

C. DERECHO
PENAL

DETENCIÓN ILEGAL. PROSTITUCIÓN.
TESTIGOS DE CARGO. CONCURRENCIA
DE ELEMENTOS PARA APRECIAR
LA DETENCIÓN ILEGAL

Núm.
81/2004

Casto PÁRAMO DE SANTIAGO

Fiscal

• **ENUNCIADO:**

La súbdita americana, tras conseguir eludir el control a que era sometida, se personó en las dependencias policiales denunciando que había llegado a España desde su país de origen, tras haberle sido ofrecido empleo, y entregársele un billete de avión, dinero, y una carta de presentación, y que estuvo obligada a ejercer la prostitución en un club de alterne, como consecuencia de la deuda que había contraído, y que había sido advertida de las consecuencias que podría tener para la vida de su familia el incumplimiento de la misma. Como consecuencia de las investigaciones iniciadas por la mencionada denuncia, se iniciaron diligencias de investigación penal, pudiéndose comprobar que XX y XXY reclutaban mujeres para el ejercicio de la prostitución en un club, que con el ofrecimiento de trabajo en España y entregándoles billete de avión, dinero y cartas de presentación, contrayendo una deuda que debía saldar mediante las relaciones sexuales con clientes, advirtiéndole del riesgo que corría la vida de sus familiares que permanecían en el país si no saldaba la deuda pese a su rechazo a dicha ocupación ya que aquélla se sentía engañada. AMS no podía salir sola a la calle, y le había sido entregado un teléfono móvil, no obstante logró huir. En el mismo caso se encontraban otras mujeres.

A la víctima, se le aplicó la legislación como testigo protegido, salió de España a su país, habiendo declarado ante la policía y juez de instrucción sin la presencia del defensor de los acusados, que no estaban designados. El mencionado testigo no compareció al juicio oral.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Prueba testifical y principio de contradicción
2. Determinación de la existencia del delito de detención ilegal: criterios jurisprudenciales

• **SOLUCIÓN:**

En el caso que se propone se plantean dos cuestiones de interés, una de orden procesal, como es la incomparecencia de testigos de cargo, con especial incidencia en los casos de extranjeros víctimas, en el juicio oral, y una segunda de naturaleza sustantiva, referida a los requisitos que resultan necesarios para la apreciación de delito de detención ilegal y la existencia del mismo en el caso propuesto.

1. En cuanto a la primera de las cuestiones, debe mencionarse que el procedimiento probatorio tiene notables diferencias si comparamos la fase de instrucción y el juicio oral, ya que durante aquélla las diligencias que se practiquen son diligencias del juez, no de las partes, y además, en princi-

pio no constituyen prueba en sí (pues ésta debe desarrollarse en el juicio oral), salvo los supuestos de prueba anticipada y preconstituida siempre que concurren los presupuestos necesarios (irrepetibilidad del hecho, jurisdiccionalidad, posibilidad de contradicción, e introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos), sin embargo en el juicio oral, fase de enjuiciamiento donde se desarrolla la prueba propiamente dicha, está presidida por el principio de rogación, ya que pertenece a las partes la proposición y admitida, la práctica de la misma, sin que esa consideración no signifique la posibilidad excepcional de la adopción de oficio por el juzgador de la prueba que considere conveniente con la finalidad de hallar la verdad material.

En este orden de cosas es incuestionable el reconocimiento de que todo acusado tiene derecho a interrogar a los testigos de cargo, con independencia de que sean o no protegidos, conforme con el artículo 6.º 3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, habiéndose declarado por la Comisión de derechos humanos que el interrogatorio de un testigo exige la posibilidad de que la defensa pueda articular preguntas, para lo cual deberá conocer de manera previa la diligencias sumariales en las que se contengan las declaraciones de los testigos. Derecho a interrogar al testigo que podrá realizarse con anterioridad al juicio oral, siempre que exista la posibilidad de que no comparezca al plenario, por no estar a disposición del Tribunal, y que sean introducidas en el juicio oral, de acuerdo con el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Resulta imprescindible para valorar las declaraciones de la víctima, para su consideración como prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, la ausencia de incredulidad subjetiva unida a la ausencia de móviles de animadversión o propósito de perjudicar, persistencia en las manifestaciones y corroboración a través de datos objetivos (SSTS de 8 de marzo y 27 de diciembre de 2002).

La lectura de las declaraciones de la víctima es una de las posibilidades de introducir el testimonio de la perjudicada en el juicio oral, siempre que ésta se haya realizado con los requisitos necesarios para tenerla como prueba preconstituida, lo que a la vista del texto del caso, no sería posible, por no haberse dado la posibilidad de contradicción a través de la presencia de letrados de los acusados, en cuanto medio necesario para poder ejercitar el derecho de defensa, y ello aunque se tratara de un testigo protegido, y por tanto serle de aplicación la Ley Orgánica 19/1994 de protección de testigos y peritos, lo que resultaría imprescindible para la valoración de la prueba por el juzgador al amparo de lo previsto en el artículo 730, así como respecto del artículo 4.º 5 de la Ley Orgánica citada.

Resulta esencial que la declaración de cualquier testigo se realice en términos que se posibilite la contradicción, de manera que el defensor del imputado, no cualquier letrado sino aquel que le represente por haberlo designado, o bien tras ese apercibimiento serle nombrado uno de oficio que le defienda de la imputación. Es necesario que sea el letrado que defienda los intereses del posteriormente acusado el que pueda comparecer, o efectivamente comparezca a las declaraciones policiales o judiciales. Sobre todo en las declaraciones judiciales durante la instrucción de la causa, deben cumplirse todas las previsiones legales a los efectos de que ulteriormente puedan introducirse en el juicio oral, es decir, debe realizarse la declaración del testigo ante el juez de instrucción, con presencia del letrado del imputado o al menos esa posibilidad, de manera que puedan ser sometidas a contradicción sus manifestaciones, y por tanto poder ser interrogada por el letrado del imputado, y posteriormente ser introducidas en el plenario de acuerdo con el artículo 730 mencionado, es decir, mediante la lectura de los documentos donde conste la declaración testifical.

En este sentido, y a la vista del caso planteado, nos encontramos ante una persona que declaró en dependencias policiales y judiciales, sin la presencia de letrado de los acusados, y que no compareció a juicio oral por encontrarse en su país de origen, ante las represalias a que podía ser objeto, independientemente de su condición de testigo protegido. La naturaleza de los hechos del caso la ausencia de móviles espurios vendría acreditada por las denuncias y declaraciones judiciales con el riesgo que eso

suponía para ella y su familia. La existencia de datos corroboradores de naturaleza objetiva podrían concurrir, pero resulta también evidente que la declaración de la testigo víctima no podría tener la consideración de prueba anticipada, ya que no existió la posibilidad de asistencia de letrado de los imputados, para en régimen de contradicción, combatir de acuerdo con su derecho de defensa, cualquiera de las acusaciones a través del interrogatorio a que fuera sometida. Era la prueba fundamental al margen de otras declaraciones secundarias y la única con capacidad de destruir la presunción de inocencia, por lo que una sentencia condenatoria con base en esa sola declaración no tendría posibilidades de prosperar. En este sentido debe preverse este tipo de contingencias y realizar una prueba anticipada, máxime si la víctima es extranjera a los efectos de posibilitar, ante la probable ausencia de la misma y por tanto la imposibilidad de acudir al juicio oral, y ello aun tratándose de un testigo protegido, pues las circunstancias hacen previsible que una persona que ha sido sometida a ese tipo de comportamientos, que le obligan a una actividad, y bajo amenazas de riesgo para su vida y la de su familia, regrese a su país.

A la vista de las anteriores consideraciones, parece claro que la prueba testifical realizada en las condiciones dichas, no puede revestir la naturaleza de prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia, porque no fue realizada en condiciones, sobre todo cumpliendo el imprescindible requisito de contradicción, que permitieran su introducción en el juicio oral, y ser valorada por el juez como fundamental a efectos de condena. El cumplimiento del artículo 730 citado en modo alguno daría virtualidad a la declaración realizada en la instrucción, ya que carecía de presupuestos ineludibles. (STS de 23 de mayo de 1994 y STC de 15 de abril de 1991.)

2. Respecto de la segunda de las cuestiones planteadas, es indudable que la detención ilegal (art. 163 del CP) se comete cuando la privación de libertad deambulatoria no fuera absolutamente restrictiva o que los medios para ejecutarla no sean de violencia física bastando la mera actuación intimidatoria. En el supuesto este tipo delictivo supone necesariamente la coacción de una persona en el mantenimiento de la prostitución, lo que implica incuestionablemente una cierta restricción de la libertad deambulatoria, en la medida en que la víctima se ve forzada a una actividad indeseada y debe permanecer en el lugar donde se lleva a cabo. Esta situación provoca la mención del principio *bis in idem*, en tanto que tal prohibición obliga a considerar que la determinación coactiva al mantenimiento en la prostitución ha de consumir las manifestaciones menores de la libertad deambulatoria, pues en otro caso la aplicación del tipo del artículo 188 obligaría en todo caso la condena por un delito de detención ilegal.

La conducta típica del delito consiste en encerrar o detener a otro privándole de su libertad, que exige internar a una persona en un lugar sin posibilidad de salir por sí misma, o bien una inmovilización más o menos duradera, lo que supondría la necesidad de sancionar además del delito de determinación coactiva a la prostitución, la detención ilegal si se produce el internamiento forzado en un lugar del que la víctima no puede salir, por lo que se va más allá de la mera restricción.

Como expresa la Sentencia de 17 de septiembre de 2001, mediante la determinación coactiva se doblega simplemente la voluntad de la víctima para obligarla mediante *vis compulsiva* a la realización de ciertos actos contra su libre albedrío, sin que ello suponga una privación de movimientos, mediante la comisión del delito de detención ilegal no se doblega, sino que se impone o se obliga imperativamente, sin posibilidad alguna de defensa, la voluntad de la víctima, la cual queda impedida de libertad ambulatoria.

En el caso que se propone la denunciante vivía en el entorno del club donde ejercía la actividad de manera forzada, siendo vigilada por la organización, pero es cierto que conservaba cierta libertad ambulatoria, en la medida en que podía salir, si bien acompañada de alguna persona, siendo así que tuvo la posibilidad de escapar y denunciar los hechos.

Es decir, tenía posibilidades de salir y comunicarse con otras personas, no obstante la vigilancia a que era sometida, y además se le obligaba a ejercer la prostitución, bajo amenazas, pero en ningún caso se le privó de la libertad de movimientos, que ha de ser total, como exige el delito de detención ilegal.

En conclusión no puede tomarse en consideración la declaración de la víctima, como prueba de cargo, al faltar el requisito de la contradicción, necesario para poder ser considerada como prueba anticipada; una sentencia condenatoria basada en la sola declaración de la víctima, podría vulnerar el principio de presunción de inocencia.

Tampoco podría apreciarse el delito de detención ilegal, sino que debería, en su caso, sólo sancionarse el delito de determinación forzada al ejercicio de la prostitución, ya que en ningún caso existió privación total de movimientos, sino un régimen restrictivo que no privaba de movimientos, sino que eran controlados, con posibilidad incluso de comunicarse a través del teléfono móvil que le fue entregado.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales, art. 4.º 5.**
- **Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 163.1 y 188.**
- **Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 730.**
- **Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 6.º 3 d).**
- **STC de 15 de abril de 1991.**
- **SSTS de 23 de mayo de 1994, 17 de septiembre de 2001 y 8 de marzo y 27 de diciembre de 2002.**