



La declaración de la víctima de tráfico ilegal de migrantes como prueba preconstituida y las corroboraciones externas que han de reforzar su verosimilitud

The smuggled migrants' testimony as pre-constituted evidence and the external corroborations that shall reinforce its credibility

DAVID FERNÁNDEZ-ROJO (1)

Doctor Encargado
Universidad de Deusto
davidfrojo@deusto.es
ORCID: 0000-0002-5109-3425

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.123.2022.02>

LABURPENA: Espainiara 2021ean iritsi ziren 40.100 migratzaileetatik % 90ek baino gehiagok trafikoko sare kriminaletara jo zutela kalkulatu da. Sare horiek baliatuz Espainiara itsasoz sartzen diren migratzaile irregularrangandik jasotako informazioaren garrantzia eta erabilera judiziala aztertzen dira artikuluko honetan. Ikertzen laguntzea erabakitzen duten biktimak lekuko babestuek izango dira eta epaiketan ez agertzeko arrisku logikoa dagoenez, haien testigantza aurrez eratu-tako frogatza hartzen da. Froga mota hori salbuespenezkoa denez, Giza Eskubideen Europako Auzitegiak, Konstituzio Auzitegiak eta Auzitegi Gorenak elementu objektiboekin osatzeko eskatzen dute. Horren harira, azterlan honek erakusten du EBko agentzia deszentralizatuak (Frontex) ateratako argazkiak, non ontzietako patroiak identifikatzen diren, migratzaileek egindako adierazpenak indartzen dituzten kanpo-berrespenak direla.

HITZ GAKOAK: Migratzaileen legez kanpoko trafikoa. Aurrez eraturako frogak. Patera. Migratzaile irregularrak. Frontex.

ABSTRACT: 40,100 irregular migrants arrived to Spain in 2021 and more than 90% of them resorted to the services provided by migrant smuggling networks. This article analyzes the judicial use of the information gathered from the debriefed migrants who were smuggled by sea. The victims, who decide to collaborate with the competent authorities, are considered protected witnesses

(1) Estudio realizado en el marco del proyecto de I+D+i «El Pacto Europeo sobre Migración y Asilo y los Estados del Mediterráneo en el contexto post-Covid» (Eurasylum II), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y los Fondos Feder (DER 113999RB-100). Agradezco a Noemí Alarcón Velasco y a Laura Espinar Aguilera su ayuda en la concepción de este artículo. Todas las páginas webs mencionadas en este estudio han sido consultadas el 6 de junio de 2022.



and their testimonies, due to the risk of not being reachable at the trial hearing, are introduced in the judicial proceedings as pre-constituted evidence. Given the exceptional nature of this type of evidence, the European Court of Human Rights, the Spanish Constitutional Court and the Spanish Supreme Court require to complement the evidence with objective elements. In this regard, this article reveals that the photographs taken by the EU's decentralized agency, Frontex, are external corroborations that reinforce the statements made by the migrants identifying the boat masters as members of a migrant smuggling network.

KEYWORDS: Migrant smuggling. Pre-constituted evidence. Dinghy. Irregular migrants. Frontex.

RESUMEN: De los 40.100 migrantes que en 2021 llegaron a España se estima que más del 90% recurrieron a redes criminales de tráfico. Este artículo analiza la relevancia y el uso judicial de la información que se recaba de los migrantes irregulares que acceden a España por vía marítima valiéndose de la asistencia de estas redes. Aquellas víctimas que deciden colaborar presentan la condición de testigos protegidos y su testimonio se incorpora, ante el lógico riesgo de incomparecencia durante el juicio, como prueba preconstituida. Dada la excepcionalidad de este tipo de prueba, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo requieren que se complemente de elementos objetivos. A este respecto, este estudio revela que las fotografías de la agencia descentralizada de la UE, Frontex, en las que se identifica a los patrones de las embarcaciones, constituyen corroboraciones externas que refuerzan las declaraciones practicadas por los migrantes.

PALABRAS CLAVE: Tráfico ilegal de migrantes. Prueba preconstituida. Patera. Migrantes irregulares. Frontex.

Trabajo recibido el 1 de abril de 2022

Aceptado por el Consejo de Redacción el 20 de mayo de 2022



Sumario: I. Introducción. II. El delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y la protección de aquellos migrantes que deciden colaborar contra las redes organizadas. III. Protección a las víctimas de las redes de tráfico ilegal de migrantes mediante su consideración como testigos protegidos y la práctica de la prueba preconstituida. 1. La consideración de los migrantes irregulares que colaboran con las autoridades como testigos protegidos. 2. La incorporación de las declaraciones de las víctimas del delito de tráfico ilegal de migrantes como prueba preconstituida. A. La práctica de la prueba preconstituida en los delitos de tráfico ilegal de migrantes conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. B. La práctica de la prueba preconstituida en los delitos de tráfico ilegal de migrantes conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. IV. El papel de Frontex en las entrevistas a los migrantes irregulares y la corroboración objetiva de sus declaraciones practicadas como prueba preconstituida. 1. Documentación gráfica aportada por Frontex en la que se identifica a los patrones de las embarcaciones. 2. La toma de declaración por Frontex a las víctimas de tráfico ilegal de migrantes. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

I. Introducción

En 2021 llegaron a España por vía terrestre 1.845 migrantes irregulares y, por vía marítima, 2.149 embarcaciones con un total de 40.100 personas a bordo(2). Estos migrantes rescatados o interceptados, tras recibir una primera asistencia sanitaria y humanitaria, son puestos a disposición de la Policía Nacional que se encargará de su identificación y custodia, así como de tramitar un expediente administrativo de expulsión siempre que no puedan acogerse a protección internacional. La mayoría de estos migrantes, por tanto, son puestos a disposición judicial mientras se prepara su expediente de expulsión y su detención en un centro de internamiento sirve para garantizar, como medida administrativa cautelar, su regreso, devolución, expulsión o expulsión como medida sustitutiva de la pena de prisión(3).

De los migrantes en situación irregular que llegaron a nuestro país se estima que más del 90% recurrieron a redes de tráfico ilícito y que

(2) Ministerio del Interior Gobierno de España, «Inmigración irregular 2021 - Datos acumulados del 1 enero al 31 diciembre».

(3) FERNÁNDEZ PÉREZ, A. (2014), «La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías», *Diario La Ley*, n.º 8382, y MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2014), «Expulsión e internamiento de extranjeros. ¿Quiénes están en los CIE?», en REIG FABADO, I., *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, págs. 347-376.



donde operan principalmente estas mafias, entre el 85% y el 90%, es en el mar(4). A este respecto, indica la Fiscalía General del Estado en su memoria del año 2021 que «la persecución e investigación de las organizaciones criminales ligadas a la inmigración ilegal presenta gran complejidad y dificultad derivada tanto de la imposibilidad de lograr una cooperación efectiva con los países en donde están asentadas, como a la hora de fijar la conexión entre todos los partícipes en la trama en territorio nacional»(5). Cuando los migrantes son rescatados o interceptados es muy relevante la información que algunos de ellos proporcionan a las autoridades nacionales, a las agencias de la Unión Europea (UE) y a las organizaciones no gubernamentales. Los migrantes son preguntados acerca de las rutas que emplean las organizaciones criminales, su *modus operandi* y las funciones de los miembros dentro de los grupos delictivos.

Este artículo tiene como objetivo examinar el uso judicial en procesos penales de la información que se recaba de los migrantes irregulares que acceden a España por vía marítima valiéndose de la asistencia de redes criminales, así como la necesidad de incorporar evidencias que corroboren el testimonio inculpatario de las víctimas. Esto es, el fin del artículo consiste en estudiar los rescates o interceptaciones que llevan a cabo las autoridades nacionales en las costas españolas de las embarcaciones tipo patera, la mayor parte de las veces sin medidas de seguridad alguna, con migrantes a bordo y que son patroneadas por uno o varios acusados del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318bis Código Penal) (CP)(6). En estos supuestos, la principal prueba de cargo contra los acusados es la declaración de uno o varios de los migrantes irregulares que viajan en la embarcación, a quienes generalmente por su posición de vulnerabilidad se les otorga la condición de testigos protegidos, y que identifican a aquellos encargados de patronearla. Asimismo, esta prueba suele tratarse de una testifical preconstituida, ante el evidente riesgo de incomparecencia de los migrantes irregulares rescatados o interceptados de ser expulsados del territorio español antes de la apertura de juicio oral, y a la que se añaden corroboraciones objetivas y externas referidas a la participación de los acusados, tales como alguna fotografía de la embarcación en la que pudiera percibirse quién la pilotaba o las declaraciones de los agentes de policía que intervinieron en la elaboración del atestado.

(4) Comisión Europea, «Plan de Acción renovado de la UE contra el Tráfico Ilícito de Migrantes (2021-2025)», COM(2021) 591 final, 29.09.2021, pág. 5.

(5) Ministerio de Justicia (2021), «Memorial Fiscalía General del Estado 2020», Madrid, pág. 844.

(6) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE n.º 281 de 24 de noviembre de 1995.



Se está, por tanto, ante un análisis novedoso al que se ha prestado escasa atención y que pretende aportar luz al tratamiento judicial de la información recabada de aquellos migrantes irregulares que llegan a las costas españolas valiéndose de la asistencia de redes criminales. El artículo aborda, en primer lugar, el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318bis CP) del que se acusa a los patrones de las embarcaciones en relación con el art. 59 Ley Orgánica de Extranjería (LOEX)(7). El art. 59 LOEX permite que el extranjero que se encuentre irregularmente en España y sea víctima, perjudicado o testigo de un acto de migración ilegal quede exento de responsabilidad administrativa y no sea expulsado si denuncia a los autores y colabora con las autoridades competentes. Seguidamente, se exploran las garantías procesales otorgadas a aquellos migrantes irregulares que deciden acogerse a lo dispuesto en el art. 59 LOEX, prestándose especial atención a su consideración como testigos protegidos y a la introducción de sus declaraciones como prueba testifical preconstituída durante la fase de instrucción ante el lógico riesgo de incomparecencia durante el juicio. En concreto, se analizan las condiciones que han de concurrir para que las declaraciones de los migrantes que viajan en las embarcaciones sean válidas como prueba preconstituída conforme a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), el Tribunal Supremo (TS) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Por último, se evalúa en qué medida la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex) desempeña un papel crucial en los procesos judiciales condenatorios a los patrones de las pateras. Este estudio revela que las fotografías aéreas que aporta la Agencia, en las que se identifica a los patrones de las embarcaciones, suponen corroboraciones objetivas que refuerzan y dan validez a las declaraciones practicadas por los testigos protegidos como prueba preconstituída durante la fase del juicio.

II. El delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y la protección de aquellos migrantes que deciden colaborar contra las redes organizadas

Este artículo se circunscribe a analizar las conductas de los patrones de embarcaciones que introducen irregularmente a migrantes tal y como regula el art. 318bis CP. Delito que, como expone el gráfico, presenta un crecimiento sostenido año tras año solo interrumpido en 2020 por la pandemia de Covid-19. El art. 318bis CP establece que «el

(7) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *BOE* n.º 10 de 12 de enero de 2000.



que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año» y añade que se agravará la pena prevista a prisión de cuatro a ocho años cuando «los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades (...)» y cuando «se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves». Fue la disposición final segunda de la LOEX la que introdujo estos denominados «delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros» (8). El art. 318bis CP en su redacción actual también refleja las modificaciones incorporadas por la Ley Orgánica 11/2003 (9) y la Ley Orgánica 13/2007 (10) cuyo fin es ajustarse a la normativa proveniente de la UE. En concreto, la Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 (11) delimita el concepto de la infracción «ayuda a la inmigración clandestina» de otros delitos como la trata de seres humanos y pretende hacer más eficaz la aplicación de la Decisión Marco del Consejo de la UE, de 19 de julio de 2002 (12).

(8) A este respecto véanse, entre otros, GUARDIOLA LAGO, M. J. (2007). *El tráfico de personas en el derecho penal español*. Aranzadi Thomson Reuters; MAYORDOMO RODRIGO, V (2011). «Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas», *Estudios penales y criminológicos*, 31, págs. 325-390; LAURENZO COPELLO, P. (2003). «La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 12, págs. 63-93.

(9) Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, *BOE* n.º 234 de 30 de septiembre de 2003.

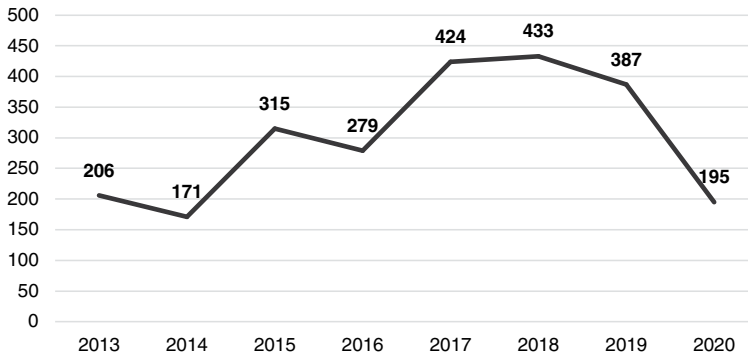
(10) Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, *BOE* n.º 278 de 20 de noviembre de 2007.

(11) Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, *DOUE* L 328 de 5 de diciembre de 2002.

(12) Decisión marco del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, *DOUE* L 203 de 1 de agosto de 2002. Véase esta evolución normativa en detalle en la STS 646/2015, 20 de octubre de 2015, ECLI:ES:TS:2017:1486 y en LAFONT NICUESA, L. (2013). La adaptación del Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal en materia de trata de personas y de inmigración ilegal a los instrumentos normativos de la Unión Europea. En DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. *et al.* (Eds.), *Armonización penal en Europa*. Herri Ardurularitzaren Euskal Erakundea, págs. 218-250.



Número de condenados por el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros



Fuente: elaboración propia a través de los datos del Instituto Nacional de Estadística

La conducta del migrante que accede, transita y permanece irregularmente en territorio español no es delictiva y está solo sujeta a sanción administrativa, sí lo es para aquellos que, con o sin ánimo de lucro, ofrecen estas posibilidades a los migrantes y, de forma agravada, si se forma parte de una organización o se pone en peligro sus vidas o integridad. No es objeto de estudio en este artículo el delito de la trata de seres humanos regulado en el art. 177bis CP y que se distingue del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros por, en primer lugar, no requerir de un componente de transnacionalidad pues se incurre en la conducta con independencia de que esta se realice «en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella» y; en segundo lugar, el delito de la trata de seres humanos precisa de una captación y traslado de la víctima con violencia, intimidación, engaño, abuso de poder o pago con el fin de ser explotada laboral o sexualmente, así como para la extracción de sus órganos corporales o la celebración de matrimonios forzados. Como indica el TS las conductas subsumibles en el art. 318bis CP son aquellas en las que «el emigrante es el propio inductor de la conducta en aras de alcanzar la entrada en un país donde espera encontrar condiciones de vida más dignas» y, en el art. 177bis CP, son aquellas conductas en las que «la víctima no requiere ser emigrante, y que supone la forma moderna del comercio mundial de esclavos» (13).

(13) STS 261/2017, 6 de abril de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1486, FJ 9. Véase, LAFONT NICUESA, L. (2017). El delito de trata de seres humanos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En PÉREZ ALONSO, E. J., et al. (Eds.) *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Tirant lo Blanch, págs. 469-494.



El TS ha aclarado que el bien jurídico protegido por el art. 318bis CP no se limita al interés del Estado por controlar los flujos migratorios para que no sean aprovechados por redes de tráfico ilícito, sino que también incluye el «cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando a través de tal delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral» (14). Además, señala el TS que se está ante un delito doloso de mera actividad cuando se trata de eludir, o habiéndose eludido, los requisitos de entrada en España que la legislación administrativa establece y que se consuma con la captación, transporte, intermediación o cualquier otra conducta que suponga promoción o favorecimiento de la migración ilegal, con el fin de facilitar la entrada en cualquier parte del territorio español o para su traslado entre dos puntos de este o hacia el territorio de otro Estado (15). Esto es, el art. 318bis CP comprende el tráfico ilícito de migrantes desde España al extranjero, entre diferentes puntos de la geografía española y desde el extranjero a España o a otro país de la UE (16).

Especial énfasis pone el TS en que la acusación demuestre que los requisitos administrativos de entrada, establecidos en el art. 25 LOEX, han sido conculcados al exigir que se identifique «no solamente la conducta probada, sino la concreta infracción administrativa y la razón por la que esta adquiere relevancia penal más allá de una antijuridicidad meramente administrativa» (17). Los requisitos administrativos se vulneran tanto en estancias regulares que sobrevienen en irregulares por incumplimiento del régimen de permanencia y acceso a territorio nacional, como al evitarse los puestos habilitados y el control documental de acceso, así como al emplearse documentación falsa o que, sin ser falsa, pretende otorgar una apariencia de legalidad. A este respecto, la Fiscalía General del Estado subraya que «quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas, con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la

(14) STS 1378/2011, 14 de diciembre de 2011, ECLI:ES:TS:2011:9139, FJ 2.

(15) STS 556/2005, 25 de abril de 2005, ECLI:ES:TS:2005:2543; STS 420/2016, 18 de mayo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:2287, STS 452/2013, 31 de mayo de 2013, ECLI:ES:TS:2013:3254; STS 1378/2011, 14 de diciembre de 2011, ECLI:ES:TS:2011:9139.

(16) Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, pág. 26. Respecto al art. 318bis CP véanse, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2008), «¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular?: un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10, págs. 1-20; GARCÍA SÁNCHEZ, B. (2005), «La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, págs. 837-886.

(17) STS 646/2015, 20 de octubre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:4501, FJ 1.



estancia, que exigiría de otros requisitos que resultan así burlados, incurrir en ilícito penal; sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder solo administrativamente» (18).

Respecto a los sujetos, tan solo los ciudadanos extranjeros no comunitarios podrán ser sujetos pasivos del delito, pero cualquier persona, salvo lo dispuesto en el art. 318bis apdo. 4, podrá ser sujeto activo del delito. Esclarece el TS que no es necesario que la actividad afecte a más de un extranjero para ser típica y que, aunque haya varias víctimas, se estará ante un solo delito por cada tráfico ilegal. Se requiere que el sujeto activo conozca que los migrantes que transporta son irregulares y que su intención sea facilitar su tráfico ilícito (19). Indiferente es para el resultado condenatorio del sujeto activo que este tenga también la intención de instalarse en España pues su condena se fundamenta en la asistencia que presta a los migrantes irregulares y no en sus pretensiones personales (20).

Por último, más diversidad interpretativa existe en lo que respecta al tipo agravado del art. 318bis letra b, apdo. tercero. Señala la STS 11/2018 que existen tanto resoluciones que catalogan «el riesgo para la vida, la salud o la integridad de las personas, como un riesgo abstracto, no concreto, de suerte que para apreciar el subtipo basta que objetivamente se advierta en el viaje circunstancias que hagan altamente probable un resultado lesivo para los sujetos pasivos», como otras que requieren que se haya «provocado una concreta situación de peligro para los bienes jurídicos contemplados en el precepto (...) sin que este pueda presumirse ligado a ciertas conductas consideradas ex ante como peligrosas» (21). Pese a estas discrepancias interpretativas, el TS concluye que la caracterización como delito de peligro concreto es más conforme con los principios que han de informar el sistema penal, sin que ello exija que efectivamente se produzca la lesión a la vida o a la integridad física del migrante al estar ante un tipo de peligro. Peligro que el TS ha considerado inherente y determinado en aquellas travesías «en patera sin medios adicionales de ayuda o apoyo entre cualquier punto, por cercano que sea, de África y el sur de la península Ibérica» (22). La Fiscalía General del Estado entiende que igualmente concurre el tipo agravado «en los supuestos de transporte marítimo clandestino por medio de pateras (...) u otro tipo de embarcaciones muy precarias, por carecer de elementos de seguridad y

(18) Circular 1/2002 de Fiscalía General del Estado, 19 de febrero de 2002, pág. 9.

(19) STS 196/2011, 23 de marzo de 2011, ECLI:ES:TS:2011:1790.

(20) STS 673/2014, 15 de octubre de 2014, número de recurso: 11123/2013.

(21) STS 11/2018, 15 de enero de 2018, ECLI:ES:TS:2018:13.

(22) STS 295/2016, 8 de abril de 2016, ECLI:ES:TS:2016:1552.



de ayudas a la navegación o de salvavidas, muchas veces alteradas en sus condiciones de navegabilidad, por el número excesivo de personas transportadas para sus características (...), y por tratarse de una travesía por alta mar» (23).

Ahora bien, el principal escollo que plantea la investigación y la potencial condena por un delito subsumible en el art. 318bis CP radica en recabar los testimonios incriminatorios de los migrantes presentes en la embarcación contra aquellos que la patroneaban. Ello se debe a que las redes de tráfico ilegal de migrantes recurren a métodos destinados a garantizar el silencio de quienes recurren a su asistencia, así como que los migrantes se sitúan en una encrucijada por su posición de víctimas de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y, a su vez, por su responsabilidad administrativa al acceder irregularmente a territorio español (24). Por ello, el art. 59 LOEX establece que «el extranjero que se encuentre irregularmente en España y sea víctima, perjudicado o testigo de un acto de (...) inmigración ilegal (...), podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con las autoridades competentes, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores» (25).

En este sentido, la Directiva 2004/81/CE regula la concesión de permisos de residencia de duración limitada a los extranjeros que cooperen en la lucha contra la migración clandestina e insiste en la importancia de informar a estos para que, tras un periodo de reflexión que les permita recuperarse y librarse de la influencia de los autores del delito, se animen a colaborar con las autoridades competentes (26). El permiso de residencia solo se expedirá a aquellos migrantes que hayan roto todas las relaciones con los presuntos autores del delito, que muestren una clara voluntad de cooperación y cuya colaboración no sea fraudulenta o infundada. Tanto el TS como la Fiscalía General del Estado insisten en la necesidad de que la colaboración del migrante sea esencial y eficaz y permita, por

(23) Circular 5/2011, 2 de noviembre 2011, pág. 28. Véase, STS 491/2005, 18 de abril de 2005, ECLI:ES:TS:2005:2368.

(24) Circular 1/2002, 19 de febrero de 2002, pág. 10.

(25) Para un análisis del art. 59 LOEX véanse, PÉREZ MACHÍO, A.I. (2006), «El levantamiento de la medida de expulsión del artículo 89 del Código penal a la luz del supuesto de colaboración contra redes organizadas del artículo 59 de la Ley de Extranjería», *Revista del Poder Judicial*, 81, págs. 91-137; MAYORDOMO RODRIGO, V. (2007), «La pertenencia a organización delictiva en el tráfico ilegal de personas: colaboración en su desmantelamiento como alternativa a la expulsión», *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 21, págs. 273-297.

(26) Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, *DOUE L 261*, 6 de agosto de 2004.



ejemplo, la identificación o detención de los autores y la comprobación de los hechos, así como evitar que puedan prosperar situaciones de denuncias falsas, huecas o inconsistentes o situaciones de retractación o cese de la cooperación (27).

III. Protección a las víctimas de las redes de tráfico ilegal de migrantes mediante su consideración como testigos protegidos y la práctica de la prueba preconstituida

La tarea más compleja para las autoridades nacionales consiste en reunir pruebas para condenar por un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros a los miembros y cabecillas de las organizaciones criminales. Por ello, conseguir persuadir a los migrantes rescatados o interceptados a que colaboren con las autoridades policiales y judiciales es transcendental. A este respecto, indica el art. 59.4 LOEX la conveniencia de adoptar las medidas de protección de testigos previstas en la Ley Orgánica 19/1994 (28) para los migrantes irregulares que colaboren con las autoridades. La circular 1/2002 de la Fiscalía General del Estado añade que «en los escasos supuestos en que las víctimas se han decidido a colaborar ha resultado esencial acudir al mecanismo de la prueba anticipada» (29). Se reitera en la circular 2/2006 que «en las causas abiertas para la investigación de los delitos de tráfico de inmigrantes es esencial promover la preconstitución de la prueba, pues la propia situación precaria de quienes son los principales testigos de cargo en un gran número de supuestos va a determinar el peligro evidente de no contar con su testimonio presencial en el acto del juicio oral» (30).

Esta sección se centra en estudiar la generalizada consideración de testigos protegidos a los migrantes que deciden colaborar con las autoridades competentes pues, de lo contrario, las víctimas del delito de tráfico ilegal de personas estarían en una mayor situación de vulnerabilidad y riesgo con relación a sus traficantes. Asimismo, se analiza la incorporación de las declaraciones de los migrantes identificando a los patrones de las embarcaciones, así como cualquier otra información relevante acerca de las organizaciones criminales de tráfico ilegal de personas, como prueba testifical practicada de manera anticipada por los juzgados de ins-

(27) STS, 13 de febrero de 2008, ECLI:ES:TS:2008:628 y STS, 26 de julio de 2011, ECLI:ES:TS:2011:5556.

(28) Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, *BOE* n.º 307 de 24 de diciembre de 1994.

(29) Circular 1/2002, 19 de febrero de 2002, pág. 11.

(30) Circular 2/2006, 27 de julio de 2006, pág. 46.



trucción. El recurso a la prueba preconstituida está también extendido en estos supuestos ante la más que previsible imposibilidad de practicar la testifical durante el acto del juicio, dado que los testigos al ser migrantes irregulares pueden situarse en paradero desconocido. Especial atención se presta a las condiciones necesarias para que la prueba preconstituida se considere llevada a efecto con las debidas garantías legales y con respeto al principio de contradicción de las partes, conforme a lo establecido por el TC, el TS y el TEDH.

1. La consideración de los migrantes irregulares que colaboran con las autoridades como testigos protegidos

La Ley Orgánica 19/1994 rige la consideración de los migrantes irregulares rescatados o interceptados en las embarcaciones empleadas por las redes criminales como testigos protegidos. Norma que el TS ha valorado como «breve, insuficiente, obsoleta y de escaso rigor técnico» (31). Ante el temor a sufrir represalias por, en ciertas ocasiones, colaborar con la policía judicial y con la Administración de Justicia, el Juez de Instrucción podrá, con el fin de contar con testimonios y pruebas muy valiosos en procesos penales, aplicar las medidas legales de protección que considere necesarias. Ante la situación de vulnerabilidad en la que se sitúa un migrante irregular que acaba de llegar a las costas españolas y el fundado temor de que las asociaciones delictivas encargadas de introducirles irregularmente en España adopten graves medidas contra sus bienes personales y materiales o sus familiares en su país de origen, los jueces de instrucción deciden protegerles (32).

La protección de los migrantes irregulares como testigos protegidos viene justificada por la naturaleza del delito, la situación de vulnerabilidad de la víctima y la peligrosidad de los autores. Estamos, por un lado, ante un delito que comporta en su tipo básico penas de prisión de tres meses a un año y en su tipo agravado, por pertenencia a organización criminal o puesta en peligro de la vida de las personas, de penas de prisión de cuatro a ocho años. Por otro, las víctimas, en situación de irregularidad administrativa, arriesgan su vida en embarcaciones hacinadas y

(31) STS 384/2016, 5 de mayo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:1941.

(32) Véanse, entre otras muchas, STSJ Andalucía 215/2021, 14 de septiembre de 2021, ECLI:ES:TSJAND:2021:12412; STSJ Andalucía 55/2017, 13 de noviembre de 2017, ECLI:ES:TSJAND:2017:17473; STSJ Canarias 13/2017, 15 de septiembre de 2017, ECLI:ES:TSJICAN:2017:2451; STSJ Canarias 18/2019, 8 de abril de 2019, ECLI:ES:TSJICAN:2019:857; SAP Almería 274/2020, 20 de octubre de 2020, ECLI:ES:APAL:2020:744; STSJ Andalucía 85/2021, 25 de marzo de 2021, ECLI:ES:TSJAND:2021:3288; STSJ Canarias 54/2021, 15 de junio de 2021, ECLI:ES:TSJICAN:2021:1800; SAP Las Palmas 282/2018, 31 de julio de 2018, ECLI:ES:APGC:2018:2143.



precarias, condiciones de las que se valen los autores del delito, quienes pertenecen a redes criminales que se lucran con el sufrimiento y desesperación de aquellos que anhelan un futuro mejor.

El art. 2 Ley Orgánica 19/1994 dispone que el juez podrá adoptar una serie de medidas de protección que, en el caso que nos ocupa, suelen consistir en que no consten en las diligencias que se practiquen datos que pudieran servir para la identificación de los migrantes irregulares. Asimismo, es plenamente aplicable a los migrantes irregulares las medidas de protección recogidas en la Ley 4/2015, que en su art. 19 apunta a la importancia de que las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adopten las medidas necesarias para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, así como su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les tome declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada (33).

2. La incorporación de las declaraciones de las víctimas del delito de tráfico ilegal de migrantes como prueba preconstituida

Como regla general, todas las pruebas recabadas contra un acusado han de presentarse en su presencia en audiencia pública y en respeto del principio de contradicción. Sin embargo, en los supuestos de migrantes irregulares dispuestos a colaborar en la identificación de los patrones de las embarcaciones y sobre los que recae una acusación de tráfico ilegal de personas, se recurre como prueba a las declaraciones obtenidas durante la fase de la investigación policial y de la instrucción judicial. A este respecto, el art. 448 Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim (34)) establece que «si el testigo manifestare (...) la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional (...) antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes (...).

El art. 777 LECrim indica que «cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las

(33) Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito, *BOE* n.º 101 28 de abril de 2015. Véase, SAP Las Palmas 245/2020, 30 de octubre de 2020, ECLI:ES:APGC:2020:903.

(34) Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *GAZ* n.º 260 de 17 de septiembre de 1882.



partes». Se exige que esta diligencia se documente «en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial ()» para que pueda ser valorada como prueba a instancia de cualquiera de las partes (art. 730.2 LECrim). Dada la excepcionalidad que supone recurrir a la prueba preconstituida, se analizan aquí las condiciones necesarias para su validez según lo establecido por el TEDH, el TC y el TS en el ámbito del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

A. LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN LOS DELITOS DE TRÁFICO ILEGAL DE MIGRANTES CONFORME A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El art. 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) apunta que antes de que un acusado pueda ser condenado, han de presentarse en audiencia pública todas las pruebas recabadas para ser sometidas al principio de contradicción. El acusado ha de tener la oportunidad de recusar e interrogar la declaración inculpativa de un testigo, independientemente de que esta se produzca cuando el migrante irregular llega a las fronteras exteriores o en una etapa posterior del procedimiento policial o judicial. En concreto, el TEDH señala que si bien el valor probatorio de las declaraciones disminuye si estas no se han realizado en presencia del abogado del acusado en la fase del juicio oral⁽³⁵⁾, no se lesionan los derechos reconocidos en el art. 6.1 y 6.3 CEDH siempre que ello se deba a la existencia de una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y se garanticen los derechos de defensa del acusado dándole la oportunidad de contradecir e interrogar al testigo⁽³⁶⁾. El 19 de febrero de 1991, el TEDH consideró en el asunto *Isgrò* que no se produjo violación del Convenio al tenerse en cuenta unas declaraciones realizadas por un testigo ilocalizable, dado que el Tribunal llevó a cabo todas las gestiones posibles para su búsqueda y que tales declaraciones fueron complementadas por otros testimonios y observaciones diferentes⁽³⁷⁾.

(35) Los derechos de defensa quedan restringidos de manera incompatible con las garantías recogidas en el art. 6 CEDH cuando una condena se basa, únicamente o de forma determinante, en declaraciones realizadas por alguien que no ha podido ser interrogado por el acusado ni por su abogado, ni en la fase de instrucción ni durante las vistas. *Lucà c. Italia*, n.º 33354/96, párr. 40, TEDH 2001 y *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido* (GS), n.º 26766/05 y 22228/06, párr. 119, TEDH 2011. Véase, DE WILDE, B. (2013), «A Fundamental Review of the CHR Right to Examine Witnesses in Criminal Cases», *The International Journal of Evidence & Proof*, 17, n.º 2, págs. 157-182.

(36) *Kostovski c. Los Países Bajos*, n.º 11454/85, párr. 41, TEDH 1989; *Lüdi c. Suiza*, n.º 12433/86, párr. 47, TEDH 1992; *Unterpertinger c. Austria*, n.º 9120/80, párr. 31, TEDH 1986.

(37) *Isgrò c. Italia*, n.º 11339/85, TEDH 1991.



Dos sentencias del TEDH abordan específicamente la materia que nos atañe en este artículo: el uso como prueba de las declaraciones obtenidas de migrantes irregulares durante la fase de investigación policial y judicial y su compatibilidad con el art. 6.1 y 6.3(d) CEDH. En el asunto *Trampevski c. Antigua República Yugoslava de Macedonia*(38), Tome Trampevski, conductor de taxi, fue condenado en abril de 2006 por tráfico ilegal de migrantes y planteó su recurso al TEDH al entender que no pudo confrontar como testigos a los migrantes a quienes había trasladado y cuyas declaraciones, recabadas durante la fase de instrucción judicial, fueron la base de su condena. El TEDH dio la razón al señor Trampevski al considerar que el tribunal de instrucción no intentó localizar a los migrantes tras su expulsión, ni aportó explicación alguna que justificara la falta de asistencia de estos al juicio. Considera el TEDH que, en ausencia de suficientes factores de contrapeso para garantizar que el juicio fuera justo, se conculca el art. 6.1 y 6.3(d) CEDH al admitirse las declaraciones de los migrantes como base única o decisiva para la condena. Concluye el TEDH que, a pesar de que Tome Trampevski tuvo la oportunidad de impugnar o refutar las declaraciones de los migrantes al prestar declaración y posibilitársele el interrogatorio de otros testigos de su elección, se le impidió mediante concontrinterrogatorio comprobar la veracidad y fiabilidad de la única prueba en su contra, la declaración testifical en fase de instrucción de los migrantes.

Por otro lado, en el reciente asunto *Al Alo c. Eslovaquia*(39), de 10 de febrero de 2022, el demandante, Jamal Al Alo, fue acusado de tráfico ilegal de migrantes cuando dos agentes de policía vieron que se dirigía hacia la frontera de Eslovaquia con Austria en un taxi con dos migrantes irregulares. Los dos migrantes declararon en fase de instrucción que Jamal Al Alo había acordado, previo pago, introducirles en Alemania. Los tribunales eslovacos consideraron la testifical practicada determinante para la condena del señor Al Alo y que la admisión de la prueba en fase de instrucción venía justificada tanto por la legislación nacional, al estar los migrantes ilocalizables tras haber sido expulsados de Eslovaquia, así como por optar libremente el señor Al Alo por no acudir al interrogatorio previo al juicio de los testigos.

Para determinar en este caso que existe una violación del art. 6.1 y 6.3(d) CEDH, el TEDH acudió al asunto previo *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*(40) en el que el Tribunal detalló las condiciones que han de tener lugar para aceptar como prueba válida las declaraciones testificales

(38) *Trampevski c. Antigua República Yugoslava de Macedonia*, n.º 4570/07, TEDH 2012.

(39) *Al Alo c. Eslovaquia*, n.º 32084/19, TEDH 2022.

(40) *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido* (GS), n.º 26766/05 y 22228/06, TEDH 2011.



practicadas antes de la fase de juicio oral en un proceso penal: 1) el tribunal juzgador ha de analizar si es justificable la admisión de la declaración de un testigo realizada en fase de instrucción o de investigación policial y que está ausente durante la fase de juicio oral, teniendo en cuenta que, los testigos deben declarar, salvo por razón justificada y legítima, durante el juicio y que se deben hacer todos los esfuerzos razonables para asegurar su asistencia al mismo; 2) la admisión de las declaraciones testificales emitidas con anterioridad a la fase de juicio oral son una medida excepcional dado que suponen una potencial desventaja para el acusado, quien, en principio, debería tener una oportunidad efectiva de comprobar la veracidad y la fiabilidad de las pruebas presentadas por los testigos; 3) si existen suficientes factores de contrapeso, incluidas medidas que permitan una evaluación justa y adecuada de la fiabilidad de las pruebas y salvaguardias procesales, para garantizar que el juicio, en su conjunto, fue justo.

El TEDH en este punto se refirió al asunto *Schatschaschwili*(41) donde expuso que las salvaguardias procesales incluyen una serie de medidas entre las que destacan las siguientes: si los tribunales nacionales juzgadores fueron conscientes del menor peso probatorio de la testifical practicada anticipadamente al juicio y aportaron una justificación detallada de la fiabilidad y admisibilidad de dicha prueba en atención al resto de pruebas disponibles; si se reprodujo en la fase del juicio oral una grabación de vídeo del interrogatorio del testigo que permitiese al tribunal juzgador, a la acusación y a la defensa observar el comportamiento del testigo durante el interrogatorio; si existen en el juicio otras evidencias que corroboren la declaración anticipada del testigo y; si fue posible que el acusado o su abogado defensor interrogaran al testigo durante la etapa de instrucción.

En definitiva, el TEDH estima que a pesar de que las autoridades competentes habían recibido las direcciones postales de los testigos, no adoptaron medida alguna destinada a garantizar su presencia y permitir que Jamal Al Alo, o su abogado, les interrogara durante la fase del juicio. A pesar de que la principal prueba condenatoria fue la practicada anticipadamente a los migrantes irregulares y que Jamal Al Alo había renunciado a asistir al interrogatorio de los testigos, el TEDH considera que no recibió ningún asesoramiento individualizado sobre las consecuencias de no ejercer sus derechos, aún más sabiendo las autoridades competentes de las más que probables dificultades de localizar posteriormente a los migrantes irregulares(42).

(41) *Schatschaschwili c. Alemania* (GS), n.º 9154/10, TEDH 2015.

(42) *Al Alo c. Eslovaquia*, n.º 32084/19, párrs. 46 a 66 TEDH 2022.



B. LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA EN LOS DELITOS DE TRÁFICO ILEGAL DE MIGRANTES CONFORME A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL SUPREMO

El TC y el TS se han pronunciado acerca de la habitual práctica de las testificales de las víctimas como prueba preconstituida en los procedimientos seguidos por delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. En lo que a migrantes irregulares respecta, el TS estima necesario y procedente acudir a mecanismos excepcionales de aseguramiento de la prueba (43). El TS aclara que si bien las pruebas válidas para desvirtuar la presunción de inocencia son las practicadas durante la fase del Juicio Oral, en ocasiones, se prevé ya en fase de instrucción que ciertas pruebas testificales no podrán ser posteriormente practicadas y de ahí que anticipada y extraordinariamente se lleven a cabo en fase sumarial (44).

En la STS 96/2009 se esclarece que ha de diferenciarse entre tres supuestos en el marco jurídico de las pruebas anticipadas o preconstituidas (45). En primer lugar, la «prueba anticipada en sentido propio» regulada en el art. 657.3 LECrim para el Procedimiento Ordinario por la que las partes en sus escritos de conclusiones provisionales podrán solicitar que se practique toda diligencia de prueba que por cualquier causa teman que no podrá practicarse en el Juicio Oral. El segundo supuesto se refiere a la prueba preconstituida del art. 730 LECrim por la que la declaración testifical no puede practicarse por factores sobrevenidos e imprevisibles y se leerán las diligencias en el sumario a instancia de cualquiera de las partes en el Juicio Oral. El supuesto que aquí nos interesa, ya que es la prueba practicada en los procesos objeto de análisis en este artículo, es la que el TS denomina como «prueba preconstituida». La «prueba preconstituida» se diferencia de la «prueba anticipada en sentido propio» en que en la primera la intermediación desaparece, dado que la práctica de la prueba no tiene lugar ante el Tribunal Juzgador sino ante el Juez de Instrucción y se reduce a la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente.

En el Procedimiento Ordinario la «prueba preconstituida» viene regulada en los arts. 448 y 449 LECrim que establecen que su práctica anticipada se debe al riesgo cierto de que acontezca la muerte del testigo, su incapacidad física o intelectual o que este manifieste la imposibilidad de acudir por tener que ausentarse de territorio nacional antes de la aper-

(43) STS 840/2016, 7 de noviembre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:4937; STS 167/2017, 15 de marzo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1045.

(44) STS 101/2003, 27 de enero de 2003, ECLI:ES:TS:2003:412; STS 840/2016, 7 de noviembre de 2016, ECLI:ES:TS:2016:4937; STS 396/2019, de 24 de julio de 2019; ECLI:ES:TS:2019:2572.

(45) STS 96/2009, 10 de marzo de 2009, ECLI:ES:TS:2009:1804, FJ 3.



tura del Juicio Oral. Durante la práctica anticipada de esta prueba es necesario garantizar la asistencia letrada al acusado, así como la presencia de este y de su abogado durante el examen del testigo con el objetivo de que puedan plantear las preguntas que estimen oportunas. Tal y como se exige en el art. 777 LECrim para el Procedimiento Abreviado, la prueba practicada en fase de instrucción será introducida en el Procedimiento Ordinario en la fase de Juicio Oral durante el acto de la vista mediante la lectura de la diligencia de prueba preconstituida y así garantizar el respeto de los principios de inmediación, publicidad y contradicción. Además, el tribunal juzgador competente ha de verificar que la imposibilidad del testigo de comparecer en el Juicio Oral se mantiene en su apertura pues si finalmente este pudiera acudir, no se podrá prescindir de su testimonio directo en ese acto, ni está justificado sustituirlo por la declaración prestada anticipadamente en fase de instrucción.

Por último, el TC ha condicionado la validez de la prueba preconstituida al cumplimiento de cuatro requisitos: 1) materiales, que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; 2) subjetivos, la necesaria intervención de una autoridad independiente como es el Juez de Instrucción aunque, por especiales razones de urgencia, también pueda la policía judicial realizar ciertas diligencias; 3) objetivos, que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el abogado del investigado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo y; 4) formales, la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, o a través del visionado de la grabación de la testifical o los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral (46).

Si los requisitos exigidos por el TEDH, el TS y el TC respecto a la excepcional prueba preconstituida no se respetasen, el tribunal juzgador habrá de inadmitirla. Ello puede atender a diferentes razones como, por ejemplo, que no quede suficientemente demostrado que persista la imposibilidad real de asistencia del testigo al acto del juicio pues no se han agotado eficaz y diligentemente por el Juzgado las vías para garantizar su comparecencia y averiguar su paradero (47). Igualmente, se dan supuestos en los que existe la declaración de un testigo protegido identificando a los patrones de una concreta embarcación, pero el testimonio adolece de una serie de circunstancias que, en atención al principio *in dubio pro reo*, impide condenar al acusado por un delito del art. 318bis CP.

(46) STC (Pleno) 53/2013, de 28 de febrero; ECLI:ES:TC:2013:53, FJ 3. Véase, STS 637/2021, 15 de julio de 2021, ECLI:ES:TS:2021:2953.

(47) SAP Melilla 16/2017, 18 de mayo de 2017, ECLI:ES:APML:2017:69.



A este respecto, la SAP Almería 365/2019 indica que la prueba preconstituida practicada se vio debilitada al tratarse «de una testifical como prueba anticipada», «de un testigo protegido, por lo que la limitación de datos sobre su identidad dificulta en cierto modo la aportación de circunstancias relevantes para valorar su credibilidad», «de un testigo único, pues efectuada una ‘ronda de entrevistas’ con los miembros de la expedición (...), ninguno de los otros (...) refirió nada relevante sobre la participación en los hechos de los acusados», «de una declaración que el tribunal a quo valora con especial prudencia y cautela dicho testimonio, a fin de descartar una motivación consistente en la obtención de los beneficios derivados de la delación», y por no existir «ninguna corroboración objetiva y externa a la propia declaración del testigo protegido, referida a la participación de los acusados que refuerce su verosimilitud, como podría ser alguna fotografía de la embarcación en la que pudiera percibirse quién la pilotaba» (48).

En un sentido similar se posiciona la SAP Las Palmas 39/2021 cuando considera que las posibilidades de contradicción en el asunto de autos están sensiblemente mermadas, por cuanto es difícil descartar que los migrantes dispuestos a colaborar no lo hicieran por razones espurias y motivadas por la obtención de los beneficios derivados de la aplicación del art. 59 LOEX. A ello se le suma que los agentes de la autoridad no llevaron a cabo una ronda de entrevistas con los demás miembros de la embarcación con el fin de contrastar las declaraciones inculminatorias de los testigos protegidos(49). Tampoco existe ninguna corroboración objetiva y externa a la propia declaración de los testigos protegidos como fotografías o vídeos de la embarcación. Por último, entiende la Audiencia Provincial (AP) que se está ante declaraciones testificales en las que se aprecian manifiestas contradicciones y los migrantes se limitan a apuntar detalles vagos y conocidos en este tipo de expediciones hasta las costas españolas (50).

IV. El papel de Frontex en las entrevistas a los migrantes irregulares y la corroboración objetiva de sus declaraciones practicadas como prueba preconstituida

En lo que a la validez de la práctica de la excepcional prueba preconstituida respecta, ya hemos visto como el TEDH y los tribunales es-

(48) A este respecto véanse, SAP Almería 56/2015, 19 de febrero de 2015, ECLI:ES:APAL:2015:94; SAP Almería 444/2019, 19 de diciembre de 2019, ECLI:ES:APAL:2019:1352.

(49) En este sentido véanse, SAP Las Palmas 31/2015, 8 de junio de 2015, ECLI:ES:APGC:2015:674; SAP Murcia 80/2021, 31 de marzo de 2021, ECLI:ES:APMU:2021:715. Respecto a las pruebas de reconocimiento fotográfico y de rueda de reconocimiento véase, STS 8/2022, 12 de enero de 2022, ECLI:ES:TS:2022:11.

(50) SAP Las Palmas 39/2021, 11 de febrero de 2021, ECLI:ES:APGC:2021:113.



pañoles requieren, entre otras condiciones, la existencia de evidencias que ratifiquen la declaración testifical anticipada aportada por los migrantes irregulares en la que identifican a los miembros de las redes de tráfico ilegal de personas. Las declaraciones de las víctimas para que puedan ser tomadas como pruebas preconstituidas de cargo contra aquellos que pilotan las embarcaciones precisan no solo que sean coherentes y reiteradas, sino también que sean verosímiles al estar rodeadas «de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que supone que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima» (51).

Esta sección analiza una significativa y novedosa tendencia como es el uso judicial, siendo en ocasiones la prueba que determina la absolución o condena del investigado por el delito del art. 318bis CP, de la información aportada por la agencia descentralizada de la UE, Frontex. Por un lado, este artículo revela que, en algunos casos, la declaración de los testigos protegidos como prueba preconstituida en fase de instrucción es finalmente admitida durante el juicio oral al ser corroborada por el único dato objetivo obrante en la causa: la documentación gráfica recabada por las aeronaves desplegadas por Frontex. Esta documentación evidencia que los patrones de la embarcación son precisamente aquellos que fueron en su momento identificados en la anticipada declaración testifical realizada por los migrantes irregulares. Por otro, se analiza el reforzado papel que desempeña Frontex y sus agentes en las investigaciones policiales y judiciales de tráfico ilegal de migrantes.

Frontex es una agencia descentralizada de la UE, creada en 2004 (52), con el fin de coordinar y apoyar operativamente a las autoridades nacionales en la gestión de sus fronteras exteriores. Frontex se transformó en una Guardia Europea de Fronteras y Costas (GEFC) tras la adopción del Reglamento 2016/1624 (53) y el Reglamento 2019/1896 (54) cuyo objetivo consiste en diseñar una gestión integrada de las fronteras exteriores de la UE, afrontar las vulnerabilidades existentes a nivel nacional y, responder de manera efectiva a los flujos migratorios excepcionales y repentinos a

(51) SAP Las Palmas 114/2008, 19 de septiembre de 2008, ECLI:ES:APGC:2008:2871.

(52) Reglamento (CE) 2007/2004 del Consejo de 26 de octubre de 2004 por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, *DOUE* L 349 de 25 de noviembre de 2004.

(53) Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2016 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, *DOUE* L 251 de 16 de septiembre de 2016.

(54) Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2019 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, *DOUE* L 295 de 14 de noviembre de 2019.



los que algunos Estados miembros se ven sujetos(55). Para alcanzar estos objetivos, ambos Reglamentos indican que la GEFC tendrá, respecto a las autoridades nacionales competentes, los siguientes cometidos: 1) supervisar la gestión efectiva de las fronteras exteriores; 2) proporcionar asistencia técnica y operativa reforzada a los Estados miembros mediante operaciones conjuntas e intervenciones rápidas en las fronteras y; 3) garantizar la aplicación práctica de las medidas de gestión de fronteras de la UE en situaciones que requieran una acción urgente.

1. Documentación gráfica aportada por Frontex en la que se identifica a los patrones de las embarcaciones

La documentación gráfica que Frontex facilita a los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado respecto a las embarcaciones que se dirigen hacia España, se regula en los arts. 14 y 18 Reglamento 2019/1896. El art. 14.1 señala que «la Agencia establecerá y mantendrá una red de comunicación para (...) permitir el intercambio de información sensible no clasificada y de información clasificada de forma segura y en tiempo cuasirreal con y entre los centros nacionales de coordinación». El art. 18 se refiere al Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (Eurosur) de la Agencia como un marco integrado para el intercambio de información y para la cooperación operativa con el objetivo de «detectar, prevenir y combatir la inmigración ilegal y la delincuencia transfronteriza, y de contribuir a garantizar la protección y el salvamento de las vidas de los migrantes» (56). El objetivo de Eurosur consiste en reducir el número de entradas irregulares no detectadas y combatir la delincuencia transfronteriza mediante el uso de las nuevas tecnologías y el ágil intercambio de información en lo que a la identificación de pequeñas embarcaciones que se dirijan a las costas de los Estados miembros respecta.

(55) Véanse, FERNÁNDEZ-ROJO, D. (2020), «Los poderes ejecutivos de la guardia europea de fronteras y costas: del Reglamento 2016/1624 al Reglamento 2019/1896», *Revista Catalana de Dret Públic*, 60, págs. 181-195; GONZÁLEZ SAQUERO, P. (2019), «La guardia de fronteras y costas (FRONTEX). ¿Hacia una policía de fronteras europea?», *Crítica penal y poder*, 18; SANTOS VARA, J. (2018), «La transformación de Frontex en la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas: ¿hacia una centralización en la gestión de las fronteras?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 22, n.º 59, págs. 143-186.

(56) Para un detallado análisis del funcionamiento de Eurosur véanse, BELLANOVA, R. y DUEZ, D. (2016), «The Making (Sense) of EUROSUR: How to Control the Sea Borders?» en BOSSONG, R. y CARRAPICO, H., *EU Borders and Shifting Internal Security*, Basel: Springer International Publishing, págs. 23-44; MARIN, L. (2011), «Is Europe turning into a 'Technological Fortress'? Innovation and technology for the management of EU's external borders: Reflections on FRONTEX and EUROSUR» en HELDEWEG, M. y KICA E., *Regulating Technological Innovation*, Palgrave Macmillan, págs. 131-151.



En este sentido, la Agencia se ha interesado por el empleo de aeronaves tripuladas y, especialmente, nuevas tecnologías como los drones por su eficiencia en la vigilancia de las extensas fronteras marítimas y la detección de embarcaciones de las que se recopilan tanto imágenes y vídeos como datos relativos a su rumbo, posición, comportamiento, velocidad, número de personas y actividades a bordo, incluyéndose la identificación de aquellos encargados de pilotarlas (57). Desde la transformación en 2016 de Frontex en la GEFC, se pretende proporcionar a la Agencia recursos técnicos y humanos de manera inmediata y flexible, y así suplir las carencias operativas y la disparidad del equipamiento puesto a su disposición por los Estados miembros. Precisamente, en el marco financiero plurianual 2021-2027 se adjudicó una dotación de 2.200 millones de euros para que la Agencia compre o arriende su propio equipamiento (58).

La primera referencia a la información gráfica recabada por el equipamiento aéreo de Frontex, en un asunto relativo al tráfico ilegal de migrantes en España, la encontramos en 2013 en la sentencia 1941/2013 de la AP de Almería (59). Esta resolución se refiere a la detección, el 28 de mayo de 2012, por parte del Servicio de Salvamento Marítimo de una patera con 23 migrantes a bordo que pretendían acceder irregularmente a España por la costa almeriense. La patera, carente de toda medida de seguridad, iba pilotada por tres acusados que se turnaban en su manejo y uno de ellos había cobrado 500 euros a cada uno de los migrantes por realizar la travesía. Los acusados fueron condenados a seis años y un día de prisión por el delito contemplado en el art. 318 bis 1 y 2 CP en atención a las claras, contundentes y convincentes declaraciones de los testigos protegidos que fueron visionadas y escuchadas como pruebas preconstituidas durante la vista. Asimismo, los testigos reconocieron a los condenados en las fotografías que les exhibieron los agentes de policía y que habían sido recabadas por Frontex. Los agentes encargados de la investigación también expusieron que los dos testigos protegidos identificaron sin género de dudas a los condenados por las fotografías que les exhibieron.

(57) Véanse, CSERNATONI, R. (2018), «Constructing the EU's high-tech borders: FRONTEX and dual-use drones for border management», *European Security*, 27, n.º 2, págs. 175-200; HAYES, B., JONES, C. y TÖPFER, E. (2014), «Eurodrones Inc.», *Statewatch and Transnational Institute*; MONROY, M. (2016), «New FRONTEX agency: satellite reconnaissance and drones over the Mediterranean», <https://digit.site36.net/2016/06/10/new-frontex-agency-satellite-reconnaissance-and-drones-over-the-mediterranean/>; Statewatch (2020), «Drones for Frontex: unmanned migration control at Europe's borders», <https://www.statewatch.org/analyses/2020/drones-for-frontex-unmanned-migration-control-at-europe-s-borders/>.

(58) Comisión Europea, «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas», COM(2018) 631 final, pág. 148.

(59) SAP Almería 1941/2013 de 24 de mayo de 2013, ECLI: ES:APAL:2013:1941.



La anterior sentencia fue recurrida al TS que indicó que los agentes encargados de la investigación recibieron un vídeo grabado por una de las aeronaves desplegadas por Frontex y en el que se puede apreciar manifiestamente como uno de los integrantes de la embarcación está pilotando la misma. En concreto, el atestado recaba una serie de fotogramas del vídeo realizado por Frontex y que sirve como respaldo a lo expuesto en la declaración testifical de los dos testigos protegidos incorporada al juicio oral como prueba preconstituida. A este respecto, apunta el TS que los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad ratificaron en el juicio que los testigos protegidos afirmaron que las personas de los fotogramas exhibidos eran los encargados de pilotar la patera. Por todo ello, concluye el TS no haber lugar a la admisión del recurso de casación formalizado por los recurrentes contra la sentencia dictada por la AP de Almería (60).

En 2017 encontramos la sentencia 267/2017 proveniente también de la AP de Almería con los siguientes hechos probados: el 4 de septiembre de 2016 la Guardia Civil interceptó en la costa almeriense una precaria patera, careciendo de las mínimas medidas de seguridad, con 16 migrantes que habían pagado unos 500 euros para que les facilitaran el acceso irregular a España. Los acusados de patronear la embarcación sostuvieron que, al igual que el resto de ocupantes, solo pretendían acceder a España. Ahora bien, un testigo protegido identificó, tanto en sede policial como de instrucción, a los dos investigados como los encargados de patronear la patera. La AP intentó, oficiando a la policía y realizando la citación por edictos, que se practicara en el acto de la vista la declaración del testigo protegido, lo que devino imposible al estar ilocalizable. Por ello, se practicó una prueba preconstituida a la que se añadió la testifical de los agentes de policía en la que corroboraron la credibilidad del relato del testigo protegido, máxime porque tras su declaración se recibieron las fotografías del avión de vigilancia desplegado por Frontex.

Entiende la AP que «la declaración del testigo protegido aparece plenamente corroborada por el único dato objetivo que consta en la causa, las fotografías del avión de la Agencia Europea de Fronteras (Frontex) que evidencian (...), que las dos personas que conducen la embarcación al tiempo de realizarse dichas fotografías, son los dos acusados, portando la misma ropa que tenían al tiempo de ser detenidos (...)». Añade la AP que, si bien las fotografías de la Agencia solo muestran un instante de la travesía, justo coincide que en ese momento son los dos acusados quienes aparecen manejando la patera y no otros ocupantes de la embar-

(60) ATS 2043/2013, 31 de octubre de 2013, ECLI:ES:TS:2013:10353.



cación, extremo este último que podría haber hecho dudar de la credibilidad de lo declarado por el testigo protegido (61).

La anterior sentencia de la AP de Almería fue recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía que aprecia que la culpabilidad de los investigados se basó exclusivamente en la declaración del testigo, prueba esta suficiente aunque entiende que adolece de una serie de circunstancias que la debilitan (62). La declaración testifical preconstituida es realizada por un único testigo protegido, limitándose los datos acerca de su identidad lo que dificulta la aportación de circunstancias relevantes para valorar su credibilidad, y cuyas manifestaciones inculpatorias contrastan con lo manifestado por el resto de los ocupantes de la patera, quienes sostuvieron que no había ningún responsable de pilotarla. Además, el testigo obtiene, conforme el art. 59 LOEX, beneficios por su colaboración policial y judicial lo que obliga a extremar la cautela en cuanto a su credibilidad.

El TSJ, tras un análisis de la jurisprudencia del TS y de las AP en asuntos similares, admite que ante las dificultades objetivas para averiguar quiénes son los encargados de patronear las embarcaciones, es justificable el favorecimiento de las declaraciones de las víctimas que, tras la atribución de beneficios por su colaboración y su consideración de testigos protegidos para evitar represalias, se animan a testificar e identificar a los miembros de las redes criminales. Si bien la jurisprudencia no entiende vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al basarse la condena por el delito del art. 318bis CP en una o varias declaraciones testificales, en calidad de testigos protegidos y como prueba preconstituida, estima razonable el TSJ de Andalucía que cada tribunal ha de valorar con especial prudencia y cautela los testimonios de los ocupantes de las embarcaciones y descartar que las declaraciones de las víctimas del delito estén viciadas por la obtención de los beneficios derivados de su colaboración.

La conclusión a la que llega el TSJ de Andalucía es para este estudio especialmente relevante pues entiende que a pesar de las circunstancias que debilitan la prueba, esta es suficiente por una única razón: «viene corroborada objetivamente por un elemento probatorio externo, en sí mismo insuficiente como prueba de cargo, pero sin duda relevante a efectos de compensar la debilidad del testimonio». El elemento probatorio externo determinante no es otro que la fotografía aérea recabada por Frontex y que revela que los dos acusados eran quienes estaban tripulando la embarcación. Considera el Tribunal, como ya hizo la AP de

(61) SAP Almería 267/2017, 8 de junio de 2017, ECLI:ES:APAL:2017:1052.

(62) STSJ Andalucía, 20 de octubre de 2017, ECLI:ES:TSJAND:2017:16102.



Almería, que la fotografía no es calificable como «una simple coincidencia azarosa» pues, en atención a la explicación de los agentes que declararon como testigos en la causa, el modo habitual de funcionamiento de las organizaciones es «la existencia de algún “paterista” con conocimientos suficientes, y en contacto con otros niveles de la organización, quienes reciben el encargo de conducir la embarcación bien a cambio de dinero o bien mediante la reducción o supresión del precio por el transporte».

Por tanto, el uso que se hace por los tribunales españoles de la información gráfica que remite la agencia Frontex es trascendente y, en ocasiones, concluyente para apreciar la culpabilidad de aquellos acusados por un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Esta información de la Agencia es facilitada a las autoridades policiales y judiciales y constituye un elemento objetivo para reforzar la credibilidad de las declaraciones testimoniales preconstituidas realizadas por las víctimas que deciden acogerse a los beneficios derivados del art. 59 LOEX. Ahora bien, al no incluir la mayoría de las sentencias expresamente el término «Frontex», es imposible que los buscadores habituales de jurisprudencia puedan volcar resultados y, por ello, que tan solo sean cuatro las sentencias que se han podido emplear en este estudio. Precisamente, en la sentencia de la AP de Almería de 24 de mayo de 2013, cuya publicación en su momento no constaba y solicitamos acceso a la misma al Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, el término «Frontex» no aparece en el texto de la sentencia, como sí sucede en el auto del TS de 31 de octubre de 2013 denegando el recurso planteado ante la resolución del órgano juzgador. Por todo ello, de la investigación realizada se puede inferir que el uso, tanto policial como judicial, de la información que recaba Frontex en las investigaciones nacionales de tráfico ilegal de migrantes es relevante y habitual en los últimos años.

2. La toma de declaración por Frontex a las víctimas de tráfico ilegal de migrantes

Aparte de la documentación gráfica que aporta Frontex a las autoridades nacionales encargadas de la gestión de fronteras, la Agencia también viene desempeñando desde la denominada «crisis de los refugiados» de 2015 un papel más directo en las investigaciones nacionales de tráfico ilegal de migrantes. La Agencia cuenta con sus propios agentes especializados, que son desplegados en los Estados miembros, para prestar asistencia a las autoridades nacionales tanto en la realización de controles y vigilancia fronterizos, como en el examen de la documentación y la toma



de huellas dactilares de los migrantes. Frontex tiene expertos que asisten a los Estados miembros durante el interrogatorio que se realiza a los migrantes interceptados y rescatados, y de quienes se recaba información acerca de las razones de su viaje, la ruta seguida, el modus operandi y el grado de involucración de los miembros de las redes criminales.

Esta asistencia directa de la Agencia en las investigaciones nacionales de tráfico ilegal de migrantes tuvo su mayor exponente en los hotspots que se crearon como respuesta a la «crisis de los refugiados» en Italia y Grecia (63). A Frontex se le encomendó la tarea de apoyar a las autoridades italianas y griegas en el desembarco, identificación y registro de los migrantes. La Agencia, supervisada por los guardias de fronteras nacionales competentes, también entrevistó a los migrantes recién llegados con el fin de recabar información y determinar su nacionalidad (64). A pesar de que en España hasta la fecha no se ha establecido ningún hotspot, los agentes de Frontex también participan de manera activa en las investigaciones nacionales relativas al tráfico ilegal de migrantes tal y como reflejan las dos siguientes sentencias.

Por un lado, la AP de las Palmas conoció de un asunto relativo a la llegada de una patera el 5 de abril de 2008 procedente de Marruecos con 14 ocupantes. Tras ser interceptada, los migrantes fueron puestos a disposición judicial y se acordó su internamiento en el Centro de Barranco Seco y no fue hasta el 9 de abril «cuando dos de los ocupantes de la patera ponen en conocimiento de los funcionarios de FRONTEX que los entrevistaban que, al parecer, los patrones de la embarcación, se encontraban en el mismo Centro de Internamiento (...)» (65). Por otro lado, la AP de Almería conoce de un asunto similar en el que se intercepta, el 14 de abril de 2020, por la Guardia Civil una embarcación que transportaba a 35 migrantes, quienes habían abonado 3.500 euros por la travesía, y se dirigía a las costas españolas patroneada por tres acusados de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Durante la vista, los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad que intervinieron en los hechos declararon haber sido informados por agentes de Frontex de la existencia de un testigo en la patera, a quien habían entrevistado, y que quería co-

(63) Véanse, FERNÁNDEZ-ROJO, D. (2018), «Los 'hotspots': expansión de las tareas operativas y cooperación multilateral de las agencias europeas Frontex, Easo y Europol», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 22, n.º 61, págs. 1013-1056; HORII, S. (2018), «Accountability, dependency, and EU Agencies: the hotspot approach in the refugee crisis», *Refugee Survey Quarterly*, 37, n.º 2, págs. 204-230; LOSCHI, C. y SLOMINSKI, P. (2022), «The EU hotspot approach in Italy: strengthening agency governance in the wake of the migration crisis?», *Journal of European Integration*, págs. 1-18.

(64) Frontex, «General Annex of the Operational Plan — Joint Maritime Operations», 2016, págs. 18-19 (en el archivo del autor).

(65) SAP Las Palmas 114/2008, 19 de septiembre de 2008, ECLI:ES:APGC:2008:2871.



laborar en la investigación mediante la identificación de los tres acusados. Frontex también informó a los agentes de la policía nacional que el resto de ocupantes no estaban dispuestos a colaborar en las pesquisas y, por ello, decidieron estos no tomarles declaración. La AP de Almería dio audiencia a los agentes de Frontex quienes «mantuvieron que tras hacer varias entrevistas aleatorias (...), uno de los ocupantes de la patera les manifestó que quería declarar, cosa que hizo de forma espontánea y voluntaria, aunque mantuvo tener miedo caso de hacerlo, que les anticipó que había tres personas que eran miembros de una organización y les habían traído a España, y que estaban con ellos. Ante esta información contactaron con los agentes de la Policía Nacional (grupo UCRIF) para que le tomasen declaración» (66).

Frontex apoya a los Estados miembros en materias estrechamente vinculadas a sus prerrogativas de soberanía nacional como son las investigaciones relativas al tráfico ilegal de migrantes. Los agentes de la Agencia desplegados en España participan en las investigaciones policiales y judiciales pues, como se ha estudiado, realizan entrevistas a los migrantes interceptados o rescatados, recaban información acerca de su travesía y de los patrones de la embarcación, e identifican a aquellos ocupantes dispuestos a testificar. Toda esta información es incorporada a la investigación policial y a la instrucción judicial, pudiéndose incluso dar audiencia a los agentes de Frontex para que declaren durante la vista.

En este sentido, otra agencia descentralizada de la UE que ha comenzado a desempeñar un papel significativo en las investigaciones nacionales de tráfico ilegal de migrantes es la Agencia de la UE para la Cooperación Policial (Europol). Aunque no se ha logrado localizar aún ninguna sentencia de tribunales españoles que haga mención explícita a esta Agencia, la importante actividad que viene desarrollando nos permite adelantar que bien el uso de la información que recaba ya está siendo empleado en fase de instrucción, pero no existe mención explícita al término «Europol» por los tribunales juzgadores y los buscadores de jurisprudencia no localizan tales resoluciones, o bien que su asistencia pronto tendrá un impacto similar al analizado respecto a la agencia Frontex.

Al igual que sucedió con Frontex, desde el establecimiento de los hotspots italianos y griegos, Europol comenzó a desplegar a sus agentes sobre el terreno, a participar en el interrogatorio de los migrantes rescatados y a prestar asistencia en las investigaciones nacionales de tráfico ilegal de migrantes (67). Una de las medidas más notables introducidas

(66) SAP Almería 242/2020, 22 de septiembre de 2020, ECLI:ES:APAL:2020:829.

(67) Véase, BLASI CASAGRAN, C. (2018), «El papel de Europol en la lucha contra el tráfico de migrantes y la trata de seres humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 59, págs. 333-357.



por el Reglamento 2016/794 de Europol (68) fue el establecimiento de centros especializados cuyo fin radica en coordinar, organizar e implementar acciones de investigación y operativas. El art. 4.1 establece que Europol creará «centros de asesoramiento especializados de la Unión para combatir determinados tipos de delitos enunciados en el ámbito de aplicación de los objetivos de Europol (...)». Hasta el momento, Europol ha diseñado tres centros especializados: el Centro Europeo de Ciberdelincuencia (EC3), el Centro Europeo contra el Tráfico de Migrantes (EMSC) y el Centro Europeo contra el Terrorismo (ECTC). El EMSC inició sus actividades en febrero de 2016 y, desde entonces, ha brindado apoyo a las autoridades nacionales competentes proporcionando información segura, compartiendo análisis estratégicos y operativos, reuniendo pruebas y emprendiendo investigaciones contra las redes que facilitan las entradas irregulares de migrantes, sus movimientos secundarios y la residencia de estos en la UE.

El EMSC de Europol no solo centra su apoyo a las autoridades nacionales con el fin de intercambiar información e investigar las redes criminales existentes que operan en el Mediterráneo, sino que los funcionarios de Europol desplegados informan a los migrantes, evalúan los datos que recopilan tras entrevistarles y realizan controles de seguridad de segundo orden (69). En concreto, las funciones de Europol consisten en despliegues de expertos (70), análisis operativos y estratégicos (71), apoyo forense a través del examen de dispositivos electrónicos y documentos, recopilar información en tiempo real y el análisis de todo el material relevante para la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes, cotejando dicha información con las bases de datos de la Agencia (72). Son numerosas las investigaciones policiales de tráfico ilegal de migrantes por vía marítima en las que Europol ha prestado asistencia a las autoridades españolas y que nos permiten colegir que la información recabada presenta sino un impacto directo al menos indirecto en las resoluciones judiciales de nuestros tribunales. A este respecto, se detallan aquí, a modo de ejemplo, cuatro operaciones recientes.

(68) Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol), *DOUE* L 135 de 24 de mayo de 2016.

(69) Consejo, «Conclusions of the Twelfth Annual Meeting of National Experts on Joint Investigation Teams (EJTs) 15 and 16 June 2016, Eurojust, The Hague», doc. 12887/16, 05.10.2016, pág. 3.

(70) Europol, «Europol Programming Document 2017-2019», 17.01.2017, pág. 12.

(71) Europol, «General Report on Europol Activities 2015», 2016, pág. 11.

(72) *Ibid.*, pág. 11.



En primer lugar, el 29 de marzo de 2021, Europol apoyó a la Policía Nacional en el desmantelamiento de una red encargada de introducir desde Marruecos por el Estrecho de Gibraltar migrantes irregulares, que pagaban alrededor de 2.500 euros por el trayecto, y en la que se incautaron tres embarcaciones empleadas en las travesías. Europol facilitó a la Policía Nacional el intercambio de información, proporcionó coordinación operativa y apoyo analítico (73). Por otro lado, el 3 de diciembre de 2020, Europol ayudó a la Policía Nacional, mediante el intercambio de información y apoyo analítico, a interrumpir las actividades de una red encargada de introducir en cayucos desde Marruecos a migrantes irregulares en las Islas Canarias. Una vez estos llegaban a las Islas Canarias la red se encargaba de facilitarles, tras abonar entre 1.000 y 1.500 euros, documentación falsa y el tránsito hasta sus destinos finales dentro de la UE (74). En otra operación similar, la Policía Nacional volvió a contar con el apoyo de Europol y desarticuló un grupo delictivo organizado que trasladaba migrantes en botes de goma desde Marruecos hacia las Islas Canarias. Se sospecha que las personas detenidas facilitaron el traslado de 20 barcos con migrantes irregulares hasta España y que obtuvieron más de 350.000 euros (75).

Por último, el 19 de noviembre de 2019, la Policía Nacional desmanteló un grupo delictivo especializado en el tráfico ilegal de migrantes utilizando lanchas rápidas desde Argelia y Marruecos. La operación se saldó con 26 detenciones a quienes se les acusó de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros por trasladar irregularmente hasta España a unos 850 ciudadanos argelinos y unos 50 ciudadanos marroquíes por una facturación total estimada de 1,5 millones de euros. La organización criminal estaba perfectamente estructurada, pues antes de que los barcos partieran de la costa de Argelia, los patrones de las embarcaciones contactaban con sus cooperadores en España y les hacían saber los lugares de desembarco previstos, así como la hora aproximada de llegada y el número de migrantes a bordo. Las lanchas rápidas tardaban aproximadamente tres horas en cruzar el mar de Alborán y llegar a España, donde los migrantes recibían instrucciones acerca de cómo avanzar tierra adentro y lugares seguros donde esconderse. Europol asistió a los

(73) Europol, «Smuggling network connected to four deaths at sea dismantled in Spain», <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/smuggling-network-connected-to-four-deaths-sea-dismantled-in-spain>, 13.04.2021.

(74) Europol, «19 arrests for smuggling irregular migrants from Morocco to the Spanish Canary Islands», <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/19-arrests-for-smuggling-irregular-migrants-morocco-to-spanish-canary-islands>, 17.12.2020.

(75) Europol, «28 arrested for smuggling migrants in rubber boats from Morocco to Spain», <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/28-arrested-for-smuggling-migrants-in-rubber-boats-morocco-to-spain>, 06.07.2020.



agentes de la Policía Nacional a través de la identificación de los miembros de la organización delictiva, la extracción de la información de sus teléfonos móviles y el despliegue de una oficina móvil sobre el terreno en el que se cotejaron todos los datos operativos relativos a las detenciones, registros domiciliarios e incautaciones practicadas (76).

V. Conclusión

Tras la pandemia por Covid-19 se han detectado dos nuevas tendencias en la actuación de las redes criminales encargadas de introducir irregularmente a migrantes en España: un significativo aumento del número de llegadas a las Islas Canarias en la ruta atlántica y, en la ruta mediterránea, la salida de las embarcaciones tiene ahora lugar principalmente desde Argelia, en vez de Marruecos, dado el estricto control que este país viene ejerciendo de sus fronteras. En la ruta mediterránea operan estructuras criminales bien organizadas que emplean tanto barcos de recreo con capacidad para no más de 12 migrantes, como barcos pesqueros que albergan unos 60 ocupantes y que tras el pago de aproximadamente 3.500 euros se dirigen a las costas de Almería, Murcia, Alicante, Granada y Baleares (77). En la ruta atlántica los migrantes pagan entre 400 y 1.800 euros a las redes criminales con el fin de llegar a las Islas Canarias y las embarcaciones empleadas consisten, si parten desde Marruecos, en pateras con capacidad para unos 20 migrantes, en cayucos pesqueros que albergan entre 40 y 60 personas cuando el puerto de salida es Mauritania y, en grandes embarcaciones, con unos 80 ocupantes a bordo, si la salida tiene lugar desde Senegal (78). Así, las Islas Canarias registraron más de 23.000 llegadas de migrantes irregulares en 2020, casi diez veces más que en 2019, desde el sur de Marruecos, Mauritania, Senegal y Gambia (79).

Ante esta acuciante situación, este artículo se ha centrado en analizar la trascendental labor de los tribunales españoles ante la incesante llegada de embarcaciones con migrantes irregulares a bordo, así como el tratamiento judicial de la información recabada de las víctimas respecto de los patrones de las embarcaciones al ser acusados de un delito tipificado en el art. 318bis CP. En la práctica, los migrantes irre-

(76) Europol, «Spanish police arrest 26 for smuggling migrants from Algeria and Morocco», <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/spanish-police-arrest-26-for-smuggling-migrants-algeria-and-morocco>, 04.02.2020.

(77) Ministerio de Justicia (2021), Memoria Fiscalía General de Estado 2020, Madrid, págs. 845-847.

(78) *Ibid.*, págs. 845-847.

(79) Europol (2021), «European Migrant Smuggling Centre – 5th Annual Report», pág. 18.



gulares que, conforme el art. 59 LOEX, deciden colaborar con las autoridades policiales y judiciales presentan la condición de testigos protegidos y declaran los pormenores de su travesía marítima desde el puerto de origen hasta las costas españolas. Tal declaración se incorpora como prueba preconstituida ya que, desde la fase de instrucción hasta la apertura de juicio oral, existe el riesgo de que los migrantes se encuentren en paradero desconocido al tratarse de personas de nacionalidad extranjera, en situación administrativa irregular y que pueden quedar sujetas a un proceso de expulsión. Sin embargo, los tribunales no han de asumir este riesgo de incomparecencia por el mero hecho de estar ante un migrante irregular, sino que han de revelar los esfuerzos realizados en proceder a la citación de los migrantes interceptados o rescatados de las embarcaciones.

Al practicarse la prueba preconstituida en los asuntos relativos al tráfico ilegal de migrantes, los tribunales han de prestar especial atención a que ninguna oposición se realice por la defensa de los acusados y que las declaraciones testificales anticipadas se incluyan en el acto de la vista oral. En esta fase los jueces atienden a si la exposición de los testigos fue clara, detallada, coherente, contundente y sin sustanciales contradicciones, así como si los testigos protegidos, tanto en sede policial como en sede de instrucción, identifican a los organizadores del viaje y son capaces de aportar datos que apunten a estos como los patrones de las embarcaciones, tales como si portaban la brújula o el dispositivo GPS, controlaban el rumbo de la travesía o daban órdenes a los viajeros. A la prueba testifical preconstituida, tal y como indican el TEDH, el TS y el TC, es deseable que se le sumen las declaraciones de los acusados y la testifical de los agentes que intervinieron en la elaboración del atestado, en las que se detallen sus indagaciones y entrevistas entre los pasajeros de la embarcación. Se puede añadir también a la prueba preconstituida el reconocimiento que realizan los migrantes irregulares como testigos protegidos de los patrones de las embarcaciones, bien a través de una rueda de reconocimiento, bien mediante las fotografías o vídeos que les son exhibidos por los agentes, o ambas.

Dada la excepcionalidad de la prueba preconstituida, especial relevancia presentan los elementos objetivos y externos que aportan verosimilitud a las declaraciones de los migrantes irregulares identificando a los patrones de las embarcaciones. A este respecto, el papel de Frontex y, en concreto, el material gráfico de sus aeronaves puesto a disposición de las autoridades competentes españolas, ha devenido crucial para decidir sobre la culpabilidad de aquellos acusados de un delito de tráfico ilegal de migrantes. Otra tendencia identificada en este artículo es la asistencia directa que Frontex, y también indirectamente Europol, presta en las investigaciones nacionales de tráfico ilegal de migrantes



al entrevistarse con quienes son interceptados o rescatados y recabar toda información acerca del modus operandi de las redes que introducen irregularmente y por vía marítima migrantes en España. Esta información luego es aportada a la causa y constituye material probatorio para los tribunales que conocen de asuntos subsumibles en el tipo del art. 318bis CP.

En definitiva, tal y como apunta la Comisión Europea en el Plan de Acción renovado de la UE contra el Tráfico Ilícito de Migrantes (2021-2025), la Covid-19 y las medidas restrictivas aprobadas por los Estados miembros, lejos de frenar a las redes de tráfico ilegal de migrantes, supusieron un reforzamiento en su operatividad y beneficios (80). La Covid-19 ha exigido a estas redes un cambio en su operativa, a la que han respondido con adaptabilidad y mayor profesionalización centrandose ahora sus esfuerzos en la ruta marítima y en travesías más largas y arriesgadas hacia España. Solo en 2021, se contabilizaron 4.404 fallecidos en las rutas de acceso a nuestro país: 4.016 correspondieron a la ruta canaria y 388 a la ruta mediterránea (81). Se está, por ende, ante una amenaza diversa, dinámica y muy lucrativa que pone en peligro la vida y derechos fundamentales de los migrantes y a la que los tribunales españoles tendrán que seguir haciendo frente.

VI. Bibliografía

- BELLANOVA, R. y DUEZ, D. (2016), «The Making (Sense) of EUROSUR: How to Control the Sea Borders?» en BOSSONG, R. y CARRAPICO, H., *EU Borders and Shifting Internal Security*, Basel: Springer International Publishing, págs. 23-44.
- BLASI CASAGRAN, C. (2018), «El papel de Europol en la lucha contra el tráfico de migrantes y la trata de seres humanos», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 59, págs. 333-357.
- CSERNATONI, R. (2018), «Constructing the EU's high-tech borders: FRONTEX and dual-use drones for border management», en *European Security*, 27, n.º 2, págs. 175-200.
- DE WILDE, B. (2013), «A Fundamental Review of the CHR Right to Examine Witnesses in Criminal Cases», en *The International Journal of Evidence & Proof*, 17, n.º 2, págs. 157-182.

(80) Comisión Europea, «Plan de Acción renovado de la UE contra el Tráfico Ilícito de Migrantes (2021-2025)», COM(2021) 591 final, 29.09.2021, pág. 3.

(81) Caminando Fronteras, «El peor año en las fronteras: 4404 víctimas en las rutas de acceso a España durante 2021», <https://caminandofronteras.org/el-peor-ano-en-las-fronteras-4404-victimas-en-las-rutas-de-acceso-a-espana-durante-2021/>, 03/01/2022.



- FERNÁNDEZ PÉREZ, A. (2014), «La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías», en *Diario La Ley*, n.º 8382.
- FERNÁNDEZ-ROJO, D. (2018), «Los 'hotspots': expansión de las tareas operativas y cooperación multilateral de las agencias europeas Frontex, Easo y Europol», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 22, n.º 61, págs. 1013-1056.
- (2020), «Los poderes ejecutivos de la guardia europea de fronteras y costas: del Reglamento 2016/1624 al Reglamento 2019/1896», en *Revista Catalana de Dret Públic*, 60, págs. 181-195.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B. (2005), «La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, págs. 837-886.
- GONZÁLEZ SAQUERO, P. (2019), «La guardia de fronteras y costas (FRONTEX). ¿Hacia una policía de fronteras europea?», en *Crítica penal y poder*, 18.
- GUARDIOLA LAGO, M. J. (2007). *El tráfico de personas en el derecho penal español*. Aranzadi Thomson Reuters.
- HAYES, B., JONES, C. y TÖPFER, E. (2014), «Eurodrones Inc.», *Stewatch and Transnational Institute*.
- HORII, S. (2018), «Accountability, dependency, and EU Agencies: the hotspot approach in the refugee crisis», en *Refugee Survey Quarterly*, 37, n.º 2, págs. 204-230.
- LAFONT NICUESA, L. (2013). La adaptación del Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal en materia de trata de personas y de inmigración ilegal a los instrumentos normativos de la Unión Europea, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. et al. (Eds.), *Armonización penal en Europa*. IVAP, págs. 218-250.
- (2017) El delito de trata de seres humanos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en PÉREZ ALONSO, E. J., et al. (Eds.) *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Tirant lo Blanch, págs. 469-494.
- LAURENZO COPELLO, P. (2003). «La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 12, págs. 63-93.
- LOSCHI, C. y SLOMINSKI, P. (2022), «The EU hotspot approach in Italy: strengthening agency governance in the wake of the migration crisis?», en *Journal of European Integration*, págs. 1-18.
- MARIN, L. (2011), «Is Europe turning into a 'Technological Fortress'? Innovation and technology for the management of EU's external borders: Reflections on FRONTEX and EUROSUR» en HELDEWEG, M. y KICA E., en *Regulating Technological Innovation*, Palgrave Macmillan, págs. 131-151.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2008), «¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular?: un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10, págs. 1-20.



- (2014), «Expulsión e internamiento de extranjeros. ¿Quiénes están en los CIE?», en REIG FABADO, I., *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, págs. 347-376.
- MAYORDOMO RODRIGO, V. (2007), «La pertenencia a organización delictiva en el tráfico ilegal de personas: colaboración en su desmantelamiento como alternativa a la expulsión», en *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 21, págs. 273-297.
- (2011), «Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas», en *Estudios penales y criminológicos*, 31, págs. 325-390.
- MONROY, M. (2016), «New FRONTEX agency: satellite reconnaissance and drones over the Mediterranean», <https://digit.site36.net/2016/06/10/new-frontex-agency-satellite-reconnaissance-and-drones-over-the-mediterranean/>.
- PÉREZ MACHÍO, A.I. (2006), «El levantamiento de la medida de expulsión del artículo 89 del Código penal a la luz del supuesto de colaboración contra redes organizadas del artículo 59 de la Ley de Extranjería», en *Revista del Poder Judicial*, 81, págs. 91-137.
- SANTOS VARA, J. (2018), «La transformación de Frontex en la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas: ¿hacia una centralización en la gestión de las fronteras?», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 22, n.º 59, págs. 143-186.
- STATEWATCH (2020), «Drones for Frontex: unmanned migration control at Europe's borders», <https://www.statewatch.org/analyses/2020/drones-for-frontex-unmanned-migration-control-at-europe-s-borders/>.

