

# PATERAS, TESTIGOS PROTEGIDOS Y TELÉFONOS MÓVILES.

Apuntes para la defensa de personas investigadas como patrones de pateras cuando buscaban su propia migración (art. 318 bis CP).

Enlace a actualizaciones de este documento: [.PDF](#) [.DOC](#)

**RESUMEN:** En nombre de la “lucha contra las mafias de inmigración”, los Tribunales españoles condenan a cientos de migrantes que la propia [Fiscalía considera “el último eslabón de la cadena”](#), personas distintas a quien realmente organiza el viaje y obtiene ingresos económicos por ello. [Un análisis de sentencias](#) a patrones de pateras de 2022 y 2023 muestra que la mayoría de casos se deciden por conformidad. El resto se decide generalmente por lo que los viajeros dicen (testigos protegidos) o traen (teléfonos móviles). El uso de ambos tipos de pruebas en juicio oral exige ciertos requisitos para condenar. Antes de conformar, el abogado deberá comprobar si las pruebas en contra cumplen estos requisitos. **TESTIGOS PROTEGIDOS:** La defensa puede aprovechar su interrogatorio en fase de Instrucción. El artículo propone preguntas para formular al testigo protegido típico. La Jurisprudencia impide que el Tribunal dé valor decisivo al testigo protegido y al que pueda obtener ventajas por testificar, salvo corroboración por prueba objetiva. El testimonio no será válido si la defensa no ha tenido oportunidad de preguntar, si faltan gestiones viables para su presencia en el juicio oral o si el nivel de ocultamiento del testigo protegido perjudica injustificadamente la defensa. La defensa podrá proponer la grabación como prueba preconstituida de los testigos dispuestos a declarar a favor del acusado. **TELÉFONOS MÓVILES:** Es ilícita la intervención policial prospectiva de teléfonos. Sin abogado presente cuando el detenido consiente la intervención policial del teléfono, es inexcusable la intervención judicial, que tendrá que ser solicitada después -y no antes- de la declaración judicial del testigo que la motive. Para el uso de video como prueba se exige la presencia en juicio oral de la persona que lo grabó.

En nombre de la “lucha contra las mafias de inmigración”, los Tribunales españoles condenan a cientos de migrantes que la propia [Fiscalía considera “el último eslabón de la cadena”](#), personas distintas a quien realmente organiza el viaje y obtiene ingresos económicos por ello. La [Circular FGE 5/2011](#), prevé una posible reducción de pena “cuando el autor haya participado en la acción como medio para lograr su propia migración”, pero aun así [la acusación provisional reclama la pena máxima \(8 años\) al presunto patrón en circunstancias muy variadas](#)<sup>1</sup>. Lo hacen con el testimonio contra el reo de 2 viajeros, único que queda grabado a los pocos días de la llegada. Pese a la obligación legal de consignar las circunstancias favorables al reo ([art. 2 LECr](#)), no aparecen grabados testimonios a su favor. Recibida meses después la acusación provisional, el acusado difícilmente puede contar con el testimonio favorable de otros viajeros, que han sido expulsados o se encuentran en situación irregular, una debilidad defensiva que empuja al 80%<sup>2</sup> a declararse culpables anticipadamente. Renuncian a la fase de prueba, pero consiguen así la reducción de pena<sup>3</sup> mencionada en la [Circular FGE 5/2011](#). Todas las personas merecen [juicios justos, equitativos, con igualdad de armas](#) y pleno respeto a los derechos humanos. Ese es el objeto de estos apuntes.

<b>1.-TESTIGOS PROTEGIDOS .....</b>	<b>2</b>
Normas.....	2
Derecho a conocer la identidad de los testigos. Los tres requisitos del TEDH.....	3
Recurrir en fase de instrucción el Auto de designación de testigo protegido.....	3
Cinco grados de ocultación de quien declara contra el acusado.....	4
Si hay intervención judicial de teléfono debe haber dos actas de declaración del testigo.....	4
Testigos protegidos y ventajas que pueden obtener. Motivos espurios.....	4
Solicitar que se desvele la identidad del testigo protegido en el escrito de defensa.....	6
La solicitud debe estar debidamente motivada.....	6
Ponderación de intereses en conflicto.....	7
Compensación de déficit de defensa.....	8
Exigencia de elementos probatorios adicionales o periféricos.....	8

<sup>1</sup> La Fiscalía ha solicitado penas de 8 años tanto si la travesía dura 2 días como si dura 14 días; si navegaron 204 km o 1380 km; conste o no la falta de comida o bebida; si no hay fallecidos o si hay 13 fallecidos; haya o no lesionados; si vienen o no vienen a bordo niños y mujeres; si concurren o no amenazas; si vienen 25 o 103 personas a bordo; si los acusados organizaron 1 o 7 viajes consecutivos; si el acusado es o no es reincidente; si el investigado llevó el timón, repartió comida a bordo, reparó el motor averiado o miró el GPS para indicar hacia donde navegar; si los acusados huían de países en guerra o si vienen de países sin guerra. En todos esos casos la Fiscalía pidió 8 años de pena por el [318 bis](#). Más detalle [aquí](#) y en [Anexo](#).

<sup>2</sup> 75% en Canarias, 98% en Murcia, 72% en Baleares, 43% en Ceuta, 34% en Almería. Más detalle en [cuadro adjunto](#) anexo.

<sup>3</sup> La pena media del tipo atenuado es de 2,93 años en Canarias y de 2,07 años en el resto de [provincias estudiadas](#). En Canarias, el 51,42% de los acusados que pidieron examen de pruebas en juicio obtuvieron [sentencias absolutorias](#). Más detalle en [cuadro adjunto](#) anexo.

Deben hacerse cuantas gestiones sean viables para traer al testigo protegido a Sala. ....	9
Lectura o visionado de la declaración en juicio oral (inmediación) .....	9
La revelación se limita al nombre y apellidos. Abre nueva fase de prueba. ....	10
Si se desvela la identidad, se hará con tiempo suficiente para preparar la defensa. ....	10
¿Qué preguntar al testigo protegido (presente o ausente)? .....	10
Doctrina.....	11
<b>2.-TELÉFONOS MÓVILES. ....</b>	<b>12</b>
Normas.....	12
Es ilícito el registro prospectivo de teléfonos. ....	12
Requiere autorización judicial o consentimiento. ....	12
La no oposición a la intervención no prueba el consentimiento. ....	13
Requiere una mayor motivación si es un móvil ajeno al acusado. ....	13
Si hay intervención judicial por confidencia, ésta tiene que hacerse ante el Juez. ....	13
Consentimiento para intervenir un teléfono. Estando detenido, asistencia letrada. ....	13
La prueba de video requiere ratificación en juicio oral de quien lo grabó.....	14
Doctrina.....	15

## 1.-TESTIGOS PROTEGIDOS

En aplicación del [art. 318 bis CP](#) a patrones de pateras se observan casos en los que tienen carácter decisivo los testigos protegidos o que pueden obtener ventajas por denunciar. Como se verá en este capítulo, estos testimonios exigen unas garantías reforzadas y corroboración objetiva para no vulnerar el derecho a la defensa o no serán válidos para enervar la presunción de inocencia. Véase como ejemplo [SAP Baleares S. 2ª, 45/2024, 29/01/2024](#), FJ13 **ABSUELVE**

### Normas.

[Convenio Europeo de Derechos Humanos](#), artículo 6.3.d

[Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos \(2013\)](#), Páginas 51-55

[Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos \(2022\)](#) (inglés), Páginas 35, 94-104

[Ley Orgánica 19/1994](#), de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

[Ley de Enjuiciamiento Criminal](#), [art. 449](#), [art. 449 bis](#), [art. 730](#), [781.1](#)

[Artículo 59](#) de LOEX 4/2000, permiso de residencia por colaboración contra redes organizadas

[Artículos 135 a 139](#) del Reglamento de Extranjería

[Circular FGE 5/2011](#), actuación Fiscal en materia de extranjería e inmigración

[Instrucción SES 20/2005](#), sobre detención de extranjeros llegados por mar

[Instrucción SES 1/2024](#), sobre procedimiento integral de la detención policial

### Derecho a conocer la identidad de los testigos. Los tres requisitos del TEDH.

El artículo 6.3.d) del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) (“CEDH”) dispone que es derecho mínimo de todo acusado el de *“interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra”*. Este derecho es un presupuesto inexcusable de un juicio justo. Como veremos, la negativa judicial a desvelar la identidad del testigo protegido puede generar absolucón o nulidad de actuaciones.

La declaración del testigo anónimo debe estar sometida a contradicción de la defensa para servir como prueba ([STC 174/2011](#), de [07/11/2011](#), FJ 4, **AMPARA**). Se acepta la prueba preconstituida con presencia del letrado e investigado (contradicción), que se reproducirá necesariamente en juicio oral ([LECR 448](#), [730](#), [777.2](#) y [781.1](#)).

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”), TC y TS, para poder erigirse en prueba de cargo, la declaración del testigo anónimo debe reunir tres concretos requisitos. El **primero** de ellos que el anonimato haya sido acordado por el órgano judicial en una decisión motivada con **razonable ponderación de intereses en conflicto**; el **segundo**, que los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido compensados con **medidas alternativas** que permitan al acusado evaluar y, en su caso, combatir la fiabilidad y credibilidad del testigo y de su testimonio; y el **tercero**, que la declaración del testigo anónimo concorra acompañado de **otros elementos probatorios**, de manera que no podrá, por sí sola o con un peso probatorio decisivo, enervar la presunción de inocencia.

STEDH 31/10/2021, caso Solakov [ING] contra “la Antigua República Yugoslava de Macedonia”, § 57; STEDH 19/02/2013, caso Gani c. España [ESP], § 41; STEDH 06/12/2012, caso Pesukic c. Suiza [ING], § 45; STEDH 19/07/2012, caso Hümmel c. Alemania [ING], § 38; STEDH 15/12/2011, caso Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido [ING], § 127, § 147; STEDH 20/04/2006, caso Carta [FRA]; STEDH 22/11/2005, caso Taal contra Estonia [ING]; STEDH 10/11/2005, caso Bocos-Cuesta [ING]; STEDH 25/05/2004, caso Cornelis c. Holanda; STEDH 28/03/2002, caso Birutis y otros c. Lituania [ING], § 29; STEDH 14/02/2002, caso Visser c. Holanda [ING], § 53, § 55; STEDH 09/03/1999, caso Lucà contra Italia [FRA], § 39; STEDH 23/04/1997, caso Van Mechelen y otros c. Holanda [ING] § 52-54; STEDH 26/03/1996, caso Doorson c. Holanda [ING], § 69-76; STEDH 15/06/1992, caso Lüdi c. Suiza [ING]; STEDH 19/12/1990, caso Delta c. Francia [ING]; STEDH 27/09/1990, caso Windisch c. Austria [ESP], § 28; STEDH 20/11/1989, caso Kostovski c. Holanda [ESP], § 42

El Tribunal Constitucional hace suya la postura del TEDH, situándola en el 24.2 CE.

STC 75/2013, S.1ª, 08/04/2013, FJ3-FJ5: “Acogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...) las exigencias derivadas del art. 6.3 d) del Convenio y, en consecuencia, también las garantías que consagra el art. 24.2 de nuestra Constitución” (...) advertimos además, con carácter de **obiter dictum, que con arreglo al Tribunal de Estrasburgo debe considerarse contrario al citado precepto del Convenio “LA CONDENA DE UN ACUSADO SOBRE LA BASE DE TESTIMONIOS ANÓNIMOS**, entendiéndose por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad” (FJ 3). (...) En definitiva, **LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO ANÓNIMO DEBE REUNIR TRES CONCRETOS REQUISITOS**. El primero de ellos —no cuestionado en la presente demanda— que el anonimato haya sido acordado por el órgano judicial en una decisión motivada en la que se hayan **PONDERADO** razonablemente los intereses en conflicto; el segundo, que los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido **COMPENSADOS CON MEDIDAS ALTERNATIVAS** que permitan al acusado evaluar y, en su caso, combatir la fiabilidad y credibilidad del testigo y de su testimonio; y el tercero, que la declaración del testigo anónimo concorra acompañado de **otros elementos probatorios**, de manera que **NO PODRÁ, POR SÍ SOLA O CON UN PESO PROBATORIO DECISIVO, ENERVAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**”. **AMPARA**

El TS anula condenas fundadas decisivamente en testimonio de testigos protegidos, citando la jurisprudencia mencionada del TEDH y TC.

STS 580/2019, S.1ª, 26/11/2019, FJ2 **ESTIMA**; STS 296/2019, S.1ª, 04/06/2019, FJ2-3 **ESTIMA**; STS 706/2018, S.1ª, 15/01/2019, FJ2 **ESTIMA**; STS 852/2016, S.1ª, 11/11/2016, FJ6 **ESTIMA**; STS 157/2015, S.1ª, 09/03/2015, FJ13 **PRUEBA NULA**; STS 51/2015, S.1ª, 29/01/2015, FJ1 **ESTIMA**; STS 100/2012, S.1ª, 23/02/2012, FJ4 **ESTIMA**; STS 649/2010, S.1ª, 18/06/2010, FJ11 **ESTIMA**; STS 378/2009, S.1ª, 27/03/2009, FJ6 **ESTIMA**; STS 828/2005, S.1ª, 27/06/2005, FJ1 **PRUEBA NULA**

STS 100/2012, S.1ª, 23/02/2012, FJ3-4: “CUARTO. En el caso que tenemos ahora que resolver estamos ante un testigo anónimo para la defensa del acusado cuya identidad nunca le fue desvelada a pesar de haberlo solicitado fundadamente al elaborar su escrito de calificación provisional, sin haber obtenido respuesta desde ese momento hasta que nueve meses más tarde se le notifica el Auto desestimatorio de aquella pretensión coincidiendo con la celebración del juicio. (...) En esta tesitura debe prevalecer el derecho a la defensa para no retrotraernos a tenebrosos tiempos **inquisitoriales** de todos conocidos y a más modernas situaciones de regímenes **totalitarios** en los que al amparo de una denuncia anónima se conseguían intereses y **beneficios bastardos** por el desconocido denunciante, sin posibilidad para el acusado de desacreditar a aquel poniendo de manifiesto los motivos **espurios** que hubieran podido impulsar al denunciante o acusador. En consecuencia, debemos declarar que el pronunciamiento condenatorio se ha sustentado esencialmente en una prueba que ha quebrantado el derecho de defensa del acusado y, por tanto, **ilícita, inconstitucional y sin eficacia probatoria**”. **ESTIMA**

Otras veces confirma riguroso cumplimiento de los requisitos dados por el TEDH.

STS 853/2023, S.1ª, 22/11/2023; STS 164/2023, S.1ª, 08/03/2023 (**PATERA**); STS 575/2022, S.1ª, 09/06/2022; STS 8/2022, S.2ª, 12/01/2022 (**PATERA**); STS 716/2021, S.1ª, 23/09/2021 (**PATERA**); STS 384/2016, S.1ª, 05/05/2016, FJ 3-5; STS 455/2014, S.1ª, 10/06/2015; STS 910/2013, S.1ª, 03/12/2013; STS 220/2013, S.1ª, 21/03/2013; STS 365/2012, S.1ª, 15/05/2012; STS 395/2009, S.1ª, 16/04/2009; STS 322/2008, S.1ª, 30/05/2008; STS 1047/2006, S.1ª, 09/10/2006 FJ21 **V.P.**; STS 961/2006, S.1ª, 25/09/2006; ATC 522/2005, 20/12/2005; STS 98/2002, S.1ª, 28/01/2002; STS 1027/2002, S.1ª, 03/06/2002; STS 354/1999, S.1ª, 03/03/1999; STC 64/1994, 28/02/1994 **DESESTIMAN**

## Recurrir en fase de instrucción el Auto de designación de testigo protegido.

El Auto de protección de testigos también debe cumplir con los tres requisitos. Es posible que falte la ponderación por no especificarse amenazas o conminaciones por parte de los acusados o personas allegadas a ellos; o por lesionar en exceso al derecho de defensa.

## Cinco grados de ocultación de quien declara contra el acusado.

Testigo anónimo es aquel cuya identidad no conoce la defensa. Testigo oculto es de identidad conocida por la defensa, pero declara con alguna opacidad u ocultamiento. En todo caso un testigo

tendrá la consideración de protegido siempre que exista una resolución judicial expresa en tal sentido conforme la Ley 19/1994. En [STS 378/2009](#), de [27/03/2009](#), FJ5 **ESTIMA** se describen 5 tipos:

Confidente policial: [STEDH CASO KOSTOVSKI](#), [STEDH CASO WINDISCH](#)

1.-Declara anónimamente ante la Policía. No ante el Juez.

2.-Se identifica ante la policía; no declara ante el Juez.

Testigo de instrucción: [STEDH 23/04/1997](#), [caso Van Mechelen y otros c. Holanda \[ING\]](#) § 52-54

3.-Se identifica ante el Juez, interrogado sin contradicción de la defensa.

Testigo anónimo: [STEDH 26/03/1996](#), [caso Doorson c. Holanda \[ING\]](#), § 69-76; [STEDH 28/03/2002](#), [caso Birutis y otros c. Lituania \[ING\]](#), § 29

4.-Declara en juicio oral, con contradicción, se oculta su identidad al acusado.

Testigo oculto: [STC 64/1994](#), de [28/02/1994](#), FJ3

5.-Declara en juicio oral. Se da su identidad al acusado, se oculta su vista.

### La intervención judicial de teléfono requiere previa declaración judicial del testigo.

No caben las investigaciones meramente prospectivas, deben basarse en datos objetivos. El mero confidente que acude a la policía a dar un dato no habilita a la policía a pedir un auto de intervención, sino que se requiere de una investigación. Por ello, la intervención de teléfonos requiere auto judicial posterior al auto de protección de testigos. En consecuencia, tendrá que haber dos declaraciones del pasajero, una en la que entra como confidente “y sale” protegido por un Auto. Y otra, como testigo protegido ya con contradicción de la defensa. Sin la primera, la intervención del teléfono no está fundada. Solo la segunda sirve como prueba preconstituida. Pero el ciudadano que decide colaborar directamente y desde el principio con el instructor y relata un detallado volumen de información, adquiriendo el estatus de testigo protegido, habilita para el dictado de la injerencia, valorando el juez en el auto la proporcionalidad de la medida.

Ver [STS 468/2020](#), S.1ª, [23/09/2020](#), FJ2: “Es decir, no se trata de que un confidente haya comunicado a las Fuerzas y cuerpos de seguridad una información y éstas, sin investigación sobre ese dato, redacten un oficio al juez y la pidan una intervención telefónica. No es este el caso. De lo que se trata es de una persona a la que el juez de instrucción le otorga el estatus de testigo protegido declara directamente ante el juez instructor sobre unos hechos, desvelando la existencia de la organización que trabajaba en la introducción de droga en España. No es la confidencia de una persona sin corroborar que acude a la policía, sino que es ante el juez y por persona identificada, lo que cambia radicalmente la impugnación que sobre la medida de injerencia se insta. (...) Y aquí radica la diferencia esencial, ya que mientras que **la noticia confidencial no es suficiente para justificar, por sí sola y como único indicio, la restricción de derechos fundamentales, y LOS AGENTES NO PUEDEN ACUDIR AL JUEZ CON ESTE ÚNICO DATO ANÓNIMO Y SIN CONTRASTAR**, no es lo aquí ocurrido, sino que existe una identificación nada menos que ante el instructor, a quien le cuenta el desarrollo de todo el operativo, y es el juez quien le otorga ese estatus de testigo protegido para preservar su seguridad. Y es con tal condición cuando se le toma declaración en sede judicial, y, finalmente, en base a dicha declaración se dicta el auto de 30 de octubre. (...) **Han de excluirse las investigaciones meramente prospectivas**, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional; exclusión que se extiende igualmente a las hipótesis subjetivas y a las meras suposiciones y conjeturas, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de esas hipótesis, quedaría materialmente vacío de contenido ( [SSTC 49/1999](#); [166/1999](#); [171/1999](#); [299/2000](#); [14/2001](#); [138/2001](#); [202/2001](#); [167/2002](#); [261/2005](#); [136/2006](#); [253/2006](#); [148/2009](#); [197/2009](#); [5/2010](#) y [26/2010](#) )”.

### Testigos protegidos y ventajas que pueden obtener. Motivos espurios.

Se ha generalizado que la principal carga probatoria en los juicios de [318 bis CP](#) se centre en dos o más viajeros de la patera que denuncian a otros viajeros como patrones u organizadores del viaje (“*llevaban el timón*”, “*manejaban el GPS*”, “*repartían comida*”, “*arreglaron el motor*”, “*rellenaban el depósito de combustible*”). Denunciantes y denunciados suelen ser de distintas nacionalidades e idiomas, siendo común la existencia de fricciones o animadversiones generadas durante la tensión de la travesía. En muchos casos resulta incluso posible que el propio patrón denuncie a otro viajero para eximirse de responsabilidad y obtener otras ventajas previstas legalmente. Es por ello que resulta especialmente necesario un análisis de la figura del testigo protegido y conocer las auténticas motivaciones de los que comparecen, lo que permitirá desechar declaraciones debidas a motivos espurios.

La [Ley Orgánica 19/1994](#), de protección a testigos y peritos en causas criminales exige resolución judicial (245 LOPJ y 141 LECR exigen Auto que abre pieza secreta separada) para la protección del testigo, que deberá ser motivada en un mal **MUY PROBABLE** [STS 354/1999](#), S.1ª, [03/03/1999](#) El

[artículo 3.2](#) señala que “*podrán facilitárseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo*”.

[STS 852/2016](#), S.1ª, 11/11/2016, FJ6 “Tampoco la Sala ha expuesto en la sentencia las razones que pudieran justificar tal grado de excepcionalidad en la limitación del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. Todo viene a constatar que se está ante un testigo mayor de edad y **no se han especificado amenazas** ni conminaciones por parte de los acusados o personas allegadas a éstos”.

[STS 580/2019](#), S.1ª, [26/11/2019](#), FJ2: “Nos encontramos ante la inexistencia de resolución alguna (...). Ninguna de tales circunstancias ha sido ponderadas por los órganos judiciales y desde luego no pueden suponerse realizadas de manera tácita por la forma en que fuera recibida declaración al testigo protegido en fase de instrucción (...) ni por el hecho de que el Letrado no hiciera objeción alguna (ni solicitara siquiera conocer la identidad del testigo). (...) Y el hecho de que se diera a conocer en el acto del juicio la identidad del testigo que hasta ese momento era desconocida, y se permitiera una entrevista entre abogado y cliente antes de la toma de declaración, no garantiza adecuadamente el derecho a la defensa de la recurrente.

**ESTIMA**

El [artículo 59](#) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social complementa este régimen añadiendo que el extranjero que se encuentre irregularmente en España y formule denuncia de autoría del [318 bis CP](#) podrán obtener autorización de residencia, trabajo y facilidades para su integración, seguridad y protección. Véanse [artículos 135 a 139](#) del Reglamento de Extranjería, R.D. 557/2011, de 20 de abril.

En todos los casos de testimonios premiados, para que sus declaraciones puedan ser valoradas como prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, es **imprescindible que concurren elementos objetivos de corroboración**. El uso de esta herramienta puede comprometer la equidad del procedimiento contra el acusado y plantear cuestiones delicadas, ya que, por su propia naturaleza, las declaraciones en cuestión se prestan a la manipulación y se pueden hacer únicamente con el fin de obtener los beneficios que se ofrecen a cambio o como venganza personal. La naturaleza a veces ambigua de dichas declaraciones y el riesgo de que una persona pueda ser acusada y juzgada sobre la base de acusaciones no verificadas, que no son necesariamente desinteresadas, no deben, por tanto, subestimarse. En cualquier caso, el uso de tales declaraciones no es suficiente en sí mismo para hacer que el proceso no sea equitativo ([Cornelis c. Países Bajos](#) (dec.), con otras referencias).

[STS 214/2017](#), S.1ª, [29/03/2017](#), FJ7: “El recurrente alega que lo que pretenden las denunciante con su declaración inculpatoria es presentarse como víctimas de trata, **PARA CONSEGUIR LA REGULARIZACIÓN DE SU ESTANCIA EN ESPAÑA**, evitando así su expulsión. (...) Es cierto también que estos beneficios procesales imponen una especial valoración del testimonio, **para descartar supuestos en los que la incriminación de terceros se utilice de forma espuria**, y para salvaguardar el derecho a la presunción constitucional de inocencia de estos terceros. **Valoración cuidadosa que debe ir necesariamente acompañada de la concurrencia de elementos de corroboración del testimonio**, pues **EN TODOS LOS CASOS DE TESTIMONIOS PREMIADOS**, como sucede por ejemplo con las declaraciones de los “arrepentidos”, **LA CONCURRENCIA DE ELEMENTOS OBJETIVOS DE CORROBORACIÓN ES IMPRESCINDIBLE PARA QUE SUS DECLARACIONES PUEDAN SER VALORADAS COMO PRUEBA DE CARGO SUFICIENTE** para desvirtuar el derecho constitucional a la presunción de inocencia”. Idéntico texto en: [STS 960/2023](#), S.1ª, [21/12/2023](#), FJ4 **ESTIMA**; [STS 59/2023](#), S.1ª, [06/02/2023](#), FJ1, **ESTIMA**; [STS 132/2023](#), S.1ª, [01/03/2023](#), FJ2; [STS 565/2020](#), S.1ª, [30/10/2020](#), FJ4; [STS 422/2020](#), S.1ª, [23/07/2020](#), FJ11; [STS 146/2020](#), S.1ª, [14/05/2020](#), FJ3; [STS 396/2019](#), S.1ª, [24/07/2019](#), FJ5.

[STS 853/2023](#), S.1ª, [22/11/2023](#): “Ciertamente, conforme señalábamos en la sentencia núm. 454/2020, de 17 de septiembre, “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene señalando que el uso de las declaraciones de los testigos a cambio de la inmunidad o de otras ventajas es una herramienta importante en la lucha que las autoridades nacionales deben llevar a cabo contra la delincuencia grave. Sin embargo, el uso de esta herramienta puede comprometer la equidad del procedimiento contra el acusado y plantear cuestiones delicadas, ya que, por su propia naturaleza, las declaraciones en cuestión **se prestan a la manipulación y se pueden hacer únicamente con el fin de obtener los beneficios que se ofrecen a cambio o como venganza personal**. La naturaleza a veces ambigua de dichas declaraciones y el riesgo de que una persona pueda ser acusada y juzgada sobre la base de acusaciones no verificadas, que no son necesariamente desinteresadas, no deben, por tanto, subestimarse”. **ESTIMA**

[STS 430/2019](#), S.1ª, [27/09/2019](#): “A lo que hemos de unir, que tanto durante la instrucción de la causa como durante el juicio oral, se les permitió interrogar sin ninguna limitación a esas testigos, mediante su confrontación directa, lo que permitiría solventar cualquier duda sobre la veracidad de su testimonio o la existencia de cualquier móvil espurio. Particularmente, si han obtenido cualquier tipo de ventaja que pudiera condicionar su testimonio, como se viene a insinuar. Mas al respecto es evidente que si la han obtenido, al menos en lo referente a su residencia en el país y a una cierta protección de las instituciones públicas, precisamente por entenderse que por su condición de víctima de un supuesto de trata de seres humanos aparecen como un interés especialmente digno de protección, lo que hace, como es sabido, que nuestra legislación les otorgue **ciertos beneficios cuya existencia a nadie se le escapa, y que desde luego, aunque pueden servir de aliciente a que se pongan de manifiesto hechos de esta naturaleza**, no por ello restaría a priori valor a esos testimonios.

Máxime en un supuesto como el presente en que será cierto que la condena se funda en la declaración de esas víctimas, pero estas no aparecen huérfanas de una **ratificación periférica**, al haber aportado una serie de datos que luego los agentes han podido corroborar, como sería esos **movimientos bancarios** que viene a ratificar el mecanismo seguido para entregar sus ganancias y en definitiva que se les privaba de todo ingreso, o el contenido de las llamadas telefónicas intervenidas en las que se pone igualmente de manifiesto ese tráfico".

[STS 715/2018](#), S.1ª, [16/01/2019](#) "En el primer caso la identidad es irrelevante para la defensa, pero en el segundo ha de tenerse en cuenta que esas relaciones previas pudieron generar **hostilidad o enemistad**, de manera que el testimonio puede estar afectado en su credibilidad subjetiva por motivos espurios, y el derecho de defensa exige que el acusado pueda cuestionar la credibilidad del testigo con conocimiento de su identidad, por lo que en estos casos no se puede desestimar la pretensión simplemente por falta de precisión, debiendo ponderarse cuidadosamente si el riesgo previsible es de tal entidad que justifica el sacrificio del derecho fundamental de defensa afectado".

[ATS 865/2010](#), S.1ª, [29/04/10](#): "En cualquier caso, respecto del testigo protegido tampoco cabe apreciar los fines espurios a que hace mención el recurrente como fundamento exclusivo de tal incriminación, no obstante darse por **cierto que la Policía le comunicara que podría no ser expulsado si señalaba al patrón de la nave**: tal y como expone la Audiencia en el F.J. 2º, aunque efectivamente fuere así, no por ello cabe entender que el recurrente señalara al azar al autor, pues consta que lo identificó como tal tanto fotográficamente como en el acto del juicio oral; y se valora también cómo se ha mostrado en todo momento firme en su testimonio a lo largo de las actuaciones y en el acto de la vista, bajo la intermediación de la Audiencia, refiriendo asimismo con rotundidad cuál fue el precio que tuvo que pagar (800 euros) y cuál fue el comportamiento del acusado al tiempo de ser descubiertos por la patrulla costera, a saber, alejarse del motor y mezclarse con el resto del pasaje mientras les daba instrucciones y apercibía de forma amenazante de que no le delataran a quienes le habían visto pilotar la lancha, lo que conforme a la experiencia del Tribunal "a quo" en supuestos similares se corresponde con el habitual proceder en estos casos de quienes efectivamente tienen la nave bajo su control. En suma, aunque el denunciante pudiera obtener ventajas de su declaración, **no por ello se elimina en el caso el categórico valor** de sus afirmaciones".

Las enemistades u hostilidades, posibles venganzas entre testigo y acusado y hasta la búsqueda de impunidad del responsable material, cuando pueden ser probados, sí se configuran como motivos espurios. Las Audiencias no reconocen fácilmente motivos espurios en las declaraciones, aunque algunas de las [18 sentencias absolutorias](#) de 2022-2023 se extrañan de que sólo 2 o 3 testigos reconozcan como acusados a una persona concreta sin que se conozca el testimonio de los demás testigos.

[SAP Baleares 1ª, 362/2022](#) FJ1: "Tampoco puede dejarse al margen el hecho de que, de los 15 integrantes de la embarcación, sólo en estos dos testigos se diesen las condiciones para que los agentes pudiesen llevar a cabo sus entrevistas" **ABSUELVE**  
[SAP Tenerife 6ª, 372/2022](#) FJ5: "...llegaron a tomar declaración a la mitad de ellos, unos 40 apuntó; sin embargo, únicamente consta en autos la declaración de 7. (...) Dijo la agente deponente que descartó el resto de declaraciones puesto que no eran concluyentes, no querían hablar o no aportaban datos significativos; sin embargo, hubiera sido deseable que, cuanto menos, dichas declaraciones obraran en autos, con identificación de los viajeros que fueron interrogados, dando la oportunidad a todas las partes procesales y también a esta Sala de valorar, en su caso, la pertinencia o utilidad de dichos relatos" **ABSUELVE**

## Solicitar que se desvele la identidad del testigo protegido en el escrito de defensa.

El [artículo 4.3](#) de la Ley Orgánica 19/1994, de protección a testigos y peritos en causas criminales, señala que el Tribunal «deberá» desvelar la identidad de los testigos protegidos, siempre que se solicite motivadamente por la defensa en escrito de calificación provisional. No obstante, no cabe exigir a la defensa que solicite la revelación de identidad en la calificación provisional, si no se ha dictado Auto de testigo protegido en ningún momento.

[ATS 1429/2014, 04/09/2014](#): "No se solicitó por el acusado en el escrito de defensa conocer la identidad del testigo, sino que se hizo al inicio del juicio oral".

## La solicitud debe estar debidamente motivada.

No es suficiente una genérica alegación de indefensión, debe haber una solicitud motivada, suficiente y razonable de cómo se perjudica el derecho a la defensa por no conocer la identidad del testigo protegido. En los supuestos de patrones de pateras, parece posible encontrar razones para aterrizar la causa en la averiguación de motivos espurios, enemistades generadas durante la travesía, diferencias por enemistades de grupos nacionales o, incluso, por si el testigo protegido es el auténtico patrón y trata de evitar su responsabilidad asignando ésta a un simple pasajero.

[STS 271/2019](#), S.1ª, [29/05/2019](#), FJ2: "La declaración de la víctima para ser tomada como prueba de cargo requiere **ausencia de incredibilidad subjetiva** que pudiera resultar de sus circunstancias personales. En este punto dos son los aspectos subjetivos relevantes: a) sus propias características físicas o psicoorgánicas, como puede ser, por ejemplo, la vista en las apreciaciones oculares, el grado de madurez, así como la incidencia que en la credibilidad de las afirmaciones de la víctima pueden tener ciertos trastornos mentales o enfermedades; y b) la inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de

las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes”.

[STS 852/2016](#), S.1ª, 11/11/2016, FJ6 “Tampoco la Sala ha expuesto en la sentencia las razones que pudieran justificar tal grado de excepcionalidad en la limitación del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. Todo viene a constatar que se está ante un testigo mayor de edad y **no se han especificado amenazas** ni conminaciones por parte de los acusados o personas allegadas a éstos”. **ESTIMA**

[STS 384/2016](#), S.1ª, [05/05/2016](#), F.4.: “La segunda alegación plantea precisamente: la inexistencia de razones fundadas para la negativa a desvelar la identidad de los testigos protegidos. En el caso actual **la parte recurrente se limitó a expresar en su solicitud** que fuese desvelada la identidad de los testigos protegidos “para hacer valer el derecho de defensa”, sin expresar una motivación específica de su petición. Esta Sala ([SSTS 1771/2001](#), de [8 de octubre](#), [STS 98/2002](#), de [28 de enero de 2002](#) o [STS 304/2008](#) de [5 de junio de 2008](#)) ha señalado reiteradamente que una simple alegación genérica de indefensión, **sin precisar en qué se ha perjudicado en concreto el derecho de defensa, no constituye motivación suficiente**. Es cierto que no se pueden establecer criterios rigurosos de precisión en las razones motivadoras de la solicitud, pues no nos encontramos aquí ante un sistema similar a las reglas del “non-disclosure”, propio de los sistemas del Common Law, en el que se carga sobre la defensa la justificación de los motivos por los que resulta necesaria la revelación de la identidad de un testigo en ciertos casos especiales. (...) En el caso actual podía fácilmente deducirse de la prueba practicada en el sumario que los testigos protegidos eran simplemente unos vecinos que desde su ventana habían visto al recurrente en las proximidades del local incendiado poco después de iniciarse el incendio. El recurrente, que por la declaración sumarial se encuentra informado de esta condición, no ha manifestado en momento alguno que hubiese tenido algún conflicto con alguno de los vecinos que pudiesen pretender perjudicarlo. **De existir algún problema que pudiese afectar a la credibilidad de unos vecinos concretos, con los que pudiera estar enfrentado, por ejemplo, podía haberlo manifestado, justificando así su necesidad de conocer la identidad de los testigos**. Al no haberlo hecho, y estimar el Tribunal subsistentes las razones que justificaron la protección inicial durante el sumario (temor por parte de los testigos a represalias del acusado, e informaciones no contrastadas, pero tampoco negadas por el acusado, que aseguraban que había pertenecido en su país, Rumanía, a las fuerzas armadas y cometido actos violentos), puede estimarse que la denegación de la revelación de la identidad de los testigos protegidos es razonable”.

[STS 98/2002](#), S. 1ª, [28/01/2002](#): “Se limitaron en la solicitud que les fue denegada a pedir que se les comunicara la identidad de los «testigos protegidos», alegando genérica indefensión sin precisar en qué se había perjudicado en concreto su derecho de defensa”.

## Ponderación de intereses en conflicto.

El TS define los aspectos que DEBE valorar el Auto de protección de testigos. Al menos, debe ponderar motivadamente los siguientes: (i) el riesgo real y concreto que puede producirse al testigo; (ii) el tipo de testigo protegido; (iii) la gravedad de las penas solicitadas por las acusaciones; (iv) los restantes medios de prueba disponibles; (v) la posibilidad de compensar a la defensa, en tanto que en esta prueba se encuentra en situación de desventaja para el correcto ejercicio de la contradicción y, (vi) la proporcionalidad de la medida, que el testigo no pueda declarar mediante otros mecanismos que igualmente lo protegen, como es el caso de usar un biombo. [STS 580/2019](#), S.1ª, [26/11/2019](#), FJ2 **ESTIMA**; [STS 296/2019](#), S.1ª, [04/06/2019](#); FJ4 **ESTIMA**

[STS 384/2016](#), S.1ª, [05/05/2016](#), F.3.: “La valoración del Tribunal no puede limitarse a la mera existencia de motivación, sino que debe necesariamente extenderse a la suficiencia y razonabilidad de la misma, pues la exigencia de motivación que se establece en la norma no puede constituir un requisito puramente formal, y una motivación insuficiente o arbitraria no puede considerarse una motivación materialmente válida”.

[STS 296/2019](#), S.1ª, [04/06/2019](#): “El Tribunal DEBE realizar una ponderación entre los intereses contrapuestos (seguridad del testigo-derecho de defensa del acusado) que exige valorar la razonabilidad y suficiencia de la motivación expuesta por la solicitud de desvelar la identidad del testigo protegido, atendiendo por un lado a las razones alegadas para sostener que en el caso concreto el anonimato afecta negativamente al derecho de defensa, y por otro a la gravedad del riesgo apreciable para el testigo y su entorno, en atención a las circunstancias del caso enjuiciado. (...) A tal fin se DEBEN ponderar, entre otros factores, el riesgo real y concreto que puede producirse, en tanto la protección que se otorgue al testigo debe estar en consonancia con el riesgo que se pretende prevenir; el tipo de protección que se otorga, ya que puede ser de mayor o menor intensidad. (...) Cuanto mayor sea la pena, menos justificado está restringir el derecho de defensa “A tal fin se DEBEN ponderar, entre otros factores, la gravedad de las penas solicitadas por las acusaciones, ya que cuanto mayor sea la pena, menos justificadas estarán las restricciones al derecho de defensa. (...) A tal fin se DEBEN ponderar, entre otros factores, ... la consistencia de los medios de prueba disponibles, porque las restricciones que se impongan al derecho de defensa serán más tolerables cuanto menor sea la relevancia del testimonio...No se ha ponderado si era esencial conocer la identidad para cuestionar la credibilidad del testimonio ante la ausencia o debilidad de las restantes pruebas de cargo”. **ESTIMA**

Negativa por ser testigo no relevante.

[ATS 1429/2014](#), S.1ª, [04/09/2014](#): “Lo fundamental es que, en relación con el recurrente y su condena por un delito contra la salud pública, ninguna relevancia tiene las declaraciones del referido testigo protegido... Ninguna influencia tiene, como

puede comprobarse, la declaración del testigo protegido en esos hechos; por lo que ninguna indefensión se ha podido causar al acusado por no conocer su identidad”.

Negativa por no existir relación extraprocésal previa entre testigo y acusado.

[STS 384/2016](#), S.1ª, [05/05/2016](#); [STS 715/2018](#), S.1ª, [16/01/2019](#): “Debiendo distinguirse, al resolver la misma, entre los supuestos en que se trata de agentes policiales o personas que carecían de la menor relación extraprocésal previa con el recurrente de aquellos otros en los que existen datos para inferir que el testigo pudo tener una relación previa con el afectado por su testimonio. En el primer caso. La identidad es irrelevante para la defensa, pero en el segundo ha de tenerse en cuenta que esas relaciones previas pudieron generar hostilidad o enemistad, de manera que el testimonio puede estar afectado en su credibilidad subjetiva por motivos espurios, y el derecho de defensa exige que el acusado pueda cuestionar la credibilidad del testigo con conocimiento de su identidad, por lo que en estos casos no se puede desestimar la pretensión simplemente por falta de precisión, debiendo ponderarse cuidadosamente si el riesgo previsible es de tal entidad que justifica el sacrificio del derecho fundamental de defensa afectado”.

### Compensación de déficit de defensa.

El Tribunal deberá garantizar **compensación de déficit de defensa** con medidas alternativas orientadas a permitir la contradicción. [STS 296/2019](#), S.1ª, [04/06/2019](#)

[ATC 522/2005](#), S.4ª, [20/12/2005](#): “La contradicción procesal, derivada del art. 6.3 d) del C.E.D.H. a la luz del cual ha de interpretarse el art. 24.2 C.E., exige que el acusado pueda interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (STC 64/1994) y, en el presente caso... el recurrente gozó de esta posibilidad EN EL ACTO DEL JUICIO ORAL y pudo proponer en su transcurso, como así hizo, toda la prueba de descargo a que hubo menester para poner en entredicho las declaraciones de los testigos... Por tanto ningún reproche cabe hacer a las Sentencias impugnadas desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.)” ([ATC 8/1999](#), de [20 de enero](#), FJ 3”).

No es suficiente dar la identidad al letrado de la defensa, debe revelarse al acusado.

[STC 75/2013](#), S.1ª, [08/04/2013](#): “Frente a lo manifestado por el órgano judicial, proporcionar la información de la identidad del testigo a los Letrados defensores no constituye un remedio adecuado y suficiente para soslayar o reequilibrar el déficit de defensa de los acusados. Varias razones avalan esa conclusión. En primer lugar, el enjuiciamiento de su fiabilidad, referido a si el testimonio inculcatorio pudiera venir fundado en un error o en razones de animadversión personal, no depende tanto de las relaciones que el testigo hubiera de tener con los Letrados defensores como de las que mantenga con los propios acusados. Careciendo éstos de dicha información y no pudiendo facilitarla los Letrados ni, por ello, utilizarla en el debate contradictorio, ese levantamiento “parcial” del anonimato en nada compensa realmente la reducción de las posibilidades de defensa de los sometidos al proceso penal”. AMPARA

Otra posible medida alternativa es dar a la defensa datos suficientes que permitan descartar al testigo entre aquellos con los que ha tenido hostilidades que alimenten motivos espurios de venganza. Por ejemplo, ¿iba el testigo sentado en la parte de atrás de la patera?, ¿es maliense?

### Exigencia de elementos probatorios adicionales o periféricos.

El testimonio de la víctima desconocida para la defensa deberá ser sometido a un cuidadoso análisis que permita descartar motivos espurios. Junto al testimonio del testigo desconocido por la defensa deberán concurrir suficientes **elementos probatorios adicionales** que confirmen la versión aportada. La corroboración debe demostrar “fría e impersonalmente (...) la acreditación de los elementos extremos esenciales relativos a la puesta en peligro del bien jurídico y a la participación en ella del acusado” ([STC 207/2002](#), [11/11/2002](#); [STS 468/2020](#), [23/09/2020](#)).

[STC 75/2013](#), S.1ª, [08/04/2013](#): “Con carácter de obiter dictum, que con arreglo al Tribunal de Estrasburgo debe considerarse contrario al citado precepto del Convenio “la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, entendiéndose por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad” (FJ 3)”. (...) En definitiva, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para poder erigirse en prueba de cargo, la declaración del testigo anónimo debe reunir tres concretos requisitos. El primero de ellos —no cuestionado en la presente demanda— que el anonimato haya sido acordado por el órgano judicial en una decisión motivada en la que se hayan **ponderado** razonablemente los intereses en conflicto; el segundo, que los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido compensados con **medidas alternativas** que permitan al acusado evaluar y, en su caso, combatir la fiabilidad y credibilidad del testigo y de su testimonio; y el tercero, que la declaración del testigo anónimo concorra acompañado de **otros elementos probatorios**, de manera que **NO PODRÁ, POR SÍ SOLA O CON UN PESO PROBATORIO DECISIVO, ENERVAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**”. AMPARA

[STS 296/2019](#), S.1ª, [04/06/2019](#): En la fase de instrucción lo depuesto por **el testigo anónimo es válido y útil para obtener fuentes de prueba que permitan avanzar en la investigación y acaben aportando otras fuentes** susceptibles de operar después con plenitud como medios de prueba en la fase de enjuiciamiento. En cambio, en ésta **el testimonio anónimo no**



**puede actuar como prueba decisiva o determinante para dictar una sentencia condenatoria.** (SSTEDH [Caso Kosovski contra Los Países Bajos](#) y sentencia de 26 de marzo de 1996 -[Caso Doorson contra Los Países Bajos](#)-). (...) Además, y en todo caso, "incluso cuando se hayan adoptado mecanismos de -equilibrio- adecuados para compensar en grado suficiente los déficits bajo los que actúa la defensa, **una condena NO HA DE ESTAR BASADA ÚNICAMENTE O DE MODO DECISIVO EN TESTIMONIOS ANÓNIMOS**" (SSTEDH de 26 de marzo de 1996, [caso Doorson c. Holanda](#), § 76; 14 de febrero de 2002, caso Visser contra Holanda, § 55 EDJ 1996/12054; 6 de diciembre de 2012, [Caso Pesukic contra Suiza](#), § 45). (...) De otro lado, **justo es reconocer que al margen de la declaración del testigo protegido hay muy pocas pruebas**. En este sentido es discutible si el hallazgo de las armas es una prueba autónoma de la propia declaración del testigo, por lo que el único elemento probatorio adicional es el material incautado en los domicilios. El resto de indagaciones (ADN, huellas) han resultado negativas. Pero más allá de estas consideraciones ninguna referencia se hizo a la situación de riesgo del testigo. No se ha ponderado la extraordinaria gravedad de las penas solicitadas y se ha minusvalorado la limitación del derecho de defensa afirmando que es irrelevante. No se ha ponderado si era esencial conocer la identidad para cuestionar la credibilidad del testimonio ante la ausencia o debilidad de las restantes pruebas de cargo y ni se han analizado otras posibles medidas alternativas, ni se han explicitado qué tipo de medidas compensatorias se iban a adoptar para suplir el déficit de contradicción procesal. En consecuencia, el motivo debe ser estimado y, habiéndose interesado la nulidad de lo actuado, procede **declarar la nulidad de actuaciones a partir del auto de 28 de febrero de 2018**, con la finalidad de que se dicte nuevo auto con arreglo a los criterios que se acaban de exponer (...) **debiendo conocer de la causa una Sala distinta a la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional**". **ESTIMA**

### **Deben hacerse cuantas gestiones sean viables para traer al testigo protegido a Sala.**

El proceso debe atender a los principios de inmediación, oralidad y contradicción. Si no es posible interrogar o hacer interrogar a los testigos porque han desaparecido, las autoridades deben hacer un esfuerzo razonable para garantizar su comparecencia (SSTEDH [Karpenko c. Rusia](#), párrafo 62; [Damir Sibgatullin c. Rusia](#) párrafos 51; [Pello c. Estonia](#), párrafo 35; [Bonev c. Bulgaria](#), párrafo 43). No vale una mera declaración policial de que se ha intentado localizar al testigo ([STS 51/2015, 29/01/2015](#) **ESTIMA**). Es necesario acreditar documentalmente el agotamiento de todas las gestiones viables para traer al testigo aunque hubiera declarado en prueba preconstituida; saber si se ha ejecutado o no su expulsión y tratar de averiguar su último domicilio en España ([STS 1080/2006, 02/11/2006](#)). Se deberá preguntar por la información disponible en a la Unidad Central de Protección (Artículo 7.2.c de la Orden INT/859/2023, de 21 de julio, por la que se desarrolla la estructura orgánica y funciones de los servicios centrales y territoriales de la Dirección General de la Policía). Se deberá también intentar la citación en domicilio extranjero ([STS 365/2012, 15/05/2012, FJ4](#)). Deberá constar protesta razonando el daño causado a la defensa para hacer valer estos defectos en posterior recurso.

[STC 134/2010, S.1ª, 02/12/2010](#): "Posteriormente, ni el testigo protegido «SE415LK» ni don Julio H. pudieron comparecer a las sesiones del juicio oral que se celebraron respecto del demandante los días 30 de septiembre, 28 de octubre y 19 de noviembre de 2004, por encontrarse ilocalizable e impedido físicamente, respectivamente, no obstante los esfuerzos desplegados por el órgano judicial para que dichas comparecencias pudieran tener lugar. En efecto, en contra de lo afirmado por el recurrente en su escrito de alegaciones, la Sala de lo Penal de la **Audiencia Nacional realizó cuantas gestiones estaban a su alcance para la localización del primero**, resaltando la Secretaría Judicial en el acta del juicio oral de 28 de octubre de 2004 que «respecto del testigo protegido con número de identificación SE415LK **se ha intentado citar en los domicilios que constan y que han sido facilitados por la Guardia Civil y la UPJAU**, encontrándose en paradero desconocido. **Se ha intentado localizar a través de su Letrado**, don Antonio Alva Mendoza, designado por el testigo a fin de ser localizado cuando fuera necesario, remitiendo un fax indicando que en el momento actual no está localizable".

[STS 51/2015, S.1ª, 29/01/2015](#): "En la sentencia impugnada se afirma que el Juez instructor acordó, mediante providencia de diciembre de 2003, recibir declaración a las dos testigos mencionadas, Lourdes y Ana, practicando la diligencia como **prueba preconstituida**, providencia que fue notificada a los letrados de los imputados, condenados en la sentencia impugnada, quienes comparecieron y tuvieron la oportunidad de intervenir en aquella. De esta forma, practicadas las declaraciones sumariales de forma inobjetable, procediendo como viene previsto en el artículo 777.2 de la LECrim, el principio de contradicción quedó salvaguardado. (...) Examinada las actuaciones consta que en el acta del juicio oral, del día 5 de diciembre de 2013, página 13 de dicha acta y página 907 del Tomo IV, el funcionario de policía con carné nº NUM001 manifestó que "los compañeros del grupo de homicidios que han hecho gestiones para localizar al testigo le han dicho que está en ignorado paradero". Eso **en modo alguno puede significar QUE SE HUBIEREN AGOTADO LAS GESTIONES** para la localización del testigo protegido, siendo bien expresivas las palabras del representante del Ministerio Fiscal en el acto de la vista quien, como consta en la sentencia recurrida, dijo: "no se pueden entender agotadas gestiones que no se han hecho". **ESTIMA**

### **Lectura o visionado de la declaración en juicio oral (inmediación)**

Es requisito inexcusable la lectura o visionado de la declaración en juicio oral (inmediación, art. 730 LECR), sin que sea válido darla por reproducida. Deberá constar protesta razonando el daño causado a la defensa para hacer valer estos defectos en posterior recurso.

## La revelación se limita al nombre y apellidos. Abre nueva fase de prueba.

Desde la notificación del Auto que desvele la identidad, se abre nuevo plazo para proponer pruebas que puedan afectar al testimonio que vayan a verter los testigos protegidos. A su vez, las demás partes tendrán de tres o cinco días para que, una vez conozcan las pruebas que se hayan admitido, puedan a su vez proponer otra prueba relacionada con la anterior, a lo que se tendrá que añadir una nueva resolución que admita esta última prueba ([art. 4.3 LO 19/1994](#)).

[STS 368/2014](#), S.1ª, [06/05/2014](#): “...el tenor literal del art 4.3 no da otra opción al tribunal que la de proporcionar el nombre y los apellidos de los testigos protegidos, eso sí obviando cualquier otra circunstancia como paradero, domicilio, profesión o lugar de trabajo que pudiera facilitar su localización por quien no forme parte de los órganos del propio tribunal, comprometiendo la persona, libertad o bienes de aquél de quien racionalmente se aprecie encontrarse en situación de peligro grave o de su cónyuge legal asimilado por relación de afectividad, ascendientes, descendientes o hermanos, conforme proclama el art 1 de 1 del texto legal de referencia”.

## Si se desvela la identidad, se hará con tiempo suficiente para preparar la defensa.

No es suficiente dar la identidad inmediatamente antes del juicio oral, habrá que dar tiempo a la defensa para hacer las pesquisas pertinentes y aportar la prueba que interese sobre la persona concreta.

[STC 75/2013](#), S.1ª, [08/04/2013](#): “En segundo lugar, la información sobre la identidad del testigo se proporcionó a los Letrados en el momento inmediatamente anterior al inicio del juicio oral, por lo que las escasas posibilidades que se hubieran abierto para el contraste de la fiabilidad del declarante quedan prácticamente anuladas, al carecer de margen temporal **para efectuar las pesquisas pertinentes** que pudieran haber facilitado la preparación de la defensa a partir de dicha información”. [AMPARA STS 580/2019](#), S.1ª, [26/11/2019](#), FJ2 [ESTIMA](#); [STS 378/2009](#), S. 1ª, [27/03/2009](#) [ESTIMA](#)

## ¿Qué preguntar al testigo protegido (presente o ausente)?

Se han observado actas de comparecencia de testigos protegidos en las que no constaban apenas preguntas por parte de la defensa. El abogado deberá recordar la importancia de esta declaración en prueba preconstituida, pues es posible que no haya otra oportunidad de preguntar al testigo. En la mayoría de los casos, las acusaciones se centran en 5 aspectos: el acusado cogió el timón, llenó el depósito de gasolina, manejó un GPS, repartió comida o recolectó el dinero de los pasajeros para darlo a quien aportó la embarcación. A veces interesan preguntas sobre detalles menores, para buscar contradicciones entre varios testigos. Posibles preguntas (a comprobar junto al acusado):

### a) Sobre la participación en la organización del viaje.

1. ¿Cuándo conoció Ud. al acusado? ¿Dónde lo conoció?
2. ¿Sabe si en el barco venía algún familiar o amigo del acusado? [atenuante [318 bis 6 CP](#)]
3. ¿Todos los del barco querían venir a vivir España? ¿Alguno quería volver a África? [atenuante [318 bis 6 CP](#)]
4. ¿Sabe quién compró la embarcación, la gasolina, el GPS, la comida?
5. ¿Los que les dieron el barco se quedaron en tierra?
6. ¿Sabe Ud. si alguien pagó a algún policía para que permitieran el viaje?
7. ¿Los que venían en el barco tenían miedo de quienes se quedaron en tierra?
8. Cuando ya estaban navegando, ¿el acusado habló alguna vez con los que pusieron el barco?
9. ¿Conoce Ud. la relación del acusado con los organizadores del viaje?
10. ¿Vio Ud. al acusado ayudando a los organizadores?
11. ¿Los que se quedaron en tierra dieron alguna orden a alguien de coger el timón/GPS/comida?
12. ¿Alguien llevaba pistola en el barco?

### b) Sobre su acuerdo para subir en la patera.

13. ¿Dónde, cómo y cuándo supo usted que podría subir a la patera? ¿Cómo lo supo? ¿Quién se lo dijo? ¿Conocía de antes a esa persona? ¿Había con usted otro pasajero en ese momento?
14. ¿Tiene Ud. el teléfono de quien organizó el viaje?

### c) Sobre el tiempo que va desde que contrata el viaje y hasta que embarca.

15. ¿Qué hizo usted el tiempo que pasó desde que acordó subir en patera hasta que subió?
16. A los que venían en el barco, ¿los obligaron a estar en algún sitio los días anteriores al viaje?

### d) Sobre el día que iniciaron el viaje.

17. ¿Dónde, cómo y cuándo supo usted de dónde y cuándo saldría la patera?

### e) Sobre los padecimientos en el viaje.

18. ¿El acusado le dio a Ud. alguna orden antes de embarcar?
19. ¿Es cierto que el acusado comió y bebió lo mismo que los demás pasajeros?
20. ¿Es cierto que todos los que iban en el barco temieron por su vida?

### f) Sobre el lucro.

21. ¿Sabe cuánto costó organizar el viaje (barco, motor, comida, gasolina, GPS...)?

22. ¿Cuánto pagó Ud. por el viaje? ¿Cuándo, dónde y cómo?
  23. ¿Vio Ud. pagar a todos los que venían en la patera?
  24. ¿Sabe a qué se dedicaba el acusado antes del viaje?
  25. ¿Sabe si alguien tenía que recolectar el dinero de varios y entregarlo a los organizadores?
  26. ¿Vio Ud. al acusado entregar el dinero de todos a alguien? ¿Cuándo? ¿A quién?
  27. ¿Sabe Ud. si el acusado ha ganado dinero por el viaje? ¿Cuánto? ¿Le vio cobrarlo?
  28. ¿Sabe quién tiene el dinero de los que pagaron el viaje?
- g) Sobre medidas para mitigar el riesgo para la vida.**
29. Ustedes han hecho un viaje muy peligroso, ¿quién tiene la culpa del peligro?
  30. Cuando vieron lo peligroso que era el barco, ¿intentaron bajarse o suspender el viaje?
  31. Los pasajeros eran muchos más que los acusados, ¿por qué no les quitaron el mando?
- h) Sobre el manejo del timón.**
32. ¿El acusado fue la única persona que manejó el timón durante todo el viaje?
  33. ¿Durmió el acusado durante el viaje? ¿Paraban el motor cuando el acusado dormía?
  34. ¿Quién cogía el timón cuando el acusado dormía?
  35. ¿Vio a pasajeros grabando videos con el móvil durante el viaje?
  36. ¿Es posible que haya otros videos o fotos de otras personas llevando el timón?
- i) Sobre el aparato GPS.**
37. ¿Vio Ud. si el acusado manejaba un aparato GPS?
  38. ¿Era el acusado el único que manejaba el GPS?
  39. ¿Podría describir el aparato GPS? ¿Tamaño, color, marca?
  40. ¿Sabe quién lo compró?
  41. ¿Algún pasajero miraba mapas en su teléfono porque tenía miedo de perderse?
- j) Sobre el reparto de comida.**
42. ¿Qué comieron y bebieron en el barco?
  43. ¿Les dijeron los organizadores que la patera iría cargada con comida y bebida para todos?
  44. ¿Sabe Ud. si el acusado compró la comida y bebida que llevaban todos en el barco?
  45. ¿Se pasaban la comida y bebida unos a otros?
- k) Sobre la llegada a tierra y la validez de las pruebas.**
46. ¿Sabe si algún español les hizo fotos en el mar? ¿Se ve en las fotos quién lleva el timón en ese momento?
  47. ¿Sabe si la policía le quitó el teléfono a alguien cuando llegaron? [Posible prueba ilícita]
  48. ¿Cuándo decide Ud. contar todo esto a la policía? ¿Lo contó en las entrevistas anteriores?
  49. ¿Está Usted tranquilo ahora? ¿Tiene mucho miedo por contar lo que ha contado? [Posible nulidad en el Auto de Protección de Testigo]
- l) Sobre motivos espurios.**
50. ¿Sería grave para Ud. que le obligaran a volver a su país?
  51. ¿Venía Ud. con algún amigo en el viaje? ¿de qué nacionalidad?
  52. ¿Confía Ud. más de los de su nacionalidad que en los otros?
  53. ¿Hubo alguna discusión o pelea durante el viaje o ya en tierra? Explique la razón.
  54. ¿Cree que el acusado podría matarle o hacerte daño a Ud.? ¿Se lo dijo al Juez? [Protección no motivada]
  55. ¿Cuántas veces le han preguntado a Ud. oficiales españoles sobre el viaje? ¿En qué fechas?
  56. ¿Algún policía les dijo qué pasaría a quien denunciara al patrón? ¿le iban a dar papeles?
  57. ¿Es cierto que Ud. sólo denunció al patrón después de que le dijeran las ventajas de denunciar?
  58. Si otro pasajero dice que Ud. manejó timón/GPS/comida, ¿hay alguna prueba para demostrar que no es verdad?
  59. ¿Tuvo Ud. miedo a que alguien le acusara a Ud. de ser el patrón?
  60. ¿El acusado tiene la culpa de usted viniera ilegalmente a España?
  61. ¿Ha tenido Ud. o algún amigo suyo alguna pelea o discusión con algún acusado?
- m) Sobre la posibilidad de error de los testigos.**
62. Desde su sitio en la barca, ¿se veía bien quién llevaba el timón?
  63. ¿Sabe cómo iban vestidos los acusados en el viaje? ¿De qué color eran su camisa, pantalón y zapatos?

Por último, para demostrar el perjuicio al derecho a la defensa, deben **realizarse en el pleno las preguntas al testigo ausente** con testimonio preconstituido, tratando de investigar especialmente la posible enemistad, búsqueda de ventajas del denunciante u otros motivos espurios.

## Doctrina sobre testigos protegidos.

- 2009 Algunas cuestiones acerca de la protección de testigos en el proceso penal. La Ley
- 2010 Régimen legal de los testigos protegidos en el proceso penal, Vicente Magro Servet, La Ley
- 2011 El testigo protegido y el agente infiltrado, José M<sup>a</sup> Rifá Soler, La Ley
- 2013 El derecho a conocer la identidad del acusador en el proceso penal. Condena basada en el testimonio anónimo (a propósito de la STC 75/2013), Javier Abella López, La Ley
- 2014 La colaboración de las víctimas en la investigación del delito de trata de seres humanos. Valoración de la colaboración de la víctima en el ámbito administrativo y penal, Patricia Fernández Olalla, Fiscal. Aranzadi

- 2015 La protección de testigos, víctimas y colaboradores con la Justicia en la persecución a la criminalidad organizada, Lorena Cecilia Vega Dueñas. TESIS DOCTORAL
- 2015 [La protección jurídica de la víctima en el sistema penal español](#), Manuel José García Rodríguez, TESIS. DOCTORAL
- 2017 [Eficacia procesal de las declaraciones obtenidas en procedimientos de colaboración](#), Mercedes Fernández López
- 2017 [El testigo protegido](#), María del Carmen de León Jiménez, Juez
- 2017 [La protección de testigos en el proceso penal](#), Silvia Mª Rosales Pedrero, Juez
- 2017 [Protección jurídica y asistencia para víctimas de trata de seres humanos](#), Nuria Torres Rossell
- 2018 [El Confidente en el proceso penal](#), Adrián Nicolás Marchal González. TESIS DOCTORAL.
- 2019 Necesidad de identificación del testigo protegido en el juicio oral para preservar el derecho de defensa, Javier Muñoz Cuesta, Fiscal en el Tribunal Supremo. Revista Doctrinal Aranzadi 10/2019
- 2019 Los testigos protegidos y el derecho de defensa, José María Torras Coll (Magistrado). La Ley Penal nº 139
- 2020 [Aplicación práctica sobre la protección de testigos en España](#), Álvaro Díaz Garófano, Revista Derecho UNED
- 2020 [Criterios jurisprudenciales sobre cuestiones relativas a testigos protegidos](#). La revelación de la identidad del testigo protegido, Jorge Moradell (Fiscal).
- 2021 [Preconstitución de prueba testifical de la víctima de trata de seres humanos. Valoración de la declaración de la víctima. Síntesis de Jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo](#). J. Sánchez-Covisa Villa (Fiscal de Sala de Extranjería TS).
- 2021 [La protección penal frente a los procesos extorsivos del crimen organizado en España](#). Carmen Jordá Sanz. BOE.
- 2022 [El testigo protegido](#), José María Gómez Udías (Juez) Lex Criminalis N°2 2022, Asociación Judicial Francisco de Vitoria

[Descargue aquí](#) en archivo único las resoluciones mencionadas sobre TESTIGOS PROTEGIDOS.

## 2.-TELÉFONOS MÓVILES.

El teléfono móvil es un dispositivo hábil para la captación de videos y almacenamiento masivo de datos privados de su poseedor. Detenidos los viajeros, sus teléfonos pueden ser retirados y precintados, lo que la Policía debe documentar. El acceso a los datos recogidos en archivos y carpetas de un terminal móvil constituye una injerencia en el derecho a la intimidad, dado que los datos contienen información que pertenece al ámbito privado y reservado amparado por el art. 18.1 CE. Es necesario examinar si el procedimiento, incluyendo el modo en que se han obtenido las pruebas, ha sido equitativo en su conjunto, lo que implica el examen de la ilegalidad en cuestión y, en el caso en que se plantee la violación de otro derecho protegido por el Convenio, de la naturaleza de esta violación ([Khan c. Reino Unido](#), párrafo 34; [P.G. y J.H. c. Reino Unido](#), párrafo 76; [Allan c. Reino Unido](#), párrafo. 42). **Si el viajero detenido consiente el acceso al contenido del móvil, será necesaria firma de letrado. Si no consiente, será necesaria resolución judicial. Si la resolución se fundamenta en lo dicho por un testigo, tal declaración habrá debido hacerse previamente ante el Juez.**

### Normas.

LECr, [artículo 588 sexies c.](#) Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información.  
[Circular 5/2019](#) FGE, de 6 de marzo, sobre sobre registro de dispositivos y equipos informáticos.  
[Circular 2/2019](#) FGE, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas.  
[Circular 1/2013](#) FGE, sobre diligencias de intervención de las comunicaciones telefónicas, derogada en lo que se oponga a la [Circular 2/2019](#)  
[Instrucción SES 20/2005](#), sobre detención de extranjeros llegados por mar  
[Instrucción SES 1/2024](#), sobre retirada (p.60) y precinto (p.24) de cosas del detenido

### Es ilícito el registro prospectivo de teléfonos.

[Circular 5/2019](#) FGE: “El registro resultará ilícito cuando se lleve a cabo de manera prospectiva, esto es, buscando el hallazgo casual de datos o pruebas que, a priori, no aparezcan justificados”.

### Requiere autorización judicial o consentimiento.

[STC 115/2013, 09/05/2013](#): “Por otra parte conviene también reparar en que la versatilidad tecnológica que han alcanzado los teléfonos móviles convierte a estos terminales en herramientas indispensables en la vida cotidiana con múltiples funciones, tanto de recopilación y almacenamiento de datos como de comunicación con terceros (llamadas de voz, grabación de voz, mensajes de texto, acceso a internet y comunicación con terceros a través de internet, archivos con fotos, videos, etc.), susceptibles, según los diferentes supuestos a considerar en cada caso, de afectar no sólo al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), sino también a los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), e incluso al derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE), lo que implica que el parámetro de control a proyectar sobre la conducta de acceso a dicho instrumento deba ser especialmente riguroso, tanto desde la perspectiva de la existencia de norma legal habilitante, incluyendo la necesaria calidad de la ley, como desde la perspectiva de si la concreta actuación desarrollada al amparo de la ley se ha ejecutado respetando escrupulosamente el principio de proporcionalidad”.

[Circular FGE 5/2019](#): “El registro de dispositivos y equipos informáticos limita el denominado derecho fundamental al entorno virtual del individuo. Para llevarlo a cabo **SERÁ NECESARIA SIEMPRE AUTORIZACIÓN JUDICIAL**, independientemente de que resulte afectado el derecho al secreto de las comunicaciones o simplemente el derecho a la intimidad del investigado”.

### La no oposición a la intervención no prueba el consentimiento.

[Circular 5/2019](#): “No puede admitirse como un consentimiento tácito la simple falta de oposición al registro (en este sentido la [STC 209/2007, 24/09/2007](#), respecto de un registro domiciliario) siendo preciso, al menos, actos que manifiesten una inequívoca voluntad de colaborar con ese registro como sería, por ejemplo, el supuesto recogido en la [STS 786/2015, 04/12/2015](#), en el que se admitió que esa voluntad tácita se dedujera del acto de facilitar la interesada la identidad de las cuentas de correo electrónico y sus claves. La [STS 864/2015, 10/12/2015](#), por su parte, consideró válido el consentimiento tácito para el análisis de un ordenador que se desprende de la autorización a la policía para recogerlo, considerando «inquestionable que la autorización para recoger conlleva el análisis del contenido que en dicho material informático se encuentre». Finalmente, puede recordarse también el caso de la [STC 173/2011, 07/11/2011](#), en la que se entiende prestado el consentimiento con la entrega de un ordenador que carece de contraseñas, para el acceso al mismo con el fin de que sea reparado”.

### Requiere una mayor motivación si es un móvil ajeno al acusado.

[Circular 2/2019](#) FGE: 5.4 “Intervención de terminales o medios de comunicación de terceras personas. (...) Para concluir, es preciso señalar que en todos los casos de interceptación de comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación ajenos, como parece lógico, se impone la necesidad de una mayor motivación de la resolución judicial habilitante pues, realmente, se estará limitando el derecho fundamental de una persona que no es responsable de la actividad delictiva. Por lo tanto, no solo el principio de proporcionalidad, sino también los de necesidad y excepcionalidad, exigen una mayor justificación, debiendo reflejarse indicios suficientes, no solo de la relación del investigado con el medio o la persona que transmite o recibe la comunicación, sino también de la importancia de esa interceptación para los fines de la investigación”.

### Si hay intervención judicial por confidencia, ésta tiene que hacerse ante el Juez.

No caben las investigaciones meramente prospectivas, deben basarse en datos objetivos. El mero confidente que acude a la policía a dar un dato no habilita a la policía a pedir un auto de intervención, sino que requiere de una investigación. Por ello, la intervención de teléfonos requiere auto judicial posterior al auto de protección de testigos. En consecuencia, tendrá que haber dos declaraciones del pasajero, una en la que entra como confidente “y sale” protegido por un Auto. Y otra, como testigo protegido ya con contradicción de la defensa. Sin la primera, la intervención del teléfono no está fundada. Solo la segunda sirve como prueba preconstituida. Pero el ciudadano que decide colaborar directamente y desde el principio con el instructor y relata un detallado volumen de información, adquiriendo el estatus de testigo protegido, habilita para el dictado de la injerencia, valorando el juez en el auto la proporcionalidad de la medida.

Ver [STS 468/2020, S.1ª, 23/09/2020, FJ2](#): “Es decir, no se trata de que un confidente haya comunicado a las Fuerzas y cuerpos de seguridad una información y éstas, sin investigación sobre ese dato, redacten un oficio al juez y la pidan una intervención telefónica. No es este el caso. De lo que se trata es de una persona a la que el juez de instrucción le otorga el estatus de testigo protegido declara directamente ante el juez instructor sobre unos hechos, desvelando la existencia de la organización que trabajaba en la introducción de droga en España. No es la confidencia de una persona sin corroborar que acude a la policía, sino que es ante el juez y por persona identificada, lo que cambia radicalmente la impugnación que sobre la medida de injerencia se insta. (...) Y aquí radica la diferencia esencial, ya que mientras que **la noticia confidencial no es suficiente para justificar, por sí sola y como único indicio, la restricción de derechos fundamentales, y los agentes no pueden acudir al juez con este único dato anónimo y sin contrastar**, no es lo aquí ocurrido, sino que existe una identificación nada menos que ante el instructor, a quien le cuenta el desarrollo de todo el operativo, y es el juez quien le otorga ese estatus de testigo protegido para preservar su seguridad. Y es con tal condición cuando se le toma declaración en sede judicial, y, finalmente, en base a dicha declaración se dicta el auto de 30 de octubre. (...) Han de excluirse las investigaciones meramente prospectivas, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional; exclusión que se extiende igualmente a las hipótesis subjetivas y a las meras suposiciones y conjeturas, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de esas hipótesis, quedaría materialmente vacío de contenido ( [SSTC 49/1999; 166/1999; 171/1999; 299/2000; 14/2001; 138/2001; 202/2001; 167/2002; 261/2005; 136/2006; 253/2006; 148/2009; 197/2009; 5/2010 y 26/2010](#) )”.

### Consentimiento para intervenir un teléfono. Estando detenido, asistencia letrada.

[Circular 5/2019](#): “No será necesaria autorización judicial para el registro de dispositivo de almacenamiento masivo de información cuando el afectado preste su consentimiento al mismo. La prestación del consentimiento podrá hacerse de manera expresa o tácita, aunque siempre de forma inequívoca y libre, sin vicios que la condicionen. **CUANDO EL AFECTADO ESTUVIERE DETENIDO, SOLO SERÁ VÁLIDO EL CONSENTIMIENTO OTORGADO CON ASISTENCIA LETRADA**”.

El consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento ([STC 196/2006, 03/07/2006](#) y [STC 159/2009, 29/06/2009](#)) y, además, devendrá ineficaz cuando el registro «subvierta los términos y el

alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida» ([STC 110/1984](#), [26/11/1984](#); [STC 196/2004](#), [15/11/2004](#) y [STC 70/2009](#), [23/03/2009](#)). Igualmente, el consentimiento ha de ser libre y no viciado ya que, como señala la [STS 1576/1998](#), [11/12/1998](#), «ha de estar exento de todo elemento susceptible de provocar o constituir error, violencia, intimidación o engaño ([art. 1.265](#) del Código Civil), pues si tales rigurosas exigencias son requeridas para las relaciones contractuales, mucha más severidad habrá de aplicarse cuando se trata de renunciar a un derecho fundamental del individuo». En esta línea, no debe olvidarse que el último apartado del [art. 588 sexies c](#) prohíbe expresamente a las autoridades y agentes encargados de la investigación que puedan compeler al investigado o encausado para que colabore en el registro del dispositivo.

**En los casos en los que el afectado se encuentre detenido, aplicando la doctrina jurisprudencial elaborada para los casos de registro domiciliario, no será precisa la asistencia del letrado para llevar a cabo el registro del dispositivo, pero sí para obtener el consentimiento del afectado, si no existiera autorización judicial ([STS 187/2014](#), [10/03/2014](#)).** «La razón de ello señala la [STS 550/2001](#), [03/04/2001](#)–, es que la manifestación de voluntad así prestada debe ser seriamente cuestionada teniendo en cuenta que **el detenido puede sentirse condicionado o presionado por dicha situación, incluso desconocer la posibilidad de negarse a autorizar** la entrada, así como las consecuencias que pudieran derivarse de dicho acto». Esta misma asistencia letrada para la eficacia del consentimiento en los casos de detención se viene exigiendo para la validez de la toma de muestras biológicas ([STS 685/2010](#), [07/07/2010](#) y [STS 827/2011](#), [25/10/2011](#)) ([art. 520.6.c](#)) LECrim).

Existen otros supuestos, no obstante, en los que el consentimiento para el registro presenta alguna particularidad. Es el caso, por ejemplo, del registro de dispositivos de almacenamiento que son utilizados simultáneamente por varias personas, en el que resultará válido el consentimiento otorgado por cualesquiera de ellas, incluso, para el examen de los datos íntimos de las otras. A él se refiere la [STS 287/2017](#), [19/04/2017](#), referido al registro de un ordenador utilizado por todo el entorno familiar con el simple consentimiento de uno de los miembros; señala el Tribunal Supremo que «quien incorpora fotografías o documentos digitales a un dispositivo de almacenamiento masivo compartido por varios es consciente de que la frontera que define los límites entre lo íntimo y lo susceptible de conocimiento por terceros, se difumina de forma inevitable». El consentimiento de uno de los usuarios, sin embargo, no deberá resultar suficiente cuando pudiera existir conflicto de intereses entre ellos ([STC 22/2003](#), [10/02/2003](#)). En los casos de datos íntimos de una persona fallecida, aunque en este caso se trataba de la víctima del delito, la [STS 850/2014](#), [26/11/2014](#), valida el consentimiento de sus padres para acceder a los datos existentes en su teléfono móvil, señalando: «Desde la perspectiva del derecho a la intimidad, no constituye una injerencia inconstitucional el acceso proporcional de los padres de la menor fallecida, en su condición de sucesores legítimos en todos sus bienes, derechos y obligaciones, a sus documentos privados. Y desde la perspectiva del derecho al secreto de las comunicaciones (...) los sucesores legítimos del receptor, titulares de todos sus derechos y obligaciones, pueden asimismo acceder y hacer un uso legítimo y proporcionado de dichas comunicaciones, sin por ello vulnerar ningún precepto constitucional».

### **La prueba de video requiere ratificación en juicio oral de quien lo grabó.**

La aportación de un video de una fracción de la travesía prueba razonablemente que lo grabado ocurrió, pero no permite saber si fue un hecho puntual o una constante durante toda la travesía. Por ello, el examen del video deberá incluir la presencia en juicio oral de la persona que lo grabó. Es posible que un viajero tome el timón durante 2 minutos, incluso por orden del verdadero patrón y eso no convierte en responsable del delito a la persona grabada.

[STS 67/2014](#), 1ª, de 28/01/2014 y [STS 124/2014](#) de 03/02/2013: «La misma doctrina jurisprudencial citada viene a destacar que, supuesta la legitimidad de la filmación, se hace rigurosamente necesario activar las medidas de control judicial oportunas para evitar alteraciones, trucajes o montajes fraudulentos o simples confusiones, es decir, para garantizar la autenticidad del material videográfico, lo que, a su vez, requiere la inmediata entrega a la autoridad judicial del original de la grabación. Por último, cuando la película haya sido filmada por una persona, **SERÁ PRECISA LA COMPARECENCIA EN EL JUICIO ORAL DEL OPERADOR QUE OBTUVO LAS IMÁGENES EN TANTO QUE EL CÁMARA TUVO UNA PERCEPCIÓN**

**DIRECTA DE LOS HECHOS** en el mismo momento en que ocurrían, y sus manifestaciones en el plenario deben ser sometidas a la exigible contradicción procesal”.

STS 485/2013, de 05/06/2013: “La misma doctrina jurisprudencial citada viene a destacar que, supuesta la legitimidad de la filmación, se hace rigurosamente necesario activar las medidas de control judicial oportunas para evitar alteraciones, trucajes o montajes fraudulentos o simples confusiones, es decir, para garantizar la autenticidad del material videográfico, lo que, a su vez, requiere la inmediata entrega a la autoridad judicial del original de la grabación. Por último, cuando la película haya sido filmada por una persona, **será precisa la comparecencia en el Juicio Oral del operador que obtuvo las imágenes en tanto que el cámara tuvo una percepción directa de los hechos en el mismo momento en que ocurrían, y sus manifestaciones en el plenario deben ser sometidas a la exigible contradicción procesal.** Este último requisito no será exigible, naturalmente, en el caso de que la cinta videográfica no haya sido filmada por una persona, sino por las cámaras de seguridad de las entidades que, por prescripción legal, o por iniciativa propia, disponen de esos medios técnicos que graban de manera automática las incidencias que suceden en su campo de acción. En tal caso es necesario extremar el rigor de las medidas de control de la filmación así obtenida, en tanto que, en este supuesto, la prueba vendrá constituida exclusivamente por las imágenes que contenga la película, sin posibilidad de ser complementadas y confirmadas por la declaración personal del inexistente operador. Por esta misma razón **“la eficacia probatoria de la filmación videográfica está subordinada a la visualización en el acto del juicio oral, para que tengan realidad los principios procesales de contradicción, igualdad, intermediación y publicidad”** (STS de 17 de julio de 1.998, antes citada), exigiendo la doctrina jurisprudencial que el material videográfico haya sido visionado en el plenario con todas las garantías procesales”.

## Doctrina sobre registro de dispositivos de almacenamiento masivo de datos.

- 2010 [La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones](#), Manuel Miranda Estrampes, Fiscal ante el TC
- 2016 [Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información](#), Javier Ángel Fernández-Gallardo, Dereito
- 2017 [Garantías constitucionales en la investigación tecnológica del delito](#), Revista de Derecho Político Nº 98, Inmaculada López-Barajas, Profesora Titular Acreditada de Derecho Procesal
- 2017 La protección de datos en el tratamiento procesal de los dispositivos de almacenamiento masivo de información, Antonio-Evaristo Gudín Rodríguez-Magariños, La Ley Penal
- 2018 [Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital](#) (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales), Teresa Armenta Deu
- 2019 [La protección de datos personales en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información](#), Miren Josune Pérez Estrada, Profesora Adjunta de Derecho Procesal
- 2019 [Algunas consideraciones a partir de la regulación del registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información](#), Ángela Pilar Fernández Rodríguez, La Ley
- 2022 [La investigación penal ante las nuevas tecnologías](#), Beatriz Escudero García Calderón, Profesora Contratada Doctora
- 2022 [El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información](#), Francisco de Paula Sánchez Medrano
- 2023 [Evolución jurisprudencial de la prueba ilícita en España](#), María Lorenzo Aguilar

[Descargue aquí](#) en archivo único las resoluciones mencionadas sobre INTERVENCIÓN DE TELEFONOS MÓVILES.

## Doctrina sobre derechos humanos en la administración de justicia.

- 2003 [La conformidad en el proceso penal](#), Luis María Uriarte Valiente, Fiscal
- 2009 [Manual de Derechos Humanos para Fiscales](#), Asociación Internacional de Fiscales
- 2010 [Los Derechos Humanos en la Adm. de Justicia](#), Capítulo 5-6. Detención e investigación. International Bar Association
- 2016 [Manual sobre Derecho Europeo relativo al acceso a la justicia, el proceso equitativo](#), Agencia Europea de DD.HH.
- 2018 [Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos](#), CGPJ
- 2018 [El derecho a un proceso equitativo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos](#), M. Nieves Moreno Vida, Catedrática
- 2021 [La Función Tuitiva del Ministerio Fiscal](#), Ana Tárrago Ruiz (Fiscal Superior de Andalucía)
- 2022 [Memento Experto Protección de Derechos Fundamentales. Procedimientos especiales](#)
- 2022 [Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el proceso penal \(2022\)](#) (en inglés), TEDH
- 2022 [Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el proceso penal \(2013\)](#) (en español), TEDH
- 2023 Conformidad material y juicio equitativo del CEDH, Carlos Miguel Bautista Samaniego, Fiscal, La Ley

Daniel Arencibia Borrego, 23 de abril de 2024. [Copia y distribución autorizadas.](#)

[darenci@gmail.com](mailto:darenci@gmail.com)

[@darenci](#)



<https://bit.ly/3WioEzw>

## CUADRO RESUMEN DE 278 SENTENCIAS DE 2022-2023 APLICANDO EL 318 BIS EN CANARIAS, BALEARES, ALMERÍA, CEUTA Y MURCIA.

La [Memoria FGE de 2023](#) cifra en 316 las calificaciones formuladas por Fiscalías de toda España en aplicación del [318 bis](#) Código Penal durante 2022. Las Memorias Anuales de la Fiscalía Superior de Canarias mencionan 95 sentencias sobre delito de favorecimiento de la inmigración irregular. 32 sentencias en la [Memoria 2022](#) (p. 109) y 63 sentencias en la [Memoria 2023](#) (p. 63).

Encontramos 278 sentencias (465 acusados) en CENDOJ desde 01/01/2022 (54 sentencias de Canarias, 72 de Almería, 127 de Murcia, 26 de Baleares y 24 de Ceuta) y 31 escritos de acusación (de Las Palmas) publicados posteriormente de los que no se ha publicado sentencia en CENDOJ a fecha de este artículo. En conjunto, el Ministerio Fiscal ha acusado y pedido prisión provisional en Canarias por favorecimiento de inmigración ilegal a 206 personas (139 en sentencias publicadas y 67 en escritos de sentencias no publicadas). Si dejamos aparte las penas solicitadas en estas calificaciones por otros delitos (homicidio imprudente, lesiones o amenazas), las Sentencias reflejan los siguientes datos:

CUADRO RESUMEN 318 bis													
Última Sentencia en CENDOJ		Pate.	Viaj.	Prev. (Días)	Acus.	Conf.	No C.	%Conf.	Abs.	Cond.	Sent.	Apel.	Casa
13-6-23	LPA	50	2025	173	98	88	10	90%	5	93	54	4	1
29-6-23	TFE	12	714	140	41	16	25	39%	13	28	13	3	0
29-1-24	BAL	26	417	196	32	23	9	72%	4	28	26	2	0
25-9-23	ALM	72	1011	218	106	36	70	34%	5	101	72	35	0
31-1-24	CE6	23	223	170	60	26	34	43%	4	56	24	1	0
23-1-24	MUR	86	1137	123	128	126	2	98%	1	127	89	0	0
		269	5527	169	465	315	150	68%	32	433	278	45	1
CAN		62	2739	164	139	104	35	75%	18	121	67	7	1

  

<b>Pate.:</b> Número de Pateras	<b>% Conf:</b> Porcentaje de conformidades sobre total de acusaciones
<b>Viaj.:</b> Número de personas que viajan, incluyendo acusados	<b>Abs:</b> Acusados absueltos en primera instancia
<b>Prev.:</b> Días que pasa el investigado en prisión preventiva hasta el juicio	<b>Cond.:</b> Acusados condenados en primera instancia
<b>Acus.:</b> Núm. de acusados	<b>Sent:</b> Número de sentencias en primera instancia
<b>Conf:</b> Número de acusados que se conforman con la pena solicitada por Fiscalía	<b>Apel.:</b> Número de sentencias en apeladas ante el TSJ
<b>No C.:</b> Número de acusados que no se conforman con la pena solicitada por Fiscalía	<b>Casa:</b> Número de sentencias recurridas ante el Tribunal Supremo

  

CONFORMIDADES POR 318 BIS ATENUADO								FISCALIA PIDE POR 318 BIS (SIN CONTAR HOMICIDIOS U OTROS DELITOS CONEXOS)																
	<2	=2	>2<3	=3	>3<4	=4	TOTAL		<2	=2	>2<3	=3	>3<4	=4	>4<5	=5	>5<6	=6	>6<7	=7	>7<8	=8	?	TOTAL
LPA		3	8	67	7	2	87	LPA		3	8	67	7	2		1	2		3		4		1	98
TFE			7	9			16	TFE			7	9					7		8				10	41
BAL	4	15	1	1		2	23	BAL	4	15	1	1		2		5	4							32
ALM	9	7			5	15	36	ALM	11	7			5	15		2	10		46		2		8	106
CE6	9	11	2	3			25	CE6	12	29	6	5		4	2							2		60
MUR	6		118	1		1	126	MUR	7		118	1		1								1		128
28 36 136 81 12 20 313								34 54 140 83 12 24 10 23 57 8 20 465																
CAN 3 15 76 7 2 103								CAN 3 15 76 7 2 1 9 11 4 11 139																

  

	¿Qué pena ofrece más habitualmente el Fiscal (MODA)?	¿Cuántos aceptan la oferta recibida?	¿Qué pide el Fiscal en Juicio Oral a quien no acepta la oferta?							PENAS RESULTANTES				
			<4 años	4 años	5 años	6 años	7 años	8 años	No consta	PATRONES MIGRANTES		PATRONES NO MIGRANTES		
									Condenados	Pena media	Condenados	Pena media		
LPA	3 años (a 67 acus.)	88			2	3	4	1	LPA	88	2,96	5	4,00	
TFE	3 años (a 9 acus.)	16				7	8	10	TFE	18	2,76	10	4,10	
BAL	2 años (a 15 acus.)	23			5	4			BAL	17	2,09	11	2,94	
ALM	4 años (a 15 acus.)	36	2		2	10	46	2	8	ALM	13	2,58	88	3,75
CE6	2 años (a 19 acus.)	26	27	4	1			2		CE6	32	2,06	24	2,05
MUR	2 años y 1 mes (a 73 acus.)	126	1						1	MUR	122	2,02	5	0,37
TOTAL		465	30	4	8	23	57	8	20	TOTAL	290		143	

FUENTE: [ANÁLISIS DE SENTENCIAS PUBLICADAS EN CENDOJ.](#)  
[CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS COMPARADO.](#)



Hemos analizado también [30 escritos de calificación provisional](#) recientes por favorecimiento de inmigración irregular por mar de la Fiscalía de Las Palmas, que alcanzan a 67 acusados antes de una posible conformidad. Dejamos aparte las penas solicitadas en estas calificaciones por otros delitos (homicidio imprudente, lesiones o amenazas). 26 escritos proponían 8 años a todos los acusados (58) por favorecimiento de la inmigración (86,56% de los 67 acusados totales). Es excepcional que se pidan 7 años (1 acusado), 6 años (7 acusados) o 5 años (1 acusado). En ningún caso se reconocía atenuante de propia migración. La pena media pedida en calificación provisional fue de 7,73 años (518 años/67 acusados).

Sent.	Prov	S.	Acusados	Fiscal pide 318 bis	Salida	Salida2	Llegada	Llegada2	Días de viaje	Viajan	Hom. Impr.	Fiscal otros delitos
<a href="#">PA 148-23</a>	APLP	6	16	8,00	MARRUECOS		27-11-18	Lanzarote		189	0	
<a href="#">PA 106-23</a>	APLP	2	1	8,00	Agadir		24-11-20	Órzola (Lanzarote)		37	8	4,00
<a href="#">PA 42-23</a>	APLP	2	2	8,00	Dakhla	14-10-21	24-10-21	Sur de Gran Canaria	10	52	4	2,50
<a href="#">PA 40-22</a>	APLP	6	1	7,00	Dakhla	22-11-21	24-11-21	Sur de Gran Canaria	2	23	0	
<a href="#">PA 40-22</a>	APLP	6	1	5,00	Dakhla	22-11-21	24-11-21	Sur de Gran Canaria	2	23	0	
<a href="#">PA 36-23</a>	APLP	6	1	8,00	Dakhla	23-4-22	25-4-22	Sur de Gran Canaria	2	45	0	
<a href="#">PA 159-22</a>	APLP	2	1	8,00	MARRUECOS		13-5-22	Lanzarote		22	0	
<a href="#">PA 98-22</a>	APLP	6	2	8,00	Dakhla	12-5-22	14-5-22	Sur de Gran Canaria	2	34	0	
<a href="#">PA 116-23</a>	APLP	6	2	8,00	MARRUECOS		20-8-22	Lanzarote		44	0	
<a href="#">PA 81-23</a>	APLP	1	1	8,00			21-8-22	Lanzarote		40	0	
<a href="#">PA 145-23</a>	APLP	1	1	8,00	SENEGAL	13-8-22	21-8-22	Sur de Gran Canaria	8	83	1	4,00
<a href="#">PA 51-23</a>	APLP	6	3	6,00	Tan Tan	20-9-22	21-9-22	Puerto del Rosario	1	58	0	
<a href="#">PA 18-23</a>	APLP	2	1	8,00	MARRUECOS		21-10-22	Lanzarote		47	0	
<a href="#">PA 104-23</a>	APLP	1	1	8,00	MARRUECOS		28-10-22	Lanzarote		47	0	
<a href="#">PA 26-23</a>	APLP	2	1	8,00	Dakhla	30-10-22	3-11-22	Sur de Gran Canaria	5	36	0	
<a href="#">PA 113-23</a>	APLP	6	1	8,00	MARRUECOS	9-12-22	13-12-22	Lanzarote	5	35	0	1,25
<a href="#">PA 34-23</a>	APLP	6	2	8,00	Dakhla	14-1-23	18-1-23	Sur de Gran Canaria	4	25	0	
<a href="#">PA 54-23</a>	APLP	2	2	6,00	Tan Tan	6-2-23	7-2-23	Puerto del Rosario	1	46	0	
<a href="#">PA 56-23</a>	APLP	1	3	8,00	Boujador	9-2-23	12-2-23	Sur de Gran Canaria	3	53	0	
<a href="#">PA 10-24</a>	APLP	1	2	8,00	MARRUECOS		19-4-23	Lanzarote		48	0	
<a href="#">PA 11-24</a>	APLP	1	2	8,00	MARRUECOS		24-6-23	Lanzarote		35	0	
<a href="#">PA 140-23</a>	APLP	1	1	8,00	SENEGAL	26-6-23	10-7-23		14	78	0	
<a href="#">PA 126-23</a>	APLP	6	4	8,00	SENEGAL	11-7-23	23-7-23	Sur de Gran Canaria	12	103	0	
<a href="#">PA 134-23</a>	APLP	2	3	8,00	MAURITANIA	4-8-23	11-8-23	Sur de Gran Canaria	7	65	0	
<a href="#">PA 20-24</a>	APLP	6	2	8,00	Noadhibou	17-8-23	21-8-23	Sur de Gran Canaria	4	48	0	
<a href="#">PA 157-23</a>	APLP	1	1	8,00	MARRUECOS		7-9-23	Lanzarote		57	0	
<a href="#">PA 167-23</a>	APLP	1	1	8,00	Tan Tan	9-9-23	10-9-23	Gran Tarajal	1	52	13	6,00
<a href="#">PA 5-24</a>	APLP	6	2	8,00	Dakhla	29-9-23	2-10-23	Sur de Gran Canaria	3	55	0	
<a href="#">PA 31-24</a>	APLP	1	1	8,00	Dakar	12-10-23	19-10-23	Sur de Gran Canaria		55	0	
<a href="#">PA 30-24</a>	APLP	2	2	6,00	Agadir	28-11-23	30-11-23	Puerto del Rosario	2	57	0	
<a href="#">PA 38-24</a>	APLP	1	3	8,00	Nouakchott	7-12-23	10-12-23	Sur de Gran Canaria	3	54	0	
30			67	7,73	SUMA (PENAS x ACUSADOS) = 518 años					1710	26	