



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de fin de
Grado

La protección
jurídica de los
menores de
edad y
Derecho.

Miguel García Couñago

Tutor: Fernando Peña López

Índice

Índice de jurisprudencia	2
Abreviaturas	4
Supuesto de hecho	5
1. Sustracción internacional de menores	7
1.1. Analice la situación jurídica en la que se encuentra María Rodríguez y su hija menor de edad tras la huida	7
1.2. Al haber transcurrido un año y medio desde la huida, determine si Daniel Lombard puede emprender alguna acción y, en su caso, si tendría éxito a efectos del regreso de su hija	9
2. Sustracción de menores en el ámbito comunitario ¿Qué ocurriría si María Rodríguez fuese ciudadana comunitaria y hubiese trasladado a su hija con ella a España?	14
3. El <i>online child grooming</i> y el <i>sexting</i>	17
3.1. Argumente la calificación jurídica de los hechos acontecidos cuando Daniela tenía catorce años de edad	17
3.2. ¿Qué ocurriría si esas imágenes de carácter erótico de la menor fuesen difundidas por el receptor a terceros?	21
3.3. En el caso de que Daniela le hubiese enviado fotografías de otra menor, ¿cuál sería la situación jurídica, si ésta fuese ciudadana española?	22
4. La realización de actos de naturaleza sexual con menores. Analice la calificación jurídica de los hechos ocurridos en Valencia	24
5. La trata de seres humanos. Analice la calificación jurídica de los hechos en los que se ve inmersa Daniela Lombard en España	25
6. Régimen jurídico de los extranjeros en España ¿Cuál sería la solución jurídica para María Rodríguez y sus familiares mejicanos?	33
Conclusiones	37
Bibliografía	38

Índice de jurisprudencia

Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3ª). Sentencia 54/2008 de 3 de marzo.	8
Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª). Sentencia 234/2018 de 10 mayo.	8
Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Caso Özmen contra Turquía. Sentencia de 4 diciembre 2012	9
Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª). Sentencia 177/2005, 3 de marzo	10
Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3ª), Sentencia 351/2017 de 21 de junio.	11
Re H. and Others (Minors) (Abduction: Acquiescence) [1998] AC 72	11
España. Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza. Auto de 20 abril 2004.	11
Navarro v. Bullock, 1/9/1989, 15 Fam. L Rep (B.N.A.) 1576 (Cal. Super. Ct. 1989)	12
Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), sentencia 588/2012 de 13 noviembre.	12
Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª). Caso Neulinger y Shuruk contra Suiza. Sentencia de 8 enero 2009.	12
Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Caso Maumousseau y Washington contra Francia. Sentencia de 6 diciembre 2007	13
Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª). Sentencia 463/2007 del 11 de septiembre.	17
Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª), sentencia 109/2017 de 22 febrero.	18
Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª), sentencia 158/2019, de 26 marzo.	19
Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional, de 8 noviembre 2017.	19
Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª), sentencia 412/2017, de 23 junio.	19
Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª), sentencia 174/2017 de 21 marzo.	20
Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6ª), sentencia 302/2017 de 24 abril.	21
Audiencia Provincial de Valencia (Sección 1ª), sentencia 488/2016 de 25 noviembre.	21
Tribunal Supremo. (Sala de lo Penal), sentencia 377/2018 de 23 julio.	21
Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª), sentencia 777/2017 de 30 noviembre.	22
Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1ª), sentencia 177/2014 de 16 abril.	22
Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 2ª), sentencia 1358/2008 del 30 de enero de 2009.	22
Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 2ª), sentencia 1342/2003 del 20 de octubre de 2003.	22
Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª), sentencia 1377/2011 de 19 diciembre.	23
Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª), sentencia 237/2017 de 15 diciembre.	24

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), sentencia 853/2014 de 17 diciembre.	24
Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), sentencia 547/2016 de 22 junio.	24
Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª), sentencia 1583/2002 de 3 octubre.	24
Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª), sentencia 144/2018 de 22 marzo.	25
Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección1ª), sentencia 827/2015 de 15 diciembre.	27
Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección1ª), sentencia 53/2014 de 4 febrero	27
Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª), sentencia 77/2019 de 12 febrero.	29
Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Acuerdo no jurisdiccional de 31 de mayo de 2016.	29
Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección1ª), sentencia 188/2016 de 4 marzo.	30
Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección1ª), sentencia 270/2016 de 5 abril.	31
Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 2ª), sentencia núm. 50/2007, de 19 de enero.	32
Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección1ª), sentencia núm. 445/2008 de 3 julio	32
Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección3ª), sentencia núm. 121/2014 de 14 febrero.	35
Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección3ª). Sentencia de 12 marzo 2013.	36

Abreviaturas

Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Convenio

Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. C96.

Reglamento 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental: Reglamento.

Unión Europea: UE

Tribunal de Justicia de Unión Europea: TJUE.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: CP.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: LOEX.

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009: RLOEX.

Supuesto de hecho

María Rodríguez, de nacionalidad mejicana, y Daniel Lombard, de nacionalidad belga, se conocieron en París en el año 1997 e iniciaron una relación sentimental poco después. La pareja contrajo matrimonio tres años más tarde y establecieron como lugar de residencia habitual Bruselas. Posteriormente, en el año 2003 son padres de una niña a la que llaman Daniela.

No obstante, con la llegada de la menor se empezaron a producir, de forma progresiva, los primeros problemas familiares. Tanto María como su hija se ven continuamente sometidas, durante los primeros tres años de vida de la menor, a abusos físicos y a maltrato psicológico. Resultando insostenible la convivencia familiar, María interpone una demanda de divorcio frente a Daniel. Sin embargo, no denuncia los abusos y malos tratos sufridos por miedo a las posibles represalias. El juez belga conecedor del litigio resuelve otorgando la guarda y custodia de la menor a ambos progenitores, que será ejercida de manera conjunta y sin cambio de domicilio para la menor, ya que se atribuye a María Rodríguez y a Daniel Lombard el derecho de uso de la vivienda familiar para períodos alternos en el tiempo.

Posteriormente, tras pasar los primeros días con su padre, María ve a su hija atemorizada, sin parar de llorar, y manifestando, de la manera que puede una niña de tres años, que su padre es “malo”. Esto resultó determinante para que madre e hija huyesen en octubre del año 2006, sin regreso, abandonando el domicilio familiar y bajo la ignorancia de Daniel, que desconoció su paradero durante más de un año y medio. Debido a que María no contaba con apenas recursos económicos decide regresar a su país natal y vivir junto a su familia en México. Tiene una gran preocupación por la salud mental de su hija, dado que la menor muestra una gran angustia al hablar de su padre y, por ello, acude a un terapeuta, el cual le diagnostica un trastorno por estrés postraumático como consecuencia de los malos tratos sufridos.

Transcurridos varios años, Daniela a los catorce años de edad participa activamente en las redes sociales, como cualquier adolescente de su edad. Un día recibe un mensaje de una persona cuya identidad desconocía, presentándose con el nombre de Raúl Martínez de quince años de edad, de nacionalidad española. Daniela le contesta y revela información personal, incluido su contacto telefónico, para seguir la conversación por la aplicación de mensajería Whaatsap, dando lugar a una estrecha relación que se extenderá a lo largo de varios meses.

Por su parte, Raúl Martínez muestra gran interés en Daniela y se gana su confianza en pocos días, ya que ésta tenía pocas amistades debido a una gran inseguridad fruto de los problemas familiares antes referidos. Una vez gestados esos lazos de confianza, la persona que actúa bajo la identidad de Raúl Martínez, intenta seducir a Daniela y le induce a que le envíe fotografías y vídeos sin ropa y con posturas sugerentes. Ante estas peticiones, de modo ingenuo e imprudente, Daniela accede. No obstante, en los próximos meses, ya no es suficiente el envío de fotografías, sino que 2 quiere verse con ella y no le importa que se encuentre a miles de kilómetros de distancia porque le asegura que está dispuesto a viajar allí. Ante la rotunda negativa a acceder a ese encuentro por parte de Daniela, la amenaza con difundir masivamente a través de las redes sociales esas imágenes y enviárselas por mensajería a su madre. Además, le envía a la menor copia de una tarjeta de embarque perteneciente a un vuelo Madrid-México. Ante esta situación, Daniela accede a acudir al encuentro.

Finalmente, el adulto que se hizo pasar, en las redes sociales, por un menor llamado Raúl Martínez no llega a efectuar su huida a México y no acude al lugar de la cita, la salida del instituto al que acudía la menor, al ser detenido por la Guardia Civil, en el aeropuerto de Adolfo Suárez por haber obtenido fotografías de, al menos, doscientos menores, de entre doce y catorce años, para consumo propio, empleando las redes sociales y habiendo llegado en uno de los casos, mediante intimidación ultrajante, a realizar actos de carácter sexual con una menor de quince años de edad en Valencia. Por su parte, Daniela se entera por la colaboración entre la policía española y mexicana que ha sido víctima de este individuo.

Diez años más tarde, cuando Daniela tenía veintitrés años y acababa de graduarse en traducción e interpretación, le hacen una oferta de trabajo como traductora de francés - el cual dominaba plenamente al haber vivido de pequeña en Bruselas- en España con un salario de dos mil euros al mes. Ante esta oferta Daniela ilusionada acepta, ya que en México no contaba con apenas oportunidades laborales y se traslada a España para empezar su inexperta vida profesional. Desafortunadamente, no existía dicho puesto de trabajo, sino que Daniela queda sometida a los abusos de un entramado delictivo de varias personas y empresas, que procedieron a retirarle el pasaporte, así como su teléfono móvil, amenazándola con matar a su familia. Le obligan, utilizando coacciones, amenazas y violencia extrema a ejercer la prostitución y a vender estupefacientes a sus clientes

Tras estar un año y medio en paradero desconocido, tuvo lugar una operación policial que desarticuló parte del citado entramado delictivo permitiendo la liberación de Daniela y de otras veinte mujeres, y la incautación de hasta dos mil kilos de estupefacientes. Su madre, tan pronto como tuvo constancia de los hechos, se trasladó a España para prestar el apoyo que su hija necesitaba. Unos meses después, María Rodríguez, consciente de que no podía dejar a su hija sola durante el complicado y dilatado proceso judicial, aprovecha la oportunidad de ocupar un puesto de trabajo por cuenta ajena y regulariza su situación en España. No obstante, se le plantea el problema de que en México se encuentra su actual cónyuge y el hijo menor de éste, sobre el que ejerce la custodia, ambos de nacionalidad mejicana, imposibilitando así el transcurso habitual de la vida familiar.

1. Sustracción internacional de menores.

1.1. Analice la situación jurídica en la que se encuentra María Rodríguez y su hija menor de edad tras la huida.

A la hora de solucionar esta cuestión, lo primero que hay que mencionar es que estamos ante un asunto objeto de derecho internacional privado. Esta calificación del asunto deriva del cumplimiento de dos condiciones¹:

- Su naturaleza privada, pues las partes actúan a título particular (pese a las implicaciones públicas que indudablemente posee la sustracción de menores).
- Su vinculación a dos o más países: en concreto, estamos ante una ciudadana mejicana residente en Méjico junto con su hija (María Rodríguez y Daniela) y un ciudadano belga residente en Bélgica. Por tanto, la vinculación de Méjico y Bélgica es indiscutible.

Una vez esclarecida esta cuestión, acudimos al sistema de fuentes del derecho internacional privado. En concreto, en el caso del ordenamiento jurídico belga, (país del que el demandante es residente y nacional), el Decreto del 27 de mayo de 1971 del Tribunal de Casación de ese Estado estableció la primacía de las normas supranacionales y de Derecho Internacional sobre las internas². En lo referente a Méjico, aunque tradicionalmente existe polémica en torno a la cuestión, las normas internacionales se encuentran al mismo nivel que las leyes constitucionales, inmediatamente por debajo de la constitución³. De esta forma, el primer paso a la hora de solucionar la pregunta es buscar una norma de estas características que se ocupe de la sustracción de menores y que haya sido ratificada por ambos países.

Siguiendo con este proceso, acudimos al Convenio, suscrito tanto por Méjico como por Bélgica. El citado Convenio se caracteriza por garantizar la cooperación judicial entre las autoridades de los diferentes Estados contratantes para conseguir la rápida restitución de los menores sustraídos, centrándose en el momento posterior a la consumación de dicha sustracción⁴.

Para comenzar, es necesario mencionar que nos encontramos dentro del ámbito de aplicación territorial, pues el citado texto define el mismo como el territorio de los países contratantes (artículo 2). A la hora de profundizar en la procedencia de la aplicabilidad del Convenio, acudimos al estudio de sus ámbitos materiales, personales y temporales de aplicación.

En lo referente al ámbito material, el Convenio se aplica a los aspectos civiles derivados de traslados o retenciones ilícitas de menores, definidas su artículo 3. En concreto, el citado artículo define dos elementos que caracterizan del traslado o retención ilícita. El primero de estos elementos se observa cuando dicho acto se realiza infringiendo derechos de custodia que, según la normativa del Estado en el que el menor residía en el momento

¹ CAMPUZANO DÍAZ, B./ RODRÍGUEZ BENOT, A./ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M-A./ YBARRA BORÉS, A., en *Manual de Derecho internacional privado* (RODRÍGUEZ BENOT, A., Dir.), Tecnos, Madrid, 2018, pp.23-24.

² https://e-justice.europa.eu/content_member_state_law-6-be-es.do?member=1, consultada el 16/04/19 a las 10:18.

³ LEÓN FÉLIX, R-A./ GARCÍA MORAGA, R-E./ BUSTAMANTE ZAMORA, N., *La sustracción internacional de menores, un caso de estudio y análisis*, Tirant lo Blanch, Méjico, 2019, pp. 19-20

⁴ REIG FABADO, I., “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, en *Revista boliviana. de derecho* Vol 20, 2015 pp. 246-247.

inmediato anterior al mismo, se atribuyen otras personas o instituciones. Este derecho de custodia puede tener su origen en decisiones de naturaleza judicial, administrativa o consensual. El segundo elemento característico se corresponde con la infracción de una custodia ejercida de forma efectiva en el momento del traslado o retención ilícita. Esta segunda tipología también extiende este supuesto a casos en los que dicha custodia se hubiese ejercido si no se hubiese producido la retención o traslado.

A la hora de encuadrar el supuesto de hecho en este artículo, debemos analizar tres elementos que han generado controversia a la hora de ser aplicados en sede jurisprudencial⁵. El primero de ellos es la determinación de la residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención. En este sentido, la jurisprudencia se divide fundamentalmente en tres líneas:

- La residencia habitual se corresponde con el lugar en el que el menor está socialmente insertado.
- Los titulares del derecho de custodia tienen derecho a fijar la residencia del menor, por lo que la residencia de éste será aquella que estos hubiesen determinado (aunque todavía no hubiesen residido en ese lugar *de facto*).
- Una combinación de ambos criterios, pero con preeminencia del primero, por representar el interés superior del menor.

Como podemos observar, independientemente del criterio elegido, la residencia habitual del menor en el momento inmediato anterior a la sustracción es Bélgica. Al ostentar el padre el derecho la custodia compartida en virtud de resolución judicial belga, se puede afirmar que el supuesto de hecho cumple este requisito establecido por el artículo analizado.

El segundo elemento definido por la jurisprudencia es el derecho de custodia. El Convenio entiende que es esta capacidad de fijar la residencia del menor la que determina la ostentación del derecho de custodia (art.5.a)⁶ ⁷. En este sentido, es importante destacar que el cambio de lugar de residencia del menor necesita en Bélgica el consentimiento de ambos progenitores independientemente de quien posea la custodia, por lo que el traslado unilateral de éste sería una infracción del Convenio aunque la custodia no fuese compartida.

Por último, debe abordarse la delimitación jurisprudencial de lo que se entiende por ejercicio efectivo del derecho de custodia. Este ejercicio efectivo ha sido interpretado por la jurisprudencia de forma amplia, no bastando una interrupción temporal del mismo. Además, esta falta de ejercicio debe ser probada por el progenitor sustractor para evitar la restitución, según se dispone en el artículo 13 del Convenio. En el supuesto de hecho, no existen dudas sobre el ejercicio efectivo de la custodia por parte del padre.

Por su parte, en lo tocante al ámbito personal tampoco existen dudas. Daniela tenía tres años en el momento del traslado, mientras que la edad límite en la que el Convenio deja de aplicarse son los 16 años, a contar en el momento de la infracción del derecho de custodia o visita (artículo 4). Por último, también se puede afirmar que el supuesto de hecho se encuadra dentro del ámbito de aplicación temporal de la norma internacional

⁵ CHÉLIZ INGLÉS, M-C., *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 45-69.

⁶ España. Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3ª) [Versión electrónica. Base de datos del CENDOJ]. Sentencia 54/2008 de 3 de marzo [Consultado el 4 de junio de 2019].

⁷ España. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) [Versión electrónica. Base de datos del CENDOJ]. Sentencia núm. 234/2018 de 10 mayo [Consultado el 4 de junio de 2019].

analizada, pues el Convenio ha entrado en vigor en el año 1983 mientras que los hechos tienen lugar en el año 2006⁸.

Podemos concluir de esta manera que el convenio será de aplicación en el caso que nos ocupa y que, por tanto, se puede considerar que María Rodríguez y su hija menor se encuentran en una situación de sustracción de menores, regulada por el Convenio.

1.2. Al haber transcurrido un año y medio desde la huida, determine si Daniel Lombard puede emprender alguna acción y, en su caso, si tendría éxito a efectos del regreso de su hija

La calificación de la situación como sustracción de menores permitiría a Daniel Lombard, en principio, ejercer la acción que prevé en los artículos 8 a 12 del Convenio. No obstante, es necesario analizar pormenorizadamente la procedencia de la restitución en el supuesto de hecho. Para ello, es importante abordar tres cuestiones.

La primer de ellas se corresponde con la determinación del lugar en el que es posible interponer la reclamación. En este sentido, destacar que este puede interponerse en cualquier Estado contratante (artículo 8 del Convenio). De esta forma, podría ser interpuesta, tanto en Méjico como en Bélgica.

La segunda cuestión se corresponde con la titularidad de la competencia para resolver el asunto. La competencia judicial sobre el fondo (es decir, sobre la custodia y las medidas a adoptar) correspondería, en virtud del artículo 7 del C96, al Estado de residencia habitual del menor con anterioridad a la sustracción. Este mismo artículo establece una única excepción a este criterio atributivo de competencia. En concreto, la cuestión corresponderá a los tribunales de nueva residencia del menor cuando el traslado sea aceptado o cuando no se haya interpuesto una demanda de restitución en el plazo de un año desde que el lugar de nueva residencia fuese conocido (o debiese serlo). Además, la línea jurisprudencial mayoritaria entiende que, en casos de sustracción, la atribución de la competencia al país al que el menor ha sido sustraído requiere además un tiempo mínimo de permanencia del menor⁹. Aun teniendo en cuenta este matiz, se puede considerar a los tribunales belgas como competentes en la cuestión. No obstante, a la hora de ordenar la restitución inmediata de la menor a través de la acción mencionada en el primer párrafo del epígrafe, la competencia se atribuye a las autoridades correspondientes del Estado en el que la menor se encuentra sustraída (artículo 12 del Convenio). Además, es importante destacar que la resolución de la citada acción debe producirse en el plazo de 6 semanas desde su interposición, debiéndose justificar cualquier prórroga del mismo¹⁰¹¹. Teniendo esto en cuenta, la citada acción de restitución inmediata debe ser resuelta por los Tribunales Mejicanos.

El tercero de estos aspectos que deben ser analizados versa sobre las consecuencias del transcurso de tiempo entre la sustracción y la demanda. Como ha transcurrido más de un

⁸ Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Recuperado de <<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>> el 12 de junio de 2019.

⁹ JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 28-29.

¹⁰ MONTÓN GARCÍA, M. *La sustracción de menores por sus propios padres*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp.95-97-

¹¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw]. Caso Özmen contra Turquía. Sentencia de 4 diciembre 2012 [Consultado el 1 de junio de 2019].

año, la procedencia de la restitución vendrá determinada por el nivel de inserción de la menor en el nuevo ambiente (artículo 12.2 del Convenio)^{12 13}, la cual debe ser probada por el progenitor sustractor. En el supuesto de hecho, no se explicita cual es el nivel de inserción de Daniela en este punto temporal. Pese a la falta de detalle del supuesto, la relevancia de la cuestión exige un análisis más profundo. En concreto, en el caso Cannon contra Cannon, estudiado con detalle por Rhona Schuz¹⁴, se intenta establecer el significado material del concepto de inserción del menor en el nuevo ambiente. Según el citado análisis, el factor determinante (por encima de los juicios sobre el comportamiento de los progenitores) es la existencia de un establecimiento físico y emocional del menor. De esta forma, el menor no solo debe desarrollar su vida en el lugar del que se pretende que sea restituido, sino que además la permanencia en dicho lugar debe aportar estabilidad emocional y seguridad. Esta interpretación, que entronca con el principio de interés superior del menor, ha sido habitualmente apoyada por la jurisprudencia inglesa, escocesa, canadiense y australiana, aunque con matices propios. En concreto, los tribunales de los tres primeros países citados exigen, además, que este nuevo lugar de establecimiento tenga perspectivas de mantenerse de forma permanente. Frente a esto, los tribunales australianos sostienen que este requisito no se puede extraer de la literalidad del Convenio, por lo que no procede su exigencia (con lo que concuerda la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia más reciente¹⁵).

Volviendo a nuestro supuesto de hecho, y pese a que, como se ha comentado anteriormente, faltan detalles para determinar el grado de inserción de la menor en el momento de la demanda de restitución, todo parece apuntar a la procedencia de la aplicación del artículo 12.2. Es importante comentar también las implicaciones que tiene para el caso el desconocimiento del paradero de la menor durante año y medio, lo que es determinante para la dilación del procedimiento. En este sentido, y pese a la comentada influencia de este hecho en la dilación del procedimiento, la jurisprudencia mayoritaria se inclina por contar el plazo de un año desde la sustracción del menor¹⁶.

Por último, y para cerrar ya el análisis de la aplicabilidad del artículo 12.2, es interesante mencionar el debate sobre el carácter imperativo o discrecional del mismo. La importancia de esta discusión se plasma en que, de considerar el artículo como discrecional, los tribunales podrían ordenar la restitución pese a la concurrencia de los presupuestos del art.12.2, en caso de que otras circunstancias lo justificasen. A la hora de abordar la cuestión en la práctica, la mayoría de la jurisprudencia ha optado por la tesis de la discrecionalidad, aunque también existen sentencias en sentido contrario. Si examinamos las consideraciones doctrinales, nos encontramos con la misma división de opiniones.¹⁷

Además, otro punto de incertidumbre sobre si la reclamación tendrá como resultado la restitución del menor es lo dispuesto por el artículo 13 del Convenio, en el cual se regulan

¹² MONTÓN GARCÍA, M. *La sustracción de menores por sus propios padres*, cit., pp.97-98.

¹³ España. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ]. Sentencia 177/2005, de 3 de marzo [Consultado el 1 de junio de 2019].

¹⁴ SCHUZ, R., “In search of a settled interpretation of Article 12(2) of the Hague Child Abduction Convention”, en *Child and Family Law Quarterly*, Vol 20, No 1, 2008, pp. 64-74.

¹⁵ CHÉLIZ INGLÉS, M-C., *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, cit., pp. 126-127.

¹⁶ CHÉLIZ INGLÉS, M-C., *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, cit., pp. 120-121.

¹⁷ CHÉLIZ INGLÉS, M-C., *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, cit., pp. 128-129.

las excepciones al principio de restitución del menor. La primera excepción se corresponde con el incumplimiento del ejercicio efectivo del derecho de custodia¹⁸. Esta cuestión ya ha sido tratada en el punto 1.1 del trabajo, concluyéndose que la custodia sí era ejercida de forma efectiva por Daniel Lombard.

La segunda excepción recogida en el artículo es el consentimiento del traslado o retención ilícita. Según la jurisprudencia, este consentimiento ha de ser “real, positivo e inequívoco”. Sobre los requisitos formales que debe cumplir el consentimiento, encontramos discrepancias: algunos tribunales han exigido que este fuese escrito mientras que otros han sido más laxos en cuanto a formalismos se refiere. Además, la jurisprudencia ha entendido necesario que este consentimiento se refiera al traslado permanente del menor, no siendo suficiente la autorización de un desplazamiento temporal¹⁹. En lo que sí hay consenso, pues se establece de forma clara en el art.13.1 del Convenio, es en que la carga de la prueba recae sobre el progenitor sustractor. En el supuesto de hecho en cuestión, nada apunta a la existencia de este consentimiento²⁰.

En tercer lugar, el artículo 13 del Convenio incluye entre las excepciones a la restitución la aceptación posterior del traslado o retención ilícita²¹. Para que concurra esta causa de denegación de la restitución, la jurisprudencia entiende que el cónyuge que sufre la sustracción debe haber tenido comportamientos contradictorios con la petición de restitución, lo cual debe valorarse en el caso concreto²². Estas contradicciones pueden derivar de actitudes tanto activas como pasivas, por lo que el tiempo transcurrido entre la sustracción y la petición de restitución puede encuadrarse en esta categoría²³. El emprendimiento de acciones por parte de Daniel Lombard en cuanto tuvo conocimiento del paradero de Daniela parece apuntar a que este requisito no concurre en el caso, pese al tiempo transcurrido.

Otra excepción a la restitución recogida en dicho artículo (y especialmente relevante en el supuesto de hecho) es la existencia de un peligro grave físico o psíquico para el menor²⁴. La concurrencia de esta causa de no restitución, que debe ser probada por el progenitor sustractor²⁵, ha sido desarrollada con detalle por la jurisprudencia de diversos países firmantes del Convenio de la Haya, entre los que destaca la labor realizada por los tribunales australianos.²⁶ La jurisprudencia de este país ha considerado que la concurrencia de los tres supuestos contemplados por el artículo (peligro físico, psíquico y situación intolerable), deben analizarse por separado. No obstante, en cualquier caso, debemos encontrarnos ante un peligro “*severo, sustancial, y no trivial, que afecte a las*

¹⁸ MONTÓN GARCÍA, M. *La sustracción de menores por sus propios padres*. Tirant lo Blanch, cit. p. 102

¹⁹ España. Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3ª) [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ]., Sentencia núm. 351/2017 de 21 de junio [Consultado el 1 de junio de 2019].

²⁰ CHÉLIZ INGLÉS, M-C., *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, cit., pp. 90-91.

²¹ MONTÓN GARCÍA, M. *La sustracción de menores por sus propios padres.*, cit. p. 103-104.

²² CHÉLIZ INGLÉS, M-C., *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, cit., pp. 91-93.

²³ Re H. and Others (Minors) [Versión electrónica. Base de datos de INCADAT] (Abduction: Acquiescence) [1998] AC 72 [Consultado el 15 de marzo de 2019].

²⁴ España. Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ]. Auto de 20 abril 2004 [Consultado el 1 de junio 2019].

²⁵ MONTÓN GARCÍA, M. *La sustracción de menores por sus propios padres*. Tirant lo Blanch, cit. pp. 104-105.

²⁶ LEGETTE, C.M. “International Child Abduction and The Hague Convention: Emerging Practice and Interpretation of the Discretionary Exception” en *Texas International Law Journal*, Vol 25, No 287, 1990, pp. 300-302.

situaciones más serias”. En primer lugar, analizaremos la posible aplicación de la excepción por riesgo físico. En lo referente a esta, el supuesto de hecho no explicita si ha existido una agresión física, pues no se aclara la naturaleza de los malos tratos sufridos por Daniela. Suponiendo que estamos ante malos tratos físicos, sería necesario examinar una serie de cuestiones²⁷:

- La situación revista una gravedad extrema: Esto se verifica en el caso, debido al trastorno de estrés postraumático diagnosticado por un especialista y cuyo origen se relaciona con los malos tratos. No obstante, hay que destacar que esta prueba no ha sido considerada como irrefutable por la jurisprudencia²⁸, aunque en este caso ninguna otra circunstancia indicada en el supuesto de hecho pone en duda este dictamen profesional.
- Los hechos estén debidamente acreditados: esta circunstancia también concurre en el caso, a raíz de lo dispuesto por el anteriormente citado informe de un especialista.
- El Estado requirente no pueda o no esté dispuesto a prestar la protección necesaria a la menor^{29 30} En este sentido, hay que comentar que Bélgica es firmante de la Convención de Derechos del Niño. Pese a ello, el Comité de Derechos del Niño, en su dictamen del 28 de febrero de 2019 sobre Bélgica, critica que la efectividad real de la protección de los niños contra la violencia en el ámbito doméstico no se corresponde con los compromisos adquiridos en la anteriormente citada Convención. En concreto, señala la abundante cantidad de casos sin denunciar, la falta de recursos y de perspectiva de género a la hora de abordar la cuestión y prevenir sus consecuencias³¹.

Tras finalizar este análisis, podemos concluir que la demanda de restitución podría no fructificar en caso de que los malos tratos sobre Daniela hubiesen sido físicos. A continuación, se examinará la procedencia de la restitución en caso de entender que los malos tratos hubiesen sido exclusivamente psicológicos. En este caso, los requisitos a cumplir serían similares: situación de gravedad extrema, debidamente acreditada y falta de voluntad o de capacidad del Estado requirente para proteger al menor en riesgo³². Siguiendo con la misma línea argumental utilizada en el análisis del supuesto riesgo físico, se puede concluir que concurren los requisitos necesarios para apreciar la procedencia de la excepción también para el riesgo psicológica, añadiendo la certeza que el supuesto de hecho ofrece sobre la cuestión. Además, dentro del riesgo psicológico que la restitución origina en la menor, uno de los más apreciados por la jurisprudencia es el derivado de la separación del progenitor cuidador. En este sentido, la jurisprudencia ha entendido éste como insuficiente en los casos en los que no existe una circunstancia

²⁷ CHÉLIZ INGLÉS, M-C., *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, cit., p. 97.

²⁸ Navarro v. Bullock [Versión electrónica. Base de datos de INCADAT], 1/9/1989, 15 Fam. L Rep (B.N.A.) 1576 (Cal. Super. Ct. 1989) [Consultado el 15 de marzo de 2019].

²⁹ España. Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ], sentencia núm. 588/2012 de 13 noviembre [Consultado el 28 de mayo de 2019].

³⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw]. Caso Neulinger y Shuruk contra Suiza. Sentencia de 8 enero 2009. [Consultado el 28 de mayo de 2019].

³¹ Committee of the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Belgium*, 2019. Disponible en la Biblioteca Digital de Naciones Unidas. [Consultado el 15 de febrero de 2019].

³² LEGETTE, C.M. “International Child Abduction and The Hague Convention: Emerging Practice and Interpretation of the Discretionary Exception” en *Texas International Law Journal*, Vol 25, No 287, 1990, pp. 300-302.

justificada que impida a la madre trasladarse al lugar al que la menor sería restituida. Por el contrario, la denegación de la restitución sí procedería en casos en los que existe una causa objetiva que impida el traslado del progenitor sustractor. La cuestión es interesante para el caso que nos ocupa, pues una de las causas que ha sido apreciada por la jurisprudencia es la existencia de un procedimiento penal abierto contra la parte sustractora en el país que solicita la restitución³³. Acudiendo al supuesto de hecho, aunque no lo explicita, la tipificación penal de la sustracción de menores en artículo 428 del Código Penal Belga hace que la posibilidad sea digna de mención.

Tras este análisis sobre la concurrencia de posibles riesgos físicos o psicológicos para el menor que determinasen la improcedencia de la restitución, es importante comentar la relevancia que para la restitución tiene el maltrato sufrido por la madre para la cuestión analizada. En general, los tribunales no han apreciado este motivo como suficiente para denegar la restitución, exigiendo que el maltrato fuese sufrido por el menor en cuestión. No obstante, esta postura ha sido criticada por diversos autores, por considerar que no toma en consideración los daños que sufre el menor expuesto a este clima de violencia³⁴.

Junto con la posible existencia de un riesgo físico o psicológico, como se ha comentado anteriormente, es necesario valorar el último supuesto de excepción al principio de restitución que prevé el artículo 13.2.b) del Convenio: la existencia de una situación intolerable. Este supuesto comprende situaciones que, pese a no implicar un riesgo para el menor, si tienen la envergadura suficiente para denegar la restitución³⁵. Algunas situaciones que la jurisprudencia ha encuadrado dentro de esta causa de no restitución son el empeoramiento de la situación económica de los menores en el lugar al que se solicita que sean restituidos o la falta de garantías del sistema judicial de dicho país³⁶. Como se puede observar, ninguna de estas situaciones se aprecia en el supuesto de hecho planteado.

Otra circunstancia que puede suponer la denegación de la restitución es la oposición del menor. El penúltimo párrafo del artículo 13.2 abre una nueva posibilidad de denegación de restitución. En concreto, se permite que la autoridad concedora del caso deniegue la restitución fuera de los supuestos anteriormente previsto cuando el menor se oponga a ella y tenga suficiente edad y madurez³⁷. Respecto a esta cuestión, es necesario matizar, en primer lugar, que el menor no solamente debe oponerse a la restitución al progenitor del que ha sido sustraído, sino también a la vuelta al país en cuestión³⁸. Además, también conviene destacar que no se ha alcanzado un consenso sobre la edad mínima que debe haber alcanzado el menor para que sea posible aplicar el precepto. Analizando la jurisprudencia, nos encontramos con que la edad media de los menores cuya oposición ha ocasionado la no restitución en virtud de este precepto es de diez años. Frente a ello, nos encontramos con sentencias que han valorado la oposición de menores de cuatro años (la edad de Daniela en este punto temporal), así como en una tendencia a la baja de la edad mínima que suelen considerar los tribunales para valorar la opinión de los menores

³³ CHÉLIZ INGLÉS, M-C., *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, cit., pp. 100-102.

³⁴ CHÉLIZ INGLÉS, M-C., *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, cit., p. 97.

³⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw]. Caso Maumousseau y Washington contra Francia. Sentencia de 6 diciembre 2007[Consultado el 28 de mayo de 2019].

³⁶ CHÉLIZ INGLÉS, M-C., *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, cit., pp. 103-106.

³⁷ MONTÓN GARCÍA, M. *La sustracción de menores por sus propios padres*. Tirant lo Blanch, cit. pp. 99-100.

³⁸ JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre sustracción internacional de menores*, cit., pp. 111-112.

en estos supuestos³⁹. De esta manera, aunque nuevamente faltan detalles en el supuesto de hecho, la denegación de la restitución en virtud de la negativa de Daniela a ser restituida es una posibilidad probable⁴⁰.

Por último, es necesario comentar que la restitución podría ser denegada en caso de suponer la violación de un derecho fundamental reconocido por el Estado requerido. La aplicación de esta excepción ha sido matizada por el Informe explicativo del Convenio. Este informe exige, además de la infracción del citado derecho fundamental reconocido, que el amparo que este derecho recibe en este contexto no sea superior al que se verifica en el contexto interno. Pese a que es interesante comentar esta posibilidad de no restitución, hay que comentar que ha sido muy poco apreciada por la jurisprudencia en la práctica⁴¹.

En resumen, Daniel Lombard tendría derecho a interponer una reclamación ante las autoridades de cualquiera de los Estados parte del Convenio, los cuales la deberían remitir a las autoridades correspondientes mejicanas (por ser el Estado de residencia del menor), para que resolviesen lo procedente sobre la restitución de la menor:

No obstante, todo apunta a la denegación de la restitución, debido a una serie de factores:

- Posible inserción de la menor en su nuevo entorno (Méjico), habiendo transcurrido un año y medio desde la sustracción.
- Riesgo físico o psíquico grave en caso de retorno a Bélgica.
- Oposición de Daniela a ser restituida.

2. Sustracción de menores en el ámbito comunitario ¿Qué ocurriría si María Rodríguez fuese ciudadana comunitaria y hubiese trasladado a su hija con ella a España?

Al alterarse el ámbito territorial, nos encontramos con que se produce un cambio en la normativa aplicable: del Convenio pasamos al Reglamento. En concreto, el artículo 11.1 de este último texto legal regula los traslados irregulares de menores residentes en un Estado miembro a otro estado también integrante de la UE. Teniendo en cuenta que tanto España como Bélgica son integrantes de la citada organización internacional y que, al mismo tiempo, han suscrito el Convenio, es importante abordar la relación normativa que se plantea. En este sentido, el propio Reglamento, en su artículo 60.e), establece su primacía sobre el Convenio cuando los Estados implicados sean miembros de la citada organización internacional⁴².

Además del ámbito de aplicación territorial, podemos encontrar diferencias en el ámbito de aplicación material de ambas normativas. En este sentido, es necesario comentar que el Reglamento abarca, además de los aspectos civiles de la sustracción de menores, todas aquellas situaciones calificables como conflictos matrimoniales o como infracciones de

³⁹ CHÉLIZ INGLÉS, M-C., *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, cit., pp. 100-102.

⁴⁰ CHÉLIZ INGLÉS, M-C., *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, cit., pp. 106-111.

⁴¹ CHÉLIZ INGLÉS, M-C., *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, cit., pp. 114-117.

⁴² CHÉLIZ INGLÉS, M-C., *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, cit., pp. 41-42.

la responsabilidad parental^{43 44 45}. Además, es necesario comentar que también nos encontramos dentro del ámbito de aplicación territorial, pues el Reglamento entró en vigor el 1 de marzo de 2015 (recordemos que la situación se produce en el año 2006⁴⁶).

Volviendo a la sustracción de menores, la cual, como se comentó anteriormente, aparece regulada en el artículo 11 del Reglamento, se caracteriza por una remisión general al Convenio. Pese a esto, es necesario comentar una serie de diferencias antes de concluir la aplicabilidad del citado artículo:

- La competencia judicial para resolver el fondo de la cuestión: con carácter general, el artículo 10 del Reglamento atribuye la competencia a los tribunales del territorio en el que residía el menor con anterioridad a la sustracción. No obstante, este criterio se altera en una serie de supuestos tasados en el propio artículo. Entre ellos, destaca (junto con la adquisición de una nueva residencia habitual) la aceptación del traslado en cuestión y el transcurso de más de un año desde que el progenitor que sufre la sustracción la conoce (sin que se haya dictado una orden de restitución inmediata)⁴⁷. En lo referente al caso que nos ocupa, es importante mencionar que estos criterios conducirían a la competencia de los tribunales belgas a la hora de conocer la cuestión.
- El concepto de residencia habitual: En el ámbito del Reglamento, nos encontramos con que el TJUE ha definido los criterios a tener en cuenta para determinarla. Entre ellos, encontramos la duración de la estancia, la nacionalidad e inserción social del menor en un determinado entorno o la voluntad de futuro traslado de los progenitores⁴⁸. Como se puede apreciar, todos ellos conducen a considerar que Daniela era residente en Bélgica antes de la sustracción, lo cual se encuadra dentro del ámbito del artículo.
- El concepto de menor: este aspecto es especialmente relevante, pues, al igual que ocurría con el Convenio, el ámbito de aplicación personal se corresponde con los menores. A la hora de definir la cuestión, la doctrina mayoritaria se inclina por fijar el umbral máximo en los dieciséis años, debido a la remisión generalizada del Reglamento al Convenio (el cual, recordemos, fija este mismo límite)⁴⁹. De esta forma, podemos apreciar como Daniela, de cuatro años, se sitúa claramente por debajo de este límite.
- La definición del derecho de custodia: el concepto se corresponde con el del Convenio, aunque no incluye aquellos basados exclusivamente en resoluciones administrativas⁵⁰. Además, es necesario comentar que la

⁴³ CHÉLIZ INGLÉS, M-C., *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, cit., p. 42.

⁴⁴ ORTIZ HERRERA, S., “Tratamiento de la responsabilidad parental en el Reglamento 2201/2003. un avance hacia la integración y armonización del derecho civil en Europa”, UNED. *Revista de Derecho UNED*, Vol. 3, 2008, pp.167-199.

⁴⁵ LUDENA BENÍTEZ, O-D., “El Derecho de Familia de la Unión Europea: cuestiones de cooperación jurídica comunitaria entre los Estados miembros”. *Revista jurídica de Castilla y León*, Vol. 32, 2014, 1-44.

⁴⁶ LUDENA BENÍTEZ, O-D., “El Derecho de Familia de la Unión Europea: cuestiones de cooperación jurídica comunitaria entre los Estados miembros.” *Revista jurídica de Castilla y León*, Vol. 32, 2014, 1-44.

⁴⁷ REIG FABADO, I., “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, en *Revista boliviana. de derecho* Vol. 20, 2015 pp. 254-255.

⁴⁸ CHÉLIZ INGLÉS, M-C., *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, cit., pp. 50-64.

⁴⁹ CHÉLIZ INGLÉS, M-C., *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, cit., pp. 70-76.

⁵⁰ CHÉLIZ INGLÉS, M-C., *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, cit., pp. 64-69.

definición del derecho de custodia que debe tomarse en consideración a la hora de aplicar el Reglamento es precisamente esta, no pudiendo aplicarse la establecida en los ordenamientos nacionales⁵¹.

Una vez esclarecida la aplicabilidad del citado artículo, se analizarán a continuación las excepciones al principio de restitución. En este sentido, lo primero que hay que mencionar es la remisión generalizada al Convenio, lo que nos lleva a una solución final similar a la del supuesto de hecho original. Pese a esto, existen algunas matizaciones:

- El artículo 11.4 del Reglamento establece la obligación de decretar la restitución, aun cuando existe peligro físico, psicológico o situación intolerable, si se han adoptado medidas para garantizar la seguridad del menor tras la restitución⁵². Recordemos que, pese a haber sido establecido por la jurisprudencia, este requisito no se explicita en el texto del Convenio. Profundizando en la cuestión, nos encontramos con que la Guía para la aplicación del mismo precisa más profundamente el contenido concreto que deben caracterizar a estas medidas. En este sentido, se exige que se hayan adoptado medidas concretas para proteger al menor afectado, no siendo suficiente que el ordenamiento del Estado del que fue sustraído las contemple en genérico. La jurisprudencia ha reconocido la actuación efectiva del Estado requirente en supuestos en los que las autoridades de dicho Estado habían efectuado exámenes médicos y psicológicos al menor protegido, y tomado las medidas pertinentes a raíz de los resultados de los mismos. Entre estas medidas, nos encontramos, por citar una, con la prohibición impuesta a los progenitores responsables del daño de comunicarse con el menor⁵³. Como se puede apreciar, Bélgica no ha llevado a cabo actuaciones de esta naturaleza en el supuesto de hecho planteado. Por ello, podemos concluir que esta variante del Reglamento respecto al Convenio no implicará la procedencia de la restitución.
- Se explicita la importancia de la audiencia del menor cuando sus capacidades y madurez lo permitan (artículo 11.2). La principal novedad del Reglamento respecto al Convenio, en el ámbito de la audiencia del menor, es el carácter imperativo de la misma. Esto se traduce en que esta debe producirse siempre, sin necesidad de que el progenitor sustractor alegue la oposición del menor a la restitución⁵⁴. Como vemos, este matiz no implica ningún cambio significativo para el supuesto de hecho planteado en este punto segundo respecto al del punto primero.
- El progenitor solicitante de la restitución debe ser oído en todo caso por los tribunales requeridos antes de denegar la misma (art.11.4)⁵⁵. Como se puede observar, esta diferencia respecto del Convenio tampoco implica un cambio significativo en el caso que nos ocupa.

⁵¹ ORTIZ HERRERA, S., “Tratamiento de la responsabilidad parental en el Reglamento 2201/2003. un avance hacia la integración y armonización del derecho civil en Europa”, UNED. *Revista de Derecho UNED*, Vol. 3, 2008, pp.167-199.

⁵² España. Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ], sentencia núm. 588/2012 de 13 noviembre [Consultado el 28 de mayo de 2019].

⁵³ CHÉLIZ INGLÉS, M-C., *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, cit., pp. 134-144.

⁵⁴ CHÉLIZ INGLÉS, M-C., *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, cit., pp. 144-145.

⁵⁵ CHÉLIZ INGLÉS, M-C., *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, cit., pp. 145-146.

- Ausencia de referencia explícita a la posibilidad de denegar la restitución cuando la misma atente contra los derechos fundamentales reconocidos por el Estado al que el menor fue sustraído, la cual aparece en el artículo 20 del Convenio: esta omisión se suple con la referencia generalizada al Convenio. No obstante, si esta restitución ya se aprecia muy infrecuentemente en el caso del Convenio, dentro del ámbito de la UE resulta todavía más complicado debido a la similitud entre los ordenamientos jurídicos comunitarios⁵⁶. Pese a ello, si los Tribunales del país del que el menor no ha sido sustraído no adoptan medidas garantistas, cabe la apreciación de esta excepción^{57 58}.

Para concluir el análisis de las variables que introduce el Reglamento, acudimos a las novedades procesales derivadas de este texto legal. En este ámbito, la principal particularidad es el mecanismo de última palabra, introducido en los artículos 11.6 a 11.8 del Reglamento. En virtud de estos, en caso de decisión de no restitución, las partes tendrán derecho a reclamar en el plazo de 30 días ante los órganos jurisdiccionales competentes para decidir sobre el fondo del asunto según el Reglamento. Estos tribunales no son otros que los del lugar de residencia habitual del menor con anterioridad a la sustracción. De esta manera, los tribunales del citado territorio toman la decisión final en materia de custodia y, además, de restitución⁵⁹. Esta decisión final, al igual que todas aquellas en materia de restitución, tiene fuerza ejecutiva en todos los Estados miembros sin necesidad de ulterior declaración (Sección 4 del capítulo III del Reglamento)⁶⁰.

3. El *online child grooming* y el *sexting*

3.1. Argumente la calificación jurídica de los hechos acontecidos cuando Daniela tenía catorce años de edad.

Los hechos ocurridos cuando Daniela tenía catorce años se pueden encuadrar dentro de lo que se ha denominado como “child grooming” o, simplemente, “grooming”. El “grooming” se define como un conjunto de actuaciones realizadas por un adulto y destinadas a establecer un vínculo emocional con un menor para, aprovechándose de dicho vínculo, abusar sexualmente de él⁶¹. Aunque, como se puede apreciar en su definición, el “grooming” es un concepto amplio que va más allá de las aproximaciones virtuales a menores, el auge de internet ha implicado una prevalencia del llamado “online grooming”⁶². En este sentido, podemos observar que los hechos analizados se corresponden precisamente con el citado “online grooming”.

A continuación, acudimos al Código Penal para determinar la tipificación concreta de la conducta. En este sentido, nos encontramos con que las conductas realizadas se prevén

⁵⁶ CHÉLIZ INGLÉS, M-C., *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, cit., pp. 146-148.

⁵⁷ DE LA ROSA CORTINA, J.M. *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 201-204.

⁵⁸ España. Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ], sentencia num. 463/2007 del 11 de septiembre [Consultado el 28 de mayo de 2019].

⁵⁹ España. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ], sentencia num. 177/2007 del 3 de julio [Consultado el 1 de junio de 2019].

⁶⁰ CHÉLIZ INGLÉS, M-C., *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, cit., pp. 148-153.

⁶¹ MENDOZA CALDERÓN, S., *El derecho penal frente a las formas de acoso a menores: bullying, cyberbullying, grooming y sexting*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p.99-100.

⁶² VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.27-30.

en el artículo 183 ter del citado texto legal. Este artículo distingue dos conductas diversas, en sus párrafos 1º y 2º, respectivamente:

- Contacto virtual con un menor de 16 años para proponerle un encuentro físico, buscando perpetrar una conducta sexual inapropiada con él (tipificada en los artículos 183 y 189 del propio Código). Esta conducta requiere, para su consumación actos materiales encaminados a que se produzca el acercamiento físico.
- Aproximación virtual a un menor de 16 años para conseguir de él material pornográfico. Esta conducta recibe, a su vez, el nombre “sexting”⁶³.

El Tribunal Supremo considera que dicho artículo tutela el bien jurídico de la indemnidad sexual de los menores. Los delitos de peligro son aquellos que prescriben una acción por su alta probabilidad (valorada *ex ante*) de producir un resultado⁶⁴. En concreto, estaríamos ante un delito de peligro que supone la punición adelantada de actos preparatorios de los citados delitos del artículo 183 y 189 del CP⁶⁵.

En lo referente a los hechos ocurridos, lo primero que es necesario destacar es que Daniela se encuadra dentro del rango de edad que permite la calificación como sujeto pasivo, al ser menor de dieciséis años.

A continuación, analizamos la calificación jurídica concreta en la que estos hechos se encuadrarían. En concreto, los hechos ocurridos en primer lugar se corresponderían con la segunda conducta definida por el artículo. Los acontecimientos posteriores (siempre y cuando, como todo parece apuntar, se encaminasen a cometer un delito sexual de los explicitados en el artículo) se encuadran en el hecho imponible previsto en el punto primero.

En lo relativo a la primera conducta, la jurisprudencia considera que estamos ante un delito de tipo mixto acumulativo⁶⁶. Por ello, es necesario examinar una serie de elementos que han concurrir para definir su calificación jurídica⁶⁷:

- Contacto con la menor: este contacto puede realizarse a través de cualquier medio de información o comunicación, lo cual se verifica en el supuesto de hecho.
- Actuación dirigida a embaucar a un menor: como se puede observar, el engaño al menor es un aspecto determinante en el caso que nos ocupa.
- Finalidad de obtención de material pornográfico: este elemento también se verifica sin ningún género de duda en los hechos acontecidos.

Por último, es importante aclarar que la jurisprudencia ha considerado innecesaria que esta conducta tenga como resultado la efectiva obtención de material pornográfico para

⁶³ MORILLAS CUEVA, L. / AGUILAR CÁRCELES, M-M. / BARQUÍN SANZ, A., *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (MORILLAS CUEVA, L., Dir.), Dyckinson, Madrid, 2015, p.456.

⁶⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal Español. Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.172-174.

⁶⁵ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], sentencia núm. 109/2017 de 22 febrero [Consultado el 15 de marzo de 2019].

⁶⁶ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], sentencia núm. 109/2017 de 22 febrero [Consultado el 15 de marzo de 2019].

⁶⁷ MORILLAS CUEVA, L. / AGUILAR CÁRCELES, M-M. / BARQUÍN SANZ, A., *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (MORILLAS CUEVA, L., Dir.), cit., pp. 457-460.

que se consume el citado delito. En concreto, la obtención del citado material tendría como consecuencia la apreciación de un nuevo tipo delictivo (que se analizará posteriormente), sancionable de forma independiente^{68 69 70}.

En lo referente a esta segunda conducta, requiere el cumplimiento cumulativo de una serie de requisitos, que además deben seguir una determinada secuencia⁷¹:

- Contactar con la menor: Al igual que en el punto anterior, este contacto puede realizarse a través de cualquier medio de información o comunicación. Además, debe realizarse de modo continuado, para ser susceptible de ganar la confianza de la menor, aunque también se entendería realizado el hecho imponible en caso de una única proposición contestada afirmativamente por la menor. Lo que no se encuadraría en el hecho imponible sería un único mensaje no contestado o contestado negativamente por la menor⁷². Como se puede observar, el contacto que se produce en el supuesto de hecho cumple estos requisitos.
- Proponer concertar un encuentro con la menor: la necesidad de que este encuentro efectivamente se concierte ha dividido a la doctrina, aunque la mayoritaria y la jurisprudencia entiende que no es necesario (atendiendo al sentido literal del precepto y al derecho comparado)⁷³. Lo que sí que debe caracterizar a esta propuesta es un carácter activo⁷⁴, lo cual se cumple en el supuesto de hecho.
- Dolo de cometer un delito tipificado en el artículo.183 del CP (abuso sexual a un menor) o 189 (utilización de menores con fines exhibicionistas o pornográficos)⁷⁵: aunque no se explicita en el supuesto de hecho el dolo del autor, su implicación en estos delitos con otras víctimas (implicación por la que fue detenido y no pudo acudir al encuentro con Daniela), permiten deducir que concurren este requisito subjetivo.
- Actos materiales encaminados al acercamiento: esta exigencia tiene como finalidad poner de manifiesto que la lesión del bien jurídico (la indemnidad sexual de los menores) es “posible”. Según la jurisprudencia, estos actos deben ser tangibles, lo que generalmente se asocia a una aproximación física

⁶⁸ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], sentencia núm. 158/2019, de 26 marzo [Consultado el 15 de marzo de 2019].

⁶⁹ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw]. Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional, de 8 noviembre 2017[Consultado el 15 de marzo de 2019].

⁷⁰ España. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw]. Sentencia núm. 412/2017, de 23 junio [Consultado el 15 de marzo de 2019].

⁷¹ CUERDA ARNAU, M.L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Menores y redes sociales: cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red* (CUERDA ARNAU, M.L., A., Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.237-239.

⁷² CUERDA ARNAU, M.L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Menores y redes sociales: cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red* (CUERDA ARNAU, M.L., A., Dir.), cit., pp.239-243.

⁷³ España. Audiencia Provincial de Jaén (Sección 2ª), sentencia núm. 113/2015 de 11 de mayo.

⁷⁴ CUERDA ARNAU, M.L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Menores y redes sociales: cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red* (CUERDA ARNAU, M.L., A., Dir.), cit., pp.243-246.

⁷⁵ CUERDA ARNAU, M.L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Menores y redes sociales: cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red* (CUERDA ARNAU, M.L., A., Dir.), cit., pp.246-249.

que trascienda de la aproximación virtual⁷⁶. Este requisito también se cumple en el supuesto de hecho, en concreto, en el momento en el que el autor compra un billete de avión para acudir al encuentro de Daniela, lo cual a todas luces trasciende del mundo virtual.

Para concluir el análisis de la posible aplicación de este tipo de delito, es necesario comentar que, nuevamente, la jurisprudencia ha considerado innecesario que esta conducta de como resultado la consumación del delito para ser apreciada, siendo la punición de éste independiente^{77 78}.

Por último, se discute la procedencia de la aplicación del tipo agravado por intimidación. Esto se debe a la dificultad de compatibilidad de esta cláusula agravante con el delito específico de amenazas. En este sentido, la doctrina entiende que nos encontramos ante un concurso de normas, por lo que en principio prevalecerá la más específica que, en este caso, es la agravante del 183 ter 1º (artículo 8.1 CP). No obstante, algunas sentencias recientes han optado por la aplicación del tipo básico conjuntamente con un delito de amenazas condicionales (sin lograr el objetivo) en los que casos en los que la amenaza se produce pero no quiebra la voluntad de la víctima⁷⁹. Como en el supuesto de hecho la amenaza efectivamente quebranta la voluntad de Daniela, la mejor solución sería aplicar la norma más específica, es decir, el tipo agravado.

Además del citado 183 ter, es necesario analizar la posible aplicación del artículo 189.1.a) del Código Penal. En dicho artículo se tipifica la captación de menores para elaborar material pornográfico, tutelándose como bien jurídico libertad e indemnidad sexual y la dignidad de la infancia⁸⁰. En el supuesto de hecho se puede verificar una acción directa sobre la menor en concreto, consiguiendo que ésta se preste para elaborar material pornográfico. Estas circunstancias se corresponden con lo dispuesto en la Consulta 3/2006 a la hora de definir el ámbito de aplicación de este artículo⁸¹. En este sentido, el Tribunal Supremo ha adoptado la definición de pornografía infantil del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño: *por pornografía infantil se entiende toda representación por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales*. De esta forma, las fotografías de Daniela se pueden encuadrar dentro del concepto de pornografía previsto en el tipo. En concreto, estaríamos ante una captación de menores para la elaboración de material pornográfico⁸².

⁷⁶CUERDA ARNAU, M.L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Menores y redes sociales: ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red* (CUERDA ARNAU, M.L., A., Dir.), cit., pp.249-254.

⁷⁷ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], sentencia núm. 158/2019, de 26 marzo [Consultado el 15 de marzo de 2019].

⁷⁸ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw]. Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional, de 8 noviembre 2017 [Consultado el 15 de marzo de 2019].

⁷⁹CUERDA ARNAU, M.L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Menores y redes sociales: ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red* (CUERDA ARNAU, M.L., A., Dir.), cit., pp.258-262.

⁸⁰ DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Los delitos de pornografía infantil: aspectos penales, procesales y criminológicos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 52- 60.

⁸¹ CUERDA ARNAU, M.L./ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Menores y redes sociales: ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red* (CUERDA ARNAU, M.L., A., Dir.), cit., pp. 190-191.

⁸² España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], sentencia núm. 174/2017 de 21 marzo [Consultado el 13 de marzo de 2019].

Por último, es importante destacar que los hechos serían, en todo caso, perseguibles en España en virtud de lo dispuesto en el art.23.4.k) de la LOPJ, que regula los límites jurisdiccionales de los tribunales españoles en materia de delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos contra menores. El factor determinante a la hora de determinar la jurisdicción española en este supuesto es la nacionalidad española de la persona contra la que se dirige el procedimiento: el adulto que se hace pasar por Raúl Martínez.

3.2. ¿Qué ocurriría si esas imágenes de carácter erótico de la menor fuesen difundidas por el receptor a terceros?

En el supuesto de que las imágenes fuesen difundidas, nos encontraríamos ante un claro caso de “sexting” sin consentimiento. El “sexting” sin consentimiento consiste en la difusión a través de medios electrónicos de contenidos de tipo sexual en los que participa un sujeto que primeramente los envía a otro voluntariamente con motivo de una relación de confianza. Con la reforma del Código Penal, el nuevo artículo 197.7 regula estos supuestos, tipificando la difusión, revelación o cesión de imágenes de un tercero sin su consentimiento, siempre y cuando las imágenes no fuesen obtenidas en un lugar público y su difusión menoscabe gravemente la intimidad del tercero en cuestión⁸³ ⁸⁴. Además, se establece una agravante en los casos en los que el autor del delito fuese el cónyuge (o la persona unida en relación análoga de afectividad) de la víctima, o cuando esta última fuese menor o discapacitada necesitada de una protección especial⁸⁵.

El encuadramiento del supuesto de hecho dentro del citado artículo del Código Penal requiere una matización previa. A la hora de aplicar este artículo, es necesario definir lo que se entiende por grave menoscabo de la intimidad. En este sentido, tanto la doctrina⁸⁶ como la jurisprudencia⁸⁷ han encuadrado la difusión de imágenes de contenido sexual dentro del contenido de este concepto.

En caso de caso, estaríamos ante un concurso entre los delitos sexuales del artículo 183 ter y el delito contra la intimidad del 197.7 (penado en su mitad superior por ser víctima un menor). Siguiendo lo expuesto en el punto anterior, nos encontraríamos con un concurso de los siguientes delitos:

- El delito del artículo 183 ter.1 agravado, por concurrir intimidación.
- El artículo 183 ter 2.
- El delito del artículo 189.1.a).
- El delito del artículo 197.7 agravado.

En concreto, se trataría de un concurso real (pues estaríamos ante hechos distintos que implican delitos distintos) y heterogéneo (al tratarse de delitos diferentes). Las consecuencias penológicas de esta calificación se regulan en los artículos 73 y siguientes

⁸³ España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6ª) Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], sentencia núm. 302/2017 de 24 abril [Consultado el 13 de marzo de 2019].

⁸⁴ España. Audiencia Provincial de Valencia (Sección 1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], sentencia núm. 488/2016 de 25 noviembre [Consultado el 13 de marzo de 2019].

⁸⁵ CUERDA ARNAU, M.L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Menores y redes sociales: ciberbullying, ciberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red* (CUERDA ARNAU, M.L., A., Dir.), cit., pp.275-278.

⁸⁶ QUERALT JIMENEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp.337-338.

⁸⁷ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], Sentencia núm. 377/2018 de 23 julio [Consultado el 13 de marzo de 2019].

del Código Penal. Entre el contenido fundamental de estos artículos, podemos destacar que, en casos de concurso real, se imponen simultáneamente las penas correspondientes a los distintos perpetrados. Cuando esto no es posible, las penas se impondrán sucesivamente, siguiendo el orden de mayor a menor gravedad⁸⁸. Esta calificación concursal solamente ofrece dudas en lo relativo a la relación entre el artículo 183 ter.2 y el 189.1.a). Las dudas que plantea esta relación se deben al posible conflicto entre la aplicación de un concurso real y el principio de *non bis in ídem*. En este sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia 777/2017, optó mayoritariamente por calificar la relación como concurso real. Entre los argumentos utilizados por el Alto Tribunal destaca el desvalor añadido (el *ciberacoso* a la menor) que las conductas del 183 ter suponen respecto a la mera comisión de los delitos de los artículos 183 y 189 del CP. No obstante, es importante tener en cuenta que la citada sentencia presenta un voto particular, en el que se entiende que la aplicación de un concurso real requeriría la afectación de un bien jurídico adicional a la libertad e indemnidad sexual⁸⁹ (tesis que puede encontrarse en otras sentencias del Tribunal Supremo⁹⁰).

Por lo tanto, el mayor de edad debería cumplir con las penas de ambos delitos, al mismo tiempo si se le impone la pena de multa por el atentado contra la intimidad de la menor o sucesivamente si se le impone la de prisión. Es relevante destacar, en cuanto a la opinión de la jurisprudencia, que la sentencia 177/2014 de la Audiencia Provincial de Cantabria⁹¹, consideró que la difusión de las imágenes no constituía un delito de pornografía infantil (tipificado en el art.189.1.b) del CP). En un supuesto similar, con la salvedad de que el autor era menor de edad, el tribunal no apreció la procedencia de aplicar el citado artículo, debido a la inexistencia de un ánimo libidinoso en la difusión, sino de perjudicar la fama y la estima de la menor afectada.

3.3. En el caso de que Daniela le hubiese enviado fotografías de otra menor, ¿cuál sería la situación jurídica, si ésta fuese ciudadana española?

Lo primero que es necesario comentar, pues afecta a la situación jurídica de ambas personas, es la naturaleza de las fotografías. A la hora de valorar la posible calificación de una conducta como constitutiva de un delito de pornografía infantil, es imprescindible puntualizar que la mera desnudez no es necesariamente pornografía. Así lo ha determinada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, este desnudo debe tener, además, algún tipo de connotación sexual^{92 93 94}. Asumiendo que las fotografías enviadas se ajustasen a estas características, continuamos con el análisis de la cuestión.

⁸⁸ LANDECHO VELASCO, C.M / MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal español. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 519-528.

⁸⁹ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], sentencia núm. 777/2017 de 30 noviembre [Consultado el 8 de marzo de 2019].

⁹⁰ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], sentencia núm. 109/2017 de 22 febrero [Consultado el 15 de marzo de 2019].

⁹¹ España. Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1ª) [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ], sentencia núm. 177/2014 de 16 abril [Consultado el 15 de marzo de 2019].

⁹² CUERDA ARNAU, M.L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Menores y redes sociales: ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red* (CUERDA ARNAU, M.L, A., Dir.), cit., pp.181-183.

⁹³ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 2ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], sentencia núm. 1358/2008 del 30 de enero de 2009 [Consultado el 15 de marzo de 2019].

⁹⁴ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 2ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], sentencia núm. 1342/2003 del 20 de octubre de 2003 [Consultado el 15 de marzo de 2019].

En lo referente a Daniela, la difusión de estas imágenes presenta importantes diferencias respecto de la analizada en el punto anterior. Esto se debe al diferente ánimo de la menor: no busca perjudicar la fama o la estima de la tercera menor, sino que en este caso si concurre el requisito de búsqueda de una excitación lúbrica por parte del receptor. Por tanto, en esta supuesto, estaríamos ante un delito que se encuadraría dentro de lo tipificado en el artículo 189.1.b) del Código Penal. En dicho artículo se tipifica una multitud de conductas ligada a la producción, venta, distribución o exhibición, o simplemente facilite estas conductas, siempre y cuando se utilicen menores o discapacitados necesitados de especial protección. En concreto, la conducta realizada por Daniela se puede encuadrar dentro de la conducta definida como facilitación, a la cual se acude en casos de intercambio de pornografía infantil entre particulares determinados. La distribución, por tanto, se restringe a supuesto de puesta a disposición entre una pluralidad de sujetos^{95 96}.

Además, es necesario tener en cuenta la posible concurrencia de un atentado contra la intimidad de la menor de la que se difunden el material pornográfico. El atentado contra la intimidad que podría verificarse en el supuesto es el recogido en el artículo 197 del CP. En el citado artículo, se prescribe descubrimiento de secretos de terceros a través el apoderamiento de documentos o efectos personales (apartado 1), la intervención de las telecomunicaciones o la grabación audiovisual (apartado 2). Este delito se agrava en caso de difusión a terceros (apartado 3), existiendo además la obligación de imponerlo en su mitad superior en caso de afectar a menores (apartado 5). En este sentido, la Consulta 3/2006 de la Fiscalía General del Estado considera que la difusión de material constitutivo de pornografía infantil captado sin consentimiento del menor en cuestión debe ser encauzado a través de un concurso ideal entre el delito del 189.1.a) y el del 197 del CP⁹⁷.

Es de destacar que este hecho sería perseguible en España en virtud del art.23.4.k).4º de la LOPJ, por ser la menor afectada de nacionalidad española en el momento en el que se producen los hechos. No obstante, su responsabilidad penal se determina, por su condición de menor de edad (la mayoría de edad se fija en los 18 en el artículo 19 del Código Penal), en virtud de la Ley 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores de edad.

En lo referente al adulto que se hizo pasar por Raúl Martínez, debemos distinguir dos conductas:

- El embaucamiento a Daniela con la finalidad de obtener de ella material pornográfico de otra menor: esta conducta se corresponde, nuevamente, con una conducta tipifica en el segundo párrafo del artículo 183 ter, analizado en el apartado 3.1. En este sentido, es necesario comentar que el artículo en cuestión no requiere que el material pornográfico esté constituido por fotografías de la menor embaucada, lo cual ha sido muy criticado por la doctrina, al poder subsumirse en tipos preexistentes. En concreto, la conducta

⁹⁵CUERDA ARNAU, M.L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Menores y redes sociales: ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red* (CUERDA ARNAU, M.L, A., Dir.), cit., p.192.

⁹⁶ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw]. Sentencia núm. 1377/2011 de 19 diciembre [Consultado el 15 de marzo de 2019].

⁹⁷ DE LA ROSA CORTINA, J.M, *Los delitos de pornografía infantil: aspectos penales, procesales y criminológicos*, cit. pp. 152-157.

podría haberse castigado como una tentativa de delito de producción de pornografía infantil.⁹⁸

- La obtención efectiva de las fotografías: esta conducta se calificaría como un delito de producción de pornografía infantil, encuadrado en el anteriormente citado artículo 189.1.b) del Código Penal. De esta manera, siguiendo lo dispuesto en el párrafo anterior, la situación jurídica del mayor de edad se corresponde con la comisión de un delito de producción de pornografía infantil, el cual absorbe al delito de “sexting”.

4. La realización de actos de naturaleza sexual con menores. Analice la calificación jurídica de los hechos ocurridos en Valencia.

A la hora de calificar con rigor los hechos ocurridos en Valencia, es necesario realizar una serie de precisiones sobre el tratamiento jurídico de la realización de actos de naturaleza sexual con menores. La regulación penal de esta cuestión puede encontrarse en los artículos 183.1 y 2 del CP. En este delito, la tipicidad deriva de implicar a la menor en una situación para la que aún no tiene madurez suficiente para afrontar. De esta forma, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de la menor, el cual puede ser menoscabado sin necesidad de un ánimo libidinoso por parte del autor⁹⁹ ¹⁰⁰. En concreto, la protección del citado bien jurídico no alcanza simplemente al derecho a no verse involucrado en situaciones sexuales, sino también a la salvaguarda del derecho al desarrollo personal y sexual sin injerencias por parte de los menores¹⁰¹.

En primer lugar, el artículo 183.1 califica como abuso sexual a menores los actos de dicha naturaleza realizados con víctimas menores de 16 años. En este sentido, la doctrina mayoritaria se inclina por atribuir dicha calificación incluso a actos que no implican contacto físico entre los particulares¹⁰².

Tomando esto en consideración, y pese a la falta de precisión del supuesto de hecho, podemos concluir que los “actos de naturaleza sexual” perpetrados sobre la menor (que recordemos, tiene 15 años) se encuadrarían dentro del delito tipificado.

Por su parte, el artículo 183.2 agrava notablemente las penas en caso de que los actos se hayan consumado debido a la utilización de violencia o intimidación. A continuación, precisaremos el contenido que la jurisprudencia ha dado a la intimidación. En este sentido, se ha considerado que la intimidación se caracteriza por su carácter psicológico, derivado de una coacción o amenaza de un mal racional. Esta intimidación no ha de ser necesariamente invencible, siendo suficiente que sea adecuada para viciar la voluntad de la víctima en el caso concreto¹⁰³. Aunque nuevamente, el supuesto de hecho no precisa

⁹⁸ MORILLAS CUEVA, L. / AGUILAR CÁRCELES, M-M. / BARQUÍN SANZ, A., *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (MORILLAS CUEVA, L., Dir.), cit., pp. 457-461.

⁹⁹ España. Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) [Versión electrónica Base de datos de Westlaw]. sentencia núm. 237/2017 de 15 diciembre [Consultado el 3 de marzo de 2019].

¹⁰⁰ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) [Versión electrónica Base de datos de Westlaw], sentencia núm. 853/2014 de 17 diciembre [Consultado el 3 de marzo de 2019].

¹⁰¹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) [Versión electrónica Base de datos de Westlaw]. sentencia núm. 547/2016 de 22 junio [Consultado el 3 de marzo de 2019].

¹⁰² MORILLAS CUEVA, L. / AGUILAR CÁRCELES, M-M. / BARQUÍN SANZ, A., *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (MORILLAS CUEVA, L., Dir.), cit., p. 447.

¹⁰³ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª) [Versión electrónica Base de datos de Westlaw], sentencia núm. 1583/2002 de 3 octubre [Consultado el 3 de marzo de 2019].

lo suficiente para llegar a una conclusión definitiva, la “intimidación ultrajante” mencionada parece encuadrarse dentro de este concepto de intimidación.

Por último, es importante comentar que la falta de detalle del supuesto de hecho impide valorar la procedencia de incluir el mismo dentro de lo previsto en el 183.3 del CP. Recordemos que este artículo agrava las penas en caso de que el acto sexual consista en un acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal. La misma calificación procede en caso de introducción de objetos por vía vaginal o anal.

Por último, también se verificaría en el caso el delito de *grooming* del artículo 183 ter.1 (analizado en la pregunta 3). En virtud de la jurisprudencia introducida en esta pregunta, estaríamos ante un concurso real de delitos entre el 183 del CP y el 183 ter o ante un concurso de normas (en el que primaría el delito del artículo 183 por su mayor gravedad) en función de si en el caso concreto la comisión del delito 183 ter menoscaba otros bienes jurídicos protegidos diferentes de la indemnidad sexual^{104 105 106 107 108}. La falta de precisión del supuesto de hecho impide llegar a una conclusión definitiva la cuestión.

5. La trata de seres humanos. Analice la calificación jurídica de los hechos en los que se ve inmersa Daniela Lombard en España.

Los hechos en los que se ve inmersa Daniela en España se corresponde con lo que internacionalmente se conoce como trata de seres humanos. El artículo 3 del Convenio de Palermo define la trata de seres humanos como la captación, traslado, transporte, acogida o recepción de personas mediante fuerza, amenaza, coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad. Esta misma calificación recibe el pago o cobro por parte de una persona que tenga autoridad sobre otra para utilizar a esta última con fines de explotación. En concreto, el propio artículo 3 del Convenio incluye explícitamente la prostitución y la explotación sexual entre las actividades incluidas dentro del concepto de explotación.

El concepto de trata establecido en el citado Convenio de Palermo no difiere de lo dispuesto por la normativa española en el artículo 177 bis del CP. El bien jurídico protegido se trata de la libertad y libertad de las víctimas que lo padecen¹⁰⁹. A continuación, se estudian los elementos característicos de la trata de seres humanos tipificada en el CP español, para examinar la procedencia de la aplicación al supuesto de hecho

En primer lugar, es necesario detenerse en la acción prescrita. Como se ha adelantado anteriormente, la definición de trata no difiere de lo establecido en el Convenio de Palermo y en otros textos de carácter internacional. Es necesario puntualizar que la consumación del tipo requiere simplemente la realización de alguna de las actividades

¹⁰⁴ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], sentencia núm. 109/2017 de 22 febrero [Consultado el 15 de marzo de 2019].

¹⁰⁵ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], sentencia núm. 777/2017 de 30 noviembre [Consultado el 8 de marzo de 2019].

¹⁰⁶ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], sentencia núm. 158/2019, de 26 marzo [Consultado el 15 de marzo de 2019].

¹⁰⁷ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional, de 8 noviembre 2017 [Consultado el 15 de marzo de 2019].

¹⁰⁸ España. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw]. Sentencia núm. 412/2017, de 23 junio [Consultado el 15 de marzo de 2019].

¹⁰⁹ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], sentencia núm. 144/2018 de 22 marzo [Consultado el 8 de marzo de 2019].

lesivas previstas en el tipo, no siendo necesario que se llegue a producir la explotación¹¹⁰. En concreto, el derecho español incluye dentro de la acción típica la captación, el transporte, el traslado, la acogida o el recibimiento de una persona, además de la transferencia de control sobre ésta^{111 112}. A continuación, se abordará un análisis más pormenorizado de estos términos:

- En primer lugar, analizaremos el significado concreto de captación. La Fiscalía General del Estado ha entendido la captación en el ámbito de la trata implica la sustracción de la víctima de su entorno para ser desplazada o movilizada¹¹³. En este punto es especialmente frecuente la utilización del engaño y/o la coacción¹¹⁴. En concreto, es especialmente relevante para el supuesto comentar que la modalidad de captación más habitual en la práctica es el ofrecimiento falso de un puesto de trabajo¹¹⁵ o, en su defecto, de un trabajo que existe pero en unas condiciones muy diferentes de las pactadas¹¹⁶. Para que la captación sea típica, es necesario que exista algún tipo de oferta por parte del autor del delito de trata y aceptación por parte de la víctima¹¹⁷. Como se puede apreciar, esta definición de captación cuadra con lo establecido en el supuesto de hecho.
- En segundo lugar, es importante considerar que el transporte mencionado en el artículo 177 bis incluye supuestos de transporte voluntario por parte de la víctima, siempre y cuando éste se haya conseguido mediante engaño y se hayan facilitado los medios económicos o materiales para el traslado¹¹⁸. Por tanto, a la hora de determinar la concurrencia de transporte a efectos de lo que penalmente se define como trata sería necesario saber si el transporte a España fue financiado por los supuestos empleadores de Daniela.
- A continuación, es importante destacar que traslado ha sido entendido en el contexto de la trata como transferencia de derechos sobre una persona^{119 120}. Al no estar sometida Daniela con carácter previo a la situación analizada, podemos concluir que no concurre traslado en el supuesto de hecho en cuestión.
- Siguiendo con este análisis, es necesario abordar el significado concreto de acogimiento y recepción de las víctimas. En lo referente al acogimiento,

¹¹⁰ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015., pp. 260-264.

¹¹¹ LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, Aranzadi, Navarra, 2016, p.83.

¹¹² España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], sentencia núm. 144/2018 de 22 marzo [Consultado el 8 de marzo de 2019].

¹¹³ LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, cit., p.84.

¹¹⁴ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], sentencia núm. 144/2018 de 22 marzo [Consultado el 8 de marzo de 2019].

¹¹⁵ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, cit., p.198.

¹¹⁶ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos: el art. 177 bis CP*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp.82-83.

¹¹⁷ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, cit., p. 202.

¹¹⁸ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, cit., p.204.

¹¹⁹ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, cit., pp. 205-208.

¹²⁰ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos: el art. 177 bis CP*, cit. p.84.

destacar que este implica hospedaje, mientras que la recepción supone la entrega de la víctima para materializar la finalidad de la trata¹²¹. A la hora de determinar su concurrencia en el supuesto de hecho, la ausencia de detalles en el supuesto de hecho impide llegar a una conclusión definitiva sobre la cuestión.

A continuación, es necesario detenerse en los medios comisivos. El artículo 177 bis define como medios de realización de trata la violencia, la intimidación, el engaño, el abuso de una situación de superioridad o de necesidad por parte de la víctima y el pago o cobro para obtener el consentimiento por parte de la persona que ostenta el control de la víctima. Es necesario comentar que, por ser Daniela mayor de edad en el momento en el que se producen los hechos, es necesaria la utilización de alguno de los medios anteriormente citados (lo que no ocurriría si fuese menor^{122 123}). A la hora de analizar el supuesto de hecho, es importante profundizar en cuatro de los medios citados. Antes de abordar su análisis, destacamos que estos medios pueden darse tanto en el momento de la captación como posteriormente¹²⁴. Además, estos medios de comisión no necesariamente tiene que mantenerse durante todo el tiempo que dure la trata, pudiendo combinarse además varios para lograr el fin de la misma¹²⁵:

- Violencia: en el contexto de la trata de seres humanos, la violencia se refiere exclusivamente a una violencia física y capaz de someter la voluntad de la víctima¹²⁶. Esta violencia puede darse tanto en el momento inicial de la captación como posteriormente¹²⁷, como ocurre con la “violencia extrema” relatada en el supuesto de hecho.
- Intimidación: la intimidación se corresponde con una amenaza de palabra u obra de causar un daño que atemorice a la víctima de la misma, siempre que este daño sea injusto. La intimidación ha de ser capaz de anular la voluntad del sujeto pasivo¹²⁸ (aunque no necesariamente ha de ser invencible¹²⁹, y tampoco necesariamente ha de aparecer en el momento inicial de captación. En el supuesto de hecho, la intimidación derivada de la amenaza de matar a su familia se produce precisamente después de la captación y se corresponde con uno de los medios de fuerza empleados más habitualmente en la práctica de la trata, según la Red Española Contra la Trata de Personas¹³⁰.
- Engaño: el engaño ha sido definido en este contexto como un conjunto de mentiras y datos falsos destinadas a inducir a error a la víctima y conseguir así

¹²¹ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, cit., pp. 208-210.

¹²² España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw]. Sentencia núm. 827/2015 de 15 diciembre [Consultado el 8 de marzo de 2019].

¹²³ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw]. Sentencia núm. 53/2014 de 4 febrero [Consultado el 9 de marzo de 2019].

¹²⁴ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, cit., p.199.

¹²⁵ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, cit., p.215.

¹²⁶ LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, cit., pp.85-86.

¹²⁷ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos: el art. 177 bis CP*, cit. p.93.

¹²⁸ LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, cit., p.86.

¹²⁹ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos: el art. 177 bis CP*, cit. p.94.

¹³⁰ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, cit., p.221.

su consentimiento¹³¹. En el delito de trata, este engaño ha de ser bastante y eficaz para conseguir su objetivo, teniendo en cuenta tanto sus características objetivas como las de la víctima¹³². Además, el engaño puede recaer sobre la naturaleza de la actividad, las condiciones de la misma, el grado de libertad del que se gozará fuera del horario laboral o cualquier otra circunstancia relativa a las condiciones de explotación de la persona¹³³. En este sentido, es evidente la existencia en el supuesto de hecho del engaño como un medio para ejecutar la trata, siendo la falsa oferta de trabajo uno de los mecanismos más habituales para el engaño en la práctica de la trata^{134 135}.

- Abuso de situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima: En este contexto, la doctrina exige que la vulnerabilidad no debe ser exclusivamente económica, sino también afectiva o asistencial¹³⁶ y, en caso de concurrir, es incompatible con la agravante del artículo 22.2 del CP¹³⁷. Dentro de los supuestos calificables como abuso de superioridad, el Consejo de Europa ha encuadrado, por ejemplo, los supuestos relacionados con la residencia legal de la víctima en el país de destino¹³⁸. Como vemos, esto no se verifica en un primer momento en el supuesto de hecho, pero sí una vez se le requisa el pasaporte y el móvil.

Por último, la transferencia de control sobre la víctima no concurre en el supuesto, al ser explotada por un único entramado delictivo.

Tras este pormenorizado análisis de los medios comisivos, es necesario realizar una breve mención referente a la finalidad tipificada en el CP. En este sentido, es necesario comentar que uno de los fines tipificados por el artículo 177 bis es la explotación sexual, incluida la pornografía.

A continuación, si queremos encuadrar con rigor el supuesto en el artículo analizado es imprescindible examinar su encuadre dentro del ámbito geográfico del mismo. En relación a esto, el artículo 177 bis establece como requisito geográfico la existencia de un vínculo con el territorio español. Este vínculo puede derivarse de que la conducta se produzca total o parcialmente en territorio español, desde el mismo o con destino a él¹³⁹. Nuevamente, este requisito se cumple en el supuesto en cuestión.

Para concluir, es necesario establecer alguna precisión en relación a los posibles autores y víctimas. En lo relativo al autor, la legislación española considera el delito de trata como

¹³¹ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], sentencia núm. 144/2018 de 22 marzo [Consultado el 8 de marzo de 2019].

¹³² MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, cit., p.226.

¹³³ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, cit., pp.232-234.

¹³⁴ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, cit., pp.227-230.

¹³⁵ LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, cit., p.86.

¹³⁶ LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, cit., pp.86-87.

¹³⁷ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010 aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, cit., p.235.

¹³⁸ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, cit., p.237.

¹³⁹ LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, cit., pp.89-93.

un delito común, lo cual implica que cualquiera puede ser sujeto activo del mismo. No obstante, la comisión mediante un grupo delictivo organizado se define como agravante en el artículo 177.6 bis del CP. Este concepto no hace referencia en exclusiva grupos numerosos y dotados de grandes medios, siendo suficiente una actuación conjunta de distintos grupos pequeños de personas¹⁴⁰. Como se puede observar, esta circunstancia agravante concurre en el supuesto de hecho. Por su parte, la víctima en cuestión puede ser de nacionalidad española o extranjera (independientemente de su situación administrativa)^{141 142}. Además, al tratarse de un delito que atenta contra un bien jurídico individual (la dignidad de la persona), no será necesaria la afectación de una pluralidad de víctimas para su concurrencia. En esta línea se ha situado el Tribunal Supremo, al considerar que, en caso de trata de seres humanos, deben sancionarse tantos delitos como víctimas (concurso real)¹⁴³. Como se puede observar, este aspecto también concuerda con la situación analizada.

Una vez concluido este análisis, se puede afirmar que lo ocurrido a Daniela en España se encuadra dentro del artículo 177 bis del CP. Además de la responsabilidad penal que esto implica para los sujetos implicados, es necesario analizar lo que esta calificación supone para las empresas partícipes en la trama. En este sentido el artículo 176 bis, 7 establece la responsabilidad de las personas jurídicas responsables del delito de trata. Entre las posibles entidades susceptibles de ser penadas por este artículo están todas las sociedades civiles y mercantiles con personalidad jurídica y algunas entidades públicas. Para que la responsabilidad se extienda a la entidad, el artículo 31 del CP establece que la conducta se debe corresponder con actividades con actividades realizadas por representantes legales, directivos u otros con potestad para tomar decisiones en nombre de la entidad. Además, dicho efecto también puede producirse en caso de actividades punibles realizadas por subordinados no debidamente controlados atendiendo a las circunstancias del caso. Una vez establecida la procedencia de la imputación de responsabilidad penal, es interesante comentar que esta es independiente de la aquella en la que pueden incurrir las personas físicas integrantes de la misma. Además, existen algunas características distintivas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre las que podemos destacar la extensión de la responsabilidad penal a las empresas sucesoras, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (con algunas atenuantes propias) o las posibles penas aplicables. En el caso concreto de la trata, la pena imperativa a imponer es una multa por el triple del quintuple del beneficio obtenido a consecuencia de la trata¹⁴⁴.

A continuación, profundizaremos en la relación entre la trata y otros posibles delitos concurrentes en el supuesto analizado. En este sentido, el primer paso es excluir determinados delitos que no sería aplicables en concurso con la trata en ningún caso, debido a la aplicación del principio de *non bis in ídem*. En concreto, estaríamos ante delitos que atentan contra los mismos bienes jurídicos que la trata, como pueden ser los de trato degradante (atentatorio contra la integridad moral), amenazas y coacciones

¹⁴⁰ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, cit., pp. 243-246.

¹⁴¹ LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, cit., pp.93-94.

¹⁴² España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw]. Sentencia núm. 77/2019 de 12 febrero [Consultado el 8 de marzo de 2019].

¹⁴³ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw]. Acuerdo no jurisdiccional de 31 de mayo de 2016 [Consultado el 8 de marzo de 2019].

¹⁴⁴ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, cit., pp. 344-369.

(agresores de la libertad de obrar)¹⁴⁵. No obstante, existen delitos cuyo concurso con la trata es pertinente, según lo establecido artículo 177 bis.9, por lo que se hace necesario un análisis de su concurrencia en el supuesto de hecho:

- La inmigración ilegal: la contribución al tráfico ilícito de inmigrantes aparece recogida en el artículo 318 bis del CP. Aunque existe división en la doctrina, la mayoritaria se inclina por considerarlo concursable con el delito de trata, al no estar el desplazamiento internacional ilícito de la víctima incluido necesariamente en la conducta típica de la trata. En la línea de la tesis doctrinal mayoritaria se ha manifestado la jurisprudencia^{146 147}, que ha considerado ambos delitos como protectores de bienes jurídicos diferenciados. En concreto, se considera que el delito de trata de seres humanos protege bienes personales de los inmigrantes, mientras que el de inmigración ilegal tutela el interés del Estado en controlar los flujos migratorios. También existen divergencias a la hora de calificar el concurso. Una parte de la doctrina opta por el concurso real, al entenderse que se tratan de infracciones diferentes, mientras que otra considera que estamos ante un concurso ideal de delitos, por considerar que la misma conducta constitutiva de delito de inmigración ilegal también forma parte de la secuencia exigida para apreciar trata¹⁴⁸. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado en ocasiones el concurso como medial, considerando que el delito de inmigración ilegal se comete con la finalidad de explotar sexualmente a la víctima¹⁴⁹. En lo referente al supuesto de hecho, no existen datos suficientes para determinar si se produce un delito de inmigración ilegal, pero no parece descartable dado que Daniela no ostentaba permiso ni de trabajo ni de residencia.
- La explotación sexual: En este sentido, la finalidad de la trata se corresponde la llamada explotación de la prostitución ajena, tipificada en el artículo 187 del CP. En concreto, el citado artículo prescribe la determinación a la prostitución de una persona mayor de edad a través de violencia, intimidación, abuso de superioridad o situación de necesidad de la persona determinada. En lo referente a la actividad de prostitución, es necesario comentar que se caracteriza por dos elementos básicos: la prestación de servicios de naturaleza sexual y la obtención de una contraprestación por dichos servicios¹⁵⁰. En lo referente a este posible concurso, la doctrina se ha inclinado por considerarlo medial. Esta calificación parte de la consideración de la trata como un medio necesario para alcanzar el delito final de prostitución forzosa,

¹⁴⁵ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, cit., p. 372.

¹⁴⁶ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw]. Sentencia núm. 77/2019 de 12 febrero [Consultado el 8 de marzo de 2019].

¹⁴⁷ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw]. Sentencia núm. 188/2016 de 4 marzo [Consultado el 8 de marzo de 2019].

¹⁴⁸ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010 aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, cit., pp. 376-385.

¹⁴⁹ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], sentencia núm. 144/2018 de 22 marzo [Consultado el 8 de marzo de 2019].

¹⁵⁰ LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, cit., p.185.

aunque debe analizarse el caso concreto^{151 152}. Por su parte, la jurisprudencia también se ha inclinado por esta opción concursal¹⁵³. Como se puede observar, el supuesto de hecho se puede verificar la citada explotación sexual.

- La explotación laboral: junto con la explotación sexual mencionada en el apartado anterior, nos encontramos con la posible apreciación de un delito de explotación laboral, previsto en el artículo 312.2 del CP. El citado artículo se prescribe la captación engañosa de trabajadores y la utilización de extranjeros sin permiso de residencia para puestos de trabajo que vulneren derechos que les son reconocidos. Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han inclinado preferente por un concurso real entre la explotación sexual y laboral, por no existir una relación instrumental entre ambas conductas. De esta forma, se ha entendido que por un lado está obligar a una persona a prostituirse y por otro imponerle unas condiciones lesivas de sus derechos laborales¹⁵⁴. Además, tanto el Derecho Internacional como la Fiscalía General del Estado han asimilado a la explotación laboral la imposición de realizar actividades no reconocidas legalmente de las que se deriva beneficio económico para el tratante. En lo referente al tratamiento concursal, destacar que el tratamiento es el análogo al mencionado para la explotación sexual, optándose por el concurso medial¹⁵⁵. Entre ellas, se encuentran actividades delictivas como la venta de estupefacientes. Como se puede observar, estas circunstancias se constatan en el supuesto de hecho¹⁵⁶.
- La detención ilegal: junto con los delitos hasta ahora analizados, si la restricción de la libertad deambulatoria excede de la intrínseca a la prostitución coactiva, es posible la apreciación del delito de detención ilegal¹⁵⁷.

Entre los supuestos en los que se entiende que este exceso ha ocurrido, la Fiscalía General del Estado ha concretado algunos, como las situaciones de encierro o salidas acompañadas o vigiladas¹⁵⁸. En concreto, estaríamos ante un concurso de delitos, que puede ser real¹⁵⁹ o medial en función de si la detención ilegal es un instrumento para la consumación del delito de trata. Incluso, en algunas ocasiones en las que el acto de encierro implica la consumación del delito de trata o prostitución forzosa se ha apreciado la existencia de un concurso ideal¹⁶⁰. En el supuesto de hecho no se ofrecen datos

¹⁵¹ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, cit., pp. 400-407.

¹⁵² DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos: el art. 177 bis CP*, cit. pp. 173-175.

¹⁵³ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw]. Sentencia núm. 77/2019 de 12 febrero [Consultado el 8 de marzo de 2019].

¹⁵⁴ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, cit., pp. 417-419.

¹⁵⁵ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw]. Sentencia núm. 270/2016 de 5 abril [Consultado el 8 de marzo de 2019].

¹⁵⁶ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos: el art. 177 bis CP*, cit. p.119.

¹⁵⁷ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, cit., p. 439.

¹⁵⁸ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, cit., pp. 447-449.

¹⁵⁹ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw]. Sentencia núm. 827/2015 de 15 diciembre [Consultado el 8 de marzo de 2019].

¹⁶⁰ MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, cit., pp. 419-447.

que permitan dilucidar si concurre este nuevo tipo delictivo, pero la habitualidad del mismo hace pertinente su análisis.

- La pertenencia a una red criminal: la pertenencia a una organización criminal se pena en los artículos 570 bis y ter del CP. En el supuesto de hecho, la relación entre estos artículos y la agravante que establece en el punto 6 del artículo 177 bis (regulador de la trata) requiere un análisis más profundo. Si la organización criminal, caracterizada por el reparto de funciones y su vocación de permanencia (570 bis)¹⁶¹, se dedica adicionalmente a actividades diferentes de la trata, es posible la aplicación de un concurso real entre la pertenencia a la misma y el tipo agravado de trata del apartado sexto del artículo 177 bis. En caso contrario, si la organización no tiene carácter permanente o solamente se dedica a la trata, estaremos ante un concurso de normas en el que se aplicará el tipo agravado de trata por ser más específico. No obstante, si dicha aplicación del concurso de normas determina una pena menor, se optará por el concurso real entre los delitos de pertenencia a organización o grupo criminal y de trata. Por último, es importante mencionar la agravación adicional prevista para los Jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones, prevista en el párrafo segundo del mencionado artículo 176 bis,6 del CP. En este sentido, la jurisprudencia ha definido dicho rango como aquel caracterizado por la ostentación de la responsabilidad sobre una tarea y la capacidad para adoptar decisiones sobre la misma de forma autónoma¹⁶²
¹⁶³.

Además de los posibles concursos analizados, es necesario comentar la posible concurrencia de un delito de intervención lucrativa en la explotación de la prostitución de un tercero. El ámbito concreto de aplicación del citado delito (regulado, al igual que la explotación sexual, en el artículo 187.1 del CP) ha sido definido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En concreto, el Alto Tribunal considera que la apreciación de este tipo delictivo requiere la concurrencia de las siguientes circunstancias¹⁶⁴ ¹⁶⁵:

- La persona de la que proceda el lucro sea prostituida mediante violencia, intimidación, abuso de superioridad o aprovechándose de su situación de necesidad.
- La persona que obtiene el lucro debe ser conocedora de estas circunstancias.
- Las ganancias obtenidas por el autor deben proceder directamente del ejercicio ajeno de la prostitución.
- Dichas ganancias deben tener cierta reiteración, no bastando un hecho aislado.

En el supuesto de hecho, la falta de detalle impide determinar si efectivamente existen personas que se lucren de la explotación sexual de Daniela y que no participan de alguna manera en el delito de trata. De ser así, se apreciaría la concurrencia del recientemente

¹⁶¹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw]. Sentencia núm. 827/2015 de 15 diciembre [Consultado el 8 de marzo de 2019].

¹⁶² MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, cit., pp. 321-337.

¹⁶³ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 2ª) [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ], Sentencia núm. 50/2007, de 19 de enero [Consultado el 12 de marzo de 2019].

¹⁶⁴ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal (Sección 1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw]. Sentencia núm. 445/2008 de 3 julio [Consultado el 8 de marzo de 2019].

¹⁶⁵ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw]. Sentencia núm. 827/2015 de 15 diciembre [Consultado el 8 de marzo de 2019].

analizado tipo delictivo, pues, como se puede apreciar, se cumplen todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia.

En resumen, los hechos ocurridos en Valencia pueden calificarse jurídicamente como trata de seres humanos, en concurso medial con un delito de prostitución forzosa que, a su vez, está en concurso real con uno de explotación laboral. Por su parte, la falta de detalle del supuesto de hecho impide afirmar con rigor si efectivamente se verifican además los delitos de detención ilegal, pertenencia a una red criminal o en su defecto tipo agravado de trata. La misma falta de definición impide afirmar si existen, además de los autores del delito de trata, terceros que se lucran de la prostitución coactiva de Daniela.

6. Régimen jurídico de los extranjeros en España ¿Cuál sería la solución jurídica para María Rodríguez y sus familiares mejicanos?

A la hora de definir la solución jurídica al supuesto planteado, el primer paso es analizar la situación en la que se encuentra María Rodríguez. En este sentido, lo primero que es necesario comentar es que María no ostenta la ciudadanía comunitaria, con las especialidades que esto podría implicar. Teniendo en cuenta esto, y dado que el supuesto explicita que María obtiene un puesto de trabajo y regulariza su situación en España, todo parece apuntar a que estamos ante un supuesto de residencia temporal lucrativa. En concreto, estaríamos ante un residencia derivada del desempeño de un trabajo por cuenta ajena¹⁶⁶. Se encuadra dentro de la definición de trabajador por cuenta ajena todo extranjero mayor de 16 años autorizado a permanecer en España entre 90 y días y 5 años (artículo 62 RLOEX). El tipo de autorización necesario para ostentar esta calificación de trabajador por cuenta ajena presenta una duración inicial de un año. Además, dicha autorización puede ser renovada, alcanzado las dos primeras renovaciones una duración de dos años cada una. Una vez conseguidas estas dos primeras renovaciones y expirado el periodo de tiempo autorizado, el extranjero podrá acceder a un derecho de residencia de larga duración^{167 168}.

La obtención de este permiso de residencia requiere el cumplimiento de condiciones de diferente naturaleza¹⁶⁹:

- Condiciones relativas a la residencia: estos requisitos aparecen tasados en el artículo 64.2 del RLOEX. Entre ellos, podemos destacar el pago de las tasas correspondientes, la ausencia de antecedentes penales o no encontrarse irregularmente en España. Pese a que nuevamente el nivel de detalle del supuesto de hecho impide hacer afirmaciones definitivas, todo parece apuntar a que María cumple las condiciones de esta naturaleza.
- Condiciones relativas al trabajo: en este sentido, las exigencias (determinadas en 64.3 del RLOEX) se centran en la legalidad del contrato de trabajo, en su extensión durante todo el periodo de concesión del permiso de residencia y en la ostentación de la calificación profesional exigible por parte del trabajador. Nuevamente, los datos aportados por el supuesto apuntan al cumplimiento de los citados estándares por parte de María.

¹⁶⁶FERNÁNDEZ MASIÁ, E. *Nacionalidad y Extranjería* (FERNÁNDEZ MASIÁ, E., Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.191.

¹⁶⁷ RODRÍGUEZ MATEOS, P./JIMÉNEZ BLANCO, P./ESPINIELLA MENÉNDEZ, A. *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*. Thompson Reuters, Navarra, 2017, p. 347.

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *Nacionalidad y Extranjería* (FERNÁNDEZ MASIÁ, E., Dir.), cit., pp.222-223.

¹⁶⁹ RODRÍGUEZ MATEOS, P./JIMÉNEZ BLANCO, P./ESPINIELLA MENÉNDEZ, A. *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, cit., pp. 348-350.

- La situación nacional de empleo: en este ámbito, la citada situación debe permitir la contratación del trabajador o trabajadora extranjero (artículo 38 de la LOEX y 65 del RLOEX). La jurisprudencia analizada en la bibliografía citada condiciona la admisión al contenido del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura (elaborado por el Servicio Público de Empleo) o la inexistencia de suficientes demandantes internos de empleo para el puesto de trabajo en cuestión. Como se puede observar, el catálogo hace referencia a situaciones de ámbito general mientras que la inexistencia de demandantes de trabajo internos hace referencia a casos concretos. La ostentación del puesto por parte de María parece apuntar a que este requisito tampoco impediría la obtención del permiso.

Las citadas renovaciones serán concedidas en los supuestos contemplados por el artículo 38.6 de la LOEX y el 71 del RLOEX. Entre los citados supuestos de renovación destacan la ostentación de un contrato de trabajo (bien sea el que motivo la concesión inicial u otro), de la condición de beneficiario de una prestación de desempleo o social y los supuestos de extinción del contrato laboral a consecuencia de violencia de género. Atendiendo a las circunstancias del supuesto de hecho, podemos concluir que María gozaría de la citada autorización, aun no habiendo expirado el periodo inicial de un año en el momento en el que se plantea el análisis.

En lo referente al cónyuge mejicano y a su hijo menor custodiado por este, es necesario analizar la posibilidad de que concurra el derecho de reagrupación familiar. El derecho de reagrupación familiar se define en el artículo 2.d) de la directiva 2003/86, que aborda la cuestión a nivel comunitario. En concreto, se define reagrupación familiar como la entrada en un Estado comunitario de familiares de extranjeros residentes legalmente en dichos Estados, con la finalidad de proteger la unidad familiar. En nuestra legislación interna, el derecho de reagrupación se regula tanto en la LOEX como en el RLOEX. El primer paso a la hora de definir la posibilidad de aplicar este derecho es analizar la posibilidad que María lo solicite. En este sentido, el artículo 18.1 de la LOEX y el 56 del RLOEX lo restringe a extranjeros que tengan autorización de residencia de mínimo un año y, a su vez, hayan solicitado una prórroga de otro año. Como se puede observar, todo parece apuntar a que María goza de un permiso de residencia de duración anual, cuya prórroga podrá solicitarse si concurren los requisitos comentados anteriormente. Una vez se solicite esta prórroga, también se podrá solicitar la reagrupación familiar.

En concreto, el artículo 17 de la LOEX establece una lista cerrada de familiar susceptibles de ser agrupadas. Entre ellos, podemos encontrar tanto al cónyuge o pareja de hecho como a los hijos del residente o su cónyuge o pareja de hecho. De esta manera, en principio podría aplicarse el derecho de reagrupación al caso analizado. No obstante, antes de llegar a una conclusión definitiva, debemos analizar determinados requisitos que deben ser cumplidos en cada una de las reagrupaciones solicitadas:

- El cónyuge o pareja de hecho: en lo referente al supuesto analizado, es especialmente importante mencionar, dado que estamos ante unas segundas nupcias, que es necesario que se acredite la disolución del anterior vínculo matrimonial y se garanticen los derechos económicos del cónyuge anterior y los restantes familiares dependientes. Además, es necesario que no exista separación de hecho o de derecho en el momento de la solicitud de reagrupación y que el matrimonio no sea celebrado en fraude de Ley. Esta última matización se hace necesaria para excluir del ámbito de aplicación los

matrimonios de conveniencia^{170 171}. Como se puede observar, ninguna de estos requisitos parece obstaculizar la aplicación del derecho de reagrupación en el supuesto de hecho planteado.

- El descendiente del cónyuge: en primer lugar, el descendiente debe ser menor de edad o discapacitado. Al ser descendiente únicamente de un cónyuge, se exige que este goce la custodia exclusiva y que la ejerce efectivamente. No obstante, también se admite la reagrupación en caso de que el otro titular de la patria potestad autorice el traslado a España¹⁷². Por último, se establecen requisitos especiales para hijos adoptivos (se exige que la adopción cumpla los requisitos necesarios para producir efecto en España) y en edad de escolarización (la administración receptora ha de comunicarlo a las autoridades educativas a fin de habilitar las plazas escolares procedentes)¹⁷³. Nuevamente, estas matizaciones no parecen ser infringidas en el caso.

Una vez se concluye la procedencia de la reagrupación, es interesante realizar algunos comentarios sobre los efectos jurídicos que ésta implica. En el caso del cónyuge, la reagrupación (la cual no decaería en caso de divorcio posterior¹⁷⁴) tendría el efecto de permitirle trabajar sin ningún trámite administrativo adicional¹⁷⁵, así como para obtener un permiso de residencia independiente cuando disponga de los medios económicos suficientes¹⁷⁶. Por su parte, los menores reagrupados gozarán de este derecho cuando alcancen la mayoría de edad y dispongan de medios suficientes para cubrir sus necesidades o, alternativamente, lleven residiendo en España 5 años¹⁷⁷.

Por último, es necesario apuntar una serie de particularidades sobre la situación de Daniela en España. Suponiendo que se encontrase en situación ilegal en España mientras era víctima de trata de seres humanos, resulta de aplicación el artículo 59 bis de la LOEX. En virtud del citado artículo, aquellas personas extranjeras identificadas como víctimas de trata dispondrán de un periodo de 90 días para decidir si desean colaborar con la justicia. Durante este periodo gozan del derecho de permanencia en el país, así como de la protección que sea necesaria. Si finalmente la víctima colabora con la justicia en el marco de una investigación penal, podrá ser exonerada de responsabilidad por las infracciones administrativas derivadas de la permanencia legal en España, en virtud del 143 de RLOEX. Además, la víctima podrá optar entre un retorno asistido a su país de origen (artículo 138 RLOEX) o a solicitar un permiso de residencia y trabajo. En concreto, la solicitud del citado permiso derivada de la colaboración judicial tiene una duración de 5 años (artículo 137 RLOEX). No obstante, la aplicación de este artículo se

¹⁷⁰ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *Nacionalidad y Extranjería* (FERNÁNDEZ MASIÁ, E., Dir.), cit., pp. 119-121.

¹⁷¹ RODRÍGUEZ MATEOS, P./JIMÉNEZ BLANCO, P./ESPINIELLA MENÉNDEZ, A, *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, cit., pp. 299-302.

¹⁷² RODRÍGUEZ MATEOS, P./JIMÉNEZ BLANCO, P./ESPINIELLA MENÉNDEZ, A, *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, cit., p. 302.

¹⁷³ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *Nacionalidad y Extranjería* (FERNÁNDEZ MASIÁ, E., Dir.), cit., pp. 123-124.

¹⁷⁴ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *Nacionalidad y Extranjería* (FERNÁNDEZ MASIÁ, E., Dir.), cit., p. 117.

¹⁷⁵ España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) [Versión electrónica. Base de datos de CENDOG], sentencia núm. 121/2014 de 14 febrero [Consultado el 14 de abril de 2019].

¹⁷⁶ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *Nacionalidad y Extranjería* (FERNÁNDEZ MASIÁ, E., Dir.), cit., p. 122.

¹⁷⁷ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *Nacionalidad y Extranjería* (FERNÁNDEZ MASIÁ, E., Dir.), cit., p. 125.

restringe a extranjeros que aún no han sido expulsados, no siendo posible en casos de expulsión ya ejecutada¹⁷⁸.

¹⁷⁸ España. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw]. Sentencia de 12 marzo 2013 [Consultado el 14 de abril de 2019].

Conclusiones

Una vez analizadas pormenorizadamente las cuestiones suscitadas por cada una de las preguntas establecidas, resulta interesante comentar una serie de conclusiones extraíbles de cada una de ellas.

En primer lugar, en lo referente a la primera pregunta, es importante destacar que Daniela se encuentra en una situación de sustracción de menores regulada internacionalmente a través de Convenio y del C96. Pese a que la norma general recogida por estos instrumentos es la de la restitución inmediata, la posible inserción de la menor en su nuevo entorno (Méjico) y los riesgos que para su salud entrañaría su vuelta a Bélgica hacen previsible que esta restitución se deniegue en el supuesto de hecho. Es también reseñable, en relación con la segunda pregunta, que el nuevo ámbito territorial (que pasa a ser comunitario) implica también un cambio en cuanto a la normativa aplicable. De esta forma, el texto legal que debe ser utilizado en este nuevo supuesto pasa a ser el Reglamento. No obstante, pese a esta matización, la solución del caso previsiblemente no variaría dado las similitudes entre Reglamento y Convenio.

En segundo lugar, en relación con los hechos ocurridos en la adolescencia de Daniela (planteados en la tercera pregunta), la primera cuestión reseñable es que se corresponden con delitos tipificados recientemente por el legislador: el *grooming* y el *sexting*. Estos tipos delictivos han sido recogidos con la finalidad de ajustarse a las nuevas realidades derivadas del mundo online y concurren de forma clara en el supuesto planteado. Del análisis de la cuestión tercera deben destacarse además las posibilidades concursales que plantea y, en relación con esto, la delimitación del concepto de pornografía infantil (necesariamente vinculado a la intencionalidad lúbrica de su utilización).

En tercer lugar, los sucesos acaecidos en Valencia (y recogidos en la cuarta pregunta) exigen indagar en la punibilidad de la comisión de actos sexuales con menores. En este sentido, la falta de detalle del supuesto de hecho impide definir con seguridad el precepto que viola, aunque de lo que no existen dudas es de su punibilidad. Además, la existencia de intimidación implica la apreciación de una agravante, sea cual sea el tipo básico que se deba aplicar.

Por último, la quinta pregunta se corresponde con un ejemplo claro de trata de seres humanos. Junto con el atentado contra la dignidad humana que esta supone, se verifican en el supuesto (como mínimo) lesiones de la libertad e indemnidad sexual y de los derechos laborales de Daniela, lo cual hace necesaria la apreciación de un concurso de delitos. Además, la sexta pregunta analiza la posibilidad de que su madre María y su familia política establezcan su residencia en España a través del derecho de reagrupación familiar reconocido por la LOEX, el cual permitirá este establecimiento una vez María obtenga la renovación de su permiso de residencia durante un año más.

Bibliografía

CAMPUZANO DÍAZ, B./ RODRÍGUEZ BENOT, A./ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M-A./ YBARRA BORÉS, A., *Manual de Derecho internacional privado* (RODRÍGUEZ BENOT, A., Dir.), Tecnos, Madrid, 2018.

CHÉLIZ INGLÉS, M-C., *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Committee of the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Belgium*, 2019. Disponible en la Biblioteca Digital de Naciones Unidas.

Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Recuperado de <<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>> el 12 de junio de 2019.

CUERDA ARNAU, M.L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Menores y redes sociales: cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red* (CUERDA ARNAU, M.L, A., Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos: el art. 177 bis CP*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

DE LA ROSA CORTINA, J.M. *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal Español. Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E. *Nacionalidad y Extranjería* (FERNÁNDEZ MASIÁ, E., Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.191.

https://e-justice.europa.eu/content_member_state_law-6-be-es.do?member=1, consultada el 16/04/19 a las 10:18.

JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

LANDECHO VELASCO, C.M / MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal español. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2015.

LEGETTE, C.M. “International Child Abduction and The Hague Convention: Emerging Practice and Interpretation of the Discretionary Exception” en *Texas International Law Journal*, Vol 25, No 287, 1990, pp. 300-302.

LEÓN FÉLIX, R-A./ GARCÍA MORAGA, R-E./ BUSTAMANTE ZAMORA, N., *La sustracción internacional de menores, un caso de estudio y análisis*, Tirant lo Blanch, Méjico, 2019.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, Aranzadi, Navarra, 2016

LUDEÑA BENÍTEZ, O-D., “El Derecho de Familia de la Unión Europea: cuestiones de cooperación jurídica comunitaria entre los Estados miembros”. *Revista jurídica de Castilla y León*, Vol. 32, 2014, 1-44.

MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MENDOZA CALDERÓN, S., *El derecho penal frente a las formas de acoso a menores: bullying, cyberbullying, grooming y sexting*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MONTÓN GARCÍA, M. *La sustracción de menores por sus propios padres*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MORILLAS CUEVA, L. / AGUILAR CÁRCELES, M-M. / BARQUÍN SANZ, A., *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (MORILLAS CUEVA, L., Dir.), Dyckinson, Madrid, 2015.

ORTIZ HERRERA, S., “Tratamiento de la responsabilidad parental en el Reglamento 2201/2003. un avance hacia la integración y armonización del derecho civil en Europa”, UNED. *Revista de Derecho UNED*, Vol. 3, 2008, pp.167-199.

REIG FABADO, I., “El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores”, en *Revista boliviana de derecho*, Vol. 20, 2015, pp. 246-247.

RODRÍGUEZ MATEOS, P./JIMÉNEZ BLANCO, P./ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*. Thompson Reuters, Navarra, 2017

SCHUZ, R., “In search of a settled interpretation of Article 12(2) of the Hague Child Abduction Convention”, en *Child and Family Law Quarterly*, Vol 20, No 1, 2008, pp. 64-74.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

.