



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

FACULTAD DE DERECHO

**LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS
MENORES DE EDAD Y DERECHO DE
EXTRANJERÍA**

Trabajo de Fin de Grado en Derecho

Curso 2018 - 2019

Alumna:

MARÍA VICTORIA MONTOYA PÁRAMO

Tutora:

Prof.^a Dr.^a María del Carmen Garcimartín Montero

A Coruña, junio de 2019

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| ABREVIATURAS | 1 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 2 |
| 2. ANTECEDENTES DE HECHO | 4 |
| 3. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES..... | 6 |
| 3.1. Concepto | 6 |
| 3.2. Marco jurídico general | 7 |
| 3.2. La acción de restitución del menor | 9 |
| 3.4. Situación jurídica de María Rodríguez y su hija tras la huida | 11 |
| 3.4.1. Ámbito extracomunitario | 11 |
| 3.4.2. Ámbito comunitario | 14 |
| 3.4.3. Proceso en España | 15 |
| 4. PROPUESTA SEXUAL TELEMÁTICA A MENORES | 17 |
| 4.1. Calificación jurídica de los hechos | 18 |
| 4.2. Difusión de pornografía infantil..... | 22 |
| 5. AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE DIECISÉIS AÑOS | 24 |
| 5.1. Concepto | 24 |
| 5.2. Calificación jurídica de los hechos | 24 |
| 6. TRATA DE SERES HUMANOS..... | 26 |
| 6.1. Concepto | 26 |
| 6.2. Calificación jurídica de los hechos | 28 |
| 7. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN RÉGIMEN GENERAL | 31 |
| 7.1. Concepto de extranjero | 31 |
| 7.2. El derecho a la vida en familia..... | 31 |
| 7.3. El derecho a la reagrupación familiar | 32 |
| 7.3.1. Significado del Derecho | 32 |
| 7.3.2. Familiares reagrupables..... | 33 |
| 7.4. Solución jurídica para María Rodríguez y sus familiares | 33 |
| 7.4.1. Reagrupación del cónyuge | 33 |
| 7.4.2. Reagrupación del hijo del cónyuge | 34 |
| 7.4.3. Procedimiento..... | 34 |
| CONCLUSIONES GENERALES..... | 36 |
| BIBLIOGRAFÍA | 38 |
| APÉNDICE JURISPRUDENCIAL..... | 41 |
| ANEXOS | 42 |

ABREVIATURAS

| | |
|------------------|---|
| A | Auto |
| AAP | Auto de la Audiencia Provincial |
| AP | Audiencia Provincial |
| Art (Arts.) | Artículo (Artículos) |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| CC | Código Civil |
| CDFUE | Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea |
| CDN | Convención sobre los Derechos del Niño |
| CE | Constitución española |
| CEDH | Convención Europea de Derechos Humanos |
| CH80 | Convenio de La Haya de 1980 |
| CL80 | Convenio de Luxemburgo de 1980 |
| CP | Código Penal |
| DIPr | Derecho Internacional Privado |
| DOUE | Diario Oficial de la Unión Europea |
| <i>et al.</i> | “Y otros” (autores) |
| IRPF | Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil |
| LJV | Ley de Jurisdicción Voluntaria |
| LOEx | Ley Orgánica de Extranjería |
| LOPJ | Ley Orgánica del Poder Judicial |
| <i>op. cit.</i> | Obra citada |
| RAE | Real Academia Española |
| RB II <i>bis</i> | Reglamento de Bruselas II bis |
| RLOEx 2011 | Reglamento 557/2011 de la LOEx |
| SJME | Sentencia del Juzgado de Menores |
| SJP | Sentencia del Juzgado de lo Penal |
| SSTS | Sentencias del Tribunal Supremo |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TIC’S | Tecnologías de la Información y la Comunicación |
| TS | Tribunal Supremo |
| UE | Unión Europea |

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad no pasa desapercibido que la globalización tiene implícitos determinados retos que son consecuencia de la misma, por ello, surgen inconvenientes que la sociedad debe encarar, enfrentándose a escenarios antes desconocidos como por ejemplo el de la protección jurídica del menor dentro del ámbito internacional y que, en virtud del superior interés del menor entendido este como *el sujeto por proteger por encima de cualquier otro elemento que pudiera resultar afectado en una determinada situación (padres, otros familiares, Estado, etc.)*¹, requiere la activación de todos los medios dispuestos para salvaguardar tan relevante precepto.

Por otra parte, la evolución a nivel mundial en ámbitos como las comunicaciones, las migraciones, las uniones y los matrimonios mixtos, la transformación del modelo tradicional de familia, entre otros, ha fraguado un escenario dentro del Derecho de Familia en el cual son comunes los matrimonios o las uniones entre personas de distintas nacionalidades, lo cual implica una complejidad y es que el operador jurídico debe tener en cuenta normativas extranjeras para resolver los conflictos que surjan. Dicha dificultad aparece como consecuencia de lo que en el Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr) se conoce como el elemento extranjero, pues *una situación privada manifiesta «carácter internacional» cuando presenta, al menos, un «elemento extranjero», cualquiera que sea dicho «elemento»*². Por ello, cuando una pareja cuyos miembros ostentan distintas nacionalidades entra en una crisis matrimonial y como consecuencia de ésta se divorcian, puede ocurrir que alguno de ellos quiera rehacer su vida en el país de origen y que, en caso de existir hijos fruto de la sociedad conyugal disuelta desee llevarlos consigo a veces, contando con el consentimiento del otro progenitor o en otras ocasiones sin tener dicho acuerdo, e incluso, violando el derecho de custodia o el de visita concedidos al otro padre por orden judicial, incurriendo así en una acción fuera del contexto jurídico tal y como afirma DE LA ROSA CORTINA al decir que *la sustracción de un menor por parte de uno de sus progenitores quebrantando la custodia ejercida por o atribuida al otro progenitor es una acción contraria a Derecho, antijurídica*³.

Por otro lado, como consecuencia del auge de la informática se presentan nuevos desafíos, dado que se trata de un campo que facilita realizar actos ilícitos como por ejemplo, el tráfico de drogas, estafas, la trata de personas, preparar un abuso o agresión sexual y la pornografía infantil que en hoy en día *constituye ya un problema de dimensiones internacionales, que se ha ampliado con la irrupción de las nuevas tecnologías de escaso coste: vídeo doméstico e internet*⁴.

Tras lo expuesto, se pasará a desarrollar el presente supuesto, tratando cuestiones como la sustracción internacional de menores, la pornografía infantil, los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, la trata de personas y, por último, teniendo en cuenta la relevancia de la institución de la familia dentro de esta sociedad, se

¹ RODRÍGUEZ BENOT, A.: “Introducción al derecho internacional privado”, en RODRÍGUEZ BENOT, A. (Dir.), CAMPUZANO DÍAZ, B., [et al.]: *Manual de derecho internacional privado*, 5ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2018, p. 20.

² CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, 18ª edición, Vol. I, Ed. Comares, Granada, 2018, p. 20.

³ DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “Sustracción parental de menores”. *Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 322.

⁴ GIL RUBIO, J.: *Pedofilia virtual*, Diario La Ley, N.º 6961, 2008, p. 1.

analizará el derecho del que gozan los extranjeros a reunirse con determinados familiares en España, es decir, el derecho a la reagrupación familiar siempre y cuando se cumplan determinados requisitos que a tal fin exigen las leyes de extranjería.

2. ANTECEDENTES DE HECHO

María Rodríguez, de nacionalidad mexicana, 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 Whatsaap, 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 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 quilos 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 este, sobre el que ejerce la custodia, ambos de nacionalidad mexicana, imposibilitando así el transcurso habitual de la vida familiar.

3. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

3.1. Concepto

La sustracción internacional de menores o *legal kidnapping*, es un asunto de complejidad considerable en el ámbito jurídico y nace cuando un progenitor —o parientes hasta un determinado grado de consanguinidad⁵— saca o traslada a un menor de su residencia habitual de forma ilícita porque:

Las decisiones adoptadas por los tribunales acerca de la custodia de los hijos en supuestos de crisis matrimoniales tienden a favorecer al nacional del foro, y propician que el nacional extranjero «secuestre» a su hijo, desplazándolo a su país de origen. En otros casos, se trata de una simple maniobra para eludir una decisión relativa a la custodia del menor por parte del progenitor perjudicado⁶.

La sustracción de menores puede ocurrir en dos escenarios: interno o externo. En el ámbito interno no se produce la fuga del país, compartan o no nacionalidad los progenitores y este sería un caso de fácil solución mediante la vía civil o penal puesto que *no sería necesario acudir al exequatur ni a los mecanismos de cooperación jurídica internacional y tampoco se plantea conflicto de competencia alguno [...]*⁷.

En contraposición, la sustracción internacional de menores es el caso más arduo de entre las clases de secuestros parentales, debido a que dificulta restablecer el *status quo* anterior por múltiples razones como, por ejemplo, que el progenitor secuestrador sea nacional del país al que huyó con el menor y pretenda que los Tribunales protejan sus intereses. Esta singular modalidad de secuestro interparental se define como *la acción de traslado ilícito de un menor a un país distinto de aquél donde tiene su residencia habitual, siendo el sujeto activo de dicha acción una persona que forma parte del círculo familiar del menor, por lo general, uno de sus progenitores*⁸. Para saber cuándo el traslado o la retención de un menor es ilegal se debe acudir al artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores⁹, el cual dice que dichos actos adquieren tipicidad ilícita cuando:

En primer lugar, se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención y, en segundo lugar, cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

⁵ En virtud del art. 225bis.5 del CP, incurrirán en el delito de sustracción de menores no solo los ascendientes del menor, sino también, *los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad [...]*.

⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, 18ª edición, Ed. Civitas – Thomsom Reuters, Madrid, 2018, p. 419.

⁷ JIMÉNEZ FORTEA, F.J., y LLORIA GARCÍA, P. (Dir.): *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 299.

⁸ PÍAS GARCÍA, E.: “El papel de la autoridad central española en la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de menores”, en ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., [et al.]: *La sustracción interparental de menores*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, p. 27.

⁹ Disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>, [Consulta: 17/05/2019], en adelante «CH80».

3.2. Marco jurídico general

Pese a los instrumentos disponibles para prevenir y combatir los traslados o las retenciones ilícitas de niños, los mismos no garantizan siempre cumplir sus objetivos debido principalmente, en primer lugar, a la confusión surgida en el momento de aplicar las normativas y, en segundo lugar, porque se hace imprescindible la cooperación internacional, algo difícil de lograr de forma plena.

En cuanto a la normativa jurídica relacionada con el asunto, varias convenciones hacen referencia a la sustracción internacional de menores y al derecho de los mismos a relacionarse con sus progenitores, así por ejemplo, el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989¹⁰, sostiene que es derecho de todos los niños el mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés, además alude a otros derechos relacionados como el principio del superior interés del menor (arts. 20 y 21), el derecho a una familia (art. 21), la primacía del papel de la familia con relación a las autoridades públicas (art. 5) y el derecho del menor a ser oído en todos aquellos procedimientos que le afecten (art. 12), por último, en su art. 11 se refiere al secuestro de menores y hace una invitación a los Estados para que adopten acciones que las eviten.

En el mismo sentido el art. 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹¹, también promulga el derecho de todo niño a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses.

Lo anterior son solo dos ejemplos de convenciones que aluden al fenómeno del *Legal Kidnapping*, pero existen —como se verá más adelante— varios convenios internacionales encargados de regularlo, no obstante, a efectos de desarrollar el supuesto solo se analizarán los mecanismos jurídicos internacionales que más relación tienen con el presente caso.

Por otro lado, ahondando en el ordenamiento jurídico interno, la Constitución española¹² en su art. 39 bajo la rúbrica “De los principios rectores de la política social y económica” resalta la protección a la familia, a la infancia y además, en su apartado 4º establece que *los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*, acuerdos internacionales que, en virtud de su art. 96.1 formarán parte de nuestro ordenamiento interno tras su publicación oficial. También, el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil¹³, en su art. 160.1, tras su reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁴, reconoce el derecho de los hijos menores a relacionarse con sus padres aunque estos no ejerzan la patria potestad.

Por último, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁵ en su artículo 225*bis* tipifica como delito la sustracción de menores¹⁶.

¹⁰ «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 38.897 a 38.904, en adelante «CDN».

¹¹ «DOUE» núm. C 83/02, de 30 de marzo de 2010, pp. 389 a 403, en adelante «CDFUE».

¹² «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pp. 1 a 40, en adelante «CE».

¹³ «BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889, pp. 1 a 282, en adelante «CC».

¹⁴ «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015, pp. 1 a 171.

¹⁵ «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, pp. 1 a 203, en adelante «CP».

¹⁶ *Vid* al respecto la SJP núm. 1 de Granada de 18 de julio de 2018 (ECLI:ES:JP:2018:51), en su FD 2º considera que, tras la exposición de los hechos probados, en los mismos se dan dos delitos previstos en el artículo 225*bis* 1 del Código Penal. [Caso Juana Rivas].

Retomando el ámbito de los convenios internacionales encargados de regular el fenómeno de la sustracción internacional de menores los más importantes son: el Convenio de Luxemburgo de 1980¹⁷, el ya citado Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento (CE) N.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003¹⁸.

El Convenio de Luxemburgo de 1980, sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales relativas al derecho de custodia y el restablecimiento del derecho de custodia, es un convenio que funciona mediante el llamado *exequatur*, por tanto, es necesario que exista una sentencia previa al traslado del menor en la cual se haya resuelto sobre la custodia. Por ejemplo, si el traslado se realiza de manera ilícita y violando una sentencia que concedía la custodia o el derecho de visita a otra persona, ésta podrá instar en el país al que ha sido trasladado el niño, el *exequatur* de la sentencia dictada y así lograr el retorno.

Sin embargo, es un convenio de poca aplicación en primer lugar, porque el *exequatur* es un proceso complejo y en segundo lugar, porque el convenio solo aplica entre Estados miembro del mismo y a día de hoy cuenta con solo 37 miembros¹⁹, razones de gran peso por las cuales quien ejercita una acción de restitución de un menor suele invocar el Convenio de La Haya de 1980.

El Convenio de La Haya de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores no trata cuestiones de Derecho aplicable ni de reconocimiento y ejecución de resoluciones —típico en toda norma de DIPr.—, razón por la cual entran en acción las normas internas de cada Estado, así por ejemplo, en este sentido en España habría que acudir a los arts. 21 y 22 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial²⁰, pues los fines del CH80 recogidos en su art. 1 son, en primer lugar, *garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante* y en segundo lugar, *velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en cada uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes*. En suma, este convenio regula una acción directa de restitución del menor en aras de obstaculizar la legalización de la sustracción ante los Tribunales del Estado en el que se haya el menor.

El Reglamento (CE) N.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las responsabilidades judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) N.º 1347/2000, se encarga de reforzar y potenciar las disposiciones y las garantías de seguridad ya contenidas en el Convenio de la Haya de 1980 en lo concerniente a las sustracciones internacionales de menores entre estados miembros de la Unión Europea, es decir, regula el mismo asunto, pero solo opera entre dichos Estados, que en virtud de su art. 2.3) son todos los Estados miembro de la UE, excepto Dinamarca, así pues, solo cabe ampararse en él cuando se produce un traslado o retención ilícito de un menor según su artículo 2.11)²¹.

¹⁷ «BOE» núm. 210 de 1 de septiembre de 1984, en adelante, «CL80».

¹⁸ «DOUE» L338 de 23 de diciembre de 2003, pp. 1 a 29, en adelante «RB II bis».

¹⁹Fuente: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/105/signatures>, [Consulta: 17/05/2019].

²⁰ «BOE» núm. 157, de 2 de julio de 1985, en adelante, «LOPJ».

²¹ Un traslado de menor es ilícito cuando a) *se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención*. b) *este derecho se ejercía, en el momento del traslado o*

dentro de dichos Estados miembro.

El Convenio tiene por objetivo frenar la sustracción ilícita de menores mediante tres mecanismos²² que son, en primer lugar, la acción directa de restitución del menor al país de su residencia habitual, en segundo lugar, la litigación por la custodia y obtención de una orden de restitución en el Estado miembro de residencia previo a la sustracción *cuando mediante el primero no se logre la restitución del niño* y, por último, la litigación sobre la custodia ante los tribunales del Estado miembro de la previa residencia habitual del menor, *es decir, se litigará en el Estado requirente y se trata de una alternativa a los mecanismos previos que consiste en acudir, sin ningún paso intermedio, a las autoridades de dicho Estado con el fin de obtener la custodia [...]*.

3.2. La acción de restitución del menor

Aspectos generales

Esta acción está recogida en el CH80 y es el mecanismo al que más se acude ante la sustracción ilícita de un niño, ya que el convenio aplica entre sus Estados parte que a día de hoy son 100²³ y, además, se centra en la restitución del menor a su lugar de residencia, es decir, no requiere de sentencia previa sobre la custodia. Esas dos características la convierten en la normativa preferente para solucionar el conflicto de las sustracciones ilícitas frente al CL80 cuyas principales limitaciones para su aplicación son, que recuérdese son, en primer lugar, que solo se puede utilizar entre sus Estados parte, los cuales hoy son 37²⁴ y, en segundo lugar, debe existir una sentencia previa respecto de la custodia del menor.

En lo concerniente al RB II *bis*, el procedimiento se asemeja al del CH80, pero incorpora ciertas graduaciones y es que esta regulación se considera como una alteración del CH80 más que como una nueva regulación en sí²⁵. En este punto, se hace necesario resaltar que el RB II *bis* prima sobre los otros convenios²⁶, por tanto, ante una disputa por la restitución de un menor dentro de los Estados miembros de la UE —excepto Dinamarca— se aplicará el Reglamento y no los mencionados convenios. De lo anterior por tanto, se deduce que la primacía del Reglamento deja inoperativo al CL80, mientras que respecto al CH80 permite una aplicación de las normas alteradas por lo establecido en el Reglamento, sin embargo, ambos convenios deben complementarse entre sí, es

de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor.

²² CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, 18ª edición, Vol. II, Ed. Comares, Granada, 2018, pp. 517 – 518.

²³ Fuente: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>, [Consulta: 09/05/2019].

²⁴ Fuente: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/105/signatures?p_auth=KD7QQsBQ, [Consulta: 09/05/2019].

²⁵ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, 18ª edición, Vol. II, *op. cit.*, p. 518.

²⁶ Así lo manifiesta en su art. 60.

decir, que en el supuesto de que no se pueda aplicar el Reglamento, será de aplicación lo dispuesto en el convenio.

En suma, los tres convenios tienen por común denominador la celeridad del proceso y ello es así para minimizar los perjuicios en el entorno familiar²⁷ y garantizar devolver el *status quo* del menor, sin embargo, el CH80 contiene dos reglas: una general, la cual implica la restitución del menor y otra excepcional, que conlleva la no restitución.

En relación a la regla general es menester resaltar que se debe interpretar de forma expansiva, pues no cabe considerar otras circunstancias, como la de determinar la custodia ya que serán los Tribunales de dicha residencia habitual los encargados de pronunciarse en ese sentido, salvo si concurren las excepciones a la regla general previstas en el convenio²⁸. Por otro lado, su fundamento es el principio del interés del menor tal y como afirman CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, pues devolver al menor al país de su residencia habitual evita los cambios bruscos del menor con su ambiente habitual, se eliminan los estímulos a la sustracción y además, *el país de residencia habitual del menor es el país cuyos tribunales serán competentes para decidir en torno a la «responsabilidad parental del menor», [...]»*²⁹.

A *sensu contrario* la regla excepcional, la no restitución del menor al país del cual fue sustraído requiere una interpretación restrictiva puesto que implica la posibilidad de no retornar al niño si dicha decisión supone perjudicar el citado mayor interés del menor, ya que, *el carácter ilícito inicial del traslado puede sobrevenir lícito en determinadas circunstancias motivando que el menor no deba regresar al país de su residencia habitual originaria*³⁰.

Y es que en virtud del convenio en su art. 12.1 cuando ha transcurrido menos de un año desde el traslado ilícito la autoridad competente del país requerido está obligada a restituir de forma inmediata al menor, salvo si concurre alguna de las excepciones recogidas en el mismo que son:

En primer lugar, que el otro progenitor no estuviese ejerciendo la custodia de hecho o que hubiere consentido el traslado del menor (art. 13.a), en segundo lugar, que el menor se oponga a su restitución, pero en este sentido, solo es válida dicha oposición si ha alcanzado una edad y un estado de madurez en el que sea conveniente tener en cuenta sus opiniones y las mismas no sean producto de presiones por parte del progenitor sustractor o del propio entorno³¹, en tercer lugar, que la restitución del menor vulnere los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 20), es decir, cuando las normas del país requirente

²⁷ Art. 14 del CL80, Art. 11.6 del CH80 y Art. 11.3 del RBII bis.

²⁸ *Vid.* Arts. 12 y 13 del CH80 y SAP de Las Palmas, de 29 de junio de 2017 (ECLI:ES:APGC:2017:1005). En esta sentencia se desestima el recurso interpuesto contra otra que ordenaba la restitución de un menor sustraído desde Argentina, pues en el caso no concurren ninguno de los motivos válidos para denegar la restitución.

²⁹ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, Vol. II, *op. cit.*, p. 504.

³⁰ ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 270.

³¹ AAP de Castellón, de 13 de octubre de 2000 (ECLI: ES:AP CS:2000:530A), en su FD 3º se puede apreciar que, tras la valoración de la opinión de la menor en cuanto a su oposición al retorno, afirma: *en consecuencia, y de cuanto resulta acreditado en la tramitación del presente, no cabe sino concluir en interés de la menor, como se hiciera en la instancia, que no procede la restitución de la misma [...]*, es decir, se tiene en consideración la opinión de la menor en función de su madurez.

sean contrarias al orden público del país requerido, un ejemplo de esto sería el caso de que la custodia del menor se hubiere atribuido en atención a circunstancias discriminatorias y el último supuesto, sería que existiese un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera lo lleve a padecer una situación intolerable (art. 13.b).

Otra circunstancia a tener en cuenta es el transcurso del tiempo, pues si ha transcurrido más de un año desde el traslado ilícito, el art. 12 en su párrafo 2º añade otra excepción a la regla general de retorno: la integración del menor en el nuevo ambiente y tal como exponen CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ restituir a un menor a su país de origen cuando ha pasado un largo periodo de tiempo y se ha integrado en su nuevo ambiente significa dañar el interés del menor³².

3.4. Situación jurídica de María Rodríguez y su hija tras la huida

Tras analizar lo referente a la sustracción internacional de menores no cabe duda de que María Rodríguez sacó del país a la menor Daniela Lombard de forma ilícita y, por tanto, se procede a partir de ahora a analizar distintos aspectos de esta situación como por ejemplo si cabría o no la posibilidad de devolver a Daniela Lombard a Bélgica. Para ello, es preciso tener en cuenta los ámbitos extracomunitario y comunitario.

3.4.1. Ámbito extracomunitario

El primer supuesto planteado tiene relación con el instante en que María Rodríguez huye con su hija desde Bélgica a México —su país de origen—, privando a su expareja del derecho de custodia reconocido en la sentencia de divorcio. Se trata pues, de una sustracción internacional extracomunitaria lo que significa que se produce fuera de la UE y teniendo en consideración este punto más lo expuesto hasta ahora, todo el procedimiento se deberá llevar a cabo en virtud del Convenio de La Haya de 1980 ya que no se puede invocar ni el Convenio de Luxemburgo ni el Reglamento de Bruselas II *bis*³³.

Como se comentó, el CH80 no tiene otro fin distinto al de conseguir el retorno del menor lo más pronto posible a su país de residencia habitual³⁴, y en este sentido el TEDH³⁵ se ha manifestado respecto a la vida privada y familiar, haciendo hincapié en la

³² CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, Vol. II, *op. cit.*, p. 512.

³³ Recuérdese que el Reglamento de Bruselas II *bis* solo se puede aplicar para los traslados o retenciones ilícitos entre países miembros de la UE excepto Dinamarca y que, por su parte, el Convenio de Luxemburgo solo es de aplicación entre los Estados miembro de la UE y los Estados no pertenecientes a la UE pero que se hayan adherido al convenio, por lo que en este caso se excluye dado que México no es un Estado parte: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/105/signatures?p_auth=KD7QQsBQ, [Consulta: 09/05/2019].

³⁴ Se trata del principio de celeridad recogido en el art. 11 del CH80 el cual establece que, si no se resuelve el asunto en un plazo de seis semanas, el Estado requirente podrá exigir explicaciones y ello es así con el fin de evitar dilaciones indebidas, ya que una solución tardía facilitaría la consumación de la sustracción ilegal.

³⁵ STEDH (Sección 1ª), núm. 2000/14, de 25 enero [Caso Ignaccolo-Zenide Vs. Rumanía]. En la cual el Tribunal concluye que las autoridades rumanas han omitido desplegar los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de la recurrente al regreso de sus hijos y evitar las dilaciones del proceso lo cual ha violado su derecho al respeto de su vida familiar garantizado por el art. 8 del CEDH.

importancia de tramitar con rapidez y efectividad los procedimientos sobre sustracción internacional de menores, puesto que tal y como afirma DE LA ROSA CORTINA, *el paso del tiempo puede tener serias y permanentes consecuencias para la relación entre el menor y el pariente que quedó atrás tras el secuestro*³⁶, por tanto, no enfatiza respecto al reconocimiento inmediato de sentencias o de otros hechos distintos a su fin primordial, solo considera que retornar al niño a su ambiente habitual es su mayor interés.

Dicho lo anterior, el padre de la menor, el señor Daniel Lombard está legitimado para iniciar una solicitud de restitución de la menor invocando dicho convenio pues se dan los requisitos que son:

- En virtud de su art. 4, el convenio se aplica a los menores de 16 años cuya residencia habitual sea un Estado contratante en el momento de la sustracción ilegal. Al respecto, recordemos que, en ese instante, Daniela Lombard tenía tres años de edad.
- Del propio convenio se deduce que se trata de un acuerdo internacional inter partes, lo que significa que se puede aplicar cuando un menor es trasladado de forma ilícita desde un Estado parte —en el que tenía su residencia habitual— a otro Estado parte. En este caso, tanto Bélgica como México son Estados parte del Convenio³⁷.
- El traslado debe tener un carácter ilícito en virtud del art. 3. En este aspecto María Rodríguez traslada ilícitamente a su hija violando el derecho de custodia que el padre venía ejerciendo de forma efectiva³⁸.

El procedimiento a seguir teniendo en cuenta que el CH80 pivota en torno a la colaboración entre las llamadas autoridades centrales designadas por cada uno de los Estados parte³⁹, consistirá en que el señor Lombard deberá incoar el procedimiento acudiendo a la autoridad central belga⁴⁰ para hacer una solicitud de repatriación a la autoridad central requerida⁴¹. Cumplimentará la denominada solicitud de repatriación del menor la cual deberá contener la identidad de las partes afectadas, las razones que lo llevan a reclamar el retorno, los motivos en que se basa para reclamar la restitución de la menor, una decisión o certificación acreditativa de la ilicitud del traslado, entre otros [art. 8.2 apartados a) - g)].

³⁶ DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “Sustracción parental de menores”: *Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, op. cit., p. 92.

³⁷ Vid. al respecto: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>, [Consulta: 12/05/2019].

³⁸ SAP de Barcelona, de 1 de octubre de 2013 (ECLI:ES:APB:2013:11168), en el párrafo tercero de su FD 3º recoge que el traslado del menor desde Madeira a España se ha llevado a cabo de forma ilícita ya que: *ambos progenitores tienen encomendados los derechos de custodia de los hijos en el sentido exigido por el Convenio [...], pues ninguno de ellos puede decidir sin el consentimiento del otro o autorización judicial el lugar de residencia de los menores.*

³⁹ Art. 6: *Cada uno de los Estados contratantes designará una Autoridad Central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le impone el Convenio.*

⁴⁰ Vid. al respecto: <https://www.hcch.net/es/states/authorities/details3/?aid=69>, [Consulta: 13/05/2019]. Recoge que la autoridad competente en Bélgica es: Service Public Fédéral Justice. Direction générale Législation, des Libertés et Droits fondamentaux. Service de Coopération internationale civile. Autorité centrale Coopération internationale civile.

⁴¹ Vid. al respecto: <https://www.hcch.net/es/states/authorities/details3/?aid=107>, [Consulta: 13/05/2019]. Recoge que la autoridad competente en México es la Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior. Dirección de Derecho de Familia.

Una vez recibida la solicitud de restitución del menor la Autoridad Central del Estado donde este se encuentre adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor (art. 10).

La autoridad central, tras comprobar que la documentación está completa, solicita de INTERPOL la localización del menor [...], localizado el menor, si no se consigue una solución amistosa, la autoridad requerida debe promover por los cauces y ante las autoridades establecidas en el país de que se trate una decisión de devolución del menor⁴².

Visto lo anterior se confirma que el padre de la menor goza de legitimación para ejercitar la acción directa de restitución del menor contenida en el CH80. No obstante, se debe tener en cuenta que ha transcurrido más de un año —Daniel desconoció el paradero de ambas durante más de un año y medio— desde que María Rodríguez se llevara a su hija de Bélgica a México y que si bien nunca lo denunció por los malos tratos que padecieron ella y la niña, recuérdese que estando ya en México y como consecuencia de la constante angustia que manifestaba la pequeña al hablar de su padre, un terapeuta le diagnostica trastorno por estrés postraumático debido a los malos tratos sufridos. Estas dos circunstancias —transcurso del tiempo y violencia doméstica— podrían ser factores determinantes para que la acción incoada por Daniel fuese desestimada y, por tanto, se denegase el retorno de Daniela a Bélgica.

Lo anterior tiene su fundamento en primer lugar, en el art. 12, el cual prescribe que, si transcurre más de un año desde la sustracción hasta la iniciación del procedimiento ante la autoridad competente del Estado en el que se halle el menor, es posible denegar la restitución si se demuestra que este *se ha integrado en su nuevo ambiente* y, en segundo lugar, el artículo 13.1.b) prevé una de las excepciones al retorno: cuando el mismo le expusiere en una situación de grave riesgo de ser objeto de un peligro físico, psíquico o cualquier otra situación intolerable. Sin embargo, es preciso aclarar que la autoridad no está obligada a denegar la restitución una vez probada la excepción⁴³.

En relación a los mencionados riesgos físicos y psíquicos que podría padecer la menor en caso de ser retornada junto a su padre, es de considerar que dada su corta edad apenas puede manifestar todo lo ocurrido y que la valoración del terapeuta es relevante para confirmar que, en efecto, proceder a su restitución significaría una exposición de riesgo para la pequeña, pues ha quedado demostrado que le causa angustia hablar de su padre⁴⁴.

En cuanto al tiempo transcurrido es relevante el hecho de que María Rodríguez y su hija Daniela Lombard viven junto a su familia, circunstancia de la que se puede concluir que la niña se ha adaptado a su nuevo ambiente y que sacarla de ahí sería atacar su mayor interés *pues está plenamente integrada en su actual entorno escolar, social y familiar y que un nuevo cambio de contexto podría repercutir en su desarrollo y bienestar*⁴⁵, opinión que también comparte PAZ LAMELA⁴⁶, ya que una vez el menor está integrado en el

⁴² DE LA ROSA CORTINA, J.M., “Sustracción parental de menores”. *Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales, op. cit.*, p. 112.

⁴³ Ello se deduce del propio art. 13.1.b) al afirmar que La autoridad judicial o administrativa *PODRÁ asimismo negarse a ordenar la restitución del menor [...]*, es decir, se trata de una decisión facultativa de la autoridad competente.

⁴⁴ *Vid.* AAP de Almería, de 6 de febrero de 2004 (ECLI: ES:APAL:2004:48A), en la cual se deniega la restitución tras quedar demostrado que el padre les infunde terror y, además, las menores se encuentran arraigadas con su madre en el lugar al que fueron trasladadas. Por ello, *las consideraciones técnico-jurídicas de la Abogacía del Estado deben decaer en beneficio de las menores [...]*.

⁴⁵ *Vid.* AAP de Lleida, de 9 de diciembre de 2011 (ECLI: ES:APL:2011:622A).

⁴⁶ PAZ LAMELA, R.S.: *Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional (Análisis a través de la jurisprudencia reciente)*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 17, 2013, p. 683.

entorno su restitución es una *nueva quiebra de la situación de integración en la que se haya [...] y por ello, esta excepción opera con independencia de que la sustracción del menor pueda ser calificada como ilícita [...]*. Sin embargo, es preciso destacar que si la dilación del proceso es imputable a la autoridad competente *no permitiría a las Autoridades del Estado de situación del menor, considerar la integración del mismo como causa de no restitución*.

3.4.2. Ámbito comunitario

En este punto se pasa a analizar el supuesto partiendo de la base de que María Rodríguez es ciudadana comunitaria al ostentar la nacionalidad de algún país miembro de la UE y que huyó a España junto a su hija, por tanto como se ha puesto de manifiesto, en las sustracciones ilegales de menores dentro de la UE es imperativo resolver la cuestión por la vía del RB II *bis* ya que así lo prescribe su art. 60.e) —supremacía sobre el CL80— y d) —supremacía sobre el CH80—, en otras palabras, cuando un menor se encuentra en un Estado miembro y se solicita su restitución a otro Estado miembro, se debe aplicar el Reglamento Bruselas II *bis* y no los otros convenios. No obstante lo anterior, el art. 11 del propio Reglamento hace una remisión al CH80, con el fin de conseguir la restitución. Además, de forma complementaria, será de aplicación el Convenio de La Haya el 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 niños⁴⁷. La mencionada remisión sin embargo, tal y como ya se comentó, incorpora determinadas correcciones, dicho de otra manera, agrega una alteración al convenio de la Haya de 1980.

El mencionado artículo 11 del RB II *bis* hace una modificación de la acción directa de restitución contenida en el CH80, lo que significa que se puede ejercitar dicha acción pero modificada en ciertos aspectos recogidos en el citado artículo. Dicha reforma se refiere a que no cabe posibilidad de denegar la restitución de un menor una vez demostrado que se da el supuesto del art. 13.1.b) del CH80 —que retornar al menor lo expone a un grave peligro psíquico, físico u otra situación intolerable— siempre y cuando el país requirente *demuestre que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución*.

Tras lo expuesto se puede observar que el Reglamento es una gran limitación a la restitución contemplada en el art. 13.1.b) del convenio y por ello, existe una gran posibilidad de que Daniela Lombard sea retornada a su país de residencia habitual anterior al traslado, teniendo en cuenta la primacía de las normas del Reglamento frente a las del convenio⁴⁸ y también, porque en virtud del art. 11.8 del Reglamento, aunque España negare la restitución de Daniela si otro órgano judicial competente ordenase lo contrario en virtud del propio Reglamento *será ejecutiva [...] con el fin de garantizar la restitución*.

3.4.2.1. Orden de restitución por la autoridad requirente

En el supuesto de que un juez belga solicitase la restitución de Daniela Lombard, se analizará el procedimiento que deberá llevar a cabo la autoridad competente española y si procede estimar o no la solicitud de retornar a la menor.

Como se ha plasmado, el RB II *bis* decreta la aplicación con carácter general del CH80, no obstante lo anterior, primará en las materias que el propio Reglamento regula.

⁴⁷ «BOE» núm. 291, de 02 de diciembre de 2010, pp. 99837 a 99868.

⁴⁸ *Vid. infra*. ANEXO A.

En este supuesto los trámites que deberá realizar el señor Daniel Lombard son: en primer lugar, dirigirse a la autoridad central competente belga e instar la restitución de la menor cumpliendo de nuevo con los requisitos exigidos en el art. 8 del CH80. Posteriormente, dicha autoridad se dirigirá a la autoridad competente española⁴⁹ la cual tiene entre sus funciones⁵⁰:

- Recibir las solicitudes de restitución internacional provenientes de las Autoridades centrales extranjeras y remitirlas a la Abogacía del Estado de la provincia en la que se encuentre el menor.
- Cuando así lo requiera el caso, solicitar a Interpol el paradero del menor.
- La Abogacía del Estado una vez estudiada la documentación y caso de que se cumplan todos los requisitos necesarios, procederá a interponer la demanda de restitución ante el tribunal competente en representación de la Autoridad Central española.

3.4.2.2. Competencia judicial internacional

Cuando se da la sustracción de un menor desde un Estado miembro —Estado requirente— a otro —Estado requerido—, el RB II *bis* en su art. 10 establece que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen conservarán su competencia en el asunto salvo determinadas circunstancias que de darse derivarían la competencia al Estado en el que se halla el menor⁵¹.

En el supuesto analizado no se da ninguna de las situaciones planteadas por el citado artículo, por tanto, el juez belga es competente para ordenar la restitución de Daniela Lombard y el Estado español deberá ahora remitirse a su ordenamiento interno para proceder según lo establecido en él.

3.4.3. Proceso en España

El ordenamiento jurídico español también regula la sustracción internacional de menores tanto en el ámbito civil, como penal y procesal, sin embargo, como consecuencia de la adaptación al medio se analizará el supuesto desde el ámbito procesal dejando de lado la parte civil (arts. 103 y 158 del CC)⁵² y la penal⁵³.

En el ámbito procesal la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁵⁴ en su libro IV (*De los procesos especiales*), título I (*De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores*), capítulo IV *bis* (arts. 778 *quater* al 778 *sexies*) bajo la

⁴⁹ Ministerio de Justicia. Servicio de Convenios. Fuente:

<https://www.hcch.net/es/states/authorities/details3/?aid=124>, [Consulta: 15/05/2019].

⁵⁰ *Vid.* <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/area-internacional/tramites-internacionales/sustraccion-internacional>, [Consulta: 15/05/2019]

⁵¹ *Vid. infra*. ANEXO B.

⁵² Prescribe una serie de medidas a adoptar cuando exista riesgo de sustracción de un menor bien por parte de alguno de sus padres o bien, por parte de terceras personas. Dichas medidas son: a) Prohibición de salida del territorio nacional salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

⁵³ Art. 225 *bis* del CP en su apartado primero establece una pena de prisión para el delito de sustracción de menores que va desde los 2 hasta los 4 años y una inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad de 4 a 10 años.

⁵⁴ «BOE» núm. 7, de 8 de enero de 2000, en adelante «LEC».

rúbrica *Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional*, entra a resolver este tipo de situaciones.

Este capítulo lo introdujo a la LEC la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria⁵⁵, dando al procedimiento, como subraya la Fiscalía General del Estado, *el carácter de contencioso y acomoda su tramitación a la relativa a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal (art. 749 LEC 1/2000)*⁵⁶.

El art. 778 *quinquies* de la LEC regula el procedimiento de restitución de un menor que haya sido retenido o trasladado a España desde otro Estado miembro. En él resalta el principio de celeridad al disponer unos plazos cortos pues prescribe que:

El Secretario judicial resolverá sobre la admisión de la demanda en el plazo de las 24 horas siguientes, que la comparecencia del demandado con el menor no podrá exceder de los tres días siguientes a dicha admisión, que si el demandado se opone se celebrará una vista dentro del improrrogable plazo de los cinco días siguientes, o que, en su caso, la apelación con efectos suspensivos tendrá tramitación preferente y deberá ser resuelta en el improrrogable plazo de veinte días⁵⁷.

Según lo establecido en los arts. 117.3 de la CE, 2 de la LOPJ y 36 de la LEC *El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes y tratados internacionales, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan [...]*. Por tanto, serán los Juzgados de Primera Instancia españoles en virtud de los arts. 21.1, 22 e), 22 sexies y 22 octies de la LOPJ quienes conocerán de las pretensiones que:

Se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas. Con carácter exclusivo serán competentes, sin posibilidad de abstenerse o declinar su competencia y con preferencia de cualquier otro, para conocer de las pretensiones relativas al reconocimiento y ejecución en territorio español de sentencias y demás resoluciones judiciales dictados en el extranjero, así como para adoptar las medidas de aseguramiento respecto de personas que se hallen en el territorio español y deban cumplirse en España.

Expuesto lo anterior, será el Juzgado de Primera Instancia del domicilio en el que resida la menor junto a su madre quien conocerá y resolverá el asunto teniendo en cuenta que hay una orden de restitución por parte de Bélgica —residencia habitual previa a la sustracción—, quien deba pronunciarse respecto al retorno de la niña.

⁵⁵ «BOE» núm. 158, de 3 de julio de 2015, en adelante «LJV».

⁵⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 6/2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, 2015, p. 11. Disponible en: http://www.cvca.es/wp-content/uploads/2017/03/sustraccion_internacional_menores.pdf

⁵⁷ LORENZO SOLIÑO, J.A.: *Demanda solicitando la restitución de un menor de 16 años trasladado o retenido de forma ilícita desde un Estado miembro de la Unión Europea*, La Ley Derecho de Familia, núm. 10, 2016, p. 2.

4. PROPUESTA SEXUAL TELEMÁTICA A MENORES

En el supuesto que se está analizando llega un momento en el que por el transcurso del tiempo Daniela Lombard alcanza los catorce años, participa de forma asidua en redes sociales en las cuales un tercero la contacta presentándose como Raúl Martínez de quince años de edad quien, tras ganarse su confianza, le solicita imágenes y vídeos de contenido sexual, luego bajo la amenaza de difundir dicho contenido, la convence para que acepte mantener un encuentro personal con él, el cual gracias a la intervención policial no llega a ocurrir.

Como se mencionó al inicio de estas páginas la evolución tecnológica y, en especial las TIC'S, se han convertido en un medio favorecedor para delinquir y por ello, nuestro ordenamiento jurídico no ha sido indiferente ante este avance procediendo a penalizar los actos delictivos emanados como consecuencia de dicho progreso tecnológico.

La propuesta sexual telemática se conoce también como *online child grooming* el cual irrumpió en el CP español mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal como consecuencia de la ratificación por España del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007⁵⁸. La mencionada Ley de reforma en el apartado XIII de su exposición de motivos alude a la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra los menores y por ello resalta la necesidad de castigar penalmente las conductas de un adulto para ganarse la confianza de los niños utilizando dichos medios con el propósito de concertar encuentros y llevar a cabo actos de índole sexual.

Por lo anterior se conoce el *child grooming*, en la opinión de RAMOS VÁZQUEZ, J.A., como *las conductas que lleva a cabo el potencial abusador / agresor sexual de menores a fin de contactar y ganarse la confianza de estos, sea personalmente, sea, precisamente, a través de internet [...], cuya finalidad última es la de abusar sexualmente del/la menor*⁵⁹.

Por otro lado, el grooming es considerado por parte de la doctrina como un proceso mediante el cual el delincuente se acerca a un menor con el fin de ganarse su confianza, en la mayoría de las ocasiones haciéndose pasar también por menor de edad y fingiendo tener conflictos similares a los que el niño le haya manifestado en el transcurso del proceso. Todo ello con el objetivo de que el menor perciba que está tratando con alguien que de verdad le comprende porque precisamente, está viviendo situaciones como las de él y por tanto, el niño cree que el sujeto activo es una persona empática. Este mencionado proceso consta de las siguientes fases⁶⁰:

⁵⁸ «BOE» núm. 274, de 12/11/2010, pp. 1-18. En adelante, «Convenio de Lanzarote», cuyo artículo 23 dispone que: *Cada parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño [...], cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro.*

⁵⁹ RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: *El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado*, Diario La Ley, N.º 7746, 2011, p. 2.

⁶⁰ *Vid* al respecto: VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 32-36.

- a) *Fase de establecimiento de la amistad.* En ella se confirma que el adulto conoce al menor, sin embargo, aún no llega a solicitar imágenes o vídeos de contenido sexual (sí de otras como tan solo de la cara) porque espera a un instante en el que se haya afianzado la confianza.
- b) *Fase de conformación de la relación.* En esta etapa el sujeto activo por lo general intenta que la víctima lo vea como de verdad su amigo en el cual confiar, pues “se preocupa de sus problemas”.
- c) *Fase de valoración del riesgo.* Aquí lo que se busca es detectar la vulnerabilidad del menor, es decir, si se haya aislado y sin controles por parte de adultos.
- d) *Fase de exclusividad.* En este nivel las comunicaciones entre ambos pasan a ser más personales, el *groomer* induce al menor para que le revele sus problemas personales, haciéndole creer que él le ha revelado los suyos. Llegado este punto, la relación se convierte algo más personal y de forma esporádica, sexual.
- e) *Fase sexual.* Es aquí en donde el nivel de confianza es mayor y el *adulto conduce a que el niño lo perciba como un mentor o como un posible futuro amante.*

4.1. Calificación jurídica de los hechos

El CP en su título VIII bajo la rúbrica *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, dentro de su capítulo II *bis* denominado *De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años* recoge en su art. 183 *ter* apartado primero el fenómeno del *child grooming*, advirtiendo que:

El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

El mencionado precepto, en la opinión de ORTS BERENGUER, E., lo que tipifica son los actos preparatorios y no el mero contacto con el menor ya que *por más que esté impregnada de deseos sexuales, mal puede denominarse tentativa de violación o de abuso, etc. [...], porque la realización de los distintos tipos de acción no ha comenzado ni el ataque al bien jurídico, tampoco*⁶¹.

Por otro lado, en el apartado segundo del mismo artículo se sanciona con prisión de seis meses a dos años a quien *a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor.* En este

⁶¹ ORTS BERENGUER, E.: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), [et al.]: *Derecho penal (parte especial)*, 5ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 227.

caso se está castigando el llamado *sexting*⁶² y del mismo se deduce que se sanciona el hecho de embaucar a un menor para que cree contenido pornográfico no solo de él mismo sino de terceros.

Una vez expuesto en qué consisten y cuáles son los elementos que conforman los delitos de *online child grooming* y de *sexting* se procede a analizar si en efecto, Raúl Martínez incurrió en ellos.

Como ya se expuso, el art. 183 *ter* apartado 1º del CP recoge los requisitos que se deben dar para cometer el tipo penal recogido en el mismo y por tanto, es menester afirmar que en el supuesto en cuestión, de los citados requisitos se cumplen los siguientes:

En primer lugar, la toma de contacto se produce mediante las redes sociales, además, Raúl sabía que Daniela era menor de dieciséis años y ello se deduce de la estrecha confianza surgida entre ellos a tal nivel que la menor le facilita su número de teléfono para continuar la relación en un ámbito más privado utilizando el sistema de mensajería de *Whatsapp*, generando de esta forma uno de los elementos de la fase sexual del *grooming* comentada por VILLACAMPA ESTIARTE, C., ya que *la conversación se traslada de un espacio público a un espacio privado en el chat, o más recientemente al mensaje bidireccional privado en las redes sociales, así como al teléfono móvil del menor e incluso a la web cam*⁶³.

En segundo lugar, Raúl aprovechando la familiaridad generada incita a la menor para que le envíe fotografías y vídeos desnuda y con posturas sugerentes.

Y por último, le propone que se encuentren —quizá con la intención de abusar sexualmente de ella tal y como lo había hecho en una ocasión con otra menor— recurriendo a amenazas ante la inicial negativa de Daniela a dicha propuesta. En este punto y en relación a la mera propuesta de encuentro, es necesario aclarar que algunos autores consideran este requisito como una *quiebra al principio de lesividad*⁶⁴, dicho de otro modo, el mandato se teoriza como un adelantamiento de la intervención penal *a un momento (preparatorio o ejecutivo) previo al de la materialización de los delitos de carácter sexual a que alude el precepto*⁶⁵. En consecuencia, cabe recordar que cuando Raúl le propone el encuentro y tras la amenaza de difundir las imágenes y los vídeos que la menor le había enviado, procede a enviarle copia de una tarjeta de embarque perteneciente a un vuelo Madrid – México, acción que resulta relevante porque con ella se ve cumplida la exigencia de *realizar actos materiales encaminados al acercamiento*, y en la opinión de RAMOS VÁZQUEZ, J.A., es precisamente el elemento que *dota de*

⁶² MENDOZA CALDERÓN, S.: “El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores”. *Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 169, el *sexting* consiste en la difusión o publicación de contenidos (principalmente fotografías o vídeos) de tipo sexual, producidos por el propio remitente, utilizando para ello el teléfono móvil u otro dispositivo tecnológico [...].

⁶³ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, *op. cit.*, pp. 34 – 35.

⁶⁴ RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: *El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado*, *op. cit.*, p. 10.

⁶⁵ DE LA MATA BARRANCO, N.J.: *El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual*, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N.º 19, 2017, p. 6. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-10.pdf>

*ofensividad a la conducta*⁶⁶, lo cual también se pone de manifiesto en la Sentencia núm. 373/2013 de 4 de octubre, de la Audiencia Provincial de Ourense⁶⁷ al exponer que:

El propósito normativo a que responde la exigencia de concurrencia de actos materiales encaminados al acercamiento está ligada a la constatación de la seriedad de la proposición; o dicho de otro modo, tratando de descartar la punición de proposiciones poco serias. En el caso, el contenido de la propia secuencia comunicativa pone de relieve lo veraz y auténtico de la proposición.

En relación a las amenazas, son sancionadas en el art. 169 del CP⁶⁸ y los Tribunales han venido manifestando que los bienes jurídicos protegidos son, en primer lugar, la libertad sexual del menor, dicho de otra forma, la autodeterminación, así lo manifestó la Audiencia Provincial de Sevilla en su sentencia núm. 465/2013 de 3 de octubre al decir que se trataba de la *libre disposición de la potencialidad sexual y el derecho a no verse envuelto sin consentimiento en una acción sexual [...], la falta de consentimiento se presume legalmente en una menor de tal edad [...]*⁶⁹. En segundo lugar, la indemnidad sexual del menor y en este sentido la Sentencia del Juzgado de Menores de Ourense núm. 43/2013 de 13 de mayo⁷⁰ en su fundamento de derecho primero, párrafo tercero insiste en que dicho bien jurídico se lesiona como consecuencia de la falta de capacidad del menor para consentir *relaciones sexuales*.

La citada sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 465/2013 de 3 de octubre, en su FD primero apartado tercero respecto de las amenazas recoge que deben concurrir ciertos elementos tales como: *el anuncio de un mal serio, real y perseverante, constitutivo de alguno de delitos que figuran en la relación contenida en el art. 169 del CP y que dicho anuncio debe ser injusto, determinado, posible, dependiente de la voluntad del sujeto activo y originador de la natural intimidación*.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Segovia en su sentencia núm. 27/2010 de 8 de septiembre, ante las amenazas del sujeto activo de difundir las fotos de la víctima si no accedía a sus pretensiones consideró que:

Se cometía un delito de amenazas condicionales recogidas en el art. 169.1^o⁷¹ ya que los hechos declarados probados por el Jurado son constitutivos de un delito de amenazas condicionales del artículo 169.1^o del código Penal; pues se amenaza a la víctima con colgar en diferentes páginas de internet, fotos de ella desnuda, con la cara visible y plenamente reconocible, si la víctima, no accede entre otras exigencias, a desnudarse ante la webcam

⁶⁶ RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “Política criminal, cultura y abuso sexual de menores”. *Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 164.

⁶⁷ SAP de Ourense de 4 de octubre de 2013 (ECLI: ES:APOU:2013:723), fundamento de Derecho cuarto.

⁶⁸ El cual dice: *El que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado: 1.º Con la pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años. Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos. 2.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional.*

⁶⁹ SAP de Sevilla, de 3 de octubre de 2013 (ECLI: ES:APSE:2013:3018). En su FD 1º I) en cuanto a la edad mínima para consentir se refiere a los trece años, tras la reforma del CP en el año 2015 dicha edad se elevó a dieciséis.

⁷⁰ SJME de Ourense, de 13 de mayo de 2013 (ECLI: ES:JMEOU:2013:43). En ella se condena a un menor de 17 años quien si bien contactó a la víctima por redes sociales, el encuentro no tuvo lugar, por tanto, lo que se castigaron fueron los *actos materiales encaminados al acercamiento*.

⁷¹ SAP de Segovia de 8 de septiembre de 2010 (CENDOJ: 40194381002010100004), FD 1º.

(cámara digital conectada a un ordenador) y tener "sexo cibernético" (masturbación ante la cámara), cuando estuviera conectado con el inculcado.

Por tanto, tras analizar los hechos se puede afirmar que Raúl Martínez realizó todas las acciones que se sancionan en los arts. 183 *ter* y como tal podría responder de las siguientes penas:

Primero, por el delito de abusos sexuales a menores de dieciséis años, del artículo 183 *ter* apartado primero del C.P —haber contactado a la víctima por medio de las TIC'S y haberle propuesto un encuentro—, a prisión de entre uno y tres años o multa de doce a veinticuatro meses. No obstante lo anterior, la pena se aplicaría en su mitad superior porque el intento de acercamiento se llevó a cabo mediante intimidación. Así pues, la pena de prisión a la cual podría ser condenado oscilaría entre los dos años más un día y los tres años, pero si el Juez se decanta por imponer la multa, la misma estaría entre los dieciocho meses más un día a veinticuatro meses.

Segundo, por el delito recogido en el art. 183 *ter* apartado segundo —embaucar a un menor para que facilite material pornográfico— podría ser condenado a una pena de prisión de entre seis meses y dos años. En este punto, el hecho de que no se dé una alternativa a la pena de multa como sí ocurre en el apartado primero resulta incoherente para RAMOS VÁZQUEZ, J.A., puesto que el apartado primero del citado artículo contiene un elemento tipo de mayor gravedad y aun así la prisión y la multa son alternativas⁷².

Tercero. El propio art. 183 *ter* en su apartado primero contiene un concurso real de delitos⁷³ y por tanto, las penas contenidas en él (captar menores de dieciséis años mediante las TIC'S para cometer cualquiera de los delitos de los arts. 183 y 189) serán de aplicación *sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos*. Así pues, teniendo en cuenta lo expuesto, Raúl podría ser condenado a una pena de prisión de entre cinco y nueve años en virtud del art. 189.2 a) el cual dice que se castiga con dicha pena a quienes *realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo*⁷⁴ cuando se utilice a menores de dieciséis años.

Cuarto. Siguiendo el imperativo del concurso real de delitos del art. 183 *ter* Raúl también puede ser condenado por un delito de amenazas condicionales, el cual se castiga en el apartado 1º del art. 169 con una privación de libertad de entre uno y cinco años, la cual se debe imponer en su mitad superior porque las amenazas se hicieron mediante un medio de comunicación. No obstante lo anterior, dado que la condena de Raúl ya se elevó a la mitad superior por la agravante de intimidación recogida en el art. 183 *ter* apartado primero, se produce aquí un concurso de normas⁷⁵, por consiguiente, imponerle una

⁷² RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: "Política criminal, cultura y abuso sexual de menores". *Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código Penal*, op. cit., p. 178.

⁷³ Al respecto el art. 73 del CP prescribe que *al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas*. Por su parte, el Diccionario del Español Jurídico de la RAE lo define como la *situación que se produce cuando un mismo sujeto lleva a cabo en un cierto espacio de tiempo dos o más hechos que constituyen dos o más delitos*.

Disponible en: <https://dej.rae.es/lema/concurso-real-de-delitos>, [Consulta: 21/06/2019].

⁷⁴ Es decir, *a quien captare o utilizare a menores de edad [...] con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte [...]*.

⁷⁵ *Situación que se produce cuando un solo hecho podría ser calificado con arreglo a dos o más normas penales, pero solo una de ellas debe ser aplicada para no vulnerar el principio ne bis in idem*. Fuente:

sanción por las amenazas recogidas en el art. 169 infringiría el principio *ne bis in idem*, y al respecto, se debe considerar el principio de consunción que contiene el art. 8.3⁷⁶.

Expuesto lo anterior, lo más probable es que el Juez omita condenar a Raúl por las amenazas que recoge el art. 169.1.

4.2. Difusión de pornografía infantil⁷⁷

El sujeto activo del presente supuesto obtenía material pornográfico de menores para consumo propio, sin embargo, se plantea la cuestión de cuál sería su situación jurídica si hubiere difundido el mencionado material.

El art. 189.1 b) del CP castiga a quien *produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido*. En este punto se debe tener en cuenta la agravante ya mencionada del art. 189.2 a) referente a la utilización de menores de dieciséis años.

Respecto a lo que se considera pornografía infantil el mismo artículo menciona que se considerará como tal, a grandes rasgos, todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita o la representación de sus órganos sexuales cuyos fines sean despertar una excitación sexual, bien sea de forma real o simulada, es decir, tal y como manifiesta la Fiscalía General del Estado en la Circular 2/2015⁷⁸, *el material pornográfico puede ser virtual o técnico*.

Por su parte, el TS en su sentencia 795/ 2009⁷⁹ entiende que se responde por el apartado 1. a) del art. 189 cuando se participe de forma directa, es decir, por ejemplo, en el caso que se está analizando, se capta a un menor con los mencionados fines pornográficos y también se incurre en el tipo recogido en la letra b) si se difunden dicho material siendo de aplicación la agravante comentada teniendo en cuenta que el captar se entiende como participar en la producción del material y será indiferente si se realiza o no con fines de lucro.

Por tanto, Raúl Martínez incurriría en el delito de difusión de pornografía infantil y sería considerado como partícipe debido a que captó a la menor para que esta realizara los actos ya descritos y agravándose su situación como consecuencia de que Daniela es menor de dieciséis años. Por ello y en virtud del art. 189. 2 a) podría enfrentarse a una pena de prisión de entre cinco y nueve años.

Diccionario del Español Jurídico de la RAE, disponible en: <https://dej.rae.es/lema/concurso-de-normas> [Consulta 21/06/2019].

⁷⁶ El cual expone que *el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél*.

⁷⁷ En este subepígrafe se responderá a las consecuencias que enfrentaría Raúl Martínez en el supuesto de difundir las imágenes enviadas por Daniela.

⁷⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 2/2015 sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015, 2015, p. 17. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/fiscalia/C/2015/FIS-C-2015-00002.pdf>

⁷⁹ Vid. STS de 28 de mayo de 2009 (ECLI: ES:TS:2009:4634), FD 2º.

Ahora bien, ¿Si las fotos enviadas por Daniela no fueran de ella sino de otra menor de nacionalidad española ¿cuál sería la situación jurídica?

La respuesta a esta cuestión se puede extraer del apartado segundo del mismo art. 183 *ter*⁸⁰ al referirse a *un menor*, es decir, se entiende que las imágenes pueden ser de otro menor, con lo cual se aplicará este precepto de igual modo que si el contenido material fuese de Daniela, motivo por el cual la situación jurídica de Raúl Martínez no se vería modificada porque Daniela le hubiese enviado fotografías ajenas y el hecho de que la misma fuese española también considero que es un elemento carente de relevancia como para modificar la situación jurídica del sujeto activo, teniendo en cuenta que lo relevante es el lugar en el cual el delito se comete con independencia de la nacionalidad de la víctima o del delincuente. Sin embargo, se debería tener en cuenta si en México el hecho de que Daniela envíe fotos de una menor sería una acción castigada, es decir, si podría ser acusada de un delito de distribución de material pornográfico tal y como ocurre en Estados Unidos en donde *a los menores se les aplican los estatutos antipornografía inicialmente previstos para predadores sexuales adultos*⁸¹. En este sentido, si Daniela estuviese en España, según algunos autores, podría ser responsable del delito de distribución de material pornográfico *pasando la víctima a victimario (pues la cláusula del artículo 183 quater no es aplicable al artículo 189)*⁸² y por tanto, estaría sujeta al CP y a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de Menores⁸³ la cual se encarga de regular la responsabilidad penal de las personas hasta que alcanzan los dieciocho años.

Por último y en apreciación a lo prescripto en el art. 192.1⁸⁴ del CP en conexión con el art. 33⁸⁵ del mismo cuerpo legal, el Juez deberá imponer a Raúl la medida de libertad vigilada, la cual se empieza a cumplir cuando se dé por extinta la privación de libertad. El tiempo de duración de la pena de libertad vigilada irá en función del tiempo que duró la de prisión oscilando entre cinco y diez años si ha sido condenado, por ejemplo, a una pena superior a cinco años —pena grave— o, entre uno y cinco años si la privación de libertad sufrida fue de menos de cinco años —pena menos grave—.

⁸⁰ El cual expone que: *El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.*

⁸¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, op. cit., p. 107.

⁸² RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: *“Política criminal, cultura y abuso sexual de menores”*. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código Penal, op. cit., p. 175.

⁸³ «BOE» núm. 11 de 13/01/2000. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

⁸⁴ El cual indica que ante este tipo de delitos que se están tratando además de la prisión se debe imponer la medida de libertad vigilada tras el cumplimiento de aquélla. El tiempo de esta pena será de cinco a diez años cuando alguno de los delitos es grave y de uno a cinco años si se condenó por uno o más delitos menos graves.

⁸⁵ Es un precepto que se encarga de especificar cuáles son los delitos graves, menos graves y leves en función del tipo de pena impuesto y su duración. Así, por ejemplo, en su apartado 2.b) dice que la prisión superior a cinco años es una pena grave y en su apartado 3.a) indica que la prisión de tres meses hasta cinco años es una pena menos grave.

5. AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE DIECISÉIS AÑOS⁸⁶

5.1. Concepto

Se deduce del art. 183 del CP y consistiría en la realización de actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años empleando violencia o intimidación y son precisamente estos dos últimos elementos los que marcan la diferencia entre una agresión y un abuso, puesto que este carece de dichos fundamentos.

En este precepto el bien jurídico protegido de nuevo, es la libertad sexual del menor aunque según ESCOBAR JIMÉNEZ, C., no lo es en sentido estricto teniendo en cuenta que los menores de edad tienen al respecto una capacidad limitada para consentir y por tanto:

Más bien debía hablarse de su indemnidad sexual entendida, bien como la protección cualificada que se ofrece a quien no puede desarrollar con plenitud el ejercicio de la propia determinación sexual, bien como el intento de proteger otros intereses como el libre desarrollo de la personalidad o la misma libertad sexual potencial o de futuro que pudiera verse afectada por un ataque sexual desproporcionado, en tanto que se produce en una fase temprana de su desarrollo⁸⁷.

En el mismo sentido, la STS 355/15, de 28 de mayo, habla de una presunción *iuris et de iure* respecto al consentimiento de los menores de trece años (dieciséis hoy), pues considera que son inmaduros psíquicamente para ser titulares de dicha libertad de decisión necesaria y por tanto *estas acciones son constitutivas en cualquier caso de un delito de abuso sexual*⁸⁸.

5.2. Calificación jurídica de los hechos

El sujeto activo del presente supuesto no consigue embarcar su vuelo rumbo a México para encontrarse con Daniela, pues lo detiene la policía en el aeropuerto por haber obtenido material pornográfico de al menos doscientos menores de entre doce y catorce años y habiendo llegado en uno de los casos, mediante intimidación ultrajante, a realizar actos de carácter sexual con una menor de quince años en Valencia.

Teniendo en cuenta lo anterior se deduce que Raúl realizó los actos de carácter sexual con la menor utilizando intimidación la cual, como ya se expuso en páginas anteriores y en este sentido también lo reitera la mencionada STS 355/15 en su FD 12º al exponer que, *consiste en la amenaza de un mal grave, futuro y verosímil, si la víctima no accede a participar en una determinada acción sexual*. Por otro lado, en cuanto al calificativo de ultrajante, es sinónimo de vejatorio y según la RAE se trata de *maltratar, molestar o perseguir a alguien; perjudicarlo o hacerlo padecer*.

Por tanto, de todo lo expuesto se puede afirmar que la acción tipo del delito de agresión sexual es la de atacar la indemnidad sexual del menor de dieciséis mediante

⁸⁶ En este epígrafe se analizarán los hechos acaecidos en Valencia es decir, cuando Raúl Martínez agrede sexualmente a una menor de quince años.

⁸⁷ ESCOBAR JIMÉNEZ, C.: *Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183 quater*, Fiscalía Provincial de Granada, 2016, p. 5. Disponible en:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cristina%20Escobar%20Jim%C3%A9nez.pdf?idFile=6ed29867-0cb6-4e5d-9906-e1de2835a39a

⁸⁸ *Vid.* STS de 28 de mayo de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:2599), FD 12º.

violencia o intimidación. También es importante resaltar que para considerar que los actos revisten un carácter sexual deben ser realizados con el ánimo de despertar un claro instinto sexual.

Por otra parte, el TS ha manifestado que el solo hecho de obligar a otra persona a realizar dichos actos, es de por sí ultrajante puesto que *imponer a otra persona mediante violencia o intimidación, con más razón si se trata de menores, la realización de cualesquiera actos de naturaleza sexual, es una conducta que tiene en sí misma un contenido degradante y vejatorio para quien la sufre, en cuanto que constituye un atentado a la dignidad personal y, concretamente, a la libertad del sujeto en un ámbito especialmente íntimo del mismo*⁸⁹.

Así pues, se puede observar que Raúl valiéndose de intimidaciones consiguió doblegar la voluntad de la menor que al final terminó cediendo a las pretensiones de aquél, razón de sobra para reiterar que llevó a cabo los elementos tipo que recoge el art. 183.2 del CP y por ello podría ser acusado del delito de agresión sexual a menores de dieciséis años castigado con una pena de prisión de entre cinco y diez años.

Es menester resaltar que el precepto recoge unos tipos cualificados del delito y al caso serían de aplicación el apartado 4.c) como consecuencia de haber ejercido la intimidación de forma degradante y, por tanto, siguiendo el mandato de este precepto el tiempo correspondiente a la privación de libertad se debe calcular en su mitad superior, oscilando entre los siete años, seis meses más un día y los diez años.

En el momento de la detención al sujeto activo se le incautó material pornográfico para uso propio, en otras palabras, no difundía dichos archivos. Esta conducta la penaliza el CP en su art. el art. 189.5 manifestando que *al que para su propio uso adquiriera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con una pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años, sin embargo, a este delito no se le aplican las agravantes recogidas en el apartado segundo del precepto*⁹⁰.

Por este delito de posesión de pornografía infantil para uso propio se le podría imponer o bien la prisión por un periodo de tres meses a un año o en su defecto, la multa de entre seis meses a dos años.

⁸⁹ STS de 29 de diciembre de 2011 (ECLI: ECLI:ES:TS:2011:9150), FD 3º.

⁹⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 2/2015, op. cit.*, p. 20. Se refiere al art. 189.2 el cual prescribe que *serán castigados con una pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: cuando se utilice a menores de dieciséis años, cuando el material pornográfico fuera de notoria importancia, [...]*.

6. TRATA DE SERES HUMANOS

Se recuerda que en el presente supuesto llega un momento en el que transcurren diez años y Daniela cuenta para entonces con veintitrés años de edad. Recibe una oferta de trabajo en España cuyas condiciones eran muy llamativas, máxime teniendo en cuenta que ella no contaba con oportunidades laborales en México, razón por la cual acepta la oferta y decide viajar. Sin embargo, todo fue falso y termina inmersa en una red de trata de seres humanos ejerciendo la prostitución y venta de estupefacientes bajo coacciones, amenazas y violencia extrema.

6.1. Concepto

Tanto Naciones Unidas a través del art. 3.a) del denominado Protocolo de Palermo⁹¹, como el Consejo de Europa en el art. 4 del Convenio de Varsovia⁹², entre otros instrumentos internacionales han definido la trata de seres humanos como las acciones encaminadas al

Reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación. La explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos.

El Estado español traspasó dicho precepto en la reforma del CP llevada a cabo mediante la Ley Orgánica 5/2010 como consecuencia de la ratificación de los mencionados tratados internacionales y a día de hoy se recoge en el art. 177 *bis* del mencionado texto normativo.

El bien jurídico protegido lo recoge el preámbulo de la LO 5/2010 y son *la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren*.

El mencionado art. 177 *bis* del CP engloba tanto el tipo básico del delito más unos cualificados.

Tipo básico

Impone una pena de prisión de cinco a ocho años al que:

Sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

⁹¹ «BOE» núm. 296, de 11 de diciembre de 2003, pp. 44083 a 44089: Instrumento de Ratificación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

⁹² «BOE» núm. 219, de 10 de septiembre de 2009, pp. 76453 a 76471: Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

- a. La imposición de trabajo de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.
- b. La explotación sexual, incluyendo la pornografía.
- c. La explotación para realizar actividades delictivas.
- d. La extracción de sus órganos corporales.
- e. La celebración de matrimonios forzados.

El propio artículo menciona lo que se entiende por situación de necesidad o vulnerabilidad al afirmar que la misma se da cuando la víctima no tuvo más alternativas reales que tolerar el abuso sometiéndose a él.

Tipo cualificado

El resto de los apartados del artículo que se está tratando recogen unos tipos cualificados del delito, de entre los cuales los más importantes teniendo en cuenta el caso que se está desarrollando son:

El apartado 4.a) eleva la pena a la superior en grado cuando la vida o integridad física o psíquica de la víctima se hubiese puesto en peligro y por su parte, el apartado 4.b) también impone la misma pena cuando la *víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad*. Acto seguido, se alude a que en caso de que concurra más de una circunstancia se deberá calcular la pena en su mitad superior, es decir, *no se refiere a que han de concurrir el contenido de los párrafos a) y b) sino que pueden ser dos o más las situaciones del mismo apartado o de los dos apartados, por ejemplo, poner en peligro la vida y que la víctima sea especialmente vulnerable [...]*⁹³.

El apartado 6 recoge la agravante para el sujeto activo que pertenezca a una organización o asociación de más de dos personas dedicadas a estas actividades quien deberá responder en este caso por una pena superior en grado a la prevista para el tipo básico y además, la misma se elevará a la mitad superior en caso de que concurra alguno de los supuestos expuestos en el apartado 4º.

En el caso de los administradores, jefes o encargados de las mencionadas organizaciones se les aplicará la pena en su mitad superior y en todo caso, la superior en grado cuando se de alguno de los supuestos recogidos en el apartado 4º.

En el apartado 7 se impone la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido para las personas jurídicas implicadas en la trata de seres humanos y además, los Jueces y Tribunales de manera potestativa podrán aplicar las penas recogidas en el art. 33.7 [letras b) – g)], como por ejemplo, la disolución de la persona jurídica, suspensión de las actividades por máximo cinco años, clausura de los locales, etc.

Por su parte, el apartado 9 contiene un concurso real de delitos respecto al artículo 318 *bis* —inmigración clandestina— el cual más adelante se expondrá el motivo por el cual no es preciso aplicarlo a este supuesto.

Por último, el precepto recoge una cláusula de exoneración de la responsabilidad penal para las víctimas que se vieron forzadas bajo amenazas, abuso, violencia y engaño a cometer infracciones penales siempre y cuando *exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado*.

⁹³ SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A.: “Torturas y otros delitos contra la integridad moral y trata de seres humanos”, en SERRANO TÁRRAGA, M.D. y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Curso de derecho penal (parte especial)*, 4ª edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, p. 149.

6.2. Calificación jurídica de los hechos

La víctima de este caso en el momento de llegar a España quedó a merced de los abusos de un entramado delictivo de varias personas y empresas, quienes le retiraron el pasaporte, el móvil y procedieron a amenazarla con matar a su familia. Además, la obligaron mediante coacciones, amenazas y violencia extrema a prostituirse y a vender estupefacientes a sus clientes. Permaneció en esta situación durante un año y medio, cuando tuvo lugar una intervención policial y Daniela fue puesta en libertad junto a otras veinte mujeres.

Trata de seres humanos con fines de explotación sexual

Tras lo expuesto, se puede apreciar de forma clara que se han dado las acciones necesarias para cometer el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual que se encuentra tipificado como delito en el mencionado artículo 177 *bis* apartado 1.c) del CP siendo necesario destacar que:

- El sujeto activo en este caso es una organización criminal formada por personas físicas y jurídicas dedicada a la trata de seres humanos y al tráfico de drogas.
- En cuanto al sujeto pasivo, el mismo artículo afirma que es indiferente su nacionalidad, es decir, puede ser ciudadana comunitaria o extracomunitaria. Al respecto, recuérdese que Daniela es hija de ciudadano belga y que nació en Bélgica, por tanto se presume que es ciudadana comunitaria. También en este sentido cabe destacar que, según GARCÍA SEDANO, T., existen tres tipos de víctimas y Daniela sería el tipo de víctima que suelen ser *engañadas sobre la actividad que van a realizar y las condiciones a las cuales estarán sometidas; es el caso de la persona a la que se le ofrece trabajar en el exterior como empleada doméstica o mesera, pero en realidad se trata de laborar en la industria del sexo y bajo condiciones de esclavitud*⁹⁴.
- En relación al territorio, el tipo necesita que los hechos sean cometidos en territorio español, bien desde España, en tránsito o con destino a ella. En este aspecto, los hechos ocurren en España pues Daniela llega aquí por voluntad propia —recuérdese, engañada—.
- La acción tipo es la de captar a una persona con los fines ya mencionados y de conformidad con la cuarta acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, debemos entender como tal el atraer o ganar el afecto. Es decir, se tratará de cualquier conducta llevada a cabo *por medios materiales o intelectuales que orienten a la víctima hacia los fines típicos perseguidos por el sujeto activo*⁹⁵ y en este caso, así fue captada Daniela mediante una falsa oferta de trabajo con unas condiciones laborales tentadoras que, teniendo en cuenta sus circunstancias personales era lógico que no rechazara.

Por otra parte, se recuerda que la víctima se vio obligada a vender estupefacientes a los clientes que atendía, sin embargo, atendiendo a las circunstancias en las que se encontraba inmersa mientras actuaba, teniendo en cuenta el art. 177 *bis* apartado 11 y los tipos de autoría recogidos en el art. 28 del CP⁹⁶, se puede afirmar que el comportamiento

⁹⁴ GARCÍA SEDANO, T.: “Trata de personas – explotación sexual”. *El tipo de trata de seres humanos*, La Ley Penal N.º 109, 2014, p. 2.

⁹⁵ GARCÍA SEDANO, T.: “Trata de personas – explotación sexual”, *op. cit.*, p.3.

⁹⁶ *Vid. infra ANEXO C.*

de Daniela si bien corresponde con el de autora directa, el mismo fue realizado siendo ella un mero instrumento de los autores mediatos —la organización criminal que la captó— quienes doblegaron su voluntad bajo la intimidación, amenazas y violencia.

Respecto de lo anterior, autor mediato es quien lleva a cabo las acciones para cometer el tipo utilizando a otra persona como instrumento. MORANT VIDAL, J.⁹⁷, alude a algunos de los supuestos comúnmente admitidos como casos de autoría mediata, los cuales son:

En primer lugar, el dominio del hecho mediante coacción, es decir, cuando se fuerza a otra persona a llevar a cabo las acciones para cometer el tipo utilizando amenazas, intimidación, violencia, etc.

En segundo lugar, estaría el de la figura del autor detrás del autor, lo que significa que *el autor dispone tanto del conocimiento de las circunstancias como de la voluntad de acción, pero, sin embargo, existe una dependencia psíquica del autor respecto al “hombre que actúa detrás”*.

Tras analizar los hechos ocurridos, se observa que engloban diferentes delitos, por un lado, el de trata de seres humanos con fines de explotación sexual el cual se prevé en el art. 177 bis, apartado 1 b) cometido en el seno de una organización criminal recogido en el apartado 6 del mismo precepto y, por otro lado, un posible delito de inmigración clandestina recogido en el apartado 9 al realizar una remisión al art. 318 bis, además, este mismo apartado permite hacer un concurso real de delitos al exponer que *las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan [...] .*

Por lo anterior, el sujeto o sujetos activos podrían resultar culpables por los siguientes delitos y enfrentarse a sus correspondientes penas:

Primero. Por el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual a una pena de cinco a ocho años de prisión [art. 177 bis apartado 1.b)], pero como se debe aplicar el hecho organizativo esta pena deberá ser impuesta en su grado superior, es decir, la horquilla estaría entre los ocho años y un día a los doce años, además de la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena según lo previsto en el art. 56.1. 1º del CP.

Segundo. La pena anterior deberá elevarse de nuevo en un grado al concurrir las agravantes recogidas en el apartado 4.a) y b), pues se puso en peligro la integridad física y psíquica de Daniela y además era una víctima vulnerable por razón de su situación personal. Por tanto, la pena sería de doce años más un día a dieciocho años.

Tercero. En virtud de la remisión que hace el apartado 9 del precepto que se está tratando al art. 318 bis y en atención a lo que este mismo prescribe, se puede afirmar que no se aplicaría en el caso de Daniela dado que se presume que es de nacionalidad belga y el propio 318 bis afirma que se aplica a quienes ayuden *a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros [...] .* En este mismo sentido la STS núm. 188/2016 de 4 de marzo afirma que *una diferencia básica entre la inmigración ilegal y la trata radica en que la primera*

⁹⁷ MORANT VIDAL, J.: *La autoría mediata*, Boletín Aranzadi Penal N.º 10, 2003, pp. 12 – 14. Menciona otros cuatro supuestos que son: 1) Dominio del hecho induciendo a una persona a error o aprovechando la situación de error en que se encuentra, 2) Dominio del hecho por utilización de un inimputable, 3) Utilización como instrumento de una persona que actúa amparada por una causa de justificación y 4) Instrumento que obra dentro de un aparato de poder.

*siempre tiene un carácter transnacional, teniendo por objeto a un extranjero ajeno a la Unión Europea, aun cuando no exija necesariamente la cooperación en el traspaso de fronteras, mientras que la trata de seres humanos puede tener carácter transnacional o no, ya que las víctimas pueden ser ciudadanos europeos, o incluso españoles*⁹⁸.

Por tanto y, al menos, en el caso de Daniela los responsables deberían quedar absueltos en este sentido porque no sería de aplicación el mencionado art. 318 *bis*. No obstante, lo anterior no se debe ignorar que junto a Daniela fueron rescatadas del entramado otras veinte mujeres, por lo que se tendría que atender a la nacionalidad de cada una de ellas en el momento de individualizar las correspondientes penas.

Cuarto. Retomando lo expuesto en relación a la autoría de Daniela al vender estupefacientes, es preciso recordar que actuó bajo autoría mediata y por tanto debería quedar absuelta del delito tipificado en el art. 368 del CP, pues concurrieron todas las acciones que demuestran que su autoría en la comisión del tipo fue consecuencia directa de tener doblegada su voluntad bajo amenazas, violencia e intimidación.

Una vez liberada Daniela, su madre María Rodríguez, viaja desde México para acompañarla y brindarle apoyo durante el largo proceso judicial que se inicia con el fin de aclarar todo lo acontecido, sin embargo, gracias a una oferta laboral consigue un permiso de residencia y trabajo y se plantea la cuestión de cómo puede traer a vivir junto a ella a su actual pareja y al hijo de este cuya custodia tiene atribuida. Por tanto, en el siguiente epígrafe se tratará respecto a la situación jurídica de María Rodríguez y sus familiares mexicanos, es decir, se analizará lo referente al derecho de reagrupación familiar que pueden ejercer los extranjeros residentes en España siempre y cuando cumplan con determinados requisitos.

⁹⁸ STS de 4 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:824), FD 5º.

7. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN RÉGIMEN GENERAL

7.1. Concepto de extranjero

En virtud del art. 1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁹⁹, un extranjero es aquella persona que no ostenta la nacionalidad española, no obstante lo anterior, la CE en su art. 13 apartados 1º y 2º le permite gozar de las mismas condiciones que los nacionales pero bajo los matices y regulaciones específicas que las leyes puedan realizar¹⁰⁰ y, por su parte, el CC en su artículo 27 incide en el mismo sentido al prescribir que *los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las Leyes especiales y en los Tratados*.

Respecto a la noción de extranjero es menester destacar que no todos gozan del mismo estatus jurídico debido a que existen dos clases, en primer lugar, los extranjeros comunitarios quienes son titulares de una ciudadanía de un Estado miembro de la UE y, en segundo lugar, están los extracomunitarios, quienes ostentan la nacionalidad de cualquier Estado ajeno a la UE. Las circunstancias jurídicas de los primeros están reguladas por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo¹⁰¹, por su parte, la LOEx regula la situación en España de los ciudadanos extracomunitarios la cual se desarrolla mediante el 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 2/2009¹⁰².

Por tanto, expuesto lo anterior y debido a que María Rodríguez es ciudadana Mexicana se buscará la solución a su situación jurídica teniendo en cuenta la legislación encargada de regular las circunstancias de los extranjeros extracomunitarios, es decir, la LOEx y el Real Decreto 557/2011 cuyos cuerpos normativos regulan la reagrupación familiar en régimen general, ya que como se expuso, no le es de aplicación el régimen comunitario.

7.2 El derecho a la vida en familia

Al hablar de familia nos referimos a un concepto común de nuestro día a día y por ello, no nos percatamos de la complejidad que engloba el mismo, máxime en un contexto social como el actual que se haya sujeto a una constante transformación. Así pues,

⁹⁹ «BOE» núm. 10, de 12 de enero de 2000, en adelante «LOEX».

¹⁰⁰ En su apartado 1º prescribe que *los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley*. Y por su parte el 2º permite que los extranjeros puedan gozar de derechos que en principio son solo para los españoles, como por ejemplo, el derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, estando este derecho sujeto a convenios de reciprocidad.

¹⁰¹ «BOE» núm. 51, de 28 de febrero de 2007.

¹⁰² «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 2011, en adelante «RLOEx 2011».

comparto la idea de MARTÍN VILLEGAS, A., de que se trata de un *concepto dinámico*, el cual es distinto entre los Estados¹⁰³.

Por lo anterior y dada la importancia de la institución de la familia son múltiples los textos internacionales de los cuales se deduce que el derecho de los extranjeros a vivir con su familia es un derecho fundamental, como por ejemplo, el Convenio de Roma¹⁰⁴ en su art. 8 manifiesta que *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia* y, en el mismo sentido lo hace la CE en su art. 18.1 al prescribir que garantiza el derecho *a la intimidad personal y familiar*. Por tanto, *el derecho a la reagrupación familiar es una manifestación directa del derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar*¹⁰⁵.

7.3. El derecho a la reagrupación familiar

En el supuesto que se está analizando María Rodríguez ha conseguido un permiso de residencia y trabajo de forma tal, que ahora es una extranjera con autorización para residir y trabajar en España y por tanto, puede ejercer el derecho a reagrupar con ella a su cónyuge y a los hijos bien sean en común o solo, como en este caso, al hijo de su actual esposo siempre y cuando cumpla con los requisitos que se detallarán más adelante.

7.3.1. Significado del Derecho

El art. 16 de la LOEx en su apartado 1º hace hincapié en el derecho de los extranjeros residentes a vivir en familia y a su intimidad familiar, acto seguido, su apartado 2º remite al art. 17 para determinar qué familiares del residente pueden ser reagrupados por este, sin embargo, este cuerpo normativo no recoge una definición del mencionado derecho y para hallarlo se debe acudir a la Directiva 2003/86, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar¹⁰⁶ que en su art. 2.d) entiende como tal:

La entrada y residencia en un Estado miembro de los miembros de la familia de un nacional de un tercer país que resida legalmente en dicho Estado miembro con el fin de mantener la unidad familiar, con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del reagrupante.

No obstante lo anterior, el derecho a la reagrupación familiar no se reconoce de forma automática ya que el extranjero deberá haber residido durante un año con su primera autorización y cuando tenga solicitada la correspondiente renovación de la misma, será el momento en el cual podrá ejercer el derecho a reagrupar a sus familiares¹⁰⁷.

¹⁰³ MARTÍN VILLEGAS, A.: *El derecho de reagrupación familiar en España. Retos y perspectivas*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, N.º 38, 2015, p. 1.

¹⁰⁴ «BOE» núm. 108, de 6 de mayo de 1999, pp. 16808 a 16816.

¹⁰⁵ LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: “Familia y derecho de extranjería: el derecho a la reagrupación familiar”, en FERNÁNDEZ MASIÁ, E. (Dir.), [et al.]: *Nacionalidad y extranjería*, 2ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 122.

¹⁰⁶ DOUE núm. L 251/12, de 03 de octubre de 2003. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:251:0012:0018:ES:PDF>

¹⁰⁷ *Vid.* al respecto arts. 18.1 de la LOEx y el 56.1 de la RLOEx 2011.

7.3.2. Familiares reagrupables

Como se ha comentado, el art. 16.1 de la LOEx reconoce el derecho que puede ejercitar un extranjero residente en España, sin embargo, no puede traer a cualquier familiar, pues solo pueden ser reagrupados aquellos familiares que cita el art. 17 del mismo cuerpo legal y son:

1. Al cónyuge o pareja de hecho¹⁰⁸.
2. A los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados.
3. *Los menores de dieciocho años y los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud, cuando el residente extranjero sea su representante legal.*
4. A los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge mayores de 65 años siempre y cuando existan razones para justificar la necesidad de reagrupación.

7.4. Solución jurídica para María Rodríguez y sus familiares

Una vez explicado en qué consiste el derecho a la reagrupación familiar y delimitados los titulares y beneficiarios de este derecho, se procede a analizar cómo puede María traer a su cónyuge y al hijo de este a vivir con ella aquí en España.

En primer lugar, tal como se mencionó anteriormente, en virtud de los arts. 18.1 de la LOEx y el 56.1 del RLOEx 2011, María no podrá iniciar los trámites encaminados a solicitar el permiso de residencia de su cónyuge y del hijo de este, puesto que deberá esperar un año, es decir, hasta que esta primera tarjeta que le ha autorizado a residir y trabajar esté próxima a caducar ya que así lo prescribe el art. 56.1.a) al decir que *en todo caso, no podrá concederse la autorización de residencia al familiar reagrupable hasta que, en función de la situación que deba ostentar el reagrupante para el ejercicio del derecho, no se haya producido la efectiva renovación de la autorización del reagrupante [...]*.

7.4.1. Reagrupación del cónyuge

El art. 53.a) del RLOEx 2011 permite que el extranjero residente legal pueda reagrupar a su cónyuge o pareja de hecho sin embargo, el mismo precepto fija dos condiciones. La primera, es que el cónyuge al cual se quiere reagrupar no se encuentre separado de hecho o de derecho del reagrupante y la segunda, que el matrimonio sea válido, dicho de otra forma, que no se haya realizado en fraude de ley —denominado también como matrimonio de conveniencia, cuyo fin es *beneficiarse de las normas de extranjería previstas en nuestro país [...]*, ya que *la vía de reagrupación familiar se convierte en una forma muy atractiva y relativamente fácil de legalizar la situación en España [...]*¹⁰⁹—.

¹⁰⁸ El art. 53.b) del RLOEx es el que reconoce el derecho a reagrupar a la pareja de hecho al prescribir que será familiar susceptible de reagrupación *la persona que mantenga con el reagrupante una relación de afectividad análoga a la conyugal.*

¹⁰⁹ LAPIEDRA ALCAMÍ, R.: “Familia y derecho de extranjería: el derecho a la reagrupación familiar”, en FERNÁNDEZ MASIÁ, E. (Dir.), [et al.]: *Nacionalidad y extranjería, op. cit.*, p. 126.

7.4.2. Reagrupación del hijo del cónyuge

En atención a los arts. 17.b) de la LOEx y del 53.c) del RLOEx María podrá solicitar un permiso de residencia para el hijo de su actual cónyuge cumpliendo con los siguientes requisitos:

- Que el hijo sea menor de 18 años. En este sentido, en el supuesto que se está desarrollando se confirma la minoría de edad niño, por tanto, se cumple con este primer requisito.
- Que su cónyuge ostente la patria potestad en solitario *o que se le haya otorgado la custodia y esté efectivamente a su cargo*. En lo concerniente en este punto el propio supuesto pone de manifiesto que el cónyuge de María ejerce la custodia del menor, por tanto, se entiende que formaba parte del núcleo familiar y por ende, estaba a cargo de la familia.

7.4.3. Procedimiento

Procedimiento de acuerdo al RLOEx 2011

Primero. El art. 56.2 exige que María solicite personalmente en la oficina de extranjería competente una autorización de residencia temporal a *favor de los miembros que desea reagrupar*. Dicha solicitud se hace en modelo oficial y deberá ir acompañada de los documentos que especifica el art. 56.3.

Segundo. Tal y como se ha expuesto, en virtud del art. 56.1 RLOEx 2011, María debe haber residido un año como mínimo y solicitar la autorización para residir por lo menos otro año más.

Tercero. Debe acreditar que cuenta con los medios económicos que exige el art. 54.1 apartados a) y b), es decir, María deberá demostrar que posee unos ingresos mensuales equivalentes al 150% del IPREM¹¹⁰ —806,76€— para reagrupar a su cónyuge más un 50% del IPREM adicional con el fin de reagrupar al hijo de este —268,92€—, por tanto, tendrá que soportar unos ingresos mínimos de 1075,68€ mensuales. A efectos de demostrar que se cumple con el imperativo del precepto, tendrá que adjuntar junto a la solicitud de residencia temporal por reagrupación familiar los medios de prueba que recoge el art. 54.5.a) que son, la copia del contrato de trabajo y la declaración del IRPF del año anterior.

Cuarto. María en virtud del art. 55 deberá probar que cuenta con una vivienda adecuada para alojar a los familiares que reagrupará y para esto se requiere de un informe expedido por el ayuntamiento en el que ella resida.

Quinto. El art. 56.3 alude a una serie de documentos específicos, tanto de la reagrupante, como de los familiares que desea reagrupar:

- De la reagrupante:
 - o Copia del pasaporte.
 - o Copia compulsada de los documentos que acrediten los medios económicos. Por ejemplo, contrato de trabajo, declaración de renta, etc.
 - o Documentación original que acredite la disponibilidad de vivienda.

¹¹⁰ Fijado para el año 2018 en 537,84€ al mes, el cual debido a que los Presupuestos Generales del Estado fueron prorrogados, dicho IPREM se mantiene en 2019. Fuente: <http://www.iprem.com.es/> [Consulta: 19/06/2019].

- Declaración jurada de que ella no reside en España con otro cónyuge o pareja.
- De los familiares a reagrupar:
 - Copias de los pasaportes.
 - Copias de los documentos que acrediten el parentesco o los vínculos familiares.

El apartado 5º manifiesta que *de cumplirse con los requisitos establecidos para la reagrupación familiar el órgano competente resolverá la concesión de la autorización de residencia por reagrupación, y se suspenderá la eficacia de la autorización hasta: a) Con carácter general, la expedición del visado, y la efectiva entrada del extranjero en territorio nacional durante el tiempo de vigencia de éste [...].*

Por tanto, una vez explicado en qué consiste el derecho de reagrupación y el procedimiento a seguir, es preciso afirmar que María podrá traer a su cónyuge y al hijo de este a residir junto a ella aquí. No obstante lo anterior, es menester destacar tres cuestiones: la primera, que deberá esperar a que su primera autorización de residencia vaya a caducar y cuando solicite la renovación de la misma podrá iniciar los trámites para traerlos, la segunda, que aunque le sea aprobada la reagrupación de sus familiares, la decisión final dependerá de la concesión del visado por parte del Consulado de España en México y, por último, si bien es cierto que su esposo tiene atribuida la custodia del menor, según la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, para que el niño pueda viajar a España necesitará que le expidan el correspondiente pasaporte mexicano y para ello es condición *sine qua non* el consentimiento de ambos progenitores¹¹¹.

Para concluir, dado que el menor abandonaría el territorio mexicano en compañía de su padre, no es necesaria una autorización expresa por parte de la madre, por lo que no se requiere cumplimentar el denominado Formato de Salida de Menores (SAM) del Instituto Nacional de Migración mexicano (INM)¹¹².

¹¹¹ Vid. al respecto: <https://www.gob.mx/sre/documentos/menores-de-edad?state=published> [Consulta: 19/06/2019].

¹¹² Vid. al respecto: <https://www.gob.mx/inm/acciones-y-programas/formato-de-salida-de-menores> [Consulta: 19/06/2019].

CONCLUSIONES GENERALES

I. La sustracción internacional de menores es un fenómeno recurrente en el ámbito global nutrida principalmente por la evolución sufrida dentro de la institución de la familia y tal y como se ha podido comprobar a lo largo de este trabajo existen mecanismos internacionales que persiguen, por un lado, persuadir a los progenitores de secuestrar a sus hijos y por otro, impedir el *forum shopping*, es decir, el foro de conveniencia para, si se produce, legalizar el secuestro. No obstante lo anterior, cabe resaltar que se trata de un fenómeno de difícil solución teniendo en cuenta que los mencionados instrumentos que encaran el problema están basados en la cooperación entre los Estados mediante las denominadas Autoridades Centrales creadas *ad hoc* para estos asuntos, razón por la cual, la dificultad se pone de manifiesto cuando un menor es trasladado a un Estado que no forma parte de los convenios, situación que se agrava cuando dicha nación discrepa en cuanto a los valores del Estado requirente, como por ejemplo, en el caso de que un menor sea trasladado a un país islámico.

II. En relación al traslado de la niña por parte de su madre a México es de suponer que este Estado deniegue la restitución de la menor, basándose en el estado psicológico de la niña derivado de los maltratos padecidos por parte del padre y la adaptación a su nuevo ambiente como consecuencia del tiempo transcurrido, factores determinantes del mayor interés del menor en este caso. Si el traslado se hubiese producido hacia España y teniendo en cuenta que en este caso tiene un papel fundamental el RB II *bis*, la restitución de la menor es más probable que ocurra en virtud del art. 11.4 el cual impide que se deniegue una restitución basándose en el art. 13.b del CH80 siempre y cuando se garantice la protección del menor en el país requirente tras la restitución. Pese a todo, considero que en ambos supuestos es menester negar la restitución, tanto en el caso de que la menor estuviera en México como en el supuesto de que estuviera en España, estos Estados no deberían retornarla a Bélgica junto a su padre, pues se debe tener en cuenta la corta edad de la menor, el tiempo transcurrido, la integración en su actual medio, etc., hechos que se relacionan de forma estrecha con el interés superior del menor tal y como lo manifestó el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 16/2016 de 1 de febrero¹¹³. Además, otro de los motivos para desestimar la petición es el estado psicológico de la menor como consecuencia de los malos tratos padecidos que si bien, como ya se expuso, el RB II *bis* en su art. 11.4 prescribe que no se puede denegar la restitución por esta causa si la autoridad competente del Estado requirente garantiza la protección de la menor, es importante recordar que María Rodríguez durante el proceso de divorcio y por miedo a las posibles represalias que podría adoptar Daniel, no hizo alusión alguna a los maltratos que padecían tanto ella como su hija, situación que de haberse puesto de manifiesto hubiere culminado de otra forma, como por ejemplo, en la atribución exclusiva de la custodia a favor de María.

¹¹³ STC de 01 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TC:2016:16). Esta sentencia le reconoce a la demandante de amparo que el auto recurrido le ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en la vertiente de derecho a una resolución judicial motivada y fundada en derecho (FJ 7º) al ordenar la restitución de la menor sin tener en cuenta las nuevas circunstancias de la misma. En su FJ 10º alude al transcurso del tiempo desde la sustracción afirmando que *el prolongado periodo de tiempo, y sin olvidar la corta edad con que cuenta la menor (seis años en la actualidad), resulta patente que ha podido producirse una plena integración de la niña en su nuevo medio, lo que es necesario, en todo caso, valorar, a fin de hacer efectivo el principio de superior interés de la menor [...]*.

III. En relación al ciberacoso padecido por Daniela durante su adolescencia, es una realidad intrínseca al desarrollo tecnológico producido por la evolución en las telecomunicaciones, sin embargo, más allá de la protección de los menores desde el ámbito penal se requiere de la prevención mediante la educación en el uso responsable de las TIC'S¹¹⁴, lo cual sería una manera eficiente de erradicar estas prácticas, sin embargo, mientras esa concientización y educación sobre el uso cabal de las tecnologías no se hacen efectivos, la protección dispensada por parte del ordenamiento jurídico se justifica por la vulnerabilidad de los sujetos pasivos de estos delitos, pues como se puede observar a lo largo del desarrollo del presente supuesto, los menores son fáciles de manipular debido a la escasa madurez que les impide discernir respecto a los riesgos implícitos de las prácticas que desarrollan en el mundo virtual.

IV. Por otra parte, La trata de seres humanos es un tipo de esclavitud que la sociedad no ha logrado abolir por completo y la misma puede ser con fines de explotación tanto sexual —la gran mayoría—, como laboral o para extracción de órganos entre otros. En el caso de Daniela se abordó uno de los supuestos más comunes en los que se da y es que se capta a la víctima aprovechando las necesidades económicas, ofreciendo empleos que en realidad no existen, pues el fin primordial de dichas ofertas es cautivar a la víctima para que al final termine siendo, como se vio, explotada sexualmente y obligada a realizar otras actividades ilícitas, como por ejemplo, la venta de estupefacientes. Se trata de una acción criminal difícil de detectar debido al sometimiento de la víctima al tratante, ya que suelen ser aisladas, incomunicadas y sometidas a constantes amenazas, coacciones, intimidaciones y violencia con el propósito de conseguir el silencio del sujeto pasivo, razón por la cual no suelen poner en conocimiento de las autoridades su situación. Por ello, el papel que desempeñan las autoridades policiales en la persecución de estos delitos y por su parte, el ordenamiento jurídico a la hora de penalizarlos son de vital importancia para luchar contra estas agresiones a la libertad y dignidad del ser humano.

V. Por último, como fue puesto de manifiesto, la familia es una institución protegida tanto en el ámbito internacional, como nacional, ya que la Constitución —por ejemplo, en sus arts. 18.1 y 39.1— recoge el reconocimiento y protección de la misma y por tanto, goza del máximo amparo que confiere el ordenamiento jurídico.

La CE manifiesta que los extranjeros gozarán de los mismos derechos reconocidos a los españoles bajo determinadas condiciones, por lo cual, aquellos disfrutarán del mencionado amparo a la familia que recoge la misma y por ende, las leyes que la desarrollen. En este sentido, la LOEx y su reglamento de desarrollo, el RLOEx 2011 permiten que los extranjeros residentes de forma legal en territorio español puedan reagrupar a sus familiares con el fin de mantener la unión familiar que se quebranta cuando uno de sus integrantes emigra.

En virtud de lo anterior, María Rodríguez podrá traer a su cónyuge y al hijo de este a vivir aquí junto a ella cuando cumpla los requisitos exigidos por las leyes de extranjería.

¹¹⁴ En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, op. cit., p. 199.

BIBLIOGRAFÍA

Manuales:

- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, 18ª edición, Vol. I, Ed. Comares, Granada, 2018.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, 18ª edición, Vol. II, Ed. Comares, Granada, 2018.
- DE LA ROSA CORTINA, J.M.: “Sustracción parental de menores”. *Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ESPINOSA CALABUIG, R.: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, E. (Dir.), LAPIEDRA ALCAMÍ, R., [et al.]: *Nacionalidad y extranjería*, 2ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, 18ª edición, Ed. Civitas – Thomsom Reuters, Madrid, 2018.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.); ORTS BERENGUER, E., [et al.]: *Derecho penal (parte especial)*, 5ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- LLORIA GARCÍA, P. (Dir.) y JIMÉNEZ FORTEA, F.J.: *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.
- MENDOZA CALDERÓN, S.: “El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores”. *Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- PÍAS GARCÍA, E., ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., [et al.]: *La sustracción interparental de menores*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “Política criminal, cultura y abuso sexual de menores”. *Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- RODRÍGUEZ BENOT, A. (Dir.), CAMPUZANO DÍAZ, B., [et al.]: *Manual de derecho internacional privado*, 5ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2018.
- SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., [et al.]: *Curso de derecho penal (parte especial)*, 4ª edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2017.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de Online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Artículos de revista y otros:

- COMISIÓN EUROPEA. Red judicial europea en materia civil y mercantil. *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis*, 2015. Disponible en:

http://publications.europa.eu/resource/cellar/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed.0007.01/DOC_1

- DE LA MATA BARRANCO, N.J.: *El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual*, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, N.º 19, 2017. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-10.pdf>.
- ESCOBAR JIMÉNEZ, C.: *Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183 quater*, Fiscalía Provincial de Granada, 2016. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Cristina%20Escobar%20Jim%C3%A9nez.pdf?idFile=6ed29867-0cb6-4e5d-9906-e1de2835a39a
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 2/2015 sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015*, 2015. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2015-00002&tn=2>
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 6/2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, 2015. Disponible en: http://www.cvca.es/wp-content/uploads/2017/03/sustraccion_internacional_menores.pdf
- GARCÍA SEDANO, T.: “Trata de personas – explotación sexual”. *El tipo de trata de seres humanos*, La Ley Penal N.º 109, 2014.
- GIL RUBIO, J.: *Pedofilia virtual*, Diario La Ley, N.º 6961, 2008.
- LORENZO SOLIÑO, J.A.: *Demanda solicitando la restitución de un menor de 16 años trasladado o retenido de forma ilícita desde un Estado miembro de la Unión Europea*, La Ley Derecho de Familia, núm. 10, 2016.
- MARTÍN VILLEGAS, A.: *El derecho de reagrupación familiar en España. Retos y perspectivas*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, N.º 38, 2015.
- MORANT VIDAL, J.: *La autoría mediata*, Boletín Aranzadi Penal N.º 10, 2003.
- PAZ LAMELA, R.S., *Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional (Análisis a través de la jurisprudencia reciente)*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 17, 2013.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: *El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado*, Diario La Ley, N.º 7746, 2011.

Páginas web consultadas:

- <https://www.hcch.net/es/home/>
- <https://www.coe.int/en/web/portal>
- <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/area-internacional/tramites-internacionales/sustraccion-internacional>, [Consulta: 15/05/2019].
- <http://www.cvca.es/>
- <https://boe.es/>

- <http://www.iprem.com.es> [Consulta: 19/06/2019].
- <https://www.gob.mx/sre/documentos/menores-de-edad?state=published> [Consulta: 19/06/2019].
- <https://www.gob.mx/inm/acciones-y-programas/formato-de-salida-de-menores> [Consulta: 19/06/2019].
- <https://www.wolterskluwer.es/>
<https://dej.rae.es/>

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

- AAP de Castellón, Sección 2ª, núm. 538/2000 de 13 octubre (ECLI:ES:APCS:2000:530A).
- AAP de Almería, Sección 1ª, núm 20/2004 de 06 de febrero (ECLI:ES:APAL:2004:48A).
- AAP de Lleida, Sección 2ª, núm. 120/2011 de 9 de diciembre (ECLI:ES:APL:2011:622A).
- SAP de Segovia, Sección 1ª, núm. 27/2010 de 8 de septiembre (CENDOJ:40194381002010100004).
- SAP de Barcelona, Sección 18ª, núm. 573/2013 de 1 octubre (ECLI:ES:APB:2013:11168).
- SAP de Sevilla, Sección 1ª, núm. 465/2013 de 3 de octubre (ECLI:ES:APSE:2013:3018).
- SAP de Ourense, Sección 2ª, núm. 373/2013 de 4 de octubre (ECLI:ES:APOU:2013:723).
- SAP de Las Palmas, Sección 3ª, núm. 377/2017 de 29 de junio (ECLI:ES:APGC:2017:1005).
- SJME de Ourense, Sección 1ª, núm 43/2013 de 13 de mayo (ECLI:ES:JMEOU:2013:43).
- SJP núm. 1 de Granada, Sección 1ª, núm 257/2018 de 18 de julio (ECLI:ES:JP:2018:51).
- STC , Sala Segunda, núm. 16/2016 de 1 de febrero (ECLI:ES:TC:2016:16).
- STEDH, Sección 1ª, núm. 2000/14, de 25 enero (Caso Ignaccolo-Zenide Vs. Rumanía).
- STS, Sala de lo penal, Sección 1ª, núm. 795/2009 de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2009:4634).
- STS, Sala de lo penal, Sección 1ª, núm. 1422/2011 de 29 de diciembre (ECLI:ECLI:ES:TS:2011:9150).
- STS, Sala de lo penal, Sección 1ª, núm. 355/2015 de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:2599)
- STS, Sala de lo penal, Sección 1ª, núm. 188/2016 de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:824).

ANEXOS

A. Esquema: Las normas del Reglamento (apartados 2 a 5 del art. 11) prevalecen sobre las respectivas normas del Convenio¹¹⁵

| | Normas pertinentes del Convenio de La Haya de 1980 | Normas Pertinentes del Reglamento |
|---|---|--|
| Obligación de ordenar la restitución del menor | Art. 12: El órgano jurisdiccional del Estado miembro al que se ha trasladado al menor (el órgano jurisdiccional) ordenará en principio la restitución inmediata del menor si ha transcurrido un periodo inferior a un año desde que se produjo la sustracción. | Art. 11, apartados 2 a 5: El Reglamento confirma y refuerza este principio. |
| Excepción a esta obligación | Art. 13, apartado 1, letra b): El órgano jurisdiccional no está obligado a ordenar la restitución si existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. | Art. 11, apartado 4: El órgano jurisdiccional no puede negarse a ordenar la restitución del menor aduciendo que ello pondría al menor en peligro, si se demuestra que las autoridades del Estado miembro de origen han adoptado medidas adecuadas para garantizar su protección tras la restitución. |
| Audiencia del menor | Art. 13, apartado 2: El órgano jurisdiccional puede negarse a ordenar la restitución si este se opone a la misma y ha alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones | Art. 11, apartado 2: El órgano jurisdiccional velará por que se dé al menor posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez. |
| Audiencia del titular de la custodia no sustractor | (ninguna disposición) | Art. 11, apartado 5: Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor sin que se haya dado posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su restitución. |
| Plazo de presentación de solicitudes | Arts. 2 y 11: Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplen en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio [...]. El órgano jurisdiccional actuará con urgencia en la restitución de los menores. Si el órgano jurisdiccional no hubiera llegado a una resolución en el plazo de seis semanas, se podrá pedir una declaración sobre las razones de la demora. | Art. 11, apartado 3: El órgano jurisdiccional utilizará los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional. El órgano jurisdiccional dictará su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible. |

¹¹⁵ Fuente: COMISIÓN EUROPEA. Red judicial europea en materia civil y mercantil, *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis*, 2015, p. 57. Disponible en: http://publications.europa.eu/resource/ellar/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed.0007.01/DOC_1

B. Esquema: Competencia en asuntos de sustracción de menores – Efecto del artículo 10¹¹⁶.

Ejemplo: un menor es trasladado de manera ilícita del Estado miembro A al estado miembro B, donde permanece. ¿Qué órgano jurisdiccional tiene competencia para decidir sobre el fondo del asunto?

| | | | | |
|--|------------------|---|------------------|--|
| <p>Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro A tienen competencia</p> | <p>NO</p> | <p>Situación 1:</p> <p>El menor ha adquirido la residencia habitual en el Estado B y todos los que tienen derecho de custodia han dado su conformidad al traslado.</p> | <p>SI</p> | <p>Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro B tienen competencia</p> |
| | | <p>Situación 2:</p> <p>El menor ha adquirido la residencia habitual en el Estado miembro B y ha residido en él durante más de un año desde que quienes tienen el derecho de custodia han tenido o hubieran debido tener conocimiento de su paradero: y el menor está integrado en su nuevo entorno... y se cumple alguna de las condiciones siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> o. El titular del derecho de custodia no ha presentado ninguna demanda de restitución en el plazo de un año desde que ha tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor. o. El titular del derecho de custodia ha desistido de una demanda de restitución en el plazo de un año sin que haya presentado ninguna nueva demanda. o. Un órgano jurisdiccional del Estado miembro B ha decidido que el menor no sea restituido y ha transmitido copia de su resolución al órgano jurisdiccional del Estado miembro A, pero ninguna de las partes ha pedido al segundo órgano jurisdiccional que examine el asunto en el plazo dispuesto en el apartado 7 del art. 11. o. A petición de una de las partes, el órgano jurisdiccional del Estado miembro A ha dictado una resolución sobre la custodia que no implica la restitución del menor. | | |

¹¹⁶ Fuente: COMISIÓN EUROPEA. Red judicial europea en materia civil y mercantil, *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis, op Cit.*, p. 52.

C. Esquema: tipos de autoría¹¹⁷

| | | | |
|-----------------------|-----------------------------|--|---|
| Tipos de autor | Autor | Directo | Persona que interviene en un hecho punible, es decir, cualquiera que haya realizado una aportación causal al hecho. |
| | | Mediato | Realiza el hecho previsto en el tipo (hombre de atrás) utilizando a otra persona como instrumento. |
| | | Coautor | Son quienes realizan conjuntamente un hecho delictivo. |
| | Inductor | Persona que incide en otra para que realice el tipo delictivo. | |
| | Cooperador necesario | Es quien coopera en la ejecución del delito realizando un acto sin el cual no se habría efectuado. | |

¹¹⁷Fuente:

guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAA AUNDM3NTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoATHU2WTUAAAA=WKE#18, [Consulta: 21/06/2019].