

DELITOS CONTRA LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS Y PROSTITUCIÓN: ENTRADA ILÍCITA. TESTIGOS-VÍCTIMA: DECLARACIONES EN EL PLENARIO Y DECLARACIONES DURANTE LA INSTRUCCIÓN

CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO
Fiscal

Palabras clave: delitos contra los ciudadanos extranjeros, prostitución, prueba preconstituida, declaraciones testificales.

ENUNCIADO

Diversas personas de nacionalidad boliviana, con la finalidad de captar mujeres de varias nacionalidades sudamericanas para el ejercicio de la prostitución en España, tras convencerlas con la promesa de obtener un trabajo remunerado, entregarles una cantidad de dinero superior a los 2.000 euros, un billete de avión, y reserva de hotel para obtener la autorización de entrada, tras entrar en España les retiraban el dinero entregado y las llevaban a un club de alterne donde debían ejercer la prostitución, para devolver el dinero que generó el viaje, y al encontrarse en un país desconocido y bajo diversas amenazas e intimidaciones, con el fin de no alejarse de dicha actividad, y reteniéndoles determinadas cantidades para satisfacer la supuesta deuda contraída. La marcha de una de las mujeres del lugar puso sobre aviso a la policía, acordándose por el juzgado de instrucción las diligencias oportunas, entre ellas, el registro, tras incoar las pertinentes diligencias penales. Se practican diligencias de instrucción, entre ellas, las declaraciones de varios testigos, a las que pudieron comparecer y en algún caso, así lo hicieron los letrados de los imputados, que por tanto pudieron preguntar a las mismas sobre las circunstancias de los hechos. Algunas de las mujeres abandonaron España para dirigirse a sus países de origen, no pudiendo ser localizadas para que comparecieran ante la Audiencia para testificar en el correspondiente juicio oral.

CUESTIONES PLANTEADAS:

- Tráfico ilegal de personas extranjeras y determinación coactiva de la prostitución.

- Presunción de inocencia: declaración testifical; prueba anticipada y prueba preconstituida y juicio oral.
- Conclusión.

SOLUCIÓN

El planteamiento del caso práctico se centra en la delimitación de los delitos de posible comisión así como respecto de cuestiones de índole procesal, y fundamentalmente relacionados con la prueba testifical, en la medida en que en los supuestos semejantes a los que describe el caso, de ordinario suele ocurrir que la presencia de los testigos, y a su vez víctimas de los hechos descritos, no suelen comparecer al juicio oral, y desde la perspectiva de la prueba, cuyo desarrollo y práctica debe tener su lugar en el plenario, debe verse la trascendencia de esa ausencia de declaración en el juicio oral, a los efectos de valorar si pueden servir de prueba con la que destruir la presunción de inocencia.

Dos son los hechos delictivos que aparentemente hacen acto de presencia en los hechos descritos; uno referido al que se produce contra ciudadanos extranjeros que son víctimas de tráfico ilegal de personas extranjeras, así como su relación con el segundo de los delitos que, referido a la determinación coactiva a la prostitución, pone de manifiesto su compatibilidad con aquél:

1. Respecto del delito de tráfico ilegal de ciudadanos extranjeros que se encuentra tipificado en el artículo 318 bis.1 y 3 del Código Penal, debe recordarse, para lograr una adecuada resolución del caso, que el bien jurídico protegido por el mismo lo es especialmente el cuidado y respeto del derecho de los ciudadanos extranjeros así como su dignidad, con el fin de evitar que sean tratados como objetos, de forma clandestina y lucrativa, lesionando la integridad moral. Se protege al extranjero que se encuentra buscando su integración social. De ahí que junto al interés del Estado por controlar los flujos migratorios, con el fin de evitar el aprovechamiento de los mismos por grupos criminalmente organizados, así como evitar situaciones de explotación, que atenten contra los derechos y la seguridad de las personas. Como presupuestos típicos de este delito de tráfico ilegal, debe decirse que se refiere al clandestino, y también al aparentemente lícito, pero se hace sin respetar la legalidad. En este aspecto vemos cómo, en el caso que se propone, la entrada en España es legal, pero después se trata de permanecer ilegalmente en España sin regularizar la situación. Resulta evidente que la entrada es clandestina en territorio español, cuando se trate de impedir el control de acceso por las autoridades, evitando los controles establecidos al efecto, pero también estaremos ante una entrada ilegal, cuando aquélla se realiza mediante fraude, ya que tratando de acceder a España para permanecer en ella, se utilizan documentos falsos, con el fin de ocultar la identidad, o acreditar cosas distintas a las reales, como por ejemplo visados obtenidos mediante falsas alegaciones, como ocurre en el caso. Así pues, podemos decir que frente a las entradas ilegales, están las entradas inicialmente legales pero que sobrevienen ilegales. Este planteamiento coincide con el caso, pues se accede con fines

turísticos, y después, se incumple el régimen de acceso por la existencia de circunstancias posteriores que revelan la irregularidad administrativa. En estos supuestos la responsabilidad criminal se exige al que promueve, favorece o facilita la entrada sabiendo que no se corresponde con la realidad, pues en ese caso se incumplen determinados requisitos, que hacen aparecer el ilícito penal, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa.

Como ha establecido el Tribunal Supremo, el tráfico ha de ser ilegal, al margen de las normas establecidas para cruzar las fronteras o con fraude de esas normas, lo que incluye el cruce clandestino, como la utilización de fórmulas autorizadas de ingreso transitorio en el país, como por ejemplo los visados turísticos, ya citados, con fines de permanencia, burlando e incumpliendo las normativas administrativas que lo autorizan en tales condiciones (STS de 28 de septiembre de 2005). Deberá atenderse a la regulación establecida por la legislación de extranjería en la Ley Orgánica 4/2000, con las reformas posteriores sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como el Reglamento de 26 de junio de 2001.

Cuando se habla de clandestinidad, se colma también cuando en la entrada se oculte su verdadera razón de ser, lo que incluye fórmulas autorizadas del ingreso transitorio con fines de permanencia, con incumplimiento de la normas que determinan las condiciones. Es decir, basta que se encubra el verdadero carácter, haciendo pasar como turistas, a quienes vienen a dedicarse al ejercicio de la prostitución. Por tanto, el tránsito por el acceso fronterizo no supone siempre un control efectivo, por lo que no se descarta la ilegalidad en la explotación lucrativa de la inmigración con grave riesgo para los derechos de los extranjeros, pues existe una sumisión a la organización con desamparo de dichas personas que implica el desposeerlos de sus pasaportes y la percepción de las retribuciones por la organización por el trabajo desarrollado por los inmigrantes (SSTS de 20 de enero y 30 de diciembre de 2005 y 5 de junio de 2006).

En el supuesto planteado resulta evidente que las mujeres no vinieron de manera voluntaria, sino que ésta estaba viciada. En la medida en que fueron introducidas en España para trabajar, y no para ejercer la prostitución, y facilitándoles los medios necesarios para aparentar algo distinto de lo pretendido, un trabajo legítimo, y no realizar la actividad, finalidad inicial, y que el objetivo era dedicarlas a la prostitución, siendo así objeto de explotación sexual lucrativa, pese a la negativa a realizar tales actos. Los hechos estarían incurso en el tipo del artículo 318 bis.1 del Código Penal, que se consuma con el ejercicio de las actividades encaminadas al tráfico ilegal, sin que se requiera acto posterior, sin que sea necesario que la explotación sexual llegue a tener lugar, y ni siquiera que hayan sido compelidas las mujeres a ese fin.

Sin embargo, en lo relativo a la determinación coactiva a la prostitución, se trata de una conducta posterior independiente de la relativa a la promoción del tráfico ilegal aunque vaya dirigida a ese fin. La prostitución va dirigida a la prestación de servicios sexuales mediante precio, por lo que el ánimo de lucro es inherente a la finalidad de explotación sexual a través de dicha actividad, por lo que el explotador lo hace de manera o con finalidad de obtener ganancias económicas con el ejercicio de ese comercio. Por tanto, resulta

que como ocurre en el supuesto planteado, el tráfico ilegal o la inmigración clandestina favorecida o facilitada es realizada con el fin de explotar sexualmente a las víctimas, no concurre la agravación por el ánimo de lucro siempre existente en este comercio. Así lo ha acordado el Tribunal Supremo (Acuerdos no jurisdiccionales de 26 de febrero de 2006 y 24 de abril de 2007) que establece que la concurrencia de tales conductas debe estimarse como concurso real de delitos, y así serían de aplicación los artículos 188.1 y 318 bis1.

2. Las consecuencias que tienen las pruebas testificales en relación con el derecho a la presunción de inocencia, exige que la prueba realizada tenga lugar en el acto del juicio oral, con los principios que inspiran el mencionado acto procesal, en relación con la inmediación, oralidad, publicidad y concentración, así como con los de contradicción y defensa, de manera que el acusado tenga la posibilidad de interrogar a los testigos; derecho que no puede ser desconocido sin quebrar los principios de defensa. Sin embargo, existen excepciones que permiten reemplazar esta prueba con la lectura de las declaraciones de acuerdo con el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que está pensado para los supuestos de testigos fallecidos, o que se encuentren en el extranjero, no siendo factible lograr su comparecencia, o cuando se encuentra en ignorado paradero, siendo imposible su citación en forma, y no pudiendo ser localizado.

Existe una modulación de la exigencia de la práctica de la prueba en el juicio oral, cuando los testigos que declararon durante la instrucción del procedimiento no pueden comparecer en el acto de la vista. Si esas declaraciones se realizaron con las debidas garantías estamos ante una prueba preconstituida, que puede acceder al juicio oral al solicitar las partes la lectura de la declaración realizada durante la instrucción del procedimiento.

Si bien es cierto que las pruebas anticipadas y preconstituidas son aquellas cuya práctica se sabe ya que es de imposible o de muy difícil repetición en el juicio oral, es decir, aquellas diligencias sumariales de imposible o muy difícil reproducción en el plenario, debe extenderse, como mantienen el Tribunal Supremo, a aquellas diligencias que en el momento de su práctica no se sabía nada sobre su irrepetibilidad en el juicio oral, siempre que hayan sido practicadas con la intermediación del órgano judicial ante el que se realiza, y la posibilidad de contradicción. Son, por tanto, aquellas circunstancias ajenas a las partes y a su voluntad lo que hace que la prueba no pueda reproducirse, como ocurre con el testigo fallecido, el testigo en el extranjero, así como el testigo en ignorado paradero. En estos supuestos las declaraciones deben ser leídas en el juicio oral para su valoración por el juzgador como actividad probatoria.

En el supuesto del caso que se plantea, las declaraciones fueron celebradas ante los letrados de los imputados, requisito mantenido por el Tribunal Supremo, lo que permite que introducidas en el plenario mediante la reproducción de lo manifestado por el testigo pueda ser objeto de valoración y admitirse como prueba de cargo, y esa prueba practicada con los requisitos de irrepetibilidad, intervención judicial, posibilidad de contradicción y reproducción mediante la lectura de la misma en el juicio oral (arts. 730 y 726 LECrim.) tiene posibilidad de ser valorada por el juez para fundar su resolución, pues en otro caso, el *ius puniendi* del Estado quedaría supeditado al azar o al comportamiento de las partes. Esas

declaraciones tienen la posibilidad de ser valoradas y constituir prueba desvirtuadora de la presunción de inocencia desde el momento en que fueron realizadas las mismas con los requisitos mencionados e introducidas en el juicio oral mediante la lectura de las mismas que posibilitan, asimismo, la contradicción. Las víctimas que declararon como testigos lo hicieron con las garantías y principios citados, lo que debe dar lugar a la lectura de las mismas en el juicio oral, ya que estaban en ignorado paradero, habían regresado a sus países de origen, y era imposible su localización y así lograr su declaración en el juicio oral correspondiente para, así de ese modo, respetar los derechos de defensa de los acusados.

(SSTC de 10 de marzo de 1997, de 22 de julio de 1999, de 1 de diciembre de 2003 y de 6 de junio de 2005 y TS de 30 de septiembre de 1999, de 9 de febrero de 2000 y de 5 de diciembre de 2005).

3. En conclusión, debe decirse que resultan claramente aplicables los tipos indicados relativos al delito de tráfico ilegal de personas a que se refiere el artículo 318 bis1 del Código Penal y al delito de determinación coactiva al ejercicio de la prostitución del artículo 188.1 del indicado texto legal, en concurso real, y sin que sea de aplicación la agravación que vendría determinada por el ánimo de lucro, y ello de acuerdo con los comentarios realizados, al cumplirse los requisitos para su aplicación. En cualquier caso la condena por cualquier hecho delictivo exige la prueba del hecho en el acto del plenario, en el que se han de practicar las pruebas dirigidas a tal fin, que hayan propuesto las partes y resulten pertinentes y útiles, de manera que el acusado pueda defenderse de las acusaciones en un juicio público y con la exigencia de la contradicción, que supone la posibilidad de contestar o contrarrestar en dicho acto. Esto alcanza también a las pruebas testificales que puedan solicitarse, de forma que el testigo que declaró durante la instrucción del procedimiento se manifieste ante el órgano judicial de enjuiciamiento en relación con los hechos a que se refiera el procedimiento. Sin embargo, como hemos indicado, la imposibilidad de comparecer del testigo el día del plenario puede determinar que su declaración realizada como diligencia sumarial, con el cumplimiento de los requisitos necesarios (irrepetibilidad, intervención del órgano judicial, posibilidad de contradicción, e introducción mediante la lectura de los respectivos documentos donde conste), incluso en los casos en que la misma no haya sido realizada como prueba anticipada o preconstituida (supuestos en los que nunca impediría la declaración en el juicio oral si pudiera acudir a realizarla el día correspondiente, sino al contrario, vendría obligatoria la comparecencia judicial, pues en otro caso estaríamos ante una sustitución de una diligencia sumarial por una prueba en sentido estricto lo que sería vulnerador del derecho de defensa y de imposible valoración por tanto por el juzgador), pueda ser valorada como prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia, como ocurre en el supuesto del caso, pues las declaraciones se realizaron con las garantías indicadas y la falta de comparecencia para declarar se debió a la imposibilidad de localización de los testigos, por lo que la Audiencia puede valorar dichas declaraciones si son introducidas en el juicio oral mediante la lectura de los documentos de conformidad con el artículo 730 de la Ley Procesal Criminal, y destruir, con base en las mismas, la presunción de inocencia.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 726, 730 y 762.3.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 188.1 y 318 bis. 1 y 3.
- SSTC de 10 de marzo de 1997, 22 de julio de 1999, 1 de diciembre de 2003 y 6 de junio de 2005.
- SSTS de 30 de septiembre de 1999, 9 de febrero de 2000, de 20 de enero, 28 de septiembre, 5 y 30 de diciembre de 2005 y 5 de junio de 2006.
- Acuerdos del TS en el Pleno no Jurisdiccional de 26 de febrero de 2006 y de 24 de abril de 2007.