



SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 5ª)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 42 99 64
Fax: 928 42 97 78
Email: s06audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Apelacion autos
Nº Rollo: 0000659/2021
NIG: 3501943220200008170
Resolución: Auto 000859/2021

Proc. origen: Diligencias previas Nº proc. origen: 0002563/2020-00
Jdo. origen: Juzgado de Instrucción Nº 2 (antiguo mixto Nº 7) de San Bartolomé de Tirajana

<u>Intervención:</u> Apelante	<u>Interviniente:</u> AYUNTAMIENTO DE MOGAN	<u>Abogado:</u> DANIEL JOSE ARENCIBIA BORREGO	<u>Procurador:</u> MARIA DEL CARMEN SUAREZ VALENCIA
----------------------------------	--	---	---

AUTO

Illmos Señores

D Emilio Moya Valdés (Presidente)

D José Luis Ruíz Martínez

D Carlos Vielba Escobar (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria a quince de diciembre de dos mil veintiuno

HECHOS

ÚNICO.- Que por el Juzgado de Instrucción Nº2 de San Bartolomé de Tirajana se dictó auto de fecha 13 de abril de 2021 por el que se acordaba el sobreseimiento libre de las diligencias previas 2563/20, interponiéndose por la representación procesal del Ilustre Ayuntamiento de Mogán recurso de apelación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Prescindimos en la presente resolución de cualquier mención a miembros del Ministerio Fiscal que hace el recurso y en especial a Una (cuya excelente valía personal y profesional esta Sala esta en condiciones de afirmar) partiendo de la base de que el Ministerio Fiscal es único, máxime cuando en su momento Este instó la práctica de determinadas diligencias.

Por otro lado la cuestión sometida a nuestra consideración merece una previa reflexión de carácter. Así las imágenes del campamento provisional instalado en el Muelle de Arguineguín evidencian unas pésimas condiciones, condiciones que de suyo reclamaban una explicación y que fue requerida por la Sección Segunda de esta audiencia en su auto de fecha 15 de febrero de 2021, más y por mucho que pueda parecer contradictorio, las personas (a veces se olvida, pues no dejan de ser utilizadas como armas arrojadas, ente que antes que inmigrantes son personas), que se encontraban en el mismo incluso pueden considerarse “afortunadas” (las

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.





comillas se muestran como obligadas) pues no solo sobrevivieron a una penosa travesía que se ha cobrado múltiples vidas, y lo que es peor, existe la certeza de que se las seguirá cobrando, sino que también recibieron asistencia tanto de la Cruz Roja, como con posterioridad por parte del Estado al ofrecer soluciones alojativas en distintos hoteles (solución que también engendró polémica). En cualquier caso parece posible huir de la idea de que esta Isla quiera ser convertida en una nueva Lesbos

Debemos hacer mención a la finalidad de la instrucción y en este sentido nos dice la Sentencia del Tribunal Supremo 79/2012 de 9 de febrero:

“El sistema español diseñado en la Ley procesal penal se articula en torno a un proceso depurador de responsabilidades penales con un objeto preciso: la reconstrucción de un hecho que reviste características de delito y la averiguación de su autor, a fin de imponer las consecuencias jurídicas previstas en el Código penal, dentro del marco de garantías propias del sistema penal en un Estado democrático. Ese objeto del proceso penal se inicia con una actividad instructora, de naturaleza administrativa y jurisdiccional, dirigida a la preparación del juicio oral, mediante la práctica de una serie de actuaciones para averiguar y hacer constar la perpetración de delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos (artículo 299 ley procesal penal).

No es posible, por tanto, en nuestro sistema procesal una actividad jurisdiccional de mera indagación sin una finalidad de imposición de una pena. Ello implica la existencia de responsabilidades penales exigibles y con, al menos potencialmente, la presencia del imputado con pleno ejercicio de su derecho de defensa y con la intervención activa que la ley procesal establece y le garantiza”.

Añadiendo la Sentencia del Tribunal Supremo 569/20 de 30 de octubre

“La más segura represión del delito y la prevención de su reiteración, que son bienes constitucionalmente protegidos (STC 13/1985), no entrañan, en modo alguno, la investigación prospectiva legal y constitucionalmente proscrita“

Y es que no cabe obviar, como se resalta por el Ministerio Fiscal la/el Ilmo/o Magistrada/o que acordaron los sucesivos archivos, que la parte recurrente ni menciona delito alguno, ni dirige su acción frente a persona determinada.

SEGUNDO.- Dos son los delitos que podrían considerarse como cometidos, contra la integridad moral, en la medida que el campamento del muelle, como hemos dicho, presentaba unas pésimas condiciones; y de detención ilegal, pues como consta en el informe, folios 99 y siguientes, las personas cuya PCR resultó negativa, fueron puestas en libertad, argumentando la parte recurrente que no les estaba permitido abandonar el campamento.

En cuanto al primero de los delitos , la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2019 señala:

"Con respecto al delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código penal , esta Sala ha declarado (Sentencia 819/2002, de 8 de mayo) que esa integridad protegida ha sido



identificada con la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona y, tomando como referencia la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio, abarca su preservación no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. En el contexto en que se encuentra el precepto aplicado, la integridad moral se ha identificado también con la integridad psíquica, entendida como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido. Dicho delito de trato degradante requiere para su apreciación de la concurrencia de un elemento medial ("infligir a una persona un trato degradante"), y un resultado ("menoscabando gravemente su integridad moral"). Por trato degradante habrá de entenderse, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1998, "aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral".

La acción típica, pues, consiste en infligir a otra persona un trato degradante, de forma que se siga como resultado y en perfecta relación causal un menoscabo grave de su integridad moral. El núcleo de la descripción típica está integrado por la expresión "trato degradante", que -en cierta opinión doctrinal- parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría "trato" sino simplemente ataque; no obstante ello, no debe encontrarse obstáculo, antes bien parece ajustarse más a la previsión típica, para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello. De manera que por trato degradante deberá entenderse en términos generales cualquier atentado a la dignidad de la persona. Por lo que hace referencia al resultado se precisará un menoscabo de la integridad moral, como bien jurídico protegido por la norma y que se configura como valor autónomo, independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona. Se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas, que supongan una agresión grave a la integridad moral.

Y en cuanto a la mecánica comisiva se sanciona cualquier trato degradante que menoscabe gravemente la integridad moral. Se trata de someter a la víctima, de forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indignidad para la persona humana. El atentado a la integridad moral debe ser, en consecuencia, grave, debiendo la acción típica ser interpretada a la vista de todas las circunstancias concurrentes en el hecho, pues cuando el atentado no revista gravedad podríamos estar ante una infracción de menor entidad punitiva."

Y por lo que hace a la detención ilegal Señala el Auto del Tribunal Supremo 132/21 de 11 de febrero

Lo que es conforme con la doctrina de esta Sala que señala que el delito de detención ilegal es una infracción instantánea que se consuma desde el momento mismo en que tiene lugar la detención o el encierro, ya que en uno y otro caso se priva al sujeto pasivo de su derecho de trasladarse de lugar según su voluntad, de suerte que en ambos supuestos se restringe ostensible y gravemente el derecho a la deambulación en tanto se impide el ejercicio del libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona.



El elemento subjetivo de este delito lo constituye el dolo penal, que requiere que la detención se efectúe de forma arbitraria e injustificada, siendo suficiente para su apreciación la conciencia y voluntad del autor de realizar el tipo objetivo de encerrar o detener a otro al que se priva su libertad para desplazarse libremente de un lugar a otro según su voluntad, como derecho fundamental de la persona constitucionalmente reconocido en el artículo 17.1 de la Constitución. El elemento subjetivo en este delito no requiere que el autor haya actuado con una especial tendencia o propósito de desprecio hacia la víctima diverso del que ya expresa el dolo, en tanto que conocimiento de la privación de la libertad ambulatoria de otra persona, sin que sea exigible un propósito específico para completar el elemento subjetivo. En definitiva, basta la conciencia y la voluntad de privar al sujeto pasivo de su libertad de movimientos para considerar concurrente el dolo de este tipo de injusto, siendo irrelevantes los móviles del autor, pues esta figura delictiva no hace referencia a propósitos ulteriores ni a finalidades comisivas (entre otras, SSTS 403/2006 de 7 abril, 587/2020 de 6 de noviembre)

TERCERO.- Resulta posible estimar la comisión de los referidos delitos por más que, repetimos, no se denuncie a nadie en concreto, si bien hemos de hacer mención a un número 6357 que son las personas que arribaron a la Isla o fueron rescatadas en alta mar en el mes de noviembre, y esta cifra se ha poner en relación al voto parcialmente discordante del Juez Dedov en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª) de 3 de octubre de 2007, Asunto N.D. y N.T. contra el Reino de España (que analizó las “devoluciones en caliente”) y que dice

“Lamento no poder unirme sin reserva a la opinión de mis colegas en este caso concreto. Voté a favor de una vulneración del artículo 4 del Protocolo nº 4 del Convenio, pero creo que la declaración de la violación bastaría a efectos del perjuicio moral. Los hechos de la causa demuestran que los demandantes no se encontraban en una situación de emergencia resultante de una persecución o de una amenaza inmediata contra la vida, la integridad o la dignidad. Además, los demandantes superaron la frontera ilegalmente y violentamente. Las autoridades, en lo que a ellas respecta, han examinado las circunstancias individuales de cada uno de los demandantes cuando ha cruzado de nuevo la frontera, como lo exige Convenio. Por tanto, incluso en el fondo, la violación no puede ser considerada como grave.

Para mí, todas las circunstancias están claras. Sólo tengo una inquietud en cuanto al presente asunto y otros casos similares examinados por el TEDH, y es que el TEDH mantenga (si bien no en todos los casos) sus estrictas normas con respecto a las autoridades en una situación de comportamiento ilegal o incluso de violencia. Puedo imaginar hasta qué punto los guarda fronteras españoles han estado desconcertados por esta invasión, cuando los candidatos, acompañados por numerosos inmigrantes, han atacado la frontera. Pensamos que los agentes del Estado deberían guardar la calma y ser imparciales en todos los supuestos porque han sido formados para estar preparados ante cualquier situación "estándar". Pero son personas como nosotros. Que sienten emociones; merecen igualmente nuestro respeto y deberíamos tenerlo en cuenta. Hay que preguntarse entonces quién era el más vulnerable en este caso concreto”.

Sentado lo anterior, mencionemos algunos de los artículos aplicables en Convenciones Internacionales, así la Declaración Universal de los Derechos Humanos nos dice:



Artículo 2 “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

Artículo 5. “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Artículo 7.-”Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación

Artículo 8.-”Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

Artículo 9- Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 10- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

A su vez los artículos 3 y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos señalan :

“Artículo 3 Prohibición de la tortura Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes

Artículo 14 Prohibición de discriminación El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación” .

Y por fin señalamos la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 (conocida como "directiva retorno") respecto a las normas y procedimientos comunes aplicables en los Estados Miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Dicho texto incorpora en especial las siguientes disposiciones: ”

El artículo 1 de la Directiva 2008/115, titulado «Objeto», establece:

«La presente Directiva establece normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos.»



Artículo 2 - Ámbito de aplicación "1. La presente Directiva se aplicará a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro. 2. Los Estados miembros podrán decidir no aplicar la presente Directiva a los nacionales de terceros países: a) a los que se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de fronteras Schengen, o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas de un Estado miembro y no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro; (...)"

Artículo 8 - Expulsión "1. Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno cuando no se haya concedido un plazo para la salida voluntaria de conformidad con el artículo 7, apartado 4, o cuando no se haya cumplido con la obligación de retorno dentro del plazo para la salida voluntaria concedido de conformidad con el artículo 7. (...)"

Artículo 12 - Forma "1. Las decisiones de retorno y -si se dictan- las decisiones de prohibición de entrada y de expulsión se dictarán por escrito y consignarán los fundamentos de hecho y de derecho, así como información sobre las vías de recurso de que se dispone. (...)"

Artículo 13 - Vías de recurso "1. Se concederá al nacional de un tercer país de que se trate el derecho efectivo a interponer recurso contra las decisiones relativas al retorno o pidiendo que se revisen éstas, conforme a lo dispuesto en el artículo 12, apartado 1, ante un órgano jurisdiccional, una autoridad administrativa u otro órgano competente compuesto por miembros imparciales y con garantías de independencia. 2. La autoridad u órgano mencionados en el apartado 1 serán competentes para revisar las decisiones relativas al retorno a que se refiere el artículo 12, apartado 1, pudiendo asimismo suspender temporalmente su ejecución, salvo cuando la suspensión temporal sea ya de aplicación en virtud de la legislación nacional. 3. El nacional de un tercer país de que se trate tendrá la posibilidad de obtener asesoramiento jurídico, representación y, en su caso, asistencia lingüística. 4. Los Estados miembros velarán por que la asistencia jurídica y/o la representación legal necesaria se conceda, previa solicitud, de forma gratuita con arreglo a la legislación nacional pertinente o las normas relativas a la asistencia jurídica gratuita, y podrán disponer que tal asistencia jurídica y/o representación legal gratuita esté sujeta a las condiciones establecidas en el artículo 15, apartados 3 a 6, de la Directiva 2005/85/CE ."

Artículo 13 internamiento: "1. Salvo que en el caso concreto de que se trate puedan aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo, los Estados miembros podrán mantener internados a los nacionales de terceros países que sean objeto de procedimientos de retorno, únicamente a fin de preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión, especialmente cuando:

- a) haya riesgo de fuga, o
- b) el nacional de un tercer país de que se trate evite o dificulte la preparación del retorno o el proceso de expulsión.

Cualquier internamiento será lo más corto posible y solo se mantendrá mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión.

2. El internamiento será ordenado por las autoridades administrativas o judiciales.



El internamiento será ordenado por escrito indicando los fundamentos de hecho y de derecho.

Cuando el internamiento haya sido ordenado por una autoridad administrativa, los Estados miembros:

- a) establecerán un control judicial rápido de la legalidad del internamiento, que deberá llevarse a cabo lo más rápidamente posible desde el comienzo del internamiento, o,
- b) concederán al nacional de un tercer país de que se trate el derecho de incoar un procedimiento para que se someta a control judicial rápido la legalidad de su internamiento, que deberá llevarse a cabo lo más rápidamente posible desde la incoación del procedimiento. En este caso, los Estados miembros informarán inmediatamente al nacional de un tercer país de que se trate sobre la posibilidad de incoar dicho procedimiento.

El nacional de un tercer país de que se trate será puesto en libertad inmediatamente si el internamiento es ilegal.

3. En todos los casos, se revisará la medida de internamiento a intervalos razonables cuando así lo solicite el nacional de un tercer país de que se trate o de oficio. En caso de periodos de internamiento prolongados, las revisiones estarán sometidas a la supervisión de una autoridad judicial.

4. Cuando parezca haber desaparecido la perspectiva razonable de expulsión, bien por motivos jurídicos o por otras consideraciones, o que hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, dejará de estar justificado el internamiento y la persona de que se trate será puesta en libertad inmediatamente.

5. El internamiento se mantendrá mientras se cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1 y sea necesario para garantizar que la expulsión se lleve a buen término. Cada Estado miembro fijará un período limitado de internamiento, que no podrá superar los seis meses.

6. Los Estados miembros solo podrán prorrogar el plazo previsto en el apartado 5 por un periodo limitado no superior a doce meses más, con arreglo a la legislación nacional, en los casos en que, pese a haber desplegado por su parte todos los esfuerzos razonables, pueda presumirse que la operación de expulsión se prolongará debido a:

- a) la falta de cooperación del nacional de un tercer país de que se trate, o
- b) demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria.”

Artículo 16 Condiciones del internamiento “1. Como norma general, el internamiento se llevará a cabo en centros de internamiento especializados. En los casos en que un Estado miembro no pueda proporcionar alojamiento en un centro de internamiento especializado y tenga que recurrir a un centro penitenciario, los nacionales de terceros países sujetos al internamiento estarán separados de los presos ordinarios.

2. Previa petición, se autorizará a los nacionales de terceros países en régimen de internamiento a que entren en contacto en el momento oportuno con sus representantes legales, los miembros de su familia y las autoridades consulares competentes.



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.



3. Se prestará particular atención a la situación de las personas vulnerables. Se les dispensará atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de las enfermedades

4. Las organizaciones y los organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales pertinentes y competentes podrán visitar los centros de internamiento a que se refiere el apartado 1, en la medida en que se utilicen para el internamiento de nacionales de terceros países con arreglo al presente capítulo. Tales visitas podrán estar sujetas a autorización previa.

5. Los nacionales de terceros países en régimen de internamiento recibirán de forma sistemática información sobre las normas aplicables en el centro y sobre sus derechos y obligaciones, incluida información sobre su derecho, con arreglo a la legislación nacional, a ponerse en contacto con las organizaciones y organismos a que se refiere el apartado 4.

Artículo 18 Situaciones de emergencia “1. En situaciones en que un número excepcionalmente importante de nacionales de terceros países que deban ser retornados plantee una importante carga imprevista para la capacidad de las instalaciones de internamiento de un Estado miembro o para su personal administrativo o judicial, dicho Estado miembro podrá, mientras persista dicha situación excepcional, decidir autorizar períodos más largos para el control judicial que los establecidos en el artículo 15, apartado 2, párrafo tercero, y tomar medidas urgentes con respecto a las condiciones de internamiento que se aparten de las fijadas en el artículo 16, apartado 1, y en el artículo 17, apartado 2.

2. Cuando recurra a tales medidas excepcionales, el Estado miembro de que se trate informará a la Comisión. También informará a la Comisión tan pronto como desaparezcan las razones que justificaban la aplicación de dichas medidas excepcionales.

3. El presente artículo no se interpretará de tal modo que permita a los Estados miembros apartarse de su obligación general de tomar todas las medidas adecuadas, generales o particulares, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la presente Directiva

Llamado a interpretar la "directiva retorno", el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha dicho que todo extranjero tiene el derecho a expresar, con anterioridad a la adopción de una decisión respecto de su devolución, su punto de vista sobre la legalidad de su estancia (ver, principalmente, *Khaled Boudjlida c. Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, asunto , sentencia de 11 de diciembre de 2014, párrafos 28-35). Los principios que se desprenden de la jurisprudencia del TJUE sobre el cumplimiento del derecho a ser oído en la "directiva retorno" pueden ser consultados en detalle en los párrafos 42 a 45 de la sentencia *Khlaifia y otros* (antedicha). Este derecho a ser oído, que se aplica como principio fundamental del derecho de la Unión: a) garantiza a toda persona la posibilidad de dar a conocer, de forma precisa y efectiva, su punto de vista en el transcurso del procedimiento administrativo y con anterioridad a la adopción de cualquier decisión susceptible de afectar de forma adversa a sus intereses; b) tiene como fin que la autoridad competente esté en condiciones de tomar en consideración de forma precisa el conjunto de los elementos relevantes, prestando toda la atención necesaria a las alegaciones formuladas por el interesado y motivando su decisión de manera circunstanciada



(ver el asunto Khaled Boudjlida c. Préfet des Pyrénées- Atlantiques, antedicho, puntos 37 y 38). El TJUE ha añadido, entre otras cosas, que el interesado no debe necesariamente poder manifestarse sobre todos los elementos sobre los cuales la autoridad nacional entiende fundamentar su decisión de retorno, sino que debe tener simplemente la oportunidad de exponer los posibles motivos que impedirían su expulsión. El TJUE ha establecido las restricciones a las que el derecho a ser oído puede estar sujeto así como las consecuencias del incumplimiento de este requisito y ha indicado que una decisión adoptada a raíz de un procedimiento administrativo que hubiera violado el derecho a ser oído sólo podría ser anulada si, en ausencia de esta irregularidad, el procedimiento hubiera desembocado en un resultado distinto. Por otra parte, el derecho a ser oído puede estar sujeto a restricciones, siempre que estas respondan a fines de interés general y que no constituyan, con respecto al fin pretendido, una intervención desmesurada e intolerable que vulnerara la sustancia del derecho. (*Khlaifia y otros*, antedicha, §§ 44-45).

Volvamos a la cifra “6357” y recordemos lo dicho por el Juez Dedov, y unamos estos dos presupuestos con la pandemia, que obligaba a un previo control sanitario de las personas rescatadas en alta mar en su penosa travesía, siendo evidente que todas ellas eran susceptibles, una vez verificada su situación sanitaria, de devolución del artículo 22.2 de la Ley Orgánica de Extranjería, devolución imposible ejecución por el cierre de fronteras, habiéndose informado, folio 100, que se procedió a su puesta en libertad formal que no efectiva. Siguiendo con las evidencias, lo es que las condiciones del campamento, como venimos repitiendo y por utilizar un calificativo discreto, eran lamentables, ahora bien esta penuria de condiciones no responde a una voluntaria actuación de las autoridades administrativas (recordemos que no se identifica por la Corporación recurrente persona alguna a la que investigar) sino a que obedece a una situación de carencia de recursos ante el número de inmigrantes que afrontaron la travesía, las carencias del campamento no obedecieron, por tanto, a una arbitraria y manifiesta voluntad de vulnerar los derechos de los/as inmigrantes, se intentó ofrecer amparo, protección y asistencia, si se quiere insuficiente, pero no había otra alternativa, no era posible prever tan masiva llegada, no era posible ofrecer otro espacio, se nos dice que el campamento se vació tras “el aviso del Defensor del Pueblo”, pero se obvia que este “vaciamiento” también obedeció a que se encontraron alojamientos alternativos como es notorio. Entendemos que, atendiendo a las circunstancias concretas no se pudo actuar de otra forma.

Llegados a la detención ilegal, la pregunta parece obvia ¿se privó, igualmente de forma arbitraria; de la libertad deambulatoria?, recordemos que respecto de las personas que se encontraban en el campamento no se había interesado el internamiento en CIE, por otro lado internamiento imposible ante la carencia de plazas y aún cuando pudiéramos asumir, a los meros efectos dialécticos, que a dichas personas no se les permitía abandonar el campamento (penoso sin duda), tampoco cabe hablar de acto delictivo, no podemos perder de vista el número de personas, no podemos perder de vista el ámbito en el que se desarrollan los hechos, en un núcleo poblacional de pequeñas dimensiones (recuérdese el traslado, en modo alguno censurable, en guaguas de algunas personas a Las Palmas de Gran Canaria), y sobre todo no podemos perder de vista que no existía en ese momento, alternativa alojativa y asistencial alguna, entendemos que la medida adoptada fue adecuada, por más indeseable que parezca, a la situación de hecho a la que se enfrentaron las autoridades administrativas y es que adoptar una postura extrema no siempre ha de tener su reflejo penal, recordemos el artículo 18 de la “Directiva de retorno”.



Recordemos, por fin, que no consta que se haya hurtado a la Autoridad Judicial el control de la situación personal, pues solo consta una única solicitud de habeas corpus oportunamente tramitada.

CUARTO.- Para finalizar transcribimos parcialmente la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión, Sección 3ª de 27 de febrero de 2020 Asunto C- 18/19 WM contra Stadt Frankfurt am Mai, que si bien no contempla un supuesto similar al que nos ocupa, si permite afirmar la posibilidad de moldear la legislación al supuesto concreto y que dice:

“31. El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2008/115, que define el ámbito de aplicación de la Directiva, establece que esta se aplicará a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro. El concepto de «situación irregular» se define en el artículo 3, punto 2, de dicha Directiva como «la presencia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones de entrada establecidas en el artículo 5 del Código de fronteras Schengen u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro». De esta definición se desprende que todo nacional de un tercer país que se halle en el territorio de un Estado miembro sin cumplir las condiciones de entrada, de estancia o de residencia en él se encuentra, por esa mera razón, en situación irregular, sin que sea necesario, para incurrir en tal situación, una estancia mínima en aquel territorio o una intención de permanecer en él. (12)

32. En virtud del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2008/115, los Estados miembros estarán facultados para no aplicar esta Directiva en supuestos clara y taxativamente enumerados, a saber:

– a los nacionales de terceros países a los que se deniegue la entrada con arreglo al artículo 13 del Código de fronteras Schengen, o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores de un Estado miembro y no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en dicho Estado miembro,

– a los nacionales de terceros países que estén sujetos a medidas de retorno que sean constitutivas de sanciones penales o consecuencia de sanciones penales, con arreglo a la legislación nacional, o que estén sujetos a procedimientos de extradición.

57. En lo que atañe a las condiciones del internamiento, los artículos 16 y 17 de la Directiva 2008/115 establecen las garantías mínimas. (30) El artículo 16 de esta Directiva exige que las personas de que se trate sean alojadas prioritariamente en un centro especializado y, en cualquier caso, estén separadas de los presos ordinarios, reciban información sobre sus derechos y obligaciones durante el internamiento y puedan entrar en contacto con organizaciones u organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales pertinentes y competentes. El artículo 17 de dicha Directiva establece un régimen de internamiento específico, más favorable, para las personas vulnerables, a saber, los menores no acompañados y las familias.

58. De este modo, resulta que, aunque se concibió como último recurso, la privación de libertad de un nacional de un tercer país en espera de expulsión forma parte del mecanismo



establecido por el legislador de la Unión para asegurar el correcto desarrollo de los procedimientos de retorno previstos por la Directiva 2008/115 cuyo objetivo es precisamente garantizar una política eficaz de expulsión y repatriación, basada en normas comunes, para que se repatrie a los interesados humanamente y respetando plenamente sus derechos fundamentales y su dignidad.

59. Este mismo legislador también estableció, de manera unívoca, que la privación de libertad también podía ejecutarse en un centro penitenciario ordinario. Esta observación, aunque se considere una perogrullada, debe tenerse presente en el marco de la apreciación de la compatibilidad de la normativa nacional controvertida con el Derecho de la Unión.

60. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha subrayado que únicamente en el supuesto de que la ejecución de la decisión de retorno en forma de expulsión pueda verse dificultada por el comportamiento del interesado, tras una apreciación de cada situación específica, los Estados miembros podrán privar de libertad a ese último mediante un internamiento. (31)

61. Esta precisión pone indiscutiblemente de manifiesto la toma en consideración del comportamiento individual del inmigrante de que se trate en la apreciación de la eficacia de los procedimientos de retorno y, más concretamente, la posibilidad de someterle a una medida privativa de libertad. Pues bien, la normativa nacional en cuestión establece una medida coercitiva que se basa necesariamente en una apreciación de las situaciones individuales de los nacionales de terceros países de que se trate al objeto de determinar su peligrosidad potencial.

b) Sobre la articulación de los artículos 16 y 18 de la Directiva 2008/115

62. Aunque aparecen de forma separada y discontinua en el texto de la Directiva 2008/115, las disposiciones de los artículos 16 y 18 de la misma están, sin lugar a dudas, relacionadas y deben ser objeto de una lectura conjunta, dado que el tenor del segundo artículo indica que constituye una excepción al primero. Así, cuando el Estado miembro se encuentre ante una de las «situaciones de emergencia» a que se refiere el artículo 18 de la Directiva 2008/115, podrá apartarse del principio de la ejecución del internamiento en un centro especializado al serle materialmente imposible llevarlo a la práctica.

63. La cuestión que se plantea es si el artículo 18 de la Directiva 2008/115 ha «agotado» las posibles excepciones a dicho principio.

64. El hecho de que las «situaciones de emergencia», tal como se definen en el artículo 18 de la Directiva 2008/115, constituya la única excepción expresamente prevista por el legislador de la Unión a la ejecución prioritaria del internamiento en un centro especializado no significa necesariamente que presente carácter exclusivo. Como destacó el Abogado General Bot en sus conclusiones presentadas en los asuntos Bero y Bouzalmate, (32) el texto de la Directiva 2008/115 no parece permitir una respuesta afirmativa a esta pregunta.

65. Aunque el análisis literal del artículo 18 de la Directiva 2008/115 muestra una relación con el artículo 16, apartado 1, de dicha Directiva, el alcance de esta remisión se limita, en mi opinión, únicamente a enunciar la regla que puede eludirse temporalmente, a saber, el internamiento en un centro de internamiento especializado, en el supuesto de la llegada repentina de un número elevado de inmigrantes que caracteriza una situación de emergencia. La referencia al artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2008/115 se limita a determinar una de las consecuencias



producidas por el acaecimiento de una situación de emergencia, a la que procede añadir una ampliación de los plazos relativos al control judicial a que se refiere el artículo 15, apartado 2, párrafo tercero, de esta Directiva, y la posibilidad de incumplir la obligación de facilitar un alojamiento separado a las familias prevista en el artículo 17, apartado 2, de dicho acto. (33)

66. Por otra parte, es preciso señalar que el actual artículo 18 de la Directiva 2008/115 no figuraba en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio de 1 de septiembre de 2005. (34) En cambio, esta última ya incluía un artículo 15, apartado 2, redactado en términos casi idénticos a los del artículo 16, apartado 1, es decir, que establecía una posible excepción al principio de internamiento en un centro de internamiento especializado, sin precisar los motivos de tal excepción. Así pues, el proceso legislativo condujo a la introducción del artículo 18 en la Directiva 2008/115, que puede analizarse como la voluntad del legislador de formalizar, por una parte, una excepción específica que aborda la cuestión sensible para los Estados miembros de una afluencia masiva de inmigrantes irregulares en su territorio y, por otra parte, las consecuencias en la aplicación de la Directiva 2008/115 de las dificultades generadas por esa situación.

67. Es preciso señalar que, a raíz de la introducción del artículo 18 en la Directiva, el artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2008/115 permaneció sin cambios, con su redacción genérica.

68. Además, es preciso subrayar que la Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión, de 16 de noviembre de 2017, por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno (35) señala que «la excepción prevista en el artículo 16, apartado 1, de la Directiva [2008/115] se puede aplicar cuando se produzcan picos imprevistos en el número de internos causados por flujos cuantitativos imprevistos inherentes al fenómeno de la migración irregular (sin llegar todavía al nivel de una “situación de emergencia”, que se regula expresamente en el artículo 18 de la Directiva [2008/115]) plantea [un] problema». De este modo, se contempla claramente una excepción a la ejecución prioritaria del internamiento en un centro especializado distinto del que se describe en el artículo 18 de la Directiva 2008/115, que no tiene, por lo tanto, ningún carácter exclusivo.

69. Por último, considero que, habida cuenta de la autonomía del artículo 18 de la Directiva 2008/115 y de la falta de carácter exclusivo de la excepción al internamiento en un centro de internamiento especializado que figura en el mismo, esta disposición no debe servir de referencia obligatoria para la determinación de las características de una situación que puede ser invocada por un Estado miembro para fundamentar la ejecución del internamiento en un centro penitenciario.”

QUINTO.- Como así autoriza el artículo 239 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se efectuará especial pronunciamiento acerca de las costas devengadas en esta alzada

En atención a lo expuesto



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 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.



PARTE DISPOSITIVA.- LA SALA RESUELVE DESESTIMAR el recurso interpuesto por la representación procesal del Ilustre Ayuntamiento de Mogán y en su consecuencia debemos **CONFIRMAR** el auto de fecha 13 de abril de 2021 dictados por el Juzgado de Instrucción N°2 de San Bartolomé de Tirajana, declarando de oficio las costas devengadas en la alzada.

Notifíquese la presente resolución haciendo saber que frente a la misma por ser firme no cabe recurso alguno.

Lo mandaron y firmaron los Ilmos Sres Magistrados del margen, de lo que doy fe.



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.



Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
CARLOS VIELBA ESCOBAR - Ponente	16/12/2021 - 12:45:29
EMILIO MOYA VALDÉS - Deliberador	16/12/2021 - 13:41:50
JOSÉ LUIS RUIZ MARTÍNEZ - Deliberador	16/12/2021 - 14:04:12
En la dirección https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: A05003250-35809b00c61eaadfacc275bb55c41639663504203	
El presente documento ha sido descargado el 16/12/2021 14:05:04	