax: 952698932

Modelo: 662000

NIG: 52001 41 2 2014 1070314

ROLLO: APELACIÓN AUTOS 0000437 /2014

Juzgado procedencia: JDO.1ª. INST. E INSTRUCCIÓN N.2 de MELILLA

Procedimiento de origen: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000866 /2014

RECURRENTE: Lázaro , MINISTERIO FISCAL MINISTERIO FISCA

Procurador/a:

Letrado/a: ABOGACÍA DEL ESTADO MELILLA,

RECURRIDO/A: FEDERACIÓN ANDALUCÍA ACOGE, SOS RACISMO DEL ESTADO ESPAÑOL
FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE, ASOCIACIÓN PRO DERECHOS DE LA INFANCIA-PRODEIN
ASOCIACIÓN COORDINADORA DE BARRIOS

Procurador/a: ISABEL MARÍA HERRERA GÓMEZ, ISABEL MARÍA HERRERA GÓMEZ, ISABEL
MARÍA HERRERA GÓMEZ, ISABEL MARÍA HERRERA GÓMEZ

Letrado/a: JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ CANDELA, JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ CANDELA, JOSÉ LUIS
RODRÍGUEZ CANDELA, SONIA RELLO PALOMO

AUTO N° 83/15

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. Mariano Santos Peñalver

MAGISTRADOS:

D. José Luis Martín Tapia

D. Miguel Ángel García Gutiérrez

En Melilla, a siete de abril de dos mil quince.

La Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga con sede permanente en Melilla, constituida por los Ilmos. Sres. Magistrados que arriba se expresan, ha visto los autos de Diligencias Previas nº 866/2014 del Juzgado de la Instancia e Instrucción nº 2 de esta Ciudad, en virtud de Recurso de Apelación (Rollo nº

434/14), contra el Auto pronunciado por la precitada instancia judicial de fecha diecisiete de noviembre de dos mil catorce ; siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel García Gutiérrez.

HECHOS

PRIMERO.- Tras los trámites oportunos, el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de esta Ciudad dictó Auto de fecha 17 de noviembre de 2014 , cuya parte dispositiva tenía el siguiente tenor literal:

Desestimo la petición de sobreseimiento provisional interesada por el Ministerio Fiscal a la que se ha adherido la Abogacía del Estado en defensa de Lázaro , ordenando la continuación del procedimiento.

SEGUNDO.- Por el Ministerio Fiscal en fecha 21 de noviembre de 2014 se interpuso recurso de apelación contra el mencionado Auto (folio 583), en el que solicitaba el sobreseimiento provisional de las actuaciones respecto de D. Lázaro por el supuesto delito de prevaricación, el cual fue admitido a trámite por providencia de la misma fecha.

Por su parte, por la Abogacía del Estado se interpuso en fecha 26 de noviembre de 2014 recurso de apelación (folio 621) contra la citada resolución, que fue admitido a trámite por providencia de 4 de diciembre de 2014.

En fecha 16 de diciembre el Ministerio Fiscal se adhirió al recurso de apelación de la Abogacía del Estado, admitido a trámite por providencia de la misma fecha.

TERCERO.- Realizados los correspondientes traslados, por todas las acusaciones populares personadas se presentaron escritos de impugnación a los citados recursos.

Verificados los trámites oportunos fueron remitidas las actuaciones a esta Audiencia para la resolución del recurso, habiéndose señalado el día 2 de marzo de 2015 para deliberación, votación, y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra el auto de fecha 17 de noviembre de 2014 dictado por el titular del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Melilla por el que se desestima la petición de sobreseimiento provisional interesada por el Ministerio Fiscal a la que se adhirió la Abogacía del Estado en defensa de D. Lázaro , se alzan en apelación el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado interesando se deje sin efecto el auto recurrido y se dicte otro que acuerde el sobreseimiento provisional al entender que no se dan en la conducta seguida por el Coronel Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla, D. Lázaro , los elementos del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal por el que fue imputado en auto de fecha 11 de septiembre de 2014.

El fundamento del recurso de apelación del Ministerio Fiscal radica en los siguientes argumentos: 1) D. Lázaro no dictó ninguna resolución. La Orden 6/2004 se refiere al trabajo interno desarrollado por los agentes de la Guardia Civil, no conteniendo una orden expresa y directa de actuación; 2) no basta para la existencia del tipo penal de la prevaricación de una mera irregularidad administrativa, sino que la resolución ha de ser arbitraria, no siéndolo en modo alguno la Orden de Servicio 6/2004; 3) el elemento subjetivo del tipo penal exige plena conciencia de que el sujeto activo dicta una resolución de carácter injusto, requisito que tampoco concurre pues en declaración prestada el día 3 de octubre el Coronel Jefe declaró que no tenía conciencia de actuar al margen de la Ley; 4) la operativa seguida en cada asalto con un número muy elevado de personas, concierto previo, el ejercicio de diferentes maniobras de distracción, etc, se organiza con la finalidad no de eludir la aplicación de la legislación de extranjería, sino precisamente de suscitar su aplicación forzada.

El recurso de apelación interpuesto por la Abogacía del Estado en defensa del imputado se fundamenta en: 1) vulneración del artículo 24 de la Constitución en cuanto no coinciden los hechos que aparecen en el auto de 11 de septiembre, con el contenido del auto objeto del recurso, siendo necesario que se amplíe la imputación; 2) la Orden de Servicio no es una resolución a efectos del delito de prevaricación; 3) en el auto no toman en consideración las obligaciones impuestas por el artículo 5 Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que impone a la Guardia Civil el deber de custodiar las fronteras, o las establecidas en el artículo 12 del Código de Fronteras Schenguen ,; 3) la Ley Orgánica 4/2000 en ningún artículo se refiere al contexto en que se efectuaron los intentos de entrada de 18 de junio de 2014 y 13 de agosto del mismo año, de forma masiva, y violenta.

Planteadas así las bases del recurso, lo que ha de determinarse es si el auto de fecha 17 de noviembre de 2014 dictado por el titular del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Melilla desestimatorio de la petición de sobreseimiento provisional en relación con la imputación de un supuesto delito de prevaricación

del Coronel Jefe de la Guardia Civil D. Lázaro por los hechos acontecidos en la frontera de Melilla los días 18 de junio y 13 de agosto de 2014, es contrario a derecho por faltar alguno de los requisitos que configuran el delito de prevaricación (siendo cuestionados todos ellos por los recurrentes), y si lo que procedería sería el sobreseimiento de las actuaciones por no ser los hechos constitutivos de infracción penal.

SEGUNDO.- Procede decidir en primer lugar si la petición de sobreseimiento provisional deducida por el Ministerio Fiscal y por la Abogacía del Estado en defensa del Sr. D. Lázaro constituye una clausura prematura de la fase de investigación, cuando, como en el presente caso, según la resolución recurrida, criterio al que se adhieren los querellantes, es posible la práctica de nuevas diligencias útiles y procedentes encaminadas tanto al esclarecimiento de los hechos, como a la veracidad de la imputación.

Ante todo, debe recordarse que la petición de sobreseimiento formulada por el Ministerio Fiscal y por la Abogacía del Estado en defensa del Sr. D. Lázaro , viene referida exclusivamente al delito de prevaricación administrativa que se imputa al Sr. D. Lázaro por las resoluciones por él dictadas en el ejercicio de sus funciones, en concreto la Orden 6/2014 y las ordenes verbales dadas los días 18 de junio y 13 de agosto de 2014.

No se discute la realidad de tales órdenes, el contenido de las mismas, el rechazo de los inmigrantes al vecino país de Marruecos sin otra resolución administrativa que las objeto de este procedimiento. Es correcto por tanto considerar agotado el cauce de la investigación penal respecto al ámbito planteado por el Ministerio Fiscal y la defensa del Sr. D. Lázaro .

De otro lado, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, quien ejercita la acción penal no tiene en el marco del artículo 24.1 de la Constitución , un derecho incondicionado a la plena sustanciación del proceso, sino sólo a un pronunciamiento motivado del juez en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, en la que indudablemente cabe la consideración de la falta de acreditación del hecho denunciado, o su irrelevancia penal y la denegación de la tramitación del proceso o su terminación anticipada. La inadmisión de querellas o denuncias y la terminación anticipada de cualquier procedimiento sólo requiere, desde el punto de vista constitucional, que las resoluciones judiciales que las declaren contengan una motivación razonada y razonable de las causas que han llevado a tal inadmisión.

TERCERO.- Como indica la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas sentencia de 16 de octubre de 2.009 (Sentencia nº 1026/2009; rec nº 2097/2008), los requisitos necesarios para apreciar el delito de prevaricación administrativa son: en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, ha de ser de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto; y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario con conocimiento de su actuar en contra del Derecho.

En el caso que nos ocupa, en primer lugar, procede analizar si las órdenes emitidas por D. Lázaro en el ejercicio de sus funciones como Coronel Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla, ostentan la condición formal de resoluciones administrativas. En este sentido, en fecha 3 de octubre de 2014 se recibió declaración en calidad de imputado a D. Lázaro que manifestó que el día 13 de agosto se encontraba al mando del operativo que se observa en las imágenes. Que estuvo en el mismo lugar que se recoge en las imágenes, no de manera continua, sino en distintas fases mientras los hechos tuvieron lugar. Que las órdenes que tenían los Guardias Civiles en este caso concreto, al no haber superado la tercera valla, con arreglo al criterio operativo que se maneja desde el año 2005, son susceptibles de ser entregados a Marruecos, ya que Marruecos siempre se hace cargo de los inmigrantes que se encuentran en esa situación. Que lo que se aplica es un rechazo en frontera. [...].

En el Informe sobre Protocolo de actuación seguido el día 18 de junio y 13 de agosto de 2014 emitido por la Guardia Civil en fecha 2 y 8 de septiembre de 2014, folios 79 y siguientes y 304 y siguientes de las actuaciones, se hace constar que el protocolo de actuación seguido ese día [...] está basado en el Protocolo Operativo de Vigilancia de Fronteras (de fecha de fecha 26 de febrero de 2014), y en la Orden de Servicios nº 6/2014 sobre Dispositivo Anti-Intrusión en la valla perimetral de Melilla, emitida esta última por D. Lázaro (folios 305 a 337 y 105 a 131 de las actuaciones).

De lo expuesto, debe extraerse que hubo una resolución por parte de D. Lázaro a los Guardias Civiles que prestaban servicios en la valla los días indicados. En primer término, porque se encontraba al frente del

operativo, según él mismo reconoció. En segundo lugar, porque esas órdenes o "resolución" en los términos empleados por el artículo 404 CP, que ab initio eran conformes con el Protocolo y Ordenes de Servicios indicados (folios 80 y 304 de las actuaciones), si no fueron emitidas a los Guardias Civiles a su servicio ese día, lo fueron en días u ocasiones precedentes, consintiendo D. Lázaro el día de autos ese modo de actuar que él mismo había ordenado en ocasiones previas. Téngase en cuenta que D. Lázaro es el autor material de la Orden de Servicio 6/2014, y destinatario del Protocolo y de la Orden de Servicio 21/2005.

Tampoco se produce indefensión alguna tal y como denuncia la Abogacía del Estado al señalar que no coinciden los hechos que aparecen en el auto de imputación de 11 de septiembre, que son las órdenes que constan en el folio 79 de la causa, con el contenido del auto objeto del recurso, pues lo expuesto en el auto recurrido, no contradice, desde luego, lo indicado en el auto de imputación, que fue dictado en un momento inicial del procedimiento, sobre la base de una cognición limitada, y excede ampliamente de la motivación y descripción de hechos que se contiene en resoluciones de dicha naturaleza, siendo el hecho supuestamente punible exactamente el mismo.

CUARTO.- Admitida la naturaleza de resoluciones administrativas de las órdenes dadas por Lázaro procede abordar la cuestión de si la ilegalidad que se predica de las mismas constituye patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales. Debe precisarse que queda excluido del ámbito del presente recurso, cualquier otra acción u omisión ejecutada en contravención o al margen de las órdenes referidas.

Expuesto lo anterior, es criterio, igualmente constante en nuestra doctrina jurisprudencial que para que una acción sea calificada como delictiva, es preciso algo más que la contradicción con el derecho. Este plus es identificado, desde una perspectiva objetiva de inadecuación de la resolución a la ley, con la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Así se habla de la contradicción patente y grosera con la legalidad, o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente. Y, subjetivamente, atendiendo a la voluntad del sujeto, con el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9 número 3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad.

Pero, en todo caso, debe insistirse en la insuficiencia de la mera ilegalidad o la mera contradicción con el Derecho para caracterizar el delito de prevaricación. El principio de intervención mínima implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. El Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque arbitrario, consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger.

De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, incluso idóneas para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. Por ello, no puede identificarse sin más los conceptos de grave infracción del derecho aplicable o nulidad de pleno derecho con el delito de prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se consideran como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito.

En definitiva, el sistema penal, a través del delito de prevaricación administrativa, trata de sancionar la arbitrariedad de la autoridad o funcionario público, lo que es un plus diferente de la mera ilegalidad.

QUINTO.- En el caso de autos las resoluciones administrativas objeto de enjuiciamiento acuerdan el rechazo en frontera de los inmigrantes que, en asaltos masivos a la valla fronteriza de Melilla los días de autos, tras sortear la valla fronteriza no consiguieron salvar la valla interna. Decisión adoptada con fundamento en lo que se conoce como concepto operativo de frontera instituido por la Dirección General de la Guardia

Civil (folios 105 y siguientes), conforme al cual la frontera, a los solos efectos de la ley de extranjería, viene constituida por la valla interna del sistema de vallas del perímetro fronterizo de las ciudades de Ceuta y Melilla.

El objeto de la controversia radica pues en decidir si es conforme al ordenamiento jurídico considerar que el espacio comprendido entre las vallas que conforman el perímetro fronterizo debe ser considerado como frontera y, por tanto, no es territorio español, o, por el contrario, si acertada o no la anterior consideración la ley aplicable es la española.

La decisión del conflicto es trascendente pues la devolución o rechazo de los inmigrantes se ejecuta con omisión en la devolución de las garantías previstas en el número 2º del artículo 26 de la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000, negación de la oportunidad de ejercicio del derecho de asilo y ausencia de una exposición individualizada de las razones del rechazo.

El ejercicio por las autoridades españolas del control de hecho y su autoridad sobre los inmigrantes en la zona discutida, determina de modo forzoso la resolución del conflicto conforme al ordenamiento jurídico español. Por consiguiente, el rechazo de forma inmediata de los inmigrantes interceptados en la zona intermedia del vallado, través de las puertas de la valla más cercana al territorio marroquí, sin observancia de lo estipulado por nuestro ordenamiento jurídico en materia extranjería, constituye una decisión contraria a derecho, en cuanto prescinde absolutamente de los procedimientos legales previstos, ya sea expulsión, devolución o denegación de entrada, al tiempo que ignora las garantías que asisten a los extranjeros en caso de expulsión-entendida en sentido amplio-esto es, asistencia letrada y, en su caso, intérprete, así como derecho a un recurso efectivo, y, priva o limita gravemente el derecho a solicitar asilo.

Ahora bien, concurren una serie de factores que difuminan la arbitrariedad de las resoluciones enjuiciadas excluyéndolas de la esfera penal.

Las resoluciones objeto de recurso parten de un concepto operativo de frontera instituido por la Dirección General de la Guardia Civil (folios 105 y siguientes), que se construye sobre la ficción de establecer como frontera, a los solos efectos de la ley de extranjería, la valla interna del sistema de vallas del perímetro fronterizo de las ciudades de Ceuta y Melilla, de modo que si los inmigrantes en su intento de entrada en territorio español no superan la valla interna, se considera que la entrada no se ha producido, lo que excluiría la aplicación de la legislación de extranjería. Dicho Protocolo es de febrero de 2014 y al mismo se ajustan las resoluciones controvertidas. No obstante, como después se dirá, este concepto de frontera viene siendo utilizado por el Gobierno español prácticamente desde la misma construcción de la valla.

Ante todo hay que tener en cuenta que la valla construida por el Gobierno español, crea una situación no prevista por la legislación nacional e internacional en materia de extranjería.

De otro lado, es notorio que la misma fue construida con la finalidad de constituir un obstáculo dirigido a impedir el paso clandestino de inmigrantes, obligándoles bien a tomar otras rutas de entrada, bien a acceder a través de los puntos habilitados. Consta igualmente, que los elementos que integran la valla han sido modificados con el único propósito de dificultar que los inmigrantes puedan sortear la misma.

Por último es indudable que la construcción de la valla es una facultad soberana del Estado, quien tiene el derecho y deber de controlar sus fronteras. Puntualizar que España no es el único país de la Unión Europea que ha elegido este sistema. En la actualidad han optado también por esta alternativa Bulgaria y Grecia.

En el marco expuesto, y, con independencia que, como se dijo, los protocolos de actuación cuestionados infringen la legislación en materia de extranjería, el debate jurídico debe limitarse a decidir si la injusticia de las resoluciones limitativas de los derechos de los extranjeros es merecedora de reproche penal.

La valla tiene como finalidad evitar la entrada de inmigrantes en territorio español, se trata de un concepto desconocido en la legislación, criticado pero no prohibido, claramente restrictivo de los derechos de los inmigrantes. En este marco, aun cuando existen otras interpretaciones respetuosas y favorecedoras al ejercicio de derechos de los extranjeros en materia de inmigración, la definición de frontera contenida en los citados protocolos de actuación, en sí misma considerada no es arbitraria, ni absurda o ilógica, y se adecúa a la propia naturaleza y finalidad del control fronterizo al que está destinada la valla. Insistir en esta cuestión que la valla es un elemento de hecho no regulado en el derecho, que genera una serie de problemas jurídicos, entre otros el que nos ocupa, interfiriendo en su resolución con una perspectiva eminentemente restrictiva de los derechos y proteccionista de la seguridad de las fronteras exteriores del Estado. Es más, el propio Estado español contribuye a la ambigüedad del concepto de frontera en relación con la valla fronteriza. Así, tras aceptar el ministro del Interior español en julio de 2006 facilitar a Amnistía Internacional la información relativa

a la clarificación de la condición jurídica del espacio situado entre las vallas fronterizas, no existe constancia que haya proporcionado criterio interpretativo alguno.

Las resoluciones administrativas cuestionadas, de conformidad con este espíritu restrictivo de derechos que determinó la elevación de la verja, proceden a resolver la colisión de intereses contrapuestos que concurren en el caso de autos, esto es, inmigración y seguridad de las fronteras del Estado a favor de éste, recordar que conforme al artículo 12 de la Ley Orgánica 2/1986, apartado B) d) compete a la Guardia Civil la custodia de las fronteras. De aquí que se opte por un concepto de frontera restrictivo de los derechos de los inmigrantes, en base al argumento de que sólo cuando se traspasen los obstáculos construidos por el Estado español para impedir el paso clandestino de personas, en concreto la valla interna, se entenderá producida la entrada ilegal del inmigrante, accionándose en tal supuesto los mecanismos legalmente previstos en la Ley de Extranjería. En caso contrario, al no consumarse la entrada, no se entiende producida, lo que excluiría la aplicación los procedimientos y garantías establecidos en la Ley de extranjería. El argumento no es aceptable, pero la ilegalidad o contrariedad a Derecho de las resoluciones no parece deba considerarse constitutiva de una grosera infracción intencional del ordenamiento jurídico.

Ya se apuntó que el sistema de extranjería forma parte de las competencias exclusivas del Estado inherentes al principio de soberanía territorial, siendo facultad de cada Estado, a través de su ordenamiento jurídico interno, regular la entrada y estancia de los extranjeros en su territorio y adoptar las medidas o procedimientos de control que estime necesarios. Principio que recoge el artículo 4 apartado 3 del TFUE al decir que la Unión respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro. Ahora bien, el Derecho Internacional impone unos límites a las leyes nacionales sobre inmigración que están vinculados al respeto de la dignidad de los seres humanos y vienen fijados en los Tratados Internacionales, en especial, la Convención de Ginebra de 1951, el protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados, los tratados internacionales relativos a la extradición, el tránsito, la readmisión de los nacionales extranjeros y el asilo, en particular, el Convenio de Dublín (Convenio de 1990), y el Convenio Europeo de los Derechos Humanos de 1950.

En esta convergencia de intereses divergentes, la política común europea contra la inmigración ilegal se mueve en el delicado equilibrio entre el derecho al rechazo de su territorio de ciudadanos de terceros país que no cumplen los requisitos de entrada y el cumplimiento de las obligaciones de asilo derivadas del derecho humanitario y de las propias disposiciones de la legislación comunitaria, en especial el Reglamento CE 562/2006, en relación con los artículos 77 a 80 del TFUE y 18 y 19 de la Carta Europea de Derechos, ecuación en la que incide además como factor confluyente la necesidad de un control estricto de las fronteras exteriores de la Unión.

Merece traer a colación las Conclusiones del Consejo sobre 29 medidas destinadas al refuerzo de la protección de las fronteras exteriores y a la lucha contra la inmigración ilegal, sesión de 25 y 26 de febrero de 2010, en las que tras indicar que las medidas y actuaciones que se emprendan como consecuencia de las presentes conclusiones respetarán plenamente los derechos humanos, la protección de las personas que necesiten protección individual y el principio de no devolución; insiste en destacar que la responsabilidad del control y vigilancia de las fronteras exteriores corresponde a los Estados miembros, y propone adoptar entre otras acciones las siguientes: mejorar la cooperación operativa con terceros países de origen y de tránsito, a fin de mejorar el patrullaje conjunto en tierra y mar, con el consentimiento del Estado miembro de que se trate, los retornos y la obtención e intercambio de información pertinente dentro del marco jurídico aplicable, así como otras medidas preventivas eficaces en el ámbito de la gestión de fronteras y de la inmigración ilegal (Conclusión 4ª). Estimular la cooperación de terceros países vecinos en la vigilancia de las fronteras. Esencial que, dentro del ámbito territorial de EUROSUR y del marco financiero vigente, se ponga a disposición de los terceros países cuya aportación pueda contribuir de manera apreciable al control de los flujos de inmigración ilegal un apoyo financiero y logístico de la Unión Europea y de sus Estados miembros, a fin de que mejoren su capacidad para gestionar sus propias fronteras (Conclusión 13ª). Y, velar porque los objetivos de la política de inmigración se sitúen en el centro del diálogo político con los terceros países pertinentes de origen y de tránsito, con miras a la aplicación estratégica, sistemática y basada en elementos probatorios del Enfoque Global de la Migración en todas sus dimensiones, es decir, la migración legal, la inmigración ilegal y los aspectos de migración y desarrollo. Para ello es menester asimismo, como cuestión de principio, que todas las partes implicadas asuman sus responsabilidades en materia de repatriación y readmisión de migrantes que lleguen o permanezcan de forma ilegítima, incluidos aquellos que hayan entrado -o pretendido entrar- al territorio de la Unión Europea de forma ilegal procedentes de sus territorios respectivos (conclusión 22).

Es en este marco de soberanía del Estado donde debe radicarse la controversia objeto del presente recurso. En concreto, las resoluciones imputadas a título de prevaricación se enmarcan en la política del Estado español sobre inmigración de la frontera Sur Ceuta-Melilla, caracterizada respecto a la ciudad de Melilla, de un lado, por la construcción de la valla, iniciada en 1998, que sin duda responde a unas claras directrices de rechazo del inmigrante y cierre de fronteras, y, de otro, por una serie de devoluciones colectivas criticadas por no reunir los requisitos de derecho humanitario, así se pueden citar la de 1996, en la que 103 inmigrantes fueron trasladados a Málaga por aviones del ejército para finalmente ser deportados, o la de Octubre de 2005, en la que 73 subsaharianos que accedieron ilegalmente a Melilla, a través de la valla fronteriza, fueron entregados a Marruecos por las autoridades españolas, después de haber iniciado procedimiento de expulsión y acordado su internamiento en el CIÉ de Fuerteventura, sin dar explicación del cambio del procedimiento. Es interesante destacar, por la similitud que presenta con el caso que nos ocupa que en aquella ocasión el Gobierno aludió de forma confusa al Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, hecho en Madrid el 13 de febrero de 1992, así como a medidas excepcionales de repatriación, incluso a un acuerdo excepcional.

En conclusión, de un lado, las resoluciones analizadas se integran en la política estatal de asilo e inmigración mantenida durante años en la Frontera Sur-Ceuta-Melilla. De otro, el Derecho de extranjería está radicado en la soberanía del Estado, el cual a su vez debe observar determinados límites establecidos por el Derecho internacional público, de modo que el legislador está obligado a respetar los límites de derecho necesario derivado del Derecho humanitario, y, es por ello, que la infracción de la legislación nacional de las previsiones mínimas o de obligado cumplimiento generaría la correspondiente responsabilidad, pero ésta se sitúa en el ámbito internacional y podría originar, en su caso, la responsabilidad del Estado ante los organismos internacionales competentes.

En segundo lugar, la cuestión sometida a debate debe forzosamente ser ponderada juntamente con otros hechos concurrentes a fin de graduar la injusticia objetiva de la que están viciadas. Así, merece destacar que las resoluciones se dictan con relación a los asaltos masivos de la frontera con la finalidad de entrada ilegal de numerosas personas no identificadas, en abierta oposición a las órdenes emitidas por las autoridades competentes de la vigilancia de la misma y con empleo en ocasiones de violencia para vencer la fuerza policial opuesta al ilegítimo acceso, permite racionalmente considerar que tales actos comprometen la seguridad de la frontera cuyo cuidado viene encomendado por ley la Guardia Civil. Tampoco puede ignorarse el hecho notorio de la existencia en el perímetro fronterizo de la ciudad de Melilla, de extensión aproximada 10 kilómetros y bordeada en toda su longitud por dos vallas de seis metros de altura y una sirga tridimensional intermedia de tres metros, de al menos tres puestos fronterizos de paso de personas, uno de ellos especialmente habilitado para el ejercicio del derecho de asilo, en los que las fuerzas de seguridad del Estado español no oponen dificultad al legítimo ejercicio de los derechos por los inmigrantes, tramitando y resolviendo de manera respetuosa para con la legislación humanitaria las solicitudes de entrada y en su caso, asilo. Lo dicho pone de manifiesto la menor entidad de la contravención del derecho humanitario derivado del rechazo en línea fronteriza sin observancia de las garantías exigidas. Así, a la infracción por las autoridades españolas de los derechos y garantías exigidos por la legislación española en las decisiones administrativas de denegación de entrada y solicitudes de asilo en los asaltos masivos, se contraponen la disposición de las propias autoridades españolas a tramitar en los puestos habilitados para ello, próximos a los lugares donde se pretenden las entradas ilegales, con observancia de las garantías legales y respeto del derecho humanitario, las solicitudes de entrada o asilo de los mismos inmigrantes rechazados en la línea fronteriza de contención.

Por último, es preciso valorar que en coincidencia cronológica, pero anterior a la solicitud del Ministerio Fiscal de fecha 24 de octubre de 2014 en la que solicita el sobreseimiento provisional, la tramitación legislativa de la reforma de la Ley de Extranjería a través de una enmienda a la Ley de Seguridad Ciudadana, con la finalidad de regular expresamente el caso que nos ocupa. Concretamente se dice: "los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta y Melilla, intentando el cruce no autorizado de la frontera de forma clandestina, flagrante o violenta, serán rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España". Esta enmienda dota de cobertura legal, desde un punto de vista objetivo, las decisiones imputadas a título de prevaricación que constituyen el objeto de nuestro análisis, pues establece para supuestos idénticos al aquí analizado una respuesta similar a la discutida, esto es, la devolución automática en frontera. Lo que resulta de gran trascendencia, pues pone de manifiesto que las resoluciones administrativas objeto de recurso podrían acomodarse a cánones interpretativos admisibles desde una perspectiva jurídica del derecho interno español. Ciertamente que el texto finalmente aprobado, difiere de la proposición de ley inicialmente planteada en el Congreso de los Diputados, al introducir como condición que

la devolución o rechazo en frontera respete los mínimos de derecho humanitario, pero en todo caso, instituye como se ha dicho, el rechazo en frontera junto con las otras alternativas previstas en la Ley de Extranjería, esto es, expulsión, devolución y denegación de entrada.

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

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

SEXTO.- Conforme al artículo 240 de la LECrim ., procede declarar de oficio las costas causadas en esta alzada.

Vistas las disposiciones legales citadas y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

Que estimando como estimamos el recurso de Apelación interpuesto por el Ministerio fiscal y por la Abogacía del Estado en representación de D. Lázaro , 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. Lázaro 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.

Notifíquese a las partes la presente Resolución, previniéndoles que, contra ella, no cabe Recurso Ordinario alguno y, en su momento, devuélvase el testimonio de particulares al Juzgado de su procedencia, junto con testimonio de la presente, para su conocimiento y ejecución.

Así por este su Auto, del que también se unirá testimonio al Rollo de Sala correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Doy fe.