



**UNIVERSIDADE
DA CORUÑA**

Facultade de Dereito

TRABAJO FIN DE GRADO

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

Silvia Neira Prieto

Profª. Dra. Sonia García Vázquez

GRADO EN DERECHO

CURSO 2018-2019

ÍNDICE

ABREVIATURAS 2

ANTECEDENTES DE HECHO 3

CUESTIONES 3

1. La situación jurídica de María Rodríguez y Daniela Lombard. 3

1.1 Análisis de la aplicabilidad del Convenio de la Haya de 1980. 4

1.2 Breve referencia al interés superior del menor en el Convenio de la Haya de 1980. 5

1.3 “El derecho de los hijos a vivir con sus progenitores” a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989). 6

1.4 ¿Qué puede hacer Daniel Lombard ante el secuestro de su hija menor de edad? 7

1.4.1 Solicitud de restitución de la menor. 7

1.4.2 Restitución vs. Oposición a la restitución de Daniela Lombard. Excepciones. 8

A. Artículo 13.1 b) Convenio de la Haya de 1980: Peligro físico o psíquico. 9

B. Posible integración de Daniela en México. 12

2. Secuestro “intracomunitario” de menores de edad. 14

2.1. ¿Cuál sería la situación jurídica de madre e hija en España? 14

2.1.1 Solicitud de restitución. 15

2.1.2 ¿Restitución o no restitución de Daniela Lombard? 17

2.1.3 Incidencia de la restitución de menores en el TEDH. 20

2.2 Posterior restitución de la menor en el marco del Reglamento Bruselas II Bis. 22

3. Artículo 183 ter: delito de “online child grooming” y embaucamiento de menores. 23

3.1. Artículo 183 Ter.2 o “embaucamiento de menores con fines sexuales”. 24

3.2 Artículo 183 Ter 1 o “child grooming”. 28

3.3 Calificación jurídica de los hechos que afectan a Daniela y a una menor española. 32

3.4 ¿Qué ocurriría si esas imágenes de carácter erótico de la menor fuesen difundidas por el receptor a terceros? 34

4. Trata de seres humanos (Artículo 177 Bis del Código Penal). 38

4.1. Conducta típica. 38

4.2 Sujeto pasivo. Excusa absolutoria del artículo 177.11 bis del CP. 42

4.3 Breve referencia al sujeto activo. 48

5. El derecho a la reagrupación familiar. 50

– **APÉNDICE LEGISLATIVO 53**

– **APÉNDICE JURISPRUDENCIAL 55**

– **BIBLIOGRAFÍA 57**

– **ANEXOS**

LISTADO DE ABREVIATURAS

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	CDFUE
Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales	CEDH
Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño	CDN
Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores	Convenio de la Haya de 1980
Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución de decisiones y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de menores	Convenio de la Haya de 1996
Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental	Reglamento Bruselas II Bis
Unión Europea	UE
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	TEDH
Artículo/s	art/s.
Página/s	p/pp., pág/s.
Ley orgánica	LO
Cita	cit. /op.
Resolución órgano judicial	ROJ
Sentencia Audiencia Provincial	SAP
Véase	Vid.
Número	Núm./ n.º
Volumen	Vol.
Contra	vs. / c.
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	TEDH
Convenio Europeo de Derechos Humanos	CED
Hague Conference on Private International Law	HCCH
Sentencia del Tribunal Constitucional	STC
Sentencia del Tribunal Supremo	STS
Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE	STJUE
Estados Miembros	EEMM
Ley de Enjuiciamiento civil	LEC
Constitución española	CE
Tribunal Constitucional	TC
Párrafo	párr.
Código Penal	CP
Código civil	CC
Real Decreto	RD
Auto del Tribunal Supremo	ATS
Fiscalía General del Estado	FGE

ANTECEDENTES DE HECHO

María Rodríguez, de nacionalidad mejicana, y Daniel Lombard, de nacionalidad belga, con residencia habitual en Bruselas son padres de una niña, Daniela, en el año 2003. Al poco tiempo María y su hija se ven continuamente sometidas a abusos físicos y a maltrato psicológico, siendo insostenible la convivencia familiar y ésta interpone una demanda de divorcio frente a Daniel, pero no denuncia malos tratos sufridos. El juez belga otorga la guarda y custodia compartida de la menor.

Posteriormente, María ve a su hija atemorizada y angustiada al oír hablar de su padre, con lo cual madre e hija huyen a México en octubre del año 2006, bajo la ignorancia de Daniel, que desconoció su paradero durante más de un año y medio. El estado de salud mental de la menor es preocupante, ya que un terapeuta le diagnostica un trastorno por estrés postraumático como consecuencia de los malos tratos sufridos.

Transcurridos varios años, cuando Daniela tenía catorce años de edad recibe un mensaje de un desconocido, llamado Raúl Martínez de quince años de edad, de nacionalidad española. Daniela le contesta y revela información personal, incluido su contacto telefónico, dando comienzo a una estrecha relación que se extenderá a lo largo de varios meses.

Por su parte, Raúl Martínez se gana su confianza en pocos días e intenta seducir a Daniela. Le induce a que le envíe fotografías y vídeos sin ropa y con posturas sugerentes a lo que la menor accede. En un momento dado ya no es suficiente lo anterior porque quiere verse con ella y le asegura que está dispuesto a viajar allí. Daniela se niega a acceder a ese encuentro, pero, ante la amenaza de difundir masivamente esas imágenes y enviárselas a su madre, y al recibir una copia de una tarjeta de embarque perteneciente a un vuelo Madrid-México, accede a acudir al encuentro.

Finalmente, el adulto que se hizo pasar por un menor llamado Raúl Martínez no llega a efectuar su huida a México porque es detenido por la Guardia Civil en el aeropuerto por haber obtenido fotografías de, al menos doscientos menores de 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.

Diez años más tarde, cuando Daniela tenía veintitrés años y acababa de graduarse en traducción e interpretación, le hacen una muy buena oferta de trabajo como traductora de francés en España. La joven ilusionada acepta porque en México no contaba con apenas oportunidades laborales y se traslada a España para empezar su inexperta vida profesional. Desafortunadamente, ese puesto de trabajo no existía, sino que queda sometida a los abusos de un entramado delictivo de varias personas y empresas, que procedieron a retirarle el pasaporte y el 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.

Transcurrido año y medio en paradero desconocido, se desarticuló parte del citado entramado delictivo permitiendo la liberación de Daniela y de otras veinte mujeres, y la incautación de grandes cantidades de estupefacientes. Su madre se trasladó a España para prestar apoyo a su hija y unos meses después aprovecha la oportunidad de ocupar un puesto de trabajo por cuenta ajena y regulariza su situación en España. No obstante, se le plantea el problema de que en México se encuentra su actual cónyuge y el hijo menor de éste, sobre el que ejerce la custodia, ambos de nacionalidad mejicana, imposibilitando así el transcurso habitual de la vida familiar.

CUESTIONES

1. La situación jurídica de María Rodríguez y Daniela Lombard.

1.1. Análisis de la aplicabilidad del Convenio de la Haya de 1980.

Antes de analizar las condiciones necesarias para que resulte aplicable el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores¹ al supuesto de hecho que nos ocupa, resulta procedente destacar la frecuencia con la que se produce en la actualidad el secuestro internacional de menores o desplazamiento internacional por los progenitores. Lo cierto es que se han dado casos sobre decisiones acerca de la custodia de hijos menores en los que los tribunales tendieron a favorecer al progenitor nacional del foro² y ello propicia que el progenitor extranjero desplace de modo ilícito al menor, en la mayoría de los casos, a su país de origen. No obstante, en otras situaciones, la sustracción se produce como mera respuesta a una resolución de un Tribunal, acerca de la custodia del menor y que es perjudicial para uno de los progenitores, con lo cual, se intentan evitar así los efectos negativos que pudiera causar la ejecución de dicha resolución.

Una de las particularidades del Convenio de la Haya de 1980 es que no contiene normas de competencia judicial internacional, ni de Derecho aplicable, ni de reconocimiento y exequátur. Además, se ha configurado como un sistema de estrecha comunicación y cooperación internacional³ entre las autoridades centrales de los distintos Estados contratantes para poder así garantizar la restitución inmediata del menor trasladado ilícitamente a otro Estado parte y que se cumplan los derechos de custodia o de visita de sus titulares tal y como dispone el artículo 1 del presente Convenio.

Una vez realizada la anterior introducción vamos a proceder a examinar los requisitos que han de concurrir para que resulte aplicable al caso que nos ocupa el Convenio de la Haya de 1980.

En primera instancia, es necesario que se trate de un menor de dieciséis años⁴, que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante previamente a la infracción de los derechos de custodia o de visita en virtud del artículo 4 del citado Convenio. De modo que, se cumple este primer requisito, ya que Daniela Lombard es una menor de dieciséis años, y antes de su traslado a México, tenía su residencia habitual en un Estado contratante: Bélgica. Además, se requiere para la aplicación de la citada norma internacional que el traslado afecte al Estado parte del Convenio, por consiguiente, este requisito también concurre en el supuesto de hecho que estamos analizando, puesto que tanto México como Bélgica lo han ratificado.

Por último, cabe analizar si en el supuesto de hecho se ha producido efectivamente un traslado o retención que se pueda considerar ilícito según lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio de la Haya de 1980. Entendemos que el traslado a México de Daniela junto a su progenitora es ilícito, ya que

1 Ratificado por España en el año 1987 y vincula a más de ochenta Estados. El listado actualizado de los Estados parte se publica por la Conferencia de La Haya. Consultado el 1 de marzo de 2019.

2 Esto ocurre con frecuencia en las sociedades del mundo islámico, fundamentalmente caracterizadas por la preeminencia de la figura paterna y por la necesidad de que los menores sean educados en la tradición islámica del progenitor masculino. DIAGO DIAGO, M.^aP., “Secuestro internacional de menores: marco jurídico” *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, nº7, 2001, p. 21. En el mismo sentido la Observación General nº 14 de las Naciones Unidas, párrafo 34, sostiene lo siguiente: “*La flexibilidad del concepto de interés superior del niño permite su adaptación a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil. Sin embargo, también puede dejar margen para la manipulación: el concepto de interés superior del niño ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales para justificar políticas racistas, por ejemplo; y por los padres para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia*”.

3 Véase el espíritu de colaboración de los Estados parte del Convenio de la Haya en su artículo 2. “*Los Estados Contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio*”.

4 Puede consultarse la dicción literal del artículo 4 del Convenio de la Haya de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: “*El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años*”.

conculca el derecho de custodia⁵ atribuido a Daniel Lombard en virtud de una Sentencia de un juez belga⁶ y se ejercía efectivamente⁷ por éste en el momento del traslado de la menor. En otras palabras, se trata de un derecho atribuido por una autoridad judicial con sede en el Estado de origen y se vulnera con la huida de María Rodríguez junto a su hija menor de edad a su país natal, sin previo consentimiento del otro progenitor⁸, ya que no olvidemos que el derecho de custodia comprende no solo el cuidado del menor, sino también el derecho de decidir sobre su lugar de residencia tal y como quedó establecido en el artículo 5 a) del citado Convenio.

En conclusión, nos encontramos ante el secuestro internacional de la menor Daniela por su progenitora María Rodríguez, ya que se cumplen las condiciones necesarias para ello y, en consecuencia, resulta aplicable el Convenio de la Haya de 1980, cuyo objetivo es lograr la restitución inmediata de los menores, ya que éste presume que el traslado ilícito perjudica al menor, sin inmiscuirse en las decisiones judiciales dictadas en los Estados de origen sobre los derechos de custodia. Por esta razón, la SAP Gerona de 23 de enero de 2017⁹ manifiesta precisamente que lo prioritario es la restitución del menor, de ahí que el Convenio tome como base el principio “*solve et repete*”, en otras palabras, “primero se retorna al menor, y luego, en su caso, se discute sobre a quien corresponden los derechos de custodia y visitas y el derecho a decidir sobre la residencia del menor”. Con lo cual, podemos afirmar que el Convenio de la Haya de 1980 no permite tratar a un mismo tiempo la cuestión de la restitución del menor y de su custodia¹⁰.

1.2 Breve referencia al interés superior del menor en el Convenio de la Haya de 1980.

Mención aparte merece el principio del interés superior del menor¹¹, ya que no encontramos ninguna referencia expresa a éste en el Convenio de la Haya de 1980, sino que hubo que esperar hasta la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en la que quedó plenamente manifestado tal principio.

5 Vid. Último párrafo del artículo 3 del Convenio de la Haya de 1980: “*El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado*”.

6 Cabe destacar en este punto la diferencia fundamental entre el Convenio de la Haya y el Convenio Europeo de Luxemburgo, dado que en éste último, a diferencia del primero, siempre es necesario para que se considere “traslado o retención ilícita” que exista un acuerdo homologado por una autoridad competente o una resolución judicial sobre los derechos de custodia y visitas, tal y como dispone el artículo 1 d) del *Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980*.

7 Se ejercía el derecho de custodia de forma efectiva por Daniel Lombard, dado que recordemos que la menor estuvo ese primer período de tiempo que le correspondía, tras la Sentencia, conviviendo con su padre en el domicilio familiar tal y como había acordado el juez belga. Sin embargo, tras ese período de tiempo, María Rodríguez ve a su hija sumamente atemorizada y aprovecha el período de convivencia con su hija menor al que tiene derecho según la citada sentencia judicial para huir juntas a su país natal. *Referencia supuesto de hecho*.

8 El consentimiento a un traslado temporal o de carácter vacacional por parte de Daniel Lombard no impediría el carácter ilícito de la retención de la menor más allá de lo realmente consentido tal y como proclamó el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 22ª) de 31 de marzo de 2015. *TOL4.851.541, FJ 5º*: “*El consentimiento dado por el padre, al desplazamiento de la niña a España, en aquel contexto circunstancial, solo se concede para una estancia temporal en ese período vacacional que además ya estaba previsto - por más que el devenir de los acontecimientos precipitase y tensase el regreso - y no para un establecimiento definitivo de su hija con la madre en este país*”.

9 SAP de Gerona 20/2017, de 23 de enero, Sección primera., FJ segundo., *TOL6.058.145*.

10 Consultar ANEXO I. CUSTODIA DE LA MENOR.

11 Algunas referencias bibliográficas acerca del interés superior del menor; RAVETLLAT BALLESTÉ, I., “El interés superior del niño, concepto y delimitación del término” *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 nº2, 2012, pp. 89-108. DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C., “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el Derecho positivo español” *Revista sobre la infancia y la adolescencia.*, nº3., 2012, pp.46-60. ROCHA ESPÍNDOLA, M., “La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad”, *Actualidad jurídica Iberoamericana*, núm.2, febrero 2015, pp. 49-57.

A pesar de no existir referencia expresa al citado principio y de encontrarnos con dos nociones¹² distintas del mismo, éste se tuvo en cuenta y se tiene en la actualidad, a la hora de decidir la restitución de los menores trasladados o retenidos de modo ilícito por uno de sus progenitores, ya que, no podemos olvidarnos que, con carácter general, la restitución inmediata de un menor al Estado de residencia habitual es una medida prevista para cumplir con el interés superior del menor. Con lo cual, lo anterior se identifica con la noción en abstracto del interés superior del menor, esto es, basada en la idea de que todo traslado ilícito perjudica al menor y lo conveniente es la restitución inmediata. Mientras que, la noción en concreto, aplicada según cada caso particular, se explica desde la perspectiva de que en determinadas situaciones la restitución de un menor puede ocasionarle perjuicios, bien por la existencia de un grave riesgo o simplemente porque ya esté adaptado en el nuevo Estado.

Es conveniente destacar que no podemos quedarnos con una mera protección en abstracto, sino que habrá de profundizarse en el entorno del menor para cerciorarse de que la restitución le beneficia o, en caso contrario, si es contraria a su interés, con lo cual, en esta última situación habrá de acordarse la no restitución del menor. De ahí la importancia de la *Observación general n°14 de las Naciones Unidas en la interpretación del artículo 3.1 CDN*, ya que establece, por un lado, que en las decisiones particulares acerca de un menor se debe evaluar el interés del menor “*en función de las circunstancias específicas de cada menor en concreto*”, y por otro lado, en lo que respecta a las decisiones colectivas, se habrá de evaluar el interés superior del menor teniendo en cuenta “*las circunstancias que afectan a cualquier menor en general, sin mayor concreción en una situación particular*”¹³. Por tanto, podemos apreciar cómo el interés particular del menor goza de un carácter preferente sobre el interés en un sentido abstracto, de modo que esto tiene repercusión en la materia de restitución de menores de edad tal y como veremos en el desarrollo de este trabajo.

Por último, no cabe duda de que el interés superior del menor es una cuestión de gran relevancia, ya que, incluso, es el fundamento de uno de los preceptos de nuestra Carta Magna¹⁴, dado que, de nuevo los poderes públicos se comprometen a velar por los intereses de los menores de edad. También, es oportuno mencionar en este punto la Carta Europea de los Derechos del Niño¹⁵, ya que se trata de otro mecanismo internacional comprometido con el interés superior del menor.

1.3 “El derecho de los hijos a vivir con sus progenitores” a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

12 Ello denota que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado en el Convenio de la Haya de 1980, con lo cual, siguiendo la teoría del Profesor García de Enterría sobre dichos conceptos, cabe reflejar lo siguiente: “*La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, (...) no obstante la indeterminación del concepto admite ser precisado en el momento de la aplicación*”. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho administrativo*, vol I, Civitas, 1979, p. 385.

La doble noción del interés del menor se manifestó por SANGRO MIRALLES, P.P., en su obra *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España* publicado por Ed. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1989, pp. 171-172.

13 Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Párrafo 32. Recordemos la siguiente idea que va a ser la rectora en la resolución del supuesto de hecho: “*Debe prestarse atención a la búsqueda de posibles soluciones que atiendan al interés superior del menor*”.

14 En concreto el artículo 39.2 de la CE que reza del siguiente modo: “*Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad*”. Téngase en cuenta el apartado cuarto del mismo precepto que remite a la normativa internacional, en otras palabras, “*los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”.

15 DOCE N.º C 241, de 21 de septiembre de 1992. Apartado 15: “*Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses*”.

El CDN de 20 de noviembre de 1989¹⁶ proclama fundamentalmente que “*el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de una familia, esto es, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*”. A tenor de esto último, cabe destacar, el artículo 9 de la presente Convención, ya que los Estados parte habrán de evitar que los menores sean separados de sus progenitores en contra de la voluntad de estos últimos, a menos que fuese necesaria en virtud del interés superior del menor. Al mismo tiempo, se enumeran situaciones concretas en las que es posible que se admita dicha separación en aras al interés superior del menor; “*en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño*”. Además, el artículo 11 pone de manifiesto que los Estados parte adoptarán las medidas necesarias para combatir los traslados ilícitos de menores en el extranjero.

En definitiva, lo que se pretende es lograr, con base a las normas de carácter convencional citadas, la protección integral de los menores de edad, al tratarse de sujetos especialmente vulnerables, puesto que la separación respecto a uno de los progenitores no deja de ser una experiencia traumática y que, al mismo tiempo, necesita una solución con carácter urgente debido a la pérdida de contacto o relación con uno de sus progenitores. Por tanto, podemos adelantar que el principio del interés superior del menor va a ser el elemento fundamental para resolver la situación jurídica de Daniela.

A continuación se expondrán los mecanismos legales de los que dispone Daniel Lombard, tras la infracción de su derecho de custodia sobre su hija menor de edad, otorgado en virtud de una decisión judicial emitida por un juez belga antes del secuestro internacional.

1.4: Qué puede hacer Daniel Lombard ante el secuestro de su hija menor de edad?

1.4.1 Solicitud de restitución de la menor.

Para comenzar, es conveniente señalar que la acción de restitución la puede ejercitar cualquier persona, organismo o institución que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención ilícita, con infracción del derecho de custodia o del ejercicio del derecho de visitas, mientras que, en este caso, esa persona coincide con uno de los progenitores de la menor.

En virtud del artículo 8 de la Convención de la Haya de 1980, tras el traslado ilícito de su hija menor de edad, Daniel Lombard puede dirigirse a la Autoridad Central belga, por ser la del lugar de la residencia habitual de la menor, o en otro caso, a la de cualquier otro Estado contratante del presente Convenio, como es el caso de México, para que con su asistencia, quede garantizada la restitución de la menor.

Ante estas dos posibilidades cabe comentar que, atendiendo a la redacción del supuesto de hecho, resulta evidente que Daniel Lombard acudiría a la Autoridad Central de Bélgica para demandar el traslado y posterior retención ilícita de su hija menor de edad, al infringir su derecho de custodia atribuido de acuerdo a una decisión judicial, dado que tal y como se expresa en el supuesto de hecho, madre e hija huyen sin regreso y bajo la ignorancia del otro progenitor, que “desconoció su paradero durante más de un año y medio”. Lo anterior significa que Daniel Lombard no conocía el lugar al que huyó María Rodríguez junto a su hija menor de edad, por lo que no tendría sentido acudir a las autoridades de otro Estado sin antes tener algún indicio de que estuviesen allí. No obstante, si Daniel Lombard después de un año y medio conociese por cualquier medio que María Rodríguez habría trasladado a su hija menor a México, puede presentar una nueva solicitud de restitución de la menor ante el Tribunal correspondiente del lugar en el que se encuentre Daniela, pero, esto último solo sería posible en el momento en el que tuviese localizada la dirección de madre e hija. Lo anterior está claro que supone aproximarse más a la cuestión de la restitución, dado

16 La Convención sobre los Derechos del Niño resulta aplicable al supuesto de hecho que nos ocupa, dado que ha sido ratificada por México en el año 1990 y por Bélgica en el año 1991.

que la competencia judicial internacional le corresponde al juez del lugar al que la menor ha sido trasladada o retenida de modo ilícito, esto es, a un juez del Estado requerido, para garantizar dicha restitución.

Ahora bien, si no es posible alcanzar una solución amigable, se tendrá que instar el correspondiente procedimiento judicial y prestar asistencia jurídica¹⁷ a Daniel Lombard como solicitante de la restitución. De esta manera, se tendrá que emitir una decisión en el plazo de seis semanas¹⁸, que versará sobre dos cuestiones: primero, determinará si ha habido o no traslado o retención ilícitos, después, el Tribunal resolverá si concurren o no motivos de oposición a la restitución de la menor.

1.4.2 Restitución vs. Oposición a la restitución de Daniela Lombard. Excepciones.

Una vez acreditado el traslado y retención ilícitos de Daniela Lombard, tomando como fundamento la Sentencia judicial¹⁹ de un juez belga que otorgaba la custodia compartida de la menor a ambos progenitores, hay que tener en cuenta que el Convenio contempla dos situaciones posibles: que el procedimiento comience antes, o bien, después de haber transcurrido un año desde el traslado. Por lo que respecta al supuesto de hecho, cabe recordar que comenzaría a partir de un año y medio después del traslado ilícito, ya que antes Daniel Lombard no conocía el paradero de su hija menor, por consiguiente, es de aplicación lo que disponga el Convenio de la Haya de 1980 en relación con los procedimientos iniciados un año después²⁰. En éstos lo que rige como regla general, según el párrafo segundo del artículo 12 es la restitución de la menor, salvo que se demuestre que la menor ha quedado integrado en su nuevo medio²¹.

Profundizando en las excepciones a la restitución, es conveniente destacar que éstas no son de aplicación automática, tal y como se indica en el *Informe Explicativo*²² sobre el Convenio de la Haya de 1980, sino que se trata de una facultad reconocida a los jueces competentes para que puedan denegar el retorno de los menores bajo determinadas circunstancias previstas en el presente Convenio. Asimismo, es necesario contar con pruebas que puedan justificar la decisión de no

17 Si el Estado requerido fuese España la asistencia jurídica la llevarían a cabo Abogados del Estado, salvo que el solicitante acudiese con un letrado de libre designación.

18 Es fundamental la urgencia en la solución de estas controversias, de ahí la celeridad del plazo de seis semanas para emitir la decisión judicial correspondiente. Esto tiene su razón de ser en el artículo 11 del Convenio de la Haya de 1980: *“Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados Contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores. Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el demandante o la Autoridad central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancias de la Autoridad central del Estado requirente, tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora”*.

19 Es uno de los medios de los que dispone la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido para determinar que el traslado y retención han sido ilícitos: *“(…) las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya estén reconocidas oficialmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables”*.

20 En el supuesto de que el procedimiento judicial o administrativo en México se iniciase antes de haber transcurrido un año desde el traslado ilícito la regla general sería la de acordar la restitución inmediata del menor tal y como dispone el artículo 12, párrafo primero, del Convenio de la Haya de 1980. No obstante, esta regla general puede ser desplazada por las excepciones previstas en los artículos 13 y 20.

21 Sobre esa cuestión se ha manifestado la STC 16/2016, de la Sala Segunda, de febrero, que elevó el interés del menor y, en concreto, la ausencia de adecuada valoración de la integración del menor a la categoría de un canon constitucional que fundamentó el amparo en virtud del artículo 24 de la CE. La progenitora sustractora defendió la contradicción del principio de interés superior del menor, en amparo ante el TC, al no haberse tenido en cuenta las circunstancias actuales que afectaban al menor como la edad, el tiempo que llevaba residiendo en España, la escolarización, que el padre llevaba más de veinte meses sin ver a la menor, etc.

22 Informe explicativo sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores elaborado por Dña. Elisa Pérez Vera. Madrid, abril de 1981. Consultado en HCCH | Sección Sustracción de Niños Consultado el 1 de marzo de 2019.

restitución de un menor de edad, con lo cual, parece lógico que la carga de la prueba²³ le correspondería a María Rodríguez, ya que, previsiblemente se opondrá al retorno de Daniela a Bélgica.

Dejando esto de lado, cabe analizar respecto al supuesto de hecho las excepciones a la restitución de grave riesgo de peligro físico o psíquico como la motivada en la integración de los menores en el nuevo Estado. Junto con la anteriores, también es posible denegar la restitución de un menor cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, esto es, una limitación de orden público correspondiente al Estado mejicano²⁴, de modo que un juez de ese Estado podría denegar la restitución de la menor si considera, por ejemplo, que la custodia atribuida en origen no fue establecida de acuerdo al principio del interés del menor o bien porque vulneró el derecho del menor, si ha alcanzado determinado grado de madurez, a ser oído para decidir su custodia.

A. Artículo 13.1 b) Convenio de la Haya de 1980: Peligro físico o psíquico.

Una vez establecido lo anterior, parece evidente que María Rodríguez se va a oponer a la restitución de su hija menor de edad tomando como base la excepción del artículo 13.1 b), basada en la existencia de un grave riesgo de que la menor sufra un peligro físico²⁵ o psíquico tras su restitución. En efecto, para convencer al juez correspondiente, la progenitora sustractora presentará los informes del terapeuta que trató a su hija menor después de la huida del domicilio familiar, dado que recordemos, que la actitud de angustia y miedo a su padre traía causa de un trastorno por estrés postraumático por los malos tratos sufridos en su corta vida.

Ahora bien, centrándonos más en la excepción en sí misma considerada, cabe decir que es una cuestión extremadamente sensible a nivel probatorio, sobretodo en el supuesto de hecho que nos ocupa, porque no consta ninguna denuncia previa al traslado ilícito de malos tratos de Daniel Lombard hacia su cónyuge e hija menor. Lo que sí es cierto es que el juez mejicano competente es el único que puede decidir si concurre o no esa causa que motiva la no restitución basando cualquier decisión en el principio de interés superior. Llegados a este punto, examinaremos la excepción contenida en el artículo 13.1 b) del Convenio de la Haya de 1980 que podría determinar la no restitución de la menor.

Es necesario que exista un “*grave riesgo*”, esto es, que sea muy probable la concurrencia de un determinado peligro para la menor y no bastará para estimarlo que la separación de la menor de María Rodríguez sea meramente dolorosa. Por lo que respecta al *daño físico y psíquico* cabe decir que ambos habrán de ser elevados o considerables y serios, de modo que, en el caso del físico, sería determinante para denegar la restitución de la menor si Daniel Lombard ha ejercido y probablemente vuelva a ejercer violencia sobre su hija menor. Mientras que, en el caso del daño psicológico, su delimitación es más complicada que el anterior, ya que apartar a un menor del domicilio familiar y trasladarlo a un nuevo país puede desencadenar un daño psicológico. No obstante, sí se ha considerado, tal y como apuntan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ²⁶, un daño psíquico elevado un desequilibrio psicológico que vaya más allá de un

23 La idea de que la carga de la prueba le corresponde al progenitor que se opone a la restitución del menor se manifestó con claridad la Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2015, *sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*.

24 En este sentido véase la Sentencia de la Cour de Cassation de 30 de enero de 1979, Asunto Nejib Bayar c. Jacqueline Nemeth, en la que se declaró que un Tribunal tunecino no había tenido en cuenta el interés de las menores al confiar su guarda exclusivamente en el padre. Por tanto, la citada resolución era manifestación de la preeminencia del padre respecto a la madre conforme al ordenamiento jurídico de Túnez y ello es contrario al orden público francés, basado en igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Lo anterior tiene que ver con la nota 4.

25 Recordemos que ese peligro físico o psíquico tiene que ponerse de manifiesto, en todo caso, con respecto a la menor, y no solo con respecto al progenitor sustractor.

26 CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “*Protección de menores*” en *Derecho Internacional Privado* (Dir. Caravaca y Carrascosa) vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011, p. 292.

simple trauma motivado por abandonar su entorno, y aquí juega un papel esencial la preocupante salud mental de la menor, recordemos que presentaba una actitud anómala antes de producirse el traslado a México y que el terapeuta sostuvo que era fruto de sufrir malos tratos. Por consiguiente, el juez habrá de analizar la restitución en sí misma, sin ceñirse a la situación previa del traslado, sino que tendrá que valorar si, en el caso de acordar la restitución de la menor, existen probabilidades muy altas de que Daniela siga sufriendo malos tratos por parte de su progenitor²⁷.

Lo más lógico es que el Tribunal, teniendo en cuenta las declaraciones del terapeuta, así como las del responsable del centro educativo al que acudía la menor en Bruselas, que pongan de manifiesto que la menor era muy retraída y no se relacionaba con el resto de menores de su edad, pueda sostener que el ambiente familiar no era el idóneo para el libre desarrollo de una menor²⁸. ¿Por qué grave riesgo? Principalmente por el hecho de que si se acuerda la restitución, existe una sentencia judicial de un juez belga que otorgó la custodia compartida a ambos progenitores, con lo cual, si Daniela regresa a Bruselas, tendrá que estar con su padre por períodos alternos como así establecía la decisión judicial previa al traslado ilícito, al menos, hasta que María Rodríguez inicie un nuevo procedimiento que tenga por causa violencia doméstica y cuyos resultados pueden ser negativos para madre e hija al iniciarse posteriormente al secuestro internacional²⁹.

Por otro lado, no cabe duda de que son determinantes los informes periciales de valoración del riesgo de la madre e hijos, tal y como defiende la Fiscal de VSM CAÑADAS LORENZO³⁰, dado que son de suma importancia para la resolución de la controversia tal y como se desprende de la Sexta Reunión de la Comisión especial³¹ *sobre el funcionamiento práctico del Convenio de la Haya de 1980, sobre sustracción de menores, y del Convenio de la Haya de 1996 sobre protección de menores*, se llegó a la conclusión de que “*en el momento de considerar la protección del niño en virtud de los Convenios de 1980 y 1996, se recomienda tener en cuenta el impacto que la violencia de un progenitor hacia el otro puede tener sobre el niño*”. Por ello, el juez mejicano podría, en caso de acordar la restitución de Daniela Lombard, acordar no solo medidas para proteger a la menor de un daño físico o psíquico, sino también medidas dirigidas a proteger a María Rodríguez.

En lo que respecta a las dificultades probatorias, existen resoluciones judiciales que han denegado la restitución de menores al considerar acreditada una situación de violencia de género que implicaba grave riesgo en un menor. En concreto, en el marco del Derecho comparado, cabe citar la Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer turno de Uruguay, de 6 de febrero del

27 Es muy habitual la llamada “violencia vicaria” por tratarse de un modo de maltrato al menor por parte de uno de sus progenitores con la finalidad de causar daño al otro progenitor.

28 Exposición de Motivos de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: “*Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género*”.

29 En este sentido cabe hacer referencia al Asunto Juana Rivas vs. Francesco Arcuri, en lo que concierne a la Sentencia 257/2018 del Juzgado de lo Penal Nº1 de Granada, de 18 de julio, ECLI: ES:JP:2018:51 Tirant lo Blanch, en la que se puso de manifiesto lo siguiente en los correspondientes hechos probados: “*Llegada la fecha de la vuelta, no lo hizo y el 12 de julio de 2016 interpuso denuncia por malos tratos contra Francesco en el Juzgado de Violencia 2 de Granada, manifestando antes a este que se hallaba enferma y no iba a volver en la fecha prevista, cuando en realidad había adoptado la decisión de no retornar con los dos hijos a Carloforte y mantenerlos con ella en Granada*”. Por ello, podríamos pensar que los Tribunales belgas podrían verlo como una oportunidad de arrebatarse la custodia de la menor a Daniel Lombard.

30 En este sentido la Circular 6/2015 de la Fiscalía General del Estado español estableció que para determinar la situación de riesgo del menor pueden ser claves los informes sociales sobre el menor y la familia, evitando siempre que a través de esa vía se persiga simplemente dilatar el procedimiento. Además, en opinión de la Fiscal María Jesús Cañadas Lorenzo es necesario tales informes periciales de valoración de riesgo de la menor y del progenitor sustractor, así lo ha manifestado en el *VII Congreso sobre Violencia doméstica y de Género.*, del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género (España), Madrid, 18 y 19 de octubre del 2018.

31 Informe de la Parte I de la Sexta Reunión de la Comisión Especial de junio del año 2011, párr. 42. Asimismo, se manifestó en la Séptima Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de la Haya de 1980 y del Convenio de la Haya de 1996, de octubre de 2017, párr. 144.

año 2015, que denegó la restitución de un menor³² a España por contar con suficientes pruebas de que se vivía una situación de violencia de género. Para llegar a esa conclusión, el Tribunal consideró decisivo una pericial técnico forense del menor.

Mientras que, en el supuesto de hecho que nos ocupa, solo contamos con la declaración de la madre y el informe del terapeuta al que acudió preocupada por la salud mental de su hija menor, pero no es posible la declaración de Daniela al ser una menor que todavía no ha alcanzado el suficiente grado de madurez. Por esta razón, una situación de violencia defendida por la madre, que podría implicar un riesgo para la menor en caso de acordarse la restitución, no ha sido estimada como excepción al retorno por los Tribunales de Justicia, en particular, nos referimos a la SAP de las Palmas de 29 de junio³³ que expone una situación muy similar a la que nos ocupa y en la que se acordó la restitución:

“porque esta Sala no puede convertirse en un órgano penal que determine si efectivamente la madre ha sufrido daños físicos, coacciones, injurias o maltrato de palabra y obra que haya repercutido y vayan a seguir repercutiendo a su vez en la integridad psíquica del hijo común que solo cuenta con tres años de edad, no existiendo ni siquiera denuncia penal de la madre (...)”.

Por ello, el Tribunal mejicano no puede declarar que ha resultado acreditada una situación de violencia de género suscitada por en el ámbito familiar, pero, cuestión distinta es que deniegue la restitución de la menor por apreciar un grave riesgo de peligro psíquico motivado fundamentalmente porque su figura paterna la atemorice por sus vivencias anteriores y que esa circunstancia persista si se produce el retorno.

No obstante, quienes han sufrido violencia de género pueden presentar determinados rasgos particulares de vulnerabilidad que derivan en no denunciar los abusos sufridos por miedo a su agresor. Al respecto es conveniente recordar la Sentencia del Tribunal de Uruguay³⁴, que denegó la restitución del menor, a pesar de que la madre no había presentado ninguna denuncia de malos tratos previa al traslado ilícito en el Estado de residencia habitual, y lo hizo sobre la base de que la madre se quedó sola en España, ya que los parientes más cercanos que tenía allí habían retornado al Estado de origen y la permanencia de los que quedaron no fue suficiente para su protección y la de su hijo porque nunca permitió que intervinieran por temor, al mismo tiempo que no interpuso denuncia alguna por esas misma razón.

En una situación muy similar se vio María Rodríguez en Bruselas, mientras toda su familia se encontraba en Méjico y carecía de apoyo necesario, al mismo tiempo que de pruebas contundentes para denunciar la situación en la que estaban sumidas madre e hija en el ámbito familiar y para ostentar en exclusiva la custodia de su hija menor de edad.

A modo de recapitulación, el diagnóstico de trastorno por estrés postraumático que se le hace a la menor es fundamental para que el Tribunal mejicano tenga en consideración el testimonio del progenitor sustractor, es decir, de que la menor ha vivido en un ambiente de violencia ejercida por Daniel Lombard, de modo que la restitución de la menor entraña un grave riesgo bajo el artículo 13.

32 En el mismo sentido el Auto de la AP de Cádiz 25/11, de 22 de febrero (Roj: AAP CA 30/2011) en el que se declaró la existencia de maltrato del padre hacia la madre e hijos, por lo que se denegó la solicitud de restitución. La prueba que se presentó para acreditar dicha situación fue la declaración de la madre y de los hijos, declaraciones notariales de un testigo y de un trabajador social.

33 SAP de las Palmas 317/2017, de 29 de junio, Sección 3ª, TOL6.356.681. En este asunto una madre huye con su hijo menor, siendo ésta a su vez menor de edad, de Argentina y se establecen ambos en España. Por esta parte se afirma que el traslado del menor no fue ilícito, dado que contaban con una autorización de viaje emitida por un juzgado de Paz y, fundamentalmente, porque la otra parte no ha podido acreditar la filiación del menor, que todavía es una cuestión que se encuentra pendiente de trámite en Argentina. Frente a ello el progenitor perjudicado por el traslado alegó el artículo 571 a) del Código Civil argentino y de acuerdo con éste, había quedado establecida la filiación extramatrimonial paterna. Por consiguiente, la demandada no podía trasladar de modo unilateral a su hijo menor edad, sin previo consentimiento del otro progenitor (FJ tercero). De esta manera, la AP de las Palmas acordó la restitución del menor, ya que no concurre ninguna de las excepciones previstas en el Convenio de la Haya de 1980.

34 Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno de 6 de febrero de 2015. Consultado en INCADAT, referencia 2015 | HC/E/UY 1322.

1 b). Esta decisión del Tribunal sería un ejemplo clave de las recomendaciones que el Proyecto de Guía de buenas prácticas sobre la aplicación del artículo 13. 1 b) hace a los Tribunales, en cuanto a la restitución de la menor; “*tener en consideración los efectos psicosociales de la violencia doméstica*” y un ejemplo de ello es, como sostiene la Fiscal CAÑADAS³⁵, padecer trastorno por estrés postraumático, ya que ello puede ser sumamente importante para conocer las consecuencias de esa violencia sobre quienes la han sufrido.

B. Posible integración de Daniela en México.

Es de imaginar que María Rodríguez no solo basará su oposición al retorno de la menor en la excepción ya referida, sino que empleará el argumento de que su hija menor de edad está integrada en México junto a su familia materna.

La razón de ser de esta excepción tiene que ver con el hecho de que, tras haber transcurrido un considerable período de tiempo, si el menor está adaptado e integrado en el Estado al que ha sido trasladado ilícitamente, acordar su regreso al Estado de su residencia habitual supone un perjuicio para el menor que puede llegar incluso, dependiendo del arraigo que experimente en el Estado del secuestro, a causarle un nuevo trauma. Por este motivo, resulta ejemplificativo en cuanto a aplicación de esta excepción la SAP de Barcelona de 4 de febrero de 2014³⁶ que declaró lo siguiente:

“Lo cierto es que la menor lleva viviendo siete años en Méjico con su madre, hecho incuestionable cuya modificación, hoy por hoy, no podemos acordar por muy lógico y entendible que sea el sentimiento de frustración e impotencia que ello haya generado en el padre. Ha de estarse al interés superior del menor (...)”.

En cuanto a los requisitos que habrán de concurrir, es necesario que María Rodríguez pruebe que su hija menor de edad está integrada en México³⁷ y, para acreditarlo, podría presentar informes del seguimiento del estado de salud mental de Daniela realizados por otros terapeutas, distintos al que acudió en un primer momento, que puedan certificar que su estado psíquico y actitud ha cambiado, además de que sea feliz en un ambiente familiar estable. Además, es conveniente destacar que no solo se limita a una integración física, sino también *emocional y psicológica*, de ahí el trauma que puede causarles regresar al Estado de origen. Además, el precepto hace referencia al transcurso de más de un año, que comienza desde que la menor tenía que ser devuelta al otro titular del derecho de custodia y finalizaría en el momento en que Daniel Lombard presentase la solicitud de restitución de su hija menor ante las autoridades competentes mejicanas. Por ello, de no haber transcurrido más de un año no puede invocarse esta excepción como causa de denegación de la restitución de Daniela³⁸.

35 CAÑADAS LORENZO., M.^a J., *op.cit.*, p. 10.

36 SAP de Barcelona 83/2014, Sección 18, de 4 de febrero, FJ tercero.TOL4.144.106 De nuevo nos encontramos ante una situación similar a la del supuesto de hecho que nos ocupa, dado que este asunto versa sobre una madre que traslada a su hija menor a México, por un período vacacional consentido por el otro progenitor, pero, tras ese tiempo, no hay intención de regresar. Se interpone la acción de restitución ante las Autoridades mejicanas y paralelamente a lo anterior el Juzgado de Primera Instancia nº3 de Sabadell, en el procedimiento de medidas provisionales previas nº 1070/07, se acuerda la separación provisional y se otorga al padre la guarda y custodia de la menor, declarando a su vez que su la madre retiene a su hija menor de edad en México de manera ilícita, ya que, el traslado de la menor, más allá del período vacacional, no contaba con el consentimiento del otro progenitor.

37 En este sentido cabe referirnos a la STC 16/2016, de 1 de febrero de 2016, (TOL5.662.312), ya que afectaba a una menor de corta edad igual que Daniela Lombard, y se manifestó lo siguiente en el FJ décimo, párr. quinto: “*En este 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 al que antes nos referíamos*”.

38 Recordemos que solo esta prevista esa excepción en el artículo 12 párrafo segundo para los casos en los que haya transcurrido más de un año: “*La autoridad judicial o administrativa, aun en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su*

En este punto cabe mencionar, por su paralelismo³⁹ con el supuesto de hecho que nos ocupa, el asunto *Lozano v. Montoya Álvarez* en el que se denegó la restitución de la menor, presentada después del transcurso de más de un año del traslado ilícito, justificando que la menor estaba adaptada e integrada en Nueva York sobre la base del artículo 12.2 Convenio de la Haya de 1980, ya que se pudieron aportar pruebas que evidenciaban estabilidad de la menor a nivel familiar, educativo y social. Mientras que el progenitor perjudicado por el secuestro alegó que la menor debía ser restituida “*porque el período de un año establecido debe ser suspendido equitativamente durante el tiempo en el que Montoya ocultó a la menor*”. Por su parte, la Corte no atendió a este argumento porque el período de un año no podía ser prorrogado por suspensión equitativa, de modo que, el lapso temporal de un año establecido en ese precepto ha sido pensado para proteger los intereses del menor en cuanto a una posible adaptación a su nuevo hábitat, intereses que ocuparían un segundo plano⁴⁰ si se acepta la suspensión equitativa. Por tanto, en el caso de que Daniel Lombard alegue la suspensión equitativa, la respuesta del Tribunal será que el período de un año no opera como una ley de prescripción, dado que el regreso de la menor junto al progenitor perjudicado permanece más allá del transcurso de un año⁴¹ si no llega a apreciarse ninguna excepción.

No obstante, esta restricción a la restitución no está exenta de críticas, entre las más destacadas se encuentra la posible incitación a trasladar y a retener durante un tiempo considerable al menor en un Estado distinto al de su residencial habitual para después beneficiarse de la apreciación de integración del menor. Lo anterior no es admisible, dado que las excepciones son aplicadas de modo discrecional, es decir, no hay obligación de aplicarlas en base al artículo 18 del Convenio de la Haya de 1980⁴². Por esta razón, no estamos ante una incentivación al secuestro internacional de menores por alguno de sus progenitores, ya que, los Tribunales pueden acordar su restitución aunque haya transcurrido más de un año desde el traslado ilícito. Con lo cual, no sería admisible que Daniel Lombard alegase que no se puede considerar la integración de su hija menor en México porque realmente estuvo oculta en dicho Estado, ya que la excepción que estamos analizando entra en juego cuando la solicitud de restitución se presenta después de un año desde que el menor fue sustraído, y en el caso que nos ocupa, como mínimo transcurre un año y medio, ya que lo que importa es la solicitud ante las Autoridades mejicanas. Además, la Corte de Justicia de México señaló que las meras dilaciones⁴³ en el procedimiento de restitución no sirven para considerar la integración del menor como causa para denegar su restitución.

nuevo medio”.

39 Hablamos de que existe paralelismo entre ambos casos porque Montoya huyó con su hija menor de edad bajo circunstancias muy parecidas, es decir, consideró que los problemas familiares estaban afectando a la salud mental de la menor, ya que estaba atemorizada ante la presencia de Lozano, el mismo comportamiento que presenta Daniela Lombard. Lo cierto es que en este caso no se pudo probar que Lozano hubiese ejercido violencia sobre la menor, pero sí entendió el Tribunal que la menor había estado expuesta a importantes problemas familiares, como discusiones e insultos por parte de Lozano hacia Montoya.

40 Cuestión incompatible con los propósitos de esta Convención.

41 Recordemos que la regla general que opera es la de la restitución del menor, salvo que concurran las excepciones citadas. Artículo 12.2, 13 y 20 del Convenio de la Haya 1980. Cuestión distinta es que transcurrido ese período de tiempo y a la vista de la estabilidad que presenta la menor, el Tribunal entienda que se encuentra integrada en ese nuevo ambiente familiar gestado en México y pese más su interés que el afán restitutivo, a toda costa, del otro progenitor

42 “*Las disposiciones del presente capítulo no limitarán las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento*”.

43 *Juicio de Amparo Directo en Revisión 903/2014* de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Naciones de los Estados Unidos Mexicanos; trae causa de la situación desfavorable que se generaría para un progenitor perjudicado por el secuestro internacional, ya que solicitó la restitución del menor en noviembre de 2011, al poco tiempo de su traslado ilícito, pero, hasta julio de 2014, por causa de dilaciones, no se tuvo una resolución para ese procedimiento iniciado en México.

A modo de recapitulación, el hecho de que Daniela haya mejorado su salud mental es un claro indicio de que está adaptada al nuevo ambiente familiar y que ha ganado una estabilidad que antes no tenía, de ahí el grave riesgo al que está expuesta si regresa a Bruselas. Con lo cual, las excepciones anteriores operan en este supuesto conjuntamente para motivar la denegación de restitución de la menor. Por ello, es conveniente señalar que se trata de una situación particular y no de cualquier otro secuestro internacional por uno de los progenitores, ya que, en un supuesto común⁴⁴ se acodaría la restitución inmediata, con la mayor urgencia posible para evitar la falta de contacto con uno de los progenitores. Por último, es conveniente señalar que no hay una única solución a esta controversia, ya que como he dicho anteriormente, es el Tribunal el que valora cada caso y circunstancias en torno al menor de modo discrecional bajo el principio del interés superior del menor, que aquí queda suficientemente claro que es el de continuar su vida en Méjico junto a su madre María Rodríguez.

2. Secuestro “intracomunitario” de menores de edad.

2.1. ¿Cuál sería la situación jurídica de madre e hija en España?

Para comenzar, además del Convenio de la Haya de 1980 resultaría aplicable el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo o también conocido como Bruselas II Bis, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la *competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*, al producirse el supuesto de hecho entre dos Estados miembros de la UE. Con lo cual, el citado Reglamento comunitario constituye una regulación complementaria dentro del ámbito de la UE, con la particularidad de que el éste primará sobre el Convenio en las relaciones entre los EEMM tal y como dispone el artículo 60 e), pero se aplicará este último para aquello que no esté previsto por el Reglamento 2201/2003. Además, hay que destacar en el ámbito comunitario, por lo que respecta a la materia de divorcio, en la que indirectamente incide el supuesto de hecho, el Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre⁴⁵, ya que es el mecanismo que puede resolver controversias entre los distintos sistemas jurídicos de los EEMM de la UE en esta materia.

Si seguimos el mismo esquema que en la anterior cuestión, es conveniente preguntarse si estamos o no ante un traslado ilícito a la luz del citado artículo 2.11 del Reglamento comunitario. Lo cierto es que se estableció un concepto prácticamente idéntico al del artículo 3 del Convenio de la Haya de 1980, con la salvedad de que la citada norma comunitaria se refiere a la infracción de un derecho de custodia cuyas condiciones en cuanto a su adquisición fueron establecidas de acuerdo con los Derechos nacionales⁴⁶ de cada Estado miembro de la UE. Por consiguiente, seguimos estando ante

44 El supuesto de hecho propuesto se contraponen al habitual, es decir, por lo general quien materializa el secuestro es el progenitor que se ve perjudicado por la decisión judicial que establecía la custodia y el régimen de visitas del menor, es decir, el progenitor sustractor solía ser al que se le atribuía únicamente el derecho de visitas. No conforme con ello traslada de modo ilícito al menor a un Estado diferente del de la residencia habitual aprovechando un período de visitas. No obstante, en los últimos tiempos ha cambiado esta tendencia, especialmente por la incidencia de la violencia en el ámbito familiar, ya que un gran número de secuestros de menores obedecen al deseo de las madres de huir de la violencia. Ello supondría una creciente invocación del art. 13.1 b) del Convenio de 1980. Ahora bien, conviene señalar que, a pesar del repunte identificado en 2008, las últimas estadísticas de 2015 señalan una estabilización del número de supuestos en que se invoca el art. 13.1 b) en números similares a los de estudios previos (en torno al 26% de los casos). RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y en la Haya”, *Revista electrónica de estudios internacionales.*, Nº35, 2018, p. 6.

45 Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, *por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial*. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 29 de diciembre de 2010.

46 En este sentido, cabe mencionar la Sentencia del TJUE (Sala Tercera) de 5 de octubre de 2010, Asunto C-400/10 PPU que enfrenta a un padre y a la madre sustractora de un menor que no habían contraído matrimonio, sino que su relación afectiva era análoga a la matrimonial. El hijo de esta pareja no casada fue trasladado a otro Estado miembro por su madre que disponía de la patria potestad sobre su hijo de forma exclusiva, ya que así lo dispone el Derecho irlandés “*el padre biológico no tiene el derecho de custodia de su hijo, excepto si dicho derecho se le concede por un acuerdo*”

un secuestro de una menor, ahora intracomunitario, por uno de sus progenitores, ya que se cumplen ambas condiciones para afirmar que es un traslado y posterior retención de carácter ilícito, esto es, con infracción de un derecho de custodia atribuido a Daniel Lombard en una sentencia judicial belga y que se ejercía compartida y efectivamente antes del traslado ilícito. Ahora bien, vamos a proceder a examinar las posibilidades que tendría Daniel Lombard a efectos de la restitución de su hija menor de edad a la luz del Reglamento Bruselas 2201/2003 para poder encontrar las particularidades que presenta respecto al escenario planteado en la primera cuestión.

2.1.1 Solicitud de restitución.

Parece lógico que, al ignorar el paradero de la menor, el progenitor perjudicado por la sustracción ilícita acudirá, en un principio, a la Autoridad Central belga tal y como expuse anteriormente. No obstante, si Daniel Lombard logra conocer el lugar de España en el que se encuentran madre e hija, en ese caso, lo más probable es que directamente interponga demanda de restitución de la menor ante el órgano jurisdiccional español competente, al amparo del citado Convenio y el Reglamento. En concreto esta actuación estaría amparada, de forma específica en el ámbito comunitario, por el artículo 11.1⁴⁷ del Reglamento 2201/2003 por ser el equivalente al artículo 8 del Convenio de la Haya de 1980. Por tanto, es a un órgano jurisdiccional español al que le corresponde la decisión acerca de la restitución de Daniela Lombard al Estado de su residencia habitual inmediatamente anterior al traslado.

Como nos encontramos dentro de los límites territoriales del Estado español, considero que es oportuno poner de manifiesto que la búsqueda de menores que han sido sustraídos por uno de sus

celebrado entre los padres o por una resolución judicial, puesto que tal derecho de custodia corresponde de oficio a la madre sin que sea necesario atribuírselo". Por ello, cuando el progenitor perjudicado por el traslado solicita la restitución del menor en el estado de la sustracción surge el problema de que se pueda o no considerar traslado ilícito porque no ha habido realmente infracción del derecho de custodia, dado que no había sido atribuido al padre biológico del menores ni por un acuerdo ni en virtud de resolución judicial en el Estado de origen.

Es por ello por lo que el TJUE manifiesta lo siguiente (*Párrafo 43 y 44*): "el Reglamento 2201/2003 no establece quien es la persona que debe tener un derecho de custodia que pueda hacer ilícito el traslado de un menor en el sentido de su artículo 2, número 11, pero se remite al ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o su retención por lo que respecta a la designación del titular de este derecho de custodia, por consiguiente, aquí se encuentra la cuestión fundamental. De este modo, es el ordenamiento jurídico de dicho Estado miembro el que determina las condiciones en las que el padre biológico adquiere el derecho de custodia de su hijo, en el sentido del artículo 2, número 9, del citado Reglamento, en su caso supeditando la adquisición de este derecho a la obtención de una resolución del órgano jurisdiccional nacional competente que se la confiera". Por tanto, para hablar de carácter ilícito del traslado de un menor habrá de existir un derecho de custodia atribuido al progenitor perjudicado por el secuestro de acuerdo con el ordenamiento jurídico del Estado de origen. Por consiguiente, lo que tenía que haber hecho el padre biológico en este asunto es solicitar ante el juez nacional competente la modificación de la atribución de la patria potestad exclusiva a la madre, eso sí, antes del traslado, para que se le pudiera atribuir el derecho de custodia sobre su hijo menor. De ahí que si no realiza lo anterior antes del traslado va a fracasar la solicitud de restitución del menor al Estado miembro en el que se encontraba su residencia habitual. Con lo cual, estamos ante un asunto peculiar en el que el traslado de la madre junto con su hijo es de carácter lícito porque la madre ostentaba la custodia de su hijo menor y cualquier traslado que efectúe está amparado por el derecho de libre circulación y el de determinar su residencia, "sin que ello prive al padre biológico de la posibilidad de ejercer su derecho de presentar una demanda dirigida a obtener el derecho de custodia de dicho menor o un derecho de visita de este" (*Párrafo 58*).

47 Art.11.1: "Los apartados 2 a 8 será de aplicación cuando una persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se dicte una resolución con arreglo al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, con objeto de conseguir la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos.

progenitores está amparada por la Ley 26/2015⁴⁸ y por la Ley orgánica 8/2015⁴⁹, dado que ambas constituyen un reflejo de la protección integral de los menores y de lo que mejor convenga a sus intereses en el ámbito normativo español.

Dejando lo anterior, es oportuno hacer una breve referencia a la nueva regulación contenida en el capítulo IV bis del Título I del Libro IV, constituido por los artículos 778 quáter a 778 sexies, y recientemente introducido por la disposición final tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción voluntaria, que tiene como rúbrica “*las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en supuestos de sustracción internacional*”.

Esta modificación⁵⁰ supuso que la sustracción internacional de menores pasase de estar en el ámbito de la jurisdicción voluntaria “*a ser considerado un proceso especial con sustantividad propia y ubicado en los procesos matrimoniales y de menores de la LEC*” tal y como expone la Fiscal JIMÉNEZ BADOS⁵¹. Si profundizamos más en la regulación que encontramos en la LEC, podremos saber cuándo⁵² se va a iniciar en España el procedimiento previsto en el citado Capítulo; cuando un menor haya sido objeto de un traslado o retención ilícita y que se encuentre en España. Por ello, el progenitor perjudicado solicitará ante los Tribunales españoles la restitución del menor o su retorno al Estado de origen. De modo que, se cumplen todas estas condiciones en el supuesto de hecho que nos ocupa y se iniciaría en España un procedimiento cuya competencia le pertenece a los Jueces de Primera Instancia con competencia en materia de familia de la capital de provincia en la que se halle la menor Daniel Lombard, además de que resulte obligatoria la intervención en el procedimiento del Ministerio Fiscal⁵³, estableciéndose un plazo máximo de seis semanas para decidir acerca de la restitución del menor.

48 Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. Destacar aquí el artículo 11.2, sobre los principios rectores de la acción administrativa, entre los cuales se encuentra la “supremacía de su interés superior”.

49 Ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. De nuevo se refleja el interés superior del menor, artículo 2: “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”.

50 Lo cierto es que esta modificación no estuvo exenta de críticas, ya que algunos autores como FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “El anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria y la sustracción internacional de menores” en *Revista del Consejo General de la Abogacía*, nº 85, abril 2014, pp. 28-32., ha considerado que esos procesos deberían haberse mantenido en el marco de la jurisdicción voluntaria por el mayor nivel de seguridad de que se produzca la reintegración. En otro sentido LIEBANA ORTIZ, J.R., “El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores”, *REDUR* 13, diciembre 2015, pp. 83-109., se muestra partidario de la citada reforma para poder así considerarlos como verdaderos procesos, sin olvidarnos de que son especiales por razón de la materia que ponen en cuestión.

51 JIMÉNEZ BADOS., M.ª P., *op.cit.*, pág. 18.

52 Así ha quedado establecido en el artículo 778 quáter: “*en los supuestos en que, siendo aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito y se encuentre en España, se procederá de acuerdo con lo previsto en este Capítulo. No será de aplicación a los supuestos en los que el menor procediera de un Estado que no forma parte de la Unión Europea ni sea parte de algún convenio internacional*”. De esta redacción se infiere que quedan excluidos los menores procedentes de terceros Estados no firmantes del Convenio de la Haya de 1980 o los menores retenidos en éstos últimos. Por ello, habrá de tratarse de supuestos en los que el Estado de la residencia habitual de la menor o de origen y el de destino sean miembros de la UE o Estados contratantes del Convenio de la Haya de 1980.

53 Así ha quedado plasmado en el artículo 749.1 de la LEC: “*en los procesos de sustracción internacional de menores (...) será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada*”. En el mismo sentido se manifiesta la Circular 6/2015 de la Fiscalía General del Estado proclamando que “*el Fiscal interviene como parte imparcial, guardián de la legalidad y defensor de los derechos del menor*”.

2.1.2 ¿Restitución o no restitución de Daniela Lombard?

Sin más dilaciones cabe destacar que el Reglamento comunitario contiene las mismas excepciones a la restitución, contenidas en los artículos 12, 13 y 20 del Convenio de la Haya de 1980, pero con una salvedad, y es que los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de Daniela Lombard en caso de grave riesgo físico o psíquico para ésta si se demuestra que se han adoptado medidas suficientes⁵⁴ que garanticen la protección de la menor tras su restitución a Bélgica, en virtud del artículo 11.4 del Reglamento 2201/2003. En otras palabras, si el Estado de residencia habitual presta las garantías necesarias para combatir un grave riesgo al que se halle expuesto la menor, puede ordenar la restitución del menor. No obstante recordemos que no hay obligación de ordenar la restitución. Con lo cual, esta peculiaridad que establece el Reglamento comunitario es manifestación del espíritu de colaboración y confianza mutua que impera entre los EEMM y, además, está comprometido de manera fiel con la restitución de menores sustraídos de modo ilícito, dado que la cooperación en este ámbito espacial sin duda es más sencillo.

Partiendo del hecho de que se puedan adoptar medidas para garantizar la protección del menor ante una supuesta restitución, cabe señalar que ello es posible gracias a que el Convenio de la Haya de 1980 opera de forma conjunta con el Convenio de la Haya de 1996⁵⁵ relativo a *la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*, siempre y cuando se cumpla la condición de que estemos hablando de Estados parte⁵⁶. Sin embargo, únicamente en el Reglamento 2201/2003 se limita la aplicación de la excepción de grave riesgo por la adopción de las medidas que estamos comentando. Por tanto, consideramos a la vista de lo expuesto el Convenio del 1996 refuerza la idea de restitución de menores sustraídos por alguno de sus progenitores, con lo cual, tal y como sostiene la Profesora REIG FABADO⁵⁷, el Convenio de la Haya de 1996 puede facilitar la restitución segura del menor cuando se ha opuesto la excepción de grave riesgo.

A la vista de lo anterior queda claro que el juez pierde, en gran medida discrecionalidad, en relación con el supuesto de la primera cuestión, puesto que la citada norma comunitaria confirma y refuerza el principio de restitución inmediata de los menores de edad. No obstante, el artículo 11.4 de la norma comunitaria no está exento de críticas, ya que su razón de ser se basa en un presunto uso abusivo del artículo 13.1 b) del Convenio de la Haya de 1980 y no concreta cuáles son esas medidas cuya adopción puede justificar la no restitución de un menor. También, ROGRÍGUEZ PINEAU⁵⁸ señala que se ha criticado la presunción de que todos los Estados miembros adopten estándares de protección respecto de los menores, sin profundizar en las circunstancias particulares que les rodean, ya que esto no es compatible con el interés superior del menor. A la vista de lo anterior es coherente pensar que ese mecanismo establecido por el Reglamento comunitario no tiene

54 Artículo 11.4 del Reglamento Bruselas II Bis: “Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución”.

55 El Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, *sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*, entró en vigor de forma general el 1 de enero de 2002 y para España el 1 de enero de 2011, según el artículo 61.2.a). A fecha de 17 de octubre de 2017, cuenta con 57 Partes contratantes. Consultado a 26 de marzo de 2019.

56 Tanto España como Bélgica han firmado el citado Convenio en el año 2003.

57 REIG FABADO, I.: “El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: Retorno vs. Violencia familiar o doméstica”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2018), Vol. 10, Nº 1, pp. 610-619.

58 RODRÍGUEZ PINEAU, E., *op.cit*, p.16. Asimismo, sostiene la idea de que es necesaria una revisión del Reglamento comunitario para establecer que no se acordará la restitución del menor en aquellos casos en los que hubiese sido sustraído por uno de sus progenitores para huir de una situación de violencia, como ocurrió en el supuesto de hecho que nos ocupa, cuestión que sería más coherente conforme al principio del interés superior del menor.

debidamente en cuenta las situaciones de violencia familiar que afectan al menor y al progenitor sustractor, de manera que puede poner a los anteriores en situaciones de riesgo.

Lo cierto es que podríamos pensar, en un primer momento, que es bastante complicado que el órgano jurisdiccional español competente denegase la restitución de Daniela Lombard sobre la base de la excepción mencionada, puesto que la denegación está más restringida que en la situación anterior, y la excepción de integración probablemente no sería suficiente para acordar la no restitución de Daniela Lombard a juicio del Tribunal, ya que en el ámbito comunitario impera en mayor medida el espíritu de la restitución.

Continuando con las diferencias que plantea la norma comunitaria respecto al Convenio de la Haya de 1980, cabe decir que el Reglamento prevé que los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor sin que se haya dado la posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su restitución tal y como dispone el artículo 11.5, mientras que en el Convenio no encontramos ninguna disposición que haga necesaria la audiencia del titular de la custodia que se ha visto perjudicado por el traslado y retención ilícita. De modo que, se hace necesaria la audiencia de Daniel Lombard para que el Tribunal español puede decidir sobre la restitución de su hija menor de edad.

No obstante, a la luz del Convenio de la Haya de 1980 es importante señalar que se deja al libre arbitrio de las autoridades la decisión de tener o no en cuenta la opinión del menor antes de ordenar su restitución. Mientras que en el Reglamento ya deja de ser facultativa la decisión de dar audiencia al menor sustraído, dado que se dice expresamente en el artículo 11.2 que se velará porque se pueda dar al menor la posibilidad de ser oído, antes de decidir si resulta aplicable alguna de las excepciones de los artículos 12 o 13, siempre y cuando tenga un grado de madurez o edad que le permita realizar esas manifestaciones, salvo que, como en este caso, por su edad no sea conveniente, dado que con cinco años no tiene la suficiente edad y grado de desarrollo para efectuar una declaración.

Dejando aparte lo anterior, para poder saber si la decisión del Tribunal español será acordar la restitución de la menor hay que tener en cuenta las decisiones judiciales en esta materia de los últimos años en el ámbito comunitario.

Considero oportuno mencionar aquí un cambio fundamental de la línea jurisprudencial que se produjo en el ámbito de la sustracción de menores, tipificada como delito en el CP español en su artículo 225 bis.2.1º, ya que a partir del año 2016 en virtud de la sentencia de la AN 10/2016⁵⁹, de 15 de marzo, no es necesario como elemento del tipo que exista, antes del traslado de la menor, resolución judicial o administrativa que estableciese el régimen de custodia de un menor, sino que es suficiente con que dicho traslado no haya sido realizado con el mutuo acuerdo de los progenitores. De modo que aprovecho la coyuntura para dejar claro que María Rodríguez ha cometido un delito tipificado en el CP español, sin perjuicio de que pueda solucionarse la controversia en vía civil.

Nuevamente se nos plantea el problema de la prueba, pero no olvidemos que es de especial importancia el estado de salud mental que presenta Daniela tras la huida, ya que hay que valorar el entorno y circunstancias que rodean a la menor. Al respecto, cabe recordar el asunto *Juana Rivas c. Francesco Arcuri* en el que fue determinante, para acordar la restitución de los menores, el hecho de que no se habían detectado⁶⁰ en ellos signos de haber sufrido violencia en el ámbito familiar. Por ello, es relevante en este punto comentar que es posible que los profesionales detecten que los

59 Sentencia de la AN, de 15 de marzo, SAN 10/2016 en resolución del Recurso2/2016., (ECLI:ES:AN:2016:2642) FJ primero: “*Debe considerarse sustracción el traslado de un menor de su lugar de residencia sin el consentimiento del progenitor con quien no conviva*” a los efectos del artículo 225 bis 2.1º.

60 Sentencia 257/2018, del Juzgado de lo Penal Nº1 de Granada, ECLI: ES:JP:2018:51, FJ primero : “*No se detecta en ese informe rastro alguno de las secuelas y vestigios que deja en un menor el hecho haber tenido que “ponerse en medio del padre y la madre, para proteger a esta cuando recibía golpes”, o tener que imitar “estar enfermo y no ir al colegio para quedarse con la madre y protegerla” o haber “recibido frecuentes golpes en la cabeza”.*”

menores han vivido situaciones violentas en el ámbito familiar, ya que muestra de ello es que se vuelven retraídos, temerosos o preocupados, justamente esto es lo que describe la actitud de Daniela hacia su padre. De modo que, aunque no haya denuncias previas por parte de María Rodríguez, la salud mental de la menor es determinante para plantearse la excepción de restitución del artículo 13.1 b) del Convenio de la Haya de 1980. Lo cierto es que lo que está en juego en este supuesto de hecho es el interés superior del menor, tanto por la posible concurrencia de un grave riesgo de peligro físico o psíquico como por la posible integración en España.

En este sentido, el juez español que acordarse el retorno de Daniela Lombard a Bruselas puede, en efecto, establecer unas medidas urgentes⁶¹ en aras a su protección que deben ser cumplidas y reconocidas en el Estado de origen hasta que el juez belga competente adopte las medidas definitivas que considere oportunas. Con lo cual, acordar el retorno no implica por sí solo la separación definitiva de la menor respecto a María Rodríguez⁶².

Al margen de la precisión anterior, es conveniente traer aquí otro asunto similar en el que el progenitor sustractor invocó la excepción al retorno del artículo 13.1 b), hablamos del Asunto X c. Letonia⁶³. De nuevo refleja la situación de una madre que huye junto a su hija menor de edad alegando que el otro progenitor se había vuelto irascible y agresivo hacia ambas, sin mediar ningún tipo de denuncia previa de malos tratos, igual que en el supuesto de hecho que nos ocupa. Además, el examen de un psicólogo en este caso reveló⁶⁴, a grandes rasgos, que la menor necesitaba vivir con su madre, teniendo en cuenta su edad y el bienestar emocional que presenta, dado que una separación inmediata podría conllevar a un trauma psicológico para la menor. Del mismo modo, se podría argumentar a la vista del mejor estado de salud de Daniela Lombard, que podría generar inestabilidad en la menor abandonar a su familia materna mejicana. Lo cierto es que el Tribunal competente en Letonia comparte la idea de que la menor necesita a su madre y no resultaba conveniente la separación; no obstante, esto nos hace volver a traer a colación el hecho de que este Tribunal no tiene que resolver en cuanto a la custodia de menor, ya que una decisión judicial sobre la restitución de un menor no afecta al fondo del derecho de custodia⁶⁵. Por ello, el resultado fue acordar el retorno de la menor a Australia y no el retorno de la menor con su padre. El Tribunal ordenó el retorno inmediato de la menor a Australia a pesar de que se logró constatar, por la intervención de los testigos, que había discusiones entre los padres y que el padre adoptó una

61 Una de esas medidas urgentes que podrían ser decretadas por un juez español sería una prohibición de acercamiento para Daniel Lombard respecto a su hija menor de edad para así garantizar el retorno seguro de la menor al amparo del Convenio de la Haya 96 de los que ambos Estados son parte. Además, el Convenio de la Haya de 1996 permite en base a su artículo 32 que se realice un seguimiento de la situación del menor y su protección tras la restitución al Estado de origen. En el contexto normativo español conviene mencionar, en tanto en cuanto estamos hablando de protección jurídica de menores de edad, la reforma de la Ley 26/2015, de 28 de julio, por la que se modifica el sistema de protección a la infancia y la adolescencia, BOE , núm.180, de 29 de julio de 2015.

62 Nuevamente nos lleva a lo establecido en el artículo 16 del Convenio de la Haya de 1980 en cuanto a la competencia para decidir acerca de la custodia. Véase epígrafe 1.

63 Extraído del Asunto X c. Letonia, STEDH de 26 de noviembre de 2013, JUR 2013\354045 (Consultado el día 26 de marzo de 2019).

64 Véase STEDH asunto X c. Letonia: "Aunque según el examen de su desarrollo éste sea correcto desde el punto de vista de los conocimientos y del lenguaje, la niña no es capaz debido a su corta edad de indicar dónde prefiere residir (...) Considerando su edad y los estrechos vínculos emocionales que la unen con su madre, como es normal a su edad, su bienestar emocional se basa principalmente en el equilibrio psicológico de [la demandante] y está estrechamente ligado a éste. (...). [La] niña necesita la presencia cotidiana de la madre así como vivir permanentemente con ella en el mismo lugar. Atendiendo a su edad - tres años y diez meses-, se debe descartar una separación inmediata de la madre pues, de lo contrario, la niña podría sufrir un trauma psicológico y su sensación de seguridad y confianza podría verse afectadas". (Antecedentes, párr. 22)

65 Es muy importante distinguir el retorno de la custodia de los menores, por ello, el TEDH ha puesto de manifiesto de modo recurrente esta distinción para que no pueda dar ocasión a confusión tal y como quedó establecido en el Asunto *M. R. y L. R. c. Estonia* (decisión), 13420/12, párr. 47-48, 15 de mayo de 2012, y en el Asunto *Tarkhova c. Ucrania* (decisión), 8984/11, 6 de septiembre de 2011).

actitud irascible, pero consideró que no existía un grave riesgo de peligro físico para la menor como sostenía la sustractora porque solo se basaba en “*conjeturas sin fundamento*”.

En un sentido contrario a los anteriores casos, podemos citar el *Asunto Carrer c. Rumanía*⁶⁶, en el que de nuevo tenemos presente la situación de una madre que huye a Rumanía junto a su hija menor de edad por la actitud violenta del otro progenitor. Sin embargo, la exploración psíquica de esta menor señalaba que no había indicios suficientes para considerar que había sufrido abusos, pero, lo relevante es que la menor se encuentra muy unida a su familia materna, por ello, los Tribunales rumanos deniegan la restitución de la menor por considerar que la menor podría sufrir daños físicos o psíquicos si regresase a Austria.

En conclusión, teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, podemos decir que se puede producir la restitución o no restitución de Daniela, ya que de nuevo volvemos a poner de manifiesto la fuerte discrecionalidad o gran margen de apreciación del que disponen los Tribunales para tomar las referidas decisiones judiciales. No obstante, éstos habrán de adoptar las resoluciones adecuadas al interés superior del menor afectado por esta situación, dado que, como sabemos, la preservación de éste es lo primordial en este ámbito.

2.1.3 Incidencia de la restitución de menores en el TEDH.

Dejando de lado las resoluciones judiciales anteriores procedentes de Tribunales de distintos EEMM, es conveniente realizar, en este punto, la siguiente precisión. Lo cierto es que no podemos confundir el análisis del Derecho Comunitario por parte del TJUE con la jurisprudencia del TEDH, que es lo que aquí nos ocupa, dado que éste último no interpreta Derecho comunitario, sino Derecho internacional, esto es, la CEDH⁶⁷.

Precisamente cabe mencionar la labor que desarrolla en el ámbito de sustracción de menores el TEDH, en un nivel supranacional, porque se encarga de llevar a cabo un examen de las actuaciones realizadas por los Tribunales nacionales, para saber así, si estos últimos han tenido en cuenta la situación familiar que afectaba al menor y otros factores que pueden incidir en su restitución, como son los de tipo psicológico y emocional. Además, hay que tener presente que el TEDH puede anteponer los intereses de los menores sobre los intereses de los padres, ya que ello constituye el fundamento del principio rector de esta materia⁶⁸. Con lo cual, dependiendo de si se acuerda o no el retorno de Daniela a Bélgica, María Rodríguez, o bien Daniel Lombard podrán presentar demanda ante el TEDH en esta materia a los efectos que se se someta a examen la sentencia judicial recaída en España.

Lo cierto es que, el *Asunto Carrer c. Rumanía* llegó al TEDH, siendo el Sr. Carrer demandante y alegando una vulneración del artículo 8 de la CEDH sobre el derecho a la vida familiar, dado que el TEDH consideró que no se había probado de una manera suficiente la existencia de un grave riesgo para la menor y ni siquiera los Tribunales rumanos tuvieron en cuenta acordar la restitución bajo determinadas medidas dirigidas a la protección de la menor en vistas a los episodios de violencia del demandante. Por tanto, el TEDH señaló que la evaluación de la circunstancias que rodean a la menor para acordar la no restitución de la misma había sido incompleta. Incluso, aquí confluyó otro factor que es que no se dio audiencia al Sr. Carrer en el procedimiento abierto ante los Tribunales rumanos, lo cual es una incompatibilidad de acuerdo con el artículo 11.5 del Reglamento Bruselas II Bis. A modo de conclusión, cabe decir que la decisión sobre este asunto del TEDH fue la de acordar procedente la restitución de la menor, ya que su no restitución no tuvo la debida justificación en

66 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), Caso Karrer contra Rumanía. 21 de febrero de 2012. JUR 2012\61784. Última consulta 2 de abril de 2019.

67 Convenio Europeo de Derechos Humanos firmado por el Consejo de Europa en el año 1950 y que nace como un Tratado Internacional para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales en Europa.

68 A este respecto me remito al artículo 24 de la Carta de la UE (BOE 30 de marzo de 2010). Con lo cual, la previsión que en el citado precepto se hace, junto con toda la normativa en el desarrollo de este trabajo denota que el interés superior del menor goza de una extensa protección en los textos internacionales.

cuanto a la falta de evaluación de los riesgos psíquicos o físicos a los que estaba expuesta y, menos aún, sin antes contemplar la posibilidad de adoptar medidas dirigidas a la protección de los menores.

Por otro lado, retomando el *Asunto X c. Letonia*, pero en lo que respecta a la sentencia que emitió el TEDH valorando la actuación de los Tribunales de Letonia, cabe decir que el TEDH concede la razón a la madre sustractora porque se consideró que se había vulnerado el artículo 8 de la CEDH al acordar la restitución de la menor a Australia, sin ningún tipo de medida de protección de la menor y obviando la valoración de un profesional que indicaba la posible existencia de un grave riesgo de daño. Por tanto, en este asunto parece coherente afirmar que existe una importante carga probatoria, fundamentalmente en el informe emitido por el profesional que había valorado a la menor, que indica que la menor podría sufrir un grave daño psíquico o físico con la restitución y ello habrá de indicar la no restitución de la menor.

En este mismo sentido encontramos otros asuntos, a través de los cuales se genera jurisprudencia en este ámbito, en los que el fallo del TEDH fue prácticamente idéntico, como son el de *Seneersone y Kampanella c. Italia*⁶⁹ y el de *Neulinger y Shuruk c. Suiza*⁷⁰. En ambos se puso de manifiesto por parte de este Tribunal que se había probado de manera adecuada el grave riesgo de daño físico o psicológico que entrañaba la restitución de los menores, con lo cual, no hay duda de que los jueces nacionales no habían valorado correctamente que la restitución sería contraria a los intereses del menor y decidieron acordarla ignorando las pruebas aportadas. De modo que, no se logró acreditar en estos asuntos que las restituciones de aquellos menores no serían contrarios a sus intereses, por ello, el TEDH indicó que los jueces nacionales tendrían que haber denegado la restitución en base a la excepción del artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980 y se entiende vulnerado el derecho al respeto a la vida privada y familiar⁷¹.

En definitiva, las situaciones anteriores son muy parecidas a la de la Daniela, a la vista de un informe psicológico que confirma el padecimiento de trastorno por estrés postraumático, con lo cual, en caso de que los Tribunales españoles acordasen la restitución, sin ningún tipo de medidas a seguir en el Estado se la antigua residencia habitual, María Rodríguez tendrían posibilidades de recibir un fallo favorable del TEDH por no haberse considerado el grave riesgo al que estaba expuesta la menor. Mientras que, si los Tribunales españoles denegasen la restitución de la menor a Bélgica, Daniel Lombard podría acudir ante el TEDH alegando vulneración del artículo 8 del CEDH y es posible que el fallo verse sobre la procedencia de la restitución⁷² al no contemplarse la posibilidad de adoptar medidas dirigidas a la protección de la menor si retorna a Bélgica.

Consideramos procedente traer a colación, la STC 16/2016⁷³, de 1 de febrero de 2016, en la que se resolvió un recurso de amparo interpuesto por la madre sustractora de una menor contra las resoluciones judiciales que ordenaron la restitución de su hija menor con su padre, residente en Suiza, que no habían sido emitidas tras una valoración previa de la situación actual de la menor, es decir, no respondían al interés superior de la menor. Ante esta situación, el TC español aprovechó la

69 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª) de 12 de julio de 2011, Asunto Seneersone y Kampanella contra Italia. JUR 2011\235984 (Consultado en Aranzadi el 2 de abril de 2019).

70 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª). Caso Neulinger y Shuruk contra Suiza. 8 de enero de 2009. TEDH 2009\6, párr. 54-69. (Consultada en Aranzadi el 2 de abril de 2019)

71 Artículo 8 CEDH: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

72 Esta situación tuvo lugar en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Caso Karrer contra Rumanía. 21 de febrero de 2012. JUR 2012\61784 (Consultada en Aranzadi el 2 de abril de 2019).

73 Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2016, Sala Segunda en resolución del recurso de amparo 2937-2015. BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2016. (Consultado el día 3 de marzo de 2019).

coyuntura para manifestar la posición del TEDH en materia de restitución de menores, dado que a través del asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza* o del asunto *Maumousseau y Whashintong contra Francia*⁷⁴, se dejó claro que es posible lograr “una interpretación armónica del Convenio de la Haya de 1980 y del derecho a la vida privada y familiar, siempre que se cumplan dos condiciones⁷⁵”. Asimismo, el resultado de esa valoración habrá de ser una resolución totalmente motivada que nos permita cerciorarnos de que el examen de las circunstancias que rodeaban al menor fue eficaz.

2.2 Posterior restitución de la menor en el marco del Reglamento Bruselas II Bis.

Nos encontraríamos ante la situación de un juez español que denegase la restitución de Daniela sobre la base de la excepción del artículo 13.1 b) del Convenio de la Haya de 1980 y del artículo 11 del Reglamento 2201/2003 porque considere que no se pueden adoptar medidas adecuadas para proteger a la menor, pero, si posteriormente un juez de Bruselas ordenase la restitución de la menor porque considere que sí se pueden adoptar medidas necesarias, en ese caso estaríamos ante dos resoluciones de jueces de distinta nacionalidad y que son contradictorias a los efectos de la restitución.

Ante esto nos preguntaríamos cuál sería la resolución que va a prevalecer. Por ello, adquiere relevancia aquí el citado Reglamento comunitario y no el citado Convenio, ya que se trata de una novedad que incorpora el primero. Ésta se basa en que, independientemente de la decisión de no restitución emitida por las autoridades del Estado miembro de la presencia física del menor, cualquier resolución posterior que ordene la restitución de la menor dictada por la autoridad competente del EM de la anterior residencia habitual del menor, es decir, que sea emitida por un juez belga, será ejecutiva sin necesidad de procedimientos intermedios de reconocimiento tal y como quedo establecido en los artículos 11.8, 41 y 42 del Reglamento. Con lo cual, no cabe duda a la vista de lo expuesto, que los órganos judiciales o administrativos belgas tienen, por decirlo de un modo representativo, la última palabra en cuanto a la restitución de Daniela. Además, no es necesario que la última resolución de un juez belga, que acuerde la restitución de la menor, esté precedida de una resolución definitiva relativa al derecho de custodia de la menor⁷⁶. Al respecto es conveniente destacar, por ser manifestación de lo anterior, la Sentencia del TJUE de 1 de julio de 2010⁷⁷ en la que se reflejó lo siguiente: “*El Tribunal de Justicia ha estimado que, aunque esté intrínsecamente vinculada a otras materias que se rigen por el Reglamento, en particular, el derecho de custodia, la fuerza ejecutiva de una resolución que ordena la restitución de un menor tras una resolución de no restitución goza de autonomía procedimental, con objeto de no retrasar la restitución de un menor ilícitamente trasladado*”.

El hecho de que la decisión posterior emitida por un juez belga, acordando la restitución de Daniela se ejecute en España y en otros EEMM de la UE, sin necesidad del procedimiento de exequátur tiene su razón de ser en el principio de reconocimiento mutuo, ya que tanto las resoluciones que ordenen la restitución de menores como las relativas al derecho de visitas se benefician de ese

74 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Caso *Maumousseau y Washington contra Francia*. 6 de diciembre de 2007. TEDH 2007\88 (Consultada en Aranzadi el 2 de abril de 2019).

75 Dichas condiciones a estas alturas ya las conocemos, es decir, se requiere que el juez nacional que deba decidir en cuanto a la restitución de un menor tenga en cuenta las posibilidades que hay en cuanto a una posible aplicación de las excepciones al retorno previstas en el Convenio de la Haya de 1980 y que ello sea valorado, además, de acuerdo con el artículo 8 del CEDH. FJ 10: “*En consecuencia, la situación de integración de la menor, por exigencia del principio de interés superior de la misma, imponía una valoración, omitida en la resolución impugnada, que ponderase el conjunto de circunstancias como la edad, el entorno y la convivencia habitual, incrementada con la presencia de un nuevo miembro en el contexto familiar y la escolarización desde el año 2013 de la niña en España, lo que genera el reconocimiento de la insuficiencia de motivación en la resolución impugnada que es inherente al contenido constitucional del art.24.1 CE*”. TOL5.662.312.

76 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto., *Derecho internacional privado*, Civitas, 2018, pp. 419-429.

77 De la Sala tercera., Asunto C-211/10 PPU: *Doris Povse v. Mauro Alpagó*. TOL4.630.141., párr. 56.

principio. Por consiguiente, no es necesario superar un procedimiento intermedio de homologación del reconocimiento⁷⁸, por lo que un juez español no puede entrar en la cuestión del fondo del asunto, sino que únicamente se ceñirá a hacer efectiva la resolución dictada por un juez belga.

En conclusión, considero que es coherente que en esas dos materias rija el principio de reconocimiento mutuo excluyendo la necesidad de cualquier trámite de homologación, dado que en ambas está presente un carácter urgente en hacer ejecutivas esas resoluciones en atención al principio de interés superior del menor y lo contrario, es decir, la existencia de un procedimiento de *exequátur*⁷⁹ supondría un perjuicio para el menor, dado que perdería el contacto, durante ese procedimiento lento y engorroso, con uno de sus progenitores.

3. Artículo 183 ter: delito de “*online child grooming*” y embaucamiento de menores.

Para comenzar, es necesario hacer mención al uso excesivo⁸⁰ por parte de la sociedad actual de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (en adelante TIC) y los riesgos que entraña respecto a la utilización temprana por los menores de edad. Lo cierto es que ha sido importante el *Estudio sobre hábitos seguros en el uso de las TIC por niños y adolescentes y e-confianza de los padres* elaborado por el Observatorio de Seguridad de la Información y publicado por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, en marzo del 2009, dado que un 27’3%⁸¹ de los padres y un 1’3% de menores afirmaron que los menores habían estado expuestos a situaciones de *grooming* o acoso sexual. A lo anterior hay que sumar lo establecido en el *Estudio sobre hábitos seguros en el uso de smartphones por los niños y adolescentes españoles* realizado por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación en noviembre del año 2011, ya que considero revelador el dato que tiene que ver con el acceso⁸² de los menores a su primer teléfono móvil a los once años de edad, con lo cual, nos podemos imaginar que es latente la vulnerabilidad⁸³ que presentan éstos en el ámbito de las nuevas tecnologías.

Con lo cual, en el año 2009 ya se ponía de manifiesto un peligro fundado en la extensión del uso de las TIC con fines sexuales contra menores de edad, dado que constituyen un blanco fácil para la comisión de conductas delictivas por su especial vulnerabilidad. Por esta razón, tuvo lugar la modificación del CP a través de la Ley Orgánica 5/2010, por la cual se introduce el delito de *child*

78 Esto es lo que se denomina auténticos *títulos ejecutivos europeos*.

79 En este sentido es criticable la aplicación del *Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia*, ya que también es un mecanismo de lucha contra secuestros de menores, pero aboga por el procedimiento de *exequátur*, de ahí que no sea recomendable y sea mejor acudir al Convenio de la Haya de 1980 junto con el Reglamento 2201/2003 precisamente porque es una materia dominada absolutamente por la urgencia y la aplicación del Convenio de Luxemburgo no sería compatible con el respeto al principio del interés superior del menor.

80 Un dato revelador de la influencia en nuestro país del fenómeno de las redes sociales lo encontramos en el *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online*, elaborado por la Agencia española de Protección de datos y el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación en el año 2009, ya que casi ocho millones de los internautas españoles tienen un perfil en alguna red social.

81 De la muestra utilizada para el estudio supone 13 casos de padres y 8 casos de menores de entre 10 y 16 años de edad. P. 154.

82 Ello genera un riesgo mayor por dos motivos; primero, porque al rededor de un 80% de los menores utilizan sus teléfonos móviles sin la supervisión de un adulto y, segundo, el acceso por los menores de edad a las redes sociales ha aumentado considerablemente, por ejemplo, lo podemos apreciar al comparar la cifra del año 2010 y 2011 (54’3 % en 2011 frente a un 7% en 2010).

En este sentido es importante apelar a un uso responsable de Internet lo que conlleva conocer los límites para usar y para conectarse, por ejemplo, saber que nunca se deben ceder datos personales, en este sentido se ha manifestado, ABA CATOIRA, A.: “ Los menores ante Internet” en *Derecho y nuevas tecnologías*. Vol.1., Primera parte: Nuevas tecnologías, sociedad y derechos fundamentales. Ed. Deusto, 2011, p. 8.

83 Referencia al informe *Yo a eso no juego* realizado por Save the Children en mayo del año 2017 en el que se puso de manifiesto que de una encuesta realizada a 21.500 menores de entre 12 y 16 años en España un 6’9 % se considera víctima de ciberacoso y un 3’3 reconoce haber acosado a través de las redes sociales.

*grooming*⁸⁴ en el artículo 183 ter, lo que hoy constituye su apartado primero. No obstante, se introdujo un segundo apartado en el artículo 183 ter a través de la reforma del CP llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015 cuya motivación se basa en cumplir compromisos internacionales, de la misma forma que la reforma del año 2010, ya que nuestra legislación penal en materia de delitos sexuales sobre menores de edad tuvo que adaptarse a las exigencias de la Directiva 2011/93/UE⁸⁵ relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil.

3.1. Artículo 183 Ter.2 o “embaucamiento de menores con fines sexuales”.

A la vista de los hechos referidos en el supuesto, cabe decir que la conducta llevada a cabo por el sujeto que se hacía pasar por Raúl Martínez *a priori* encaja con lo tipificado en el apartado segundo⁸⁶ del artículo 183 ter del CP.

Lo cierto es que para que resulte aplicable este precepto, habrán de cumplirse tres condiciones. La primera tiene que ver con establecer contacto con un menor de dieciséis años a través de Internet, con lo cual, esta primera condición se cumple. En segundo lugar se requiere la realización de actos materialmente tendentes a embaucar al menor con la finalidad de que el menor le proporcione o muestre imágenes pornográficas. Por consiguiente, lo complicado de esta conducta delictiva es determinar el significado del verbo embaucar. Si acudimos al significado que aporta la Real Academia Española, embaucar es “*engañar, alucinar, prevaliéndose de la inexperiencia o candor del engañado*”, con lo cual la conducta de embaucar presenta una peculiaridad esencial y tiene que ver con el hecho de que el engaño habrá de recaer sobre una persona, menor de dieciséis años, que son consideradas inexpertas o candorosas en el ámbito sexual⁸⁷. Por tanto, tal y como expone el Profesor RAMOS VÁZQUEZ⁸⁸, “*debe tratarse de un engaño en el que una persona a la que presumimos experta en lides sexuales, pensemos en un adulto medio, no hubiese caído*”⁸⁹.

Una vez establecido lo anterior, es conveniente analizar si se ha verificado esa situación de embaucamiento respecto a Daniela. Lo cierto es que el hecho de que el sujeto activo se presente como un menor de edad y genere lazos de confianza con la menor, mostrando interés por su vida personal, encaja con el concepto establecido de embaucamiento, ya que es manifiesta la diferencia en lo que respecta a la madurez y desarrollo. Lo más probable es que la menor hubiese depositado confianza en el sujeto activo porque para ella se trataba de una relación entre iguales, es decir, entre menores de edad, que buscan nuevas amistades⁹⁰ en las redes sociales y que, sobretodo, se

84 Así se denominó en el apartado XIII de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010: “ se introduce un nuevo artículo 183 bis mediante el que se regula el internacionalmente denominado “*child grooming*”.

85 Por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo en virtud de la cual se obliga a los Estados Miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar la punibilidad del embaucamiento de menores con fines sexuales a través de medios tecnológicos.

86 Es lo que se denomina vulgarmente “*sexting*” o envío de mensajes o fotografías propias por el embaucado, es decir, por el menor engañado debido a su manifiesta inexperiencia sexual y que, sin duda, constituye un serio peligro para su bienestar psíquico, desarrollo y formación. STS 174/2017, de 21 de marzo, Sección primera, TOL6.010.035, FJ segundo, párr. Sexto.

87 RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores: un estudio sobre los artículos 183 y ss del CP*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016, p.172. En el mismo sentido, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso*, cit., p. 216.

88 RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Política criminal, op.cit.*, pp. 172-173

89 En este punto hacemos referencia a la STS 422/2018, de 15 de febrero, TOL6.516.488., en la cual el embaucamiento consistió en que el individuo responsable de tales hechos se creaba perfiles falsos, en redes sociales, haciéndose pasar por agencias de modelos y producciones fotográficas. Una vez que establecía contacto con las menores les solicitaba el envío de fotografías y vídeos, en distintos grados de desnudez, con la excusa de que sin dicha aportación no podría decirles si la agencia de modelos estaría interesada en ellas. Una vez obtenidas, el sujeto les exigía más material y más explícito, amenazándolas con difundir lo que había obtenido si no accedían a ello. (Antecedentes de hecho, primero)

90 ABA CATOIRA, Ana., *op.cit.*, pág. 12: “(..) desde que una persona se registra en una red social y durante todas y cada una de sus participaciones en ella, se convierte en una víctima potencial si no actúa con conocimiento y

encuentran con escasas experiencias en el ámbito sexual. De modo que si Raúl Martínez hubiese revelado realmente su edad es posible que Daniela Lombard ignorase⁹¹ su mensaje.

No obstante, es cierto que el embaucamiento presenta problemas probatorios, dado que surge la duda de si la inexperiencia que afecta a los menores tenga que presumirse o si se habrá de ser valorada, dependiendo de la clase de engaño o lo ingenuo que ha sido un menor. En este sentido RAMOS VÁZQUEZ entiende que hay que analizar lo engañosa que pudo haber resultado la artimaña sobre el menor, dado que si ésta hubiese resultado insignificante, lo coherente es mantener aquellas conductas al margen de lo punible. Al respecto cabe decir que, además de la edad fingida, es relevante que el sujeto activo, consciente de los problemas familiares e inseguridades que presentaba la menor, aprovechó esa circunstancia para ganarse la confianza de la menor y más tarde seducirla, a sabiendas de que se había convertido en una persona importante en la vida de la menor. De este modo obtiene fotografías y vídeos de carácter sexual de la menor ante la imprudencia e ingenuidad de Daniela, de tal manera que, a tenor de lo hasta aquí expuesto, es coherente pensar que hubo embaucamiento⁹².

Ahora bien, la calificación jurídica de los hechos que estamos analizando cambia en el momento en el que el sujeto de nacionalidad española recibe, efectivamente, el citado material pornográfico de la menor, ya que, en ese caso, no sería de aplicación el artículo 183 ter 2, el cual se configura como acto preparatorio de obtención de pornografía infantil, sino que la calificación jurídica de los hechos sería la de captación o utilización de menores con fines pornográficos, así previsto en el artículo 189. 1 a ⁹³ del CP, a través de la aplicación de la regla de la consunción⁹⁴, tal y como sostiene RAMOS VÁZQUEZ porque el artículo 183 ter 2 no contiene una cláusula concursal ad hoc. En este sentido cabe referirse de nuevo a la STS 422/2018, de 15 de febrero, antes referida, dado que la calificación jurídica de los hechos imputados al sujeto activo ha sido la del artículo 189.1 a)⁹⁵ del CP porque efectivamente obtuvo el material pornográfico que representaba a las menores de edad

responsabilidad". De ahí el peligro que entrañan las redes sociales para los menores de edad, no solo por posibles embaucamientos realizados por adultos, sino también por ilícitos de otros menores como puede ser la difusión de imágenes de otros menores sin su consentimiento.

91 Precisamente porque en el citado *Estudio sobre hábitos seguros en el uso de las TIC por niños y adolescentes y e- confianza de los padres* se puso de manifiesto que un 62 % de las menores tienen conocimiento del riesgo de sufrir grooming en las redes sociales, de modo que, es más elevado que respecto a los menores varones.

92 Por el delito de embaucamiento de menores ha condenado la SAP de Badajoz de 4 de diciembre de 2017, al establecer el sujeto activo contacto a través la aplicación WhatsApp y se atisba el ánimo del autor de los hechos a incitar a la menor con fines sexuales, aprovechándose de su inexperiencia. FJ tercero; el autor le envía una foto de su pene erecto y le pregunta a la menor "¿te gusta, que harías con ello?" dilatándose la conversación durante varios días, incluso le llega a decir "Si te equivocas (y me mandas a mí fotos del estilo de la que yo te he mandado a ti), no pasa nada que así no soy yo solo el que se avergüenza". De modo que este Tribunal consideró que el citado sujeto incitó a la menor a enviarle fotos suyas de contenido sexual explícito, por ello, se le condena por un delito del art. 183 ter 2, ya que la menor no accedió a esas peticiones. TOL6.512.673.

93 "Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:a) El que capture o utilizare a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección 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, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas".

94 Artículo 8.3: "El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél". Ello se establece en el informe sobre el Anteproyecto de reforma de la LO 1/2015 emitido por el Consejo General del Poder Judicial: "En el caso de que se haya ido más allá en la realización y se haya obtenido el material pornográfico en el que aparezca el menor, se consumaría el delito de producción de pornografía infantil del art. 189, quedando absorbido el delito del art. 183 ter 2 por el delito principal" pp. 175-176.

95 Vid. STS 803/2010, de 30 de septiembre, TOL1.972.646; "Se trata de un delito de acción y de mera actividad de carácter esencialmente doloso, del que puede ser autor cualquier persona, pero del que solamente puede ser sujeto pasivo un menor o incapaz, y que de existir varias víctimas cada una podría dar lugar a un delito distinto, en régimen de concurso real".

que habían sido embaucadas por este sujeto, ya que se cumplen dos presupuestos que ha configurado la Doctrina del TS:

“El tipo penal describe dos etapas posibles. En la primera conseguir que la voluntad de las víctimas se someta a la del autor del delito. En la segunda, que presupone el éxito en la anterior por la constatación de tal sometimiento, se busca que el material pornográfico sea producido y remitido al autor⁹⁶. En cuanto a esta segunda, no es necesario para estimar cometido el delito que, tras aquel doblegar a la víctima, además, se agote el objetivo de la producción y entrega del material pornográfico”.

Para reforzar el argumento de la regla de la consunción es conveniente traer a colación la SAP de Ciudad Real de 27 de noviembre de 2017⁹⁷, dado que se condenó al sujeto activo de los hechos como responsable de un delito del artículo 183 ter 2, por haber enviado desde su teléfono móvil varios mensajes a una menor de quince años, en los que le proponía que le enseñara su cuerpo, no accediendo la menor a ello.

Todo lo anterior nos lleva a pensar que el art. 183 ter 2 introducido en el año 2015 era innecesario de acuerdo con nuestra legislación penal, ya que contábamos con el art. 189.1 a) para sancionar tales hechos, incluso, en grado de tentativa. Así lo han manifestado desde algunos autores⁹⁸ como el Consejo de Estado⁹⁹, el Consejo Fiscal¹⁰⁰ y el Consejo General del Poder Judicial¹⁰¹ en sus respectivos informes sobre el Anteproyecto de reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, dado que sostienen que el citado precepto constituye una tentativa de un delito de pornografía de menores del art. 189 del CP.

Una vez establecido lo anterior, es conveniente preguntarnos qué se entiende por pornografía infantil¹⁰². Al respecto, el artículo 189 establece aquello que se considera pornografía infantil, tras la reforma del CP llevada a cabo por la LO 1/2015, en concreto, el apartado aplicable a este supuesto de hecho sería la letra d) que se refiere a *“imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines*

96 Vid. STS 422/2018, de 15 de febrero, FJ primero, párr. Tercero. ES:TS:2018:422., TOL6.516.488, DOCTRINA TS.

97 SAP de Ciudad Real 170/2017, Sección 2ª, de 27 de noviembre., Antecedentes de hecho, primero. TOL6.526.126. SAP CR 1363/2017.

Otras Sentencias acerca del art. 183 ter 2: SAP de Málaga 268/2017, de 3 de mayo., Sección 8ª, en la que se condena a un menor de dieciséis años de edad por embaucamiento de menores de doce años con fines sexuales, ya que se entendió que no era un contacto entre menores de igual grado de madurez y desarrollo, sino que el primero ejercía superioridad sobre las víctimas., FJ segundo., TOL6.208.271. En el mismo sentido SAP de Madrid 705/2018, de 18 de octubre., TOL6.977.583. En definitiva, son escasas las condenas por ese delito.

98 En este sentido se han manifestado; MORILLAS FERNÁNDEZ., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Estudios sobre el Código Penal reformado, cit, pp.460-461., GARCÍA ÁLVAREZ, P., *“La reforma de los capítulos II Bis, IV y V del Código Penal”*., Muñoz Conde (dir.), *Análisis de las Reformas Penales Presente y Futuro*, Ed. Tirant lo Blanch, 2014, cit. p. 162, o RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Política criminal, op.cit.*, pp. 177-178.

99 Dictamen 358/2013, sobre el Anteproyecto de reforma de la LO 1/1995 emitido por el Consejo de Estado, de 27 de junio de 2013 *“En todo caso, convendría valorar si no hubiera sido más correcto la tipificación de esta conducta punible dentro del artículo que se refiere a la pornografía infantil. Téngase en cuenta que si el adulto induce al menor para que le envíe imágenes sexuales del mismo (hasta aquí se estaría en el supuesto del artículo 183 ter.2) pero efectivamente la inducción tiene éxito y el menor le envía tal material, los hechos podrían subsumirse en el tipo de utilización de menores para producir material pornográfico (artículo 189.1.a)”*

100 Informe sobre el Anteproyecto de reforma de la LO 1/1995 emitido por el Consejo Fiscal, de 8 de enero de 2013; *“Por ello, entendemos que no es necesario introducir un nuevo tipo en el Código Penal para cumplir con las exigencias del art. 6.2 de la Directiva de 2011. Con el art 189 CP ya se podrían reprimir tales conductas”*, p. 156.

101 Informe sobre el Anteproyecto de reforma de la LO 1/2015 del Consejo General del Poder Judicial que manifiesta lo siguiente: *“Hubiera sido más correcto la tipificación de este comportamiento dentro del artículo que regula la pornografía infantil”* p.176.

102 Sobre esta cuestión ya se había manifestado el Consejo de Europa en 1989 cuando había perfilado la definición de pornografía infantil entendiéndola como *“cualquier material auditivo o visual en el que se emplee a un menor en un contexto sexual”*. (Recomendación (91) 11).

principalmente sexuales”, dado que la redacción del supuesto de hecho se dice expresamente “fotografías y vídeos sin ropa y con posturas sugerentes”. De esta manera, se entiende que constituye pornografía infantil, a pesar de que la menor no mantenga una relación sexual, sino que tan solo se trate de meros desnudos, aunque hay sentencias del TS en las que se excluyó del concepto de pornografía el mero desnudo¹⁰³. No obstante, el desnudo con connotaciones sexuales sí se puede incluir dentro del concepto de pornografía infantil tal y como se expuso en el ATS¹⁰⁴ de 21 de febrero.

En este punto, podemos preguntarnos qué ocurriría si Daniela le facilitase fotografías, no propias, sino de otras menores de su edad a través de la aplicación de mensajería citada. Lo cierto es que el artículo 183 ter 2 establece “*imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor*”¹⁰⁵, de ahí que pensemos que no necesariamente se ha de tratar de imágenes del propio menor que habría sido embaucado. De modo que, si Daniela, menor de catorce años, sujeto ya imputable por su conducta en la esfera penal, y en el caso de ser nacional española, dado que de lo contrario al estar en México se dificultaría la persecución del ilícito, enviase tras ser embaucada imágenes de esas características a Raúl Martínez, en ese caso la propia menor embaucada estaría cometiendo un delito de distribución de pornografía de menores del artículo 189.1 b)¹⁰⁶. De esta manera, tal y como expuso RAMOS VÁZQUEZ¹⁰⁷, el menor embaucado “*pasaría de ser víctima a victimario*” en el momento de proceder al envío de imágenes de otro menor. Con lo cual, sería aplicable respecto a Daniela, como menor que ha alcanzado los catorce años de edad, las disposiciones del CP y la LO de Responsabilidad Penal de los Menores¹⁰⁸. Al mismo tiempo Raúl Martínez, tal y como se desprende del artículo 183 ter 2, seguiría cometiendo el delito de embaucamiento¹⁰⁹ de menores con fines sexuales a pesar de no haber obtenido material de la menor embaucada sino de otra.

103 STS 376/2006, de 8 de marzo., en resolución del recurso 1373/2004., TOL871.905. Otras también restrictivas de este concepto son las SSTS 803/2010, de 30 de septiembre, TOL1.972.646 y 264/2012, de 3 de abril, TOL2.513.095. Consultado en Tirant lo Blanch el día 18/04/2019. Por su parte, el Ministerio Fiscal en su circular 6/2015, de 19 de junio, estableció que se mantendrá el carácter pornográfico de las imágenes de menores desnudos cuando las mismas se enmarquen en un contexto lascivo, pág. 6. Posteriormente, la STS 674/2018, de 20 de noviembre, TOL6.978.341., sostiene que: “*La pornografía, es aquello que desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, todo ello sin perjuicio de que, en esta materia, como ya se apuntó, las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el artículo 3.1 del Código Civil*” (FJ sexto).

104 ATS 521/2013 Sala de lo Penal, de 21 de febrero en resolución del recurso 1777/2012, Roj: ATS 3410/2013 - ECLI: ES:TS:2013:3410A. FJ único, párr. Séptimo: “*las fotos realizadas por el acusado a la menor pueden considerarse como pornográficas ya que muestran la zona pública de la niña, su imagen desnuda y del busto en actitud sugerente*”.

105 La redacción del artículo 183 ter 2 no es idéntica a lo que establecía la Directiva 2011/93/UE, de 5 de abril, ya que el artículo 6, apartado segundo, castiga la conducta de embaucamiento con la finalidad de obtener material pornográfico del mismo menor embaucado; “*embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor*”. Del mismo modo, el Proyecto de Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, establecía lo mismo que la citada Directiva y, por ello, exigía que el menor representado en el material pornográfico fuese el mismo menor que había sido embaucado previamente para obtener esa finalidad sexual.

106 “*Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años: El que 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*”.

107 RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Política criminal, op.cit.*, p.175.

108 LO 5/2000, de 12 de enero 2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

109 GÓMEZ TOMILLO, M: “*Análisis del artículo 183 ter*” publicado en *Comentarios prácticos al Código penal*, Aranzadi, tomo II, Navarra, 2015, p. 532-533: Para que se entienda consumado el delito del artículo 183 ter apartado segundo “*no es necesario que el material muestre imágenes del menor con el que estableció contacto*”.

En definitiva, cabe destacar que no se ha encontrado ninguna sentencia de condena a menores por delitos de distribución de pornografía de otros menores de edad, lo cual denota que lo habitual es que el menor embaucado envíe al embaucador material que le representa a él mismo, en otras palabras, fotografías y vídeos propios.

3.2 Artículo 183 Ter 1 o “*child grooming*”.

Ahora bien, no solo resulta aplicable a este supuesto de hecho el art. 183 ter 2, sino que es necesario analizar si el supuesto de hecho se enmarca, a su vez, en el marco de lo que se conoce como “*child grooming*”, tipificado en el artículo 183 ter 1 dado que los hechos referidos no se limitan a la obtención del citado material pornográfico. Todo parece indicar que este precepto deriva de las exigencias contraídas por los Estados parte del Convenio de Lanzarote de 25 de octubre de 2007¹¹⁰, que tiene por objeto tal y como dispone su primer artículo, prevenir y combatir la explotación y el abuso sexual a menores, proteger los derechos de los menores víctimas y promover la cooperación nacional e internacional contra la explotación y el abuso sexual a menores. Por consiguiente, el compromiso contraído por España respecto al citado Convenio es la principal causa por la que se introduce el artículo 183 bis, en la actualidad, el 183 ter 1.

Ahora bien, es necesario conocer brevemente cual es la realidad del delito de “*grooming*” en los Estados de nuestro entorno. Tal y como señaló RAMOS VÁZQUEZ¹¹¹, Canadá, Reino Unido y Australia son los únicos países, junto con España, que han contemplado, en sus respectivas normas penales, la citada figura delictiva de manera prácticamente idéntica, castigando el contacto con un menor a través de las TIC para facilitar así la comisión de delitos sexuales. Resulta conveniente destacar muy brevemente un aspecto positivo de la regulación de Reino Unido en lo que respecta al error sobre la edad de la víctima¹¹², ya que se excluyó de modo expreso el castigo de quien creía que no se trataba de un menor de dieciséis años. Mientras que, si queremos destacar un aspecto negativo en el marco del Derecho comparado, ello sería la regulación penal existente en Australia por ser la más severa¹¹³ de todas las anteriores, ya que se castiga el mero contacto con finalidad sexual, a diferencia de las anteriores, en las que se castiga el contacto junto con el acercamiento al menor.

110 Del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, ratificado por España el 22 de julio del año 2010. «BOE» núm.274, de 12 de noviembre de 2010, páginas 94858 a 94879. Lo cierto es que su artículo 23 imponía a cada Estado parte, entre ellos, España, adoptar 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 que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a del artículo 18 o al apartado 1.a) del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro. El resultado de este compromiso por nuestro país ha sido la introducción del delito de “*grooming*” en el CP español.

111 RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del Derecho comparado”. *Diario la Ley* 17973/2011, de 23 de abril de 2019, págs. 2-4.

112 Artículo 15 d) de la *Sexual offences act* (2003) de Reino Unido. En el caso del CP español no se ha previsto expresamente una cláusula exculpatoria en el caso de error sobre la edad. Por tanto, habrá que atender a la interpretación que realicen los Tribunales para cada caso concreto, teniendo en cuenta que “*el elemento subjetivo del tipo exige que el dolo del autor abarque el componente de que el menor tenía menos de 13 años*” (en la actualidad 16), *es decir el conocimiento o racional presunción de que se trata de un menor de 13 años*”. No obstante, cuestión diferente sería que el autor desconociese en detalle uno de los elementos del tipo (ello es la edad del sujeto pasivo), ya que puede tener razones para dudar y “*además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción*”. La pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un *error* de tipo, sino como dolo eventual. Y el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales pues, en definitiva, “*todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada de menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción*” (SSTS 1394/2001, de 10 de julio, FJ sexto, apartado tercero.,TOL4.925.157; 2076/2002, de 23 enero 2003., FJ sexto.,TOL4.927.993). Lo anterior extraído de la STS 97/2015, Sala Segunda, de 24 de febrero, FJ segundo., TOL4.776.958

En lo que se refiere a la estructura del tipo penal, cabe decir que comparte con el apartado segundo el hecho de que ha de existir contacto con un menor de dieciséis años a través de Internet. Pero, con dicho contacto, el sujeto activo buscará, por medio de actos materialmente encaminados al encuentro, una finalidad de carácter sexual¹¹⁴. Por tanto, cabe destacar la STS de 24 de febrero de 2015¹¹⁵ en la que se definió la conducta típica distinguiendo entre elementos objetivos y subjetivos, de modo que, tanto el contacto como la proposición de encuentro y los actos materialmente tendentes al encuentro constituyen elementos objetivos. Mientras que el elemento subjetivo de la citada conducta viene configurado por la voluntad del sujeto activo de cometer cualquiera de los delitos de los artículos 178 a 183 y 189 del CP, teniendo en cuenta, tal y como defiende TAMARIT SUMALLA¹¹⁶, que la interpretación del elemento subjetivo debe ser estricta y basada en que el sujeto activo pretenda realizar él mismo y sobre la persona contactada algunos de los delitos ya citados.

En definitiva, habrá de mediar una propuesta de encuentro acompañada de actos materialmente tendentes a conseguir efectuarlo. De modo que esto constituye la diferencia sustancial con el apartado segundo, dado que se pretende ir más allá de un contacto a través de las TIC¹¹⁷.

Como podemos apreciar, todo lo anterior se manifiesta en el supuesto de hecho que nos ocupa; primero un adulto¹¹⁸ comienza contactando con la menor, se crean lazos de confianza¹¹⁹ entre ambos, posteriormente Raúl Martínez intenta seducir a Daniela y le induce a que le envíe fotografías y vídeos de carácter erótico, llegados a este punto, comienza a amenazar a la menor con difundir dicho material si no accede a concertar una cita con él y le envía una copia de una tarjeta de embarque perteneciente a un vuelo Madrid - México, constituyendo este último un acto

113 Arts. 474.26 y 474.27 de la *Criminal Code Act* de Australia de 1995. Al respecto, RAMOS VÁZQUEZ, “El nuevo delito” *op.cit.* p.4 señala que la “*regulación australiana puede servir como paradigma de cómo la obsesión por los riesgos de internet para los menores (y por la figura, más mitológica que criminológica, del «depredador sexual») llevan a regulaciones que, al menos en nuestro Estado, no superarían ningún tipo de juicio de constitucionalidad*”.

114 TAMARIT SUMALLA., J.M., “*Capítulo II Bis. De los abusos sexuales a menores de dieciséis años*” integrado en la obra *Comentarios al Código Penal español.*, Tomo I, 7ª edición, Navarra, abril 2016; “(...) así solo quedarían contempladas por el tipo de acoso sexual mediante TIC del artículo 183 bis (ahora 183 ter), los actos encaminados a la agresión, abuso o captación y utilización del menor acosado para elaborar material pornográfico o para hacerlo participar en espectáculos exhibicionistas o pornográficos del art.189.1.a del CP”, pp.1327-1328.

115 STS 97/2015, Sala Segunda, de 24 de febrero., FJ primero., TOL 4.776.958.

116 TAMARIT SUMALLA., J.M., *op.cit.* p. 1328.

117 “*Encontrarse con el menor, porque entiendo que, en todo caso, debe tratarse de actos para pasar del mundo on line al mundo off line*”, RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Política criminal, op.cit.*, p. 176. También, VILLACAMPA ESTIARTE, C.; *El delito de online child grooming*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 177; “*Debía pues tratarse de actos materiales que condujesen al encuentro físico con el menor; como acudir el autor al lugar del encuentro, mandar al menor un billete para que éste pudiese acudir y no un mero supuesto de encuentro “virtual” con el mismo para practicar sexo cibernético*”.

118 En el supuesto de hecho que nos ocupa el sujeto activo era un adulto que se hacía pasar por un menor de edad, pero, cabe preguntarnos que ocurriría si se tratase efectivamente de otro menor. Lo cierto es que tanto el Convenio de Lanzarote de 2007 (artículo 23) como la Directiva 2011/93/ UE (artículo 6.1) han establecido que dichas conductas ilícitas, a través del empleo de medios tecnológicos, sean realizadas por adultos. Sin embargo, nuestro CP no ha hecho tal previsión en el artículo 183 ter, de manera que, un menor de catorce años puede ser condenado por ese delito, igual que por cualquier otro, de acuerdo con lo establecido en la LO 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores de edad. En este sentido destacamos la Sentencia del Juzgado de Menores de Orense, de 13 de mayo de 2013., TOL4.122.908, por tratarse de la única hasta fecha de hoy condenatoria de un menor de edad por el delito de “*child grooming*”.

119 La expansión de las redes sociales y el acceso temprano por parte de los menores de edad, “*da lugar a nuevas formas delictivas como el “grooming informático”, esto es, el acoso a menores online o “ciber-acoso”. El nuevo tipo de pederasta busca a su víctima menor por esta vía, visitando espacios personales o chats a los que acuden los menores y adolescentes, seleccionan a su víctima, se ganan progresivamente su confianza y de este modo, en ocasiones, consiguen el contacto personal con ellos y llevar a cabo el abuso, o consiguen fotos pornográficas de ellos que se integran en la red*”. RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “*El nuevo delito*”, *op.cit.*, págs. 5 y 6.

materialmente tendente a conseguir efectuar el encuentro¹²⁰, con la finalidad de cometer alguno de los delitos previstos en el artículo 183 del CP.

Lo cierto es que la STS de 24 de febrero de 2015, la primera condena del delito de “grooming” en nuestro país, es reveladora en cuanto a la consideración de actos materialmente tendentes a efectuar el encuentro o acercamiento, ya que la citada resolución judicial dispuso lo siguiente:

“Los actos deben ir "encaminados al acercamiento", finalidad que obliga a hacer una interpretación de los términos usados por el legislador; la redacción del precepto, en principio, parece referirse al estrechamiento de la relación de seducción, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el efecto y confianza a la víctima, y también cabe interpretar que el acercamiento es, en realidad, el propio "encuentro".

Por tanto, no hay duda de que el envío de la tarjeta de embarque de un vuelo con destino a México es un acto que encaja perfectamente en lo establecido por el Alto Tribunal. Incluso si se quiere ir más lejos, podemos considerar como acto materialmente dirigido al encuentro la obtención del material pornográfico por parte de Raúl Martínez, ya que puede ser visto como el medio para conseguir el encuentro con Daniela, en otras palabras, la amenaza de difusión de ese material es lo bastante sensible como para que la menor acceda a concertar una cita y evitar así un gran ataque a su intimidad y honor. De esta manera, me gustaría manifestar aquí una apreciación personal sobre el *modus operandi* del sujeto activo y es que realmente considero que la obtención de ese material es una fase del “grooming”¹²¹, es decir, desde el primer momento se buscaba un encuentro con la menor, sin embargo, en nuestro CP se regula de forma independiente.

Teniendo en cuenta lo establecido en el art. 183 ter 1 resulta claro que no es imprescindible, para que resulte de aplicación ese precepto, que llegue a mediar contacto sexual, ni siquiera que el sujeto activo y Daniela lleguen a conocerse en México, dado que este delito se entiende consumado en el momento de establecer contacto con un menor de dieciséis años por las redes y tras haber realizado “actos materialmente tendente al encuentro con una finalidad sexual¹²²”, es decir, que se busque concertar una cita con la menor.

Siguiendo esta idea, la SAP de Orense de 4 de octubre de 2013¹²³ condenaba a un sujeto por el delito de “grooming” tan solo por haberle hecho a un menor la proposición de encuentro físico, es decir, no se llegaron a conocer en persona, sino que solo tuvo lugar contacto a través de las TIC. Tampoco el Tribunal Supremo considera esencial la efectiva verificación del encuentro físico¹²⁴, sino que basta que se desarrollen actos con la finalidad de verificarlo. Por tanto, que no sea necesario el encuentro físico es la razón por la que se explica la naturaleza jurídica del delito de “grooming”, tal y como habían establecido la ya citada STS de 24 de febrero de 2015¹²⁵ y las SSTS de 22 de septiembre¹²⁶ y de febrero de 2017¹²⁷: “se trata de un supuesto en el que el derecho penal

120 ORTOS BERENGUER, “Ciberacoso”, en la obra Derecho Penal. Parte especial, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 270; “Pueden considerarse como acto materialmente tendente al encuentro remitir al menor una tarjeta postal o un billete de autobús”.

121 Esta consideración personal ha sido extraída de la STS 174/2017, de 21 de marzo., TOL6.010.035., FJ segundo, párr. sexto; “Las fotos y vídeos eróticos son el principal medio de acción del grooming”. En el mismo sentido VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito, op.cit.*, pp. 32-34.

122 En lo que se refiere a la naturaleza del art. 183 ter 1, STS 97/2015, Sala segunda, de 24 de febrero., TOL4.776.958 “se trata de un supuesto en el que el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando la que, en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años”. En el mismo sentido la STS 109/2017, de 22 de febrero.

123 SAP de Orense 373/2013, de 4 de octubre., FJ cuarto, párr. primero: “ (...) el precepto mencionado no exige aceptación de la propuesta de encuentro del sujeto agente (...)”.

124 Ello se puso de manifiesto en la SAP de Madrid 716/2018, Sección vigesimonovena, de 12 de diciembre., FJ cuarto., TOL6.959.195.

125 STS 97/2015, Sala Segunda, de 24 de febrero., FJ primero, TOL4.776.958 .

126 STS 527/2015, Sala Segunda, de 22 de septiembre., FJ primero., TOL5.512.986.

127 STS 109/2017, Sala Segunda, de 22 de febrero., FJ tercero., TOL5.979.973.

adelanta las barreras de protección, castigando la que, en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años”, en la actualidad, tras la reforma del CP del año 2015, menores de dieciséis años. Asimismo, las resoluciones judiciales citadas manifestaron que el bien jurídico protegido por aquel precepto del CP es la indemnidad sexual de los menores de dieciséis años y no su libertad sexual porque ésta última no puede predicarse respecto a los menores que no hayan alcanzado los dieciséis años de edad tras la última reforma del CP.

Adentrándonos en la calificación jurídica de los hechos que afectaron a Daniela, es conveniente destacar que, a pesar de que se había contemplado en el artículo 183 Ter 1 una cláusula concursal ad hoc, “*sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos*”, es decir, aboga por un concurso real¹²⁸ de los delitos cometidos, en las STS de 10 de diciembre de 2015¹²⁹ y de 22 de febrero de 2017¹³⁰ se puso de manifiesto que los abusos o agresión sexual consecuencia del acercamiento y aproximación obtenidos por los medios tipificados en el artículo 183 ter apartado primero (entonces 183 bis) absorben al delito de este último precepto, por consiguiente, el Tribunal Supremo se inclinó por la regla de la consunción de acuerdo con el fragmento extraído:

“De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad”.

Con lo cual, se puede afirmar que nuestro Alto Tribunal consideraba que, de no aplicarse la regla de la consunción, se podría incurrir en *bis in idem*¹³¹, de nuevo porque los hechos tipificados en el art.183 Ter 1 son actos preparatorios de los delitos de los arts. 183 y 189 del CP. Otro claro ejemplo de la aplicación de la regla de la consunción en esta materia es la STS de 24 de febrero de 2015¹³² en la que solo se condena al sujeto activo por el delito de prostitución y corrupción de menores del artículo 187 del CP, de modo que el TS ha optado por un concurso de normas a favor del art. 187.1 por ser más específico y más penado que el dedicado al “grooming”.

Sin embargo, en diferente sentido han fallado la SAP de Jaén de 11 de mayo¹³³ de 2015, la SAP de Castellón de 20 de mayo¹³⁴ de 2016 y la SAP de Zaragoza de 12 de junio¹³⁵ de 2018, ya que en todas

128 Se recoge en el artículo 73 del CP: “*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*”.

129 STS 864/2015, Sección primera, de 10 de diciembre,., FJ primero., TOL5.979.973.

130 STS 109/2017, Sala Segunda, de 22 de febrero., FJ tercero, apartado tercero.,TOL5.979.973.

131 En el mismo sentido se encuentra la STS 551/2014, Sala segunda, de 10 de junio, TOL4.525.399, en la que tampoco el Tribunal Supremo ha condenado al sujeto activo por un delito del art. 183 Ter 1, sino que le ha condenado por ser responsable de delitos de abusos sexuales, pornografía infantil, exhibicionismo y provocación sexual, entre otros, de modo que habría aplicado de nuevo la regla de la consunción para evitar un posible *bis in idem*. Sin embargo, considero que sí se cumplen los presupuestos necesarios del art.183 Ter 1; contacto con un menor de dieciséis años a través de Internet, proposición de un encuentro en una habitación de un hotel y está presente la finalidad de carácter sexual. (Antecedentes de hecho, 1., hechos probados): “*Para lo cual Jacinto propuso a Cristina que tuvieran un encuentro en un hotel, lugar en el que Jacinto estaría esperándola en una habitación a oscuras, cuyos datos le serían previamente comunicados para que pudiera subir sin ser vista, oscuridad que el acusado utilizaba con el propósito de mantener en todo momento oculta su edad*”.

132 En el mismo sentido nos encontramos con la STS 97/2015, Sala Segunda, de 24 de febrero., TOL4.776.958.,FJ primero: “*estamos ante un tipo de peligro en cuanto se trata de un supuesto en el que el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando la que, en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años, no requiere por lo tanto un contacto físico entre agresor y agredido*”. De ahí que el TS haya entendido en ambas sentencias que si se verifican los hechos tipificados en los arts. 183, 187 o 189, lo anterior absorbe a los hechos correspondientes al art. 183 Ter 1.

133 SAP de Jaén 113/2015, Sección segunda, de 11 de mayo., TOL5.191.150., en la que se condena al sujeto activo por un delito continuado de abusos sexuales a una menor y un delito del art. 183 ter 1, precisamente por haber iniciado el contacto por la red social Tuenti y haber propuesto a la menor encuentros con fines sexuales, llegando a materializar el abuso sexual sobre la misma en varias ocasiones. (Antecedentes de hecho, tercero).

las anteriores se ha condenado al sujeto activo por el artículo 183 ter 1 en concurso real con los artículos 183 y 189.1 a) del CP.

En conclusión, durante estos últimos años se han desarrollado criterios diferentes en cuanto a la aplicación de este precepto por parte de los Tribunales de nuestro país, a pesar de la cláusula concursal prevista de modo expreso en el apartado primero del artículo 183 ter. Por esta razón, tuvo lugar el Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo no jurisdiccional de 8 de noviembre de 2017¹³⁶ en el que se acuerda que el delito de ciberacoso infantil puede conformar concurso real de delitos con las conductas previstas en los artículos 183 y 189, por lo que la mera proposición dirigida a un encuentro con fines sexuales, es punible de acuerdo con nuestra legislación penal. Posteriormente, se reitera lo consagrado en el Acuerdo y se constituye Doctrina a través de la STS de 22 de marzo¹³⁷ de 2018, ya que se recuerda que la punición separada de aquellos delitos, en otras palabras, el artículo 183 Ter 1 se aplica sin perjuicio del artículo 183, relativo al abuso sexual de menores.

3.3 Calificación jurídica de los hechos que afectan a Daniela y a una menor española.

Una vez establecido lo anterior, no hay duda de que la calificación jurídica que le correspondería a los hechos que afectaron a Daniela como menor de edad sería la de concurso real de los artículos 183 ter 1 y el 189.1 a), junto con la agravante contemplada en el apartado segundo de este último precepto, por tratarse de una menor que no ha alcanzado la edad de los dieciséis años. Además,

134 SAP de Castellón 163/2016, de 20 de mayo, Sección primera., TOL5.758.808. Se condenaba a un sujeto, que se hacía pasar por un menor de edad y enviaba mensajes a otros menores a través de las TIC, con el objetivo de ganarse su confianza y el encuentro físico con ellos con fines sexuales, concertando una cita con ellos y recogiendo en la puerta de sus respectivos domicilios (Hechos probados). La AP de Castellón confirma la sentencia de primera instancia y establece la pena de abuso sexual a menores en concurso real con el mal llamado delito de ciberacoso sexual a menores.

135 SAP de Zaragoza 164/2018, Sección sexta, de 12 de junio., TOL6.793.356. Lo cierto es que se trata de un caso muy similar al analizado en el supuesto de hecho que nos ocupa, ya que está presente el mismo *modus operandi*. El sujeto activo finge ser menor de edad y establece contacto con otros menores a través de las redes sociales, acto seguido se gana su confianza y les induce a que le envíen fotografías y vídeos, amenazándoles con difundir el material si no aceptan los requerimientos de éste. Además, les propone encuentros, pero solo con uno de los menores realizó un acto materialmente tendente a efectuar el encuentro; “no consta que llevara a cabo acción alguna tendente a procurar dichos contactos en la mayoría de los casos y sí solo en una ocasión, respecto al menor Ángel Jesús, por cuanto se desplazó al lugar de residencia de este en la localidad de DIRECCION016 (Zaragoza), hallándose en ese momento ausente, por vacaciones, el citado menor, fotografiando el acusado la puerta del domicilio del citado Ángel Jesús y remitiendo la fotografía a este por whatsapp” (Hechos probados, cuarto). Finalmente se le condena, en lo que se refiere al daño causado a ese menor, por un delito del art. 183 ter 1 en concurso real con un delito del art. 189.1 a) con la agravante de que se utilice un menor de dieciséis años (art. 189.2 del CP).

136 TOL6.465.946. En esta materia que nos ocupa es de especial relevancia, dado que tiene como objeto clarificar la calificación jurídica en el caso en el que concurren delitos de los arts. 183 y 189 con el art. 183 ter 1.

137 STS 544/2018, Sala segunda, de 22 de marzo., TOL6.602.586., FJ único, letra D: “El delito de ciberacoso sexual infantil previsto en el artículo 183 ter.1 del Código Penal, puede conformar un concurso real de delitos con las conductas contempladas en los artículos 183 y 189”, en atención a la expresión contenida en el artículo 183 ter párrafo primero del Código Penal que castiga el delito de ciberacoso sexual infantil “sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos”. Por consiguiente, el Tribunal Supremo desestima el recurso presentado por el que había condenado por la SAP de Madrid (Sección 26) de 25 de octubre de 2017 por un delito de abuso sexual con penetración cometido sobre una menor de dieciséis años, dado que se entendió que el delito de ciberacoso del artículo 183 ter 1 quedaba subsumido por el abuso sexual teniendo en cuenta la regla de la consunción. Por ello, el Tribunal Supremo recuerda el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del año 2017 y desestima el recurso porque la sentencia recurrida no causaba un perjuicio al reo, sino más bien le beneficiaba por la aplicación de la regla de la consunción, recordemos que solo se le condena por el delito de abuso sexual de menores, sin embargo, en virtud del principio de la “*reformatio in peius*” el Tribunal Supremo no lo puede condenar por ambos delitos, dado que le perjudica al sumar ambas penas, a pesar de que sea lo correcto de acuerdo con lo establecido en el CP y en el Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo no Jurisdiccional del año 2017.

cabría condenar al sujeto activo por un delito de amenazas condicionales del artículo 169.1¹³⁸ por amenazar a la menor con difundir sus fotografías y vídeos si ésta no accedía al encuentro.

Ahora bien, ¿cuál es la calificación jurídica de los hechos ocurridos en Valencia?

Lo cierto es que ya adelantábamos anteriormente que nos encontramos ante distintas situaciones por el simple hecho de que Daniela y el sujeto pasivo no llegaron a conocerse en persona, es decir, no se produjo el encuentro físico entre ambos. Mientras que, en el caso de la menor de Valencia, si partimos del mismo *modus operandi* del autor, primero se establecería contacto a través de las redes sociales, se ganaría su confianza y la seduciría para que enviase fotografías de la misma índole que las que le solicitaba a Daniela. En el momento de que la menor enviase ese material sería aplicable el artículo 189.1 a) y ya no el 183 ter 2, tal y como se había interpretado en el caso de Daniela.

Una vez conseguido el citado material, le propone un encuentro seguido de un acto materialmente tendente al anterior, por ejemplo, acudiendo a su domicilio o, en su caso, a la salida del instituto, de tal manera que con estos presupuestos se está cometiendo un delito de “*child grooming*” del artículo 183 ter 1. Finalmente, en el encuentro físico entre ambos tiene lugar la agresión sexual sobre la menor de quince años, empleando para ello intimidación ultrajante, de modo que, se cumple uno de los requisitos necesarios para que dichos actos de naturaleza sexual constituyan una agresión sexual y este tiene que ver con la intimidación¹³⁹. Además, en el apartado cuarto, letra c) del artículo 183 se establecen que una de las agravantes es que la violencia o intimidación ejercidas tengan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

De tal manera que, a la vista de la jurisprudencia expuesta sobre esta materia, la calificación jurídica de los hechos ocurridos en Valencia sería la de concurso real¹⁴⁰ de los delitos de los artículos 183 ter 1, 189.1 a) y 183.2 con la agravante del apartado cuarto letra c) de este último precepto y, en el caso de haber existido amenazas de difundir las fotografías obtenidas por parte del sujeto activo se sumarían a las anteriores penas la correspondiente por un delito del artículo 169.1º del CP.

A modo de recapitulación, los delitos recogidos en el actual artículo 183 ter pretenden evitar, desde el primer momento, los peligros a los que están expuestos nuestros menores ante un uso generalizado de las tecnologías. De modo que el citado precepto es expresión de un compromiso fiel por parte de nuestro Estado con respecto a la normativa internacional¹⁴¹ en esta materia, sin perjuicio de que varios autores¹⁴² han considerado que la existencia de ese precepto en nuestro CP trae causa de connotaciones morales o del miedo que desarrolla la sociedad frente a los depredadores sexuales, dado que, no era en sí necesario¹⁴³. No obstante, resulta reveladora la

138 Aplicamos esta tipificación porque el adulto español amenaza a la menor Daniela con un “mal “ que está íntimamente vinculado al derecho al honor y a la intimidad de la misma; en este caso, será castigado “*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*”. En este sentido, encontramos la reciente STS 422/2018, Sala Segunda, de 15 de febrero., TOL6.516.488., ya que el condenado ejercía el mismo *modus operandi*: “Una vez obtenidas estas imágenes, el acusado les exigía que le enviaran más y más explícitas o que realizaran conductas obscenas ante la cámara advirtiéndoles que, en otro caso, divulgaría en Internet y entre los conocidos de ellas las ya obtenidas o las conversaciones mantenidas previamente en la red” Antecedentes de hecho, primero.

139 Art. 183.2 del CP: “*Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión*”.

140 Según lo establecido por el Acuerdo del Pleno del TS no jurisdiccional de 8 de noviembre de 2017. TOL6.465.946.

141 Entre otras:, Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2010, Convenio del Consejo de Europa para la protección de niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, la Directiva 2011/93/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 y el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre del año 2011.

142 VILLACAMPA ESTIARTE, C.; *El delito, op.cit.*, p. 199, o, RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *El nuevo delito, op.cit.*, p. 10.

afirmación que se hizo en las SSTs de 24 de febrero y de 22 de septiembre de 2015, en el fundamento jurídico primero de ambas:

“el desarrollo de Internet como medio de comunicación y el auge de las redes sociales para analizar estos contactos interpersonales ha sido aprovechado por delincuentes sexuales para ampliar sus actividades.

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

Para comenzar, cabe referirse a un dato revelador en esta materia y es que un 4'8% de los menores participantes en el Estudio sobre hábitos seguros en el *uso de smartphones por los niños y adolescentes españoles*, elaborado por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, en noviembre de 2011, reconocieron que su imagen había sido difundida por otros sin haber prestado su consentimiento, siendo el mismo porcentaje de menores los que han afirmado haber grabado y difundido imágenes de terceras personas sin solicitar consentimiento a su titular. Sin duda alguna lo anterior constituye constantes lesiones a la intimidad¹⁴⁴ de las personas debido al gran auge de las redes sociales experimentado en los últimos quince años.

143 VILLACAMPA ESTIARTE, C. y GÓMEZ ADILLÓN, M.^a J.: “Nuevas Tecnologías y Victimización Sexual de Menores por Online Grooming”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, febrero 2016., p.24. La respuesta a los riesgos que sufren los menores en Internet no está en una mayor punibilidad, sino en llevar a cabo una prevención eficaz de acuerdo con la siguiente objeción: “(...) *más actuación en el ámbito de la prevención y menos en el de la incriminación sería deseable para abordar eficazmente este ámbito de la victimización al mínimo coste posible*”. En el mismo sentido se ha manifestado GARCÍA ÁLVAREZ, P., *op.cit.*, pp.160-162: “ (...) *por mucho que el legislador quiera anticipar la intervención del Derecho penal no podemos castigar por meras sospechas, sobre todo cuando no siempre será fácil determinar la finalidad con la que se realiza el “acercamiento” con el menor. En consecuencia, si no se puede castigar por meras sospechas, habría que esperar a que el acercamiento se materializase, pero, si ello se produce, tal y como hemos expuesto, estaríamos ante la aplicación de los artículos 178 y ss del CP, los cuales podrían ser apreciados en grado de tentativa*”. De ahí la falta de necesidad del artículo 183 ter, más allá de adecuarse a las exigencias de la normativa comunitaria, con lo cual, queda acreditado que se trata de una “*legislación penal puramente simbólica*”.

144 ABA CATOIRA, Ana., *op.cit.*, pág. 7: “*La enorme relevancia jurídica de las redes sociales se debe a su gran utilización y a sus poderosos efectos que afectan directamente a los derechos individuales de las personas. El riesgo de daños a los derechos se incrementa desde el punto y hora en que el acceso está prácticamente generalizado en toda la sociedad y que se trata de un acceso poco controlado*”.

Como sabemos, se ha intentado sustituir la ausencia de protección de los menores en las redes sociales, ante la expectativa de su gran auge, a través del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, *de protección de datos de carácter personal*, que establece que “*podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de 14 años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores*”. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que cada Estado pueda rebajar esa edad a los 13 años, eso sí, con el consentimiento de sus padres o tutores. También, cabe referirse a una novedad del pasado año, vinculada con la aplicación de mensajería instantánea Whatsapp, llevada a cabo a través del Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, *relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos*, ya que desde el 25 de mayo de 2018 es una norma de obligado cumplimiento, por tanto, la citada aplicación de mensajería instantánea establece como edad mínima para poder hacer uso de ella los 16 años de edad.

A pesar de las medidas adoptadas, es necesario señalar que, aunque los menores no hayan alcanzado la edad de los 14 años o ahora los 16 años, es muy probable que no se pueda llevar a cabo un control efectivo por parte de empresas de comunicaciones, salvo que alguien en concreto denuncie la utilización por parte de un menor de 16 años. Por esta razón, considero que estas medidas adoptadas no van a mejorar la situación de los menores ante Internet, ya que, considero personalmente que el control ha de partir de los progenitores, no resulta admisible que menores de 16 años accedan a las redes sociales sin el conocimiento de los primeros. Por ello, habrá que exigir a los progenitores mayor responsabilidad a la hora de tener constancia de los movimientos de sus hijos en Internet.

Lo cierto es que si el adulto que se hacía pasar por el menor Raúl Martínez cumpliera sus amenazas, esto es, difundiese masivamente a través de las redes sociales las imágenes de Daniela y se las enviase también a su madre, la calificación jurídica de tales hechos se correspondería con un delito de distribución de pornografía infantil del artículo 189.1 b¹⁴⁵ y con un delito del nuevo tipo penal de revelación de secretos, introducido por la reforma operada por la LO 1/2015, y previsto en el artículo 197.7 párr. segundo¹⁴⁶.

No cabe duda de la aplicación del artículo 189.1 b porque ya se había acreditado anteriormente el carácter de pornografía de las imágenes y vídeos, enviados por Daniela al sujeto español, de acuerdo con la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado, *sobre los delitos de pornografía infantil* tras la reforma operada por la LO 1/2015, la jurisprudencia del TS de los últimos años y el art. 189 párr. tercero del CP. No obstante, vamos a proceder a examinar el novedoso artículo 197.7 para justificar su aplicabilidad al supuesto de hecho que nos ocupa.

Este nuevo delito se introduce a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica nuestro CP y en su Exposición de motivos se manifestó lo siguiente en relación con este nuevo ilícito: “*los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta son aquellos en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad*”. Con lo cual, este nuevo tipo penal tiene su razón de ser en el hecho de que, antes de la reforma, el único medio que había para perseguir esos hechos era a través del artículo 173.1¹⁴⁷ y con la limitación de que tenía que acreditarse que la difusión le había causado a la víctima un menoscabo a su integridad moral.

Ahora bien, centrándonos en los rasgos característicos de este tipo penal, cabe destacar su esencial peculiaridad, basada en que la persona que envía sus fotografías personales¹⁴⁸ a otra le está permitiendo acceder a una esfera de intimidad de la primera, por consiguiente, el adulto que se hacía pasar por Raúl Martínez ha obtenido las imágenes y vídeos de Daniela con el consentimiento de ésta, conducta que sería subsumible en el apartado primero del artículo 197 del CP. Además, tal y como expone el precepto, se trata de imágenes o grabaciones que habían sido obtenidas por su

145 Art. 189.1 b: “*El que 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*”.

146 Me refiero en concreto al apartado séptimo de ese precepto: “*Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona*”.

“*La pena se impondrá en su mitad superior cuando (...) la víctima fuera un menor de edad (...)*”.

Esta conducta se ha denominado delito de *sexting*, por ello, hay que distinguir lo que en la práctica se llama “*sexting*” (cit. 102), para ello resulta ilustrativa la SAP de Granada 351/2014, Sección primera, de 5 de junio, TOL4.526.680., FJ primero: “*El “sexting” supone el envío de imágenes estáticas (fotografías) o dinámicas (vídeos) de contenido sexual de mayor o menor carga erótica entre personas que voluntariamente consienten en ello y, que forma parte de su actividad sexual que se desarrolla de manera libre*”.

Mientras que el delito de *sexting* tipificado en nuestro CP en el art. 197.7 cuya conducta típica es la de difundir o ceder a terceros ese material que se hubiese obtenido con el consentimiento de la persona representada en esas imágenes, siempre que ello vulnere gravemente su intimidad personal. Puede consultarse la Comunicación del Fiscal Díaz Torrejón sobre el “*Tratamiento penal del Sexting*” enmarcado en el estudio acerca de los Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio. *Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015.*, Centro de Estudios Jurídicos, Julio 2017, pág.3.

147 Art. 173.1: “*El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años*”. Así se expone en la Circular 3/2017 de la Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del CP operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, *en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informático*, que era el único medio para perseguir esos hechos., p.11.

titular en un ambiente que se considera reservado, es decir, en el domicilio de la menor. Con lo cual, no hay consentimiento para su posterior difusión.

Es especialmente relevante para que se pueda aplicar el artículo 197.7 párr. segundo del CP, dado que se exige que la difusión a terceros “*menoscabe gravemente la intimidad personal*”¹⁴⁹ de la víctima y ello es un elemento que está sometido a la subjetividad del juzgador correspondiente. Al respecto considero que Daniela sufriría un grave ataque a su intimidad personal, primero, porque las imágenes habían sido enviadas a una persona concreta y no para que fuesen difundidas a terceros, y segundo porque al ser difundidas a su entorno más cercano, familia y amigos, la vulneración de su intimidad es grave y el sujeto activo sabe que es lo que más perjuicio le puede producir, especialmente por tratarse de una menor de edad y que el contenido sea sexual, lo cual le generaría graves secuelas a nivel psíquico y social. En definitiva, tras este breve análisis cabe concluir que efectivamente es aplicable al supuesto de hecho que nos ocupa el artículo 197.7 párr. segundo del

Expresión de la necesidad de la introducción de ese nuevo delito en nuestro CP es el caso de la concejala del Partido Socialista en un pueblo de Toledo, la señora Olvido Hormigos, la cual había enviado un vídeo erótico a un futbolista vía Whatsapp y que luego éste posteriormente difundió masivamente por las redes sociales. Al no existir en esos momentos el apartado séptimo del artículo 197 del CP, los hechos no eran constitutivos de un delito de revelación de secretos, ya que no estaba tipificada la conducta de difusión sin consentimiento de imágenes o vídeos obtenidos con el consentimiento de la persona que los había enviado al que después los cedería a terceros y que estaba representada en ese material. Por esta razón, el Juzgado de Instrucción N°1 de Orgaz (Toledo) mediante auto de 15 de marzo de 2013 acordó el sobreseimiento provisional y archivó las actuaciones entendiendo que no eran subsumibles los hechos en el artículo 197 y se argumenta lo siguiente: “*este elemento subjetivo o volitivo, esto es, la plena voluntariedad y consentimiento de la denunciante en el envío del citado vídeo a través de su teléfono móvil al imputado, quiebra desde el inicio la posible subsunción de los hechos denunciados en un delito contra la intimidad*” (FJ segundo, párr. segundo), esto es, no encaja con lo establecido en el apartado primero del art. 197 porque ello implicaría que el citado material había sido obtenido sin consentimiento de la víctima, cuestión distinta a la de este caso. Precisamente debido a este caso tan mediático y a la ausencia de protección que generaba para las víctimas, el legislador español introdujo el delito de “sexting” en el apartado séptimo del artículo 197.

También, cabe citar otro caso muy similar pero menos mediático, por tanto, anterior a la reforma, en el que se absolvió a dos menores de edad por la difusión de la fotografía desnuda de otra menor, ya que la menor se la había enviado al que era entonces su pareja, por tanto, hubo consentimiento, con lo cual, los hechos tampoco se pudieron tipificar como un delito de revelación de secretos tal y como se encontraba entonces el artículo 197., SAP de Granada 351/2014, Sección primera, de 5 de junio, TOL4.526.680., FJ primero: “*la atipicidad de la conducta conduce a la absolución*”

148 La conducta de “sexting” se ha convertido en una práctica muy habitual, especialmente entre los adolescentes, los cuales no son plenamente conscientes de los riesgos que entraña. De ahí que en los últimos años han sido enjuiciados bastantes hechos por nuestros Tribunales relacionados con el envío de fotografías personales a un tercero y la posterior difusión por parte de éste último, especialmente entre menores. Véase la Sentencia del Juzgado de Menores N°1 de Lleida 47/2014, de 20 de marzo., TOL4.680.081., en la que se condena a un menor por un delito de coacciones tras difundir imágenes de una menor, ya que le había amenazado con dejarle de hablar si ella no accedía a enviárselas, de nuevo es expresión de necesidad del nuevo precepto del artículo 197. Al mismo tiempo, denota que es práctica habitual la difusión de aquellos contenidos de naturaleza sexual, la Sentencia del Juzgado de Menores N.º 1 de Barcelona 36/2013, de 11 de febrero, TOL4.422.778., sin embargo, se trata de atentados a la intimidad que son subsumibles en el art.197.1, dado que el menor condenado había captado imágenes de la menor a través de la webcam de su ordenador y mismo grabó el abuso sexual sobre la menor con posterior difusión. Por tanto, en este caso sí se pudo calificar este hecho de “difusión” como ilícito ya que había sido conseguido ese material sin el consentimiento de la víctima.

149 Una interpretación de ello la encontramos en la SAP de Barcelona 302/2017, Sección sexta, de 24 de abril., ARP 2017\700., FJ primero: “*es obvio que el acusado ha vulnerado la intimidad de la denunciante ya que su conducta ha ido dirigida a dar a conocer cierta información que la denunciante no deseaba que trascendiera, y de lo cual era conocedor el acusado. Se entiende que esta vulneración (de la intimidad) es grave, no porque las fotos tengan un contenido denigrante, lo que en su caso atentaría contra la dignidad de la denunciante, no contra la intimidad que es lo que se protege por este tipo. La vulneración es grave porque la conducta del acusado se ha dirigido a revelar un aspecto muy íntimo de la denunciante, como es su situación sentimental, y a un núcleo cercano e importante para ella, como es su familia. Es decir, no ha consistido en revelar un aspecto inocuo y sin relevancia, y a un grupo de personas con poca relación o importancia en su vida*”.

CP por cumplirse todos los presupuestos que en aquel se habían establecido por el legislador en el año 2015.

En cuanto al tratamiento concursal, los hechos se corresponderían con un delito de distribución de pornografía infantil del artículo 189.1 b en concurso ideal¹⁵⁰ con el nuevo tipo penal de revelación de secretos establecido en el artículo 197.7 párr., tal y como ha quedado establecido en la Circular 3/2017¹⁵¹ de la FGE, ya que con una misma acción se cometen a su vez dos delitos cuyos bienes jurídico protegidos¹⁵² son distintos.

Por último, el artículo 197.7 párr. es una novedad necesaria en el CP español ante la laguna que existía antes de la reforma y que ahora ya no opera¹⁵³, dado que se dejaban impunes un gran número de conductas que tenían en común atentar contra la intimidad personal de las víctimas. Por ello, fue necesario tipificar dicha conducta como delito, fundamentalmente, porque no se puede olvidar que la imagen de una persona está protegida por la CE¹⁵⁴, la Ley de Protección de Datos¹⁵⁵ y ahora por nuestro CP¹⁵⁶, de forma más completa, con el nuevo apartado del artículo 197.

150 Artículo 77.2 del CP: “ (...)se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado”.

151 Sobre la reforma del CP operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos.

152 El artículo 197.7 tiene como bien jurídico protegido el derecho a la intimidad por encontrarse incluido en el Título X “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio”, mientras que el artículo 189.1 b, como delito de distribución de pornografía infantil, no tiene como bien jurídico protegido la intimidad, sino la indemnidad sexual de las personas, por estar dentro del Título VIII “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual” del CP.

153 Tal y como podemos apreciar en la jurisprudencia, cabe referirse a la aplicabilidad del art. 197.7: Sentencia del Juzgado de menores de Jaén 200/2016, de 7 de noviembre., ARP 2017\267, en la que se condena a un grupo de menores, entre otros, por un delito del artículo 197.7, esto es por haber difundido un vídeo que el menor víctima había enviado a uno de los menores condenados y que éste transmitió a otros menores del mismo instituto. De modo que, nuevamente se cumple el requisito de haberse obtenido con el consentimiento o anuencia de la propia víctima. Hechos probados, párr. primero y FJ primero, párr. sexto. En la SAP de Burgos 360/2016, de 8 de noviembre., JUR 2016\261358., se condena por un delito del art.197.7 a una persona por haber cedido a terceros, incluso llega a remitirlas al marido de la víctima, fotografías que había recibido vía Whatsapp por parte de la misma. En contraposición con las anteriores, cabe traer a colación la SAP de Madrid 461/2016, Sección 26ª, de 29 de junio., JUR 2016\185800, en la que se confirma que no concurre un delito del revelación de secretos del artículo 197.7 debido a la difusión de fotografías que la denunciante se había tomado como modelo, esto es voluntariamente, con especial cautela para que no fuese visible ni el rostro ni su zona íntima y que habían sido utilizadas por el fotógrafo profesional que las realizó para darse publicidad (FJ primero). Lo cierto es que cabría comentar respecto a esta resolución judicial que el hecho de que en la imagen no se represente la zona íntima de una persona no es excluyente del delito del artículo 197.7, ya que tal y como decía la Circular 3/2017 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del CP operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informático: “(...) las imágenes que posteriormente se difunden tenían, en su origen, un carácter estrictamente privado -aunque no necesariamente con connotaciones sexuales- y que por las condiciones en que se obtuvieron -con anuencia de la víctima-, de no haber infringido el responsable criminal el deber/compromiso de sigilo o confidencialidad contraído implícitamente con la víctima, dicho carácter estaba asegurado” pág. 13. No obstante, lo que ocurre en este caso es básicamente que la difusión es fruto de un contrato laboral, por decirlo de una manera, que unía a la mujer representada en las fotografías y al fotógrafo profesional, lo cual denota que no es un ataque a su intimidad si ésta conocía y aceptó las condiciones para las que se tomaron esas fotografías.

154 Art. 18.4 de la Constitución española “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

155 LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Art. 1 “objeto de la presente Ley”.

156 Nuestro legislador ha tenido que dar respuesta a una conducta que se estaba convirtiendo en muy habitual y que ocurría especialmente en el marco de una relación de confianza o de afectividad, de ahí que se hubieran podido obtener las imágenes o grabaciones con el consentimiento de las mismas víctimas, pero que, más tarde se disponía de ese material con el ánimo de venganza o mismo por despecho, por ejemplo, en ruptura de relaciones. Así se

4. Trata de seres humanos (Artículo 177 Bis del Código Penal).

4.1. Conducta típica.

Para comenzar, es conveniente señalar que la reforma del CP llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo un nuevo Título¹⁵⁷, que ha quedado constituido por el artículo 177 bis¹⁵⁸ el cual tipifica como ilícito la denominada “trata de seres humanos”¹⁵⁹.

En lo que respecta a la conducta sancionada en este precepto, ha sido establecida de modo casuístico, por ello, no estamos ante una conducta típica cerrada, sino que se han ido estableciendo tales actos ilícitos al mismo tiempo que ocurrían en la realidad, ya que es un fenómeno que desgraciadamente dispone de distinto tipo de participación¹⁶⁰. Por ello, unos se dedican a captar,

indicó en la Circular 3/2017 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del CP operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, *en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informático*, manifestando que se trataba del supuesto más habitual en la práctica, pág. 11.

157 Nos referimos al Título VII BIS del CP que tiene como rúbrica; “*de la trata de seres humanos*”. Resulta conveniente traer aquí a colación la STS 188/2016, Sala Segunda, de 4 de marzo ya que estableció la distinción entre el delito de inmigración ilegal (art. 318 bis) y el de trata de seres humanos (art.177 bis) en su FJ quinto: “*La diferenciación entre el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas ha sido confusa en nuestro derecho positivo*”. (...) *Ambas conductas entrañan el movimiento de seres humanos, generalmente para obtener algún beneficio. Sin embargo, en el caso de la trata deben darse dos elementos adicionales con respecto a inmigración ilegal: una forma de captación indebida, con violencia, intimidación, engaño, abuso de poder o pago de precio; y un propósito de explotación, principalmente sexual. En el supuesto de la trata de personas, la fuente principal de ingresos para los delincuentes y el motivo económico impulsor del delito es el producto obtenido con la explotación de las víctimas en la prostitución, trabajos forzados, extracción de órganos u otras formas de abuso; mientras que en el caso de la inmigración ilegal, el precio pagado por el inmigrante irregular, cuando se realiza en el subtipo agravado de ánimo de lucro, es el origen de los ingresos, y no suele mantenerse ninguna relación persistente entre el delincuente y el inmigrante una vez que éste ha llegado a su destino. La otra gran diferencia básica entre la inmigración ilegal y la trata radica en que la primera siempre tiene un carácter transnacional*”. TOL5.662.066.

158 Lo cierto es que la Directiva 2011/36 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, *relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*, aporta una definición de víctima de trata de seres humanos lo cual obviamente es prácticamente idéntico al artículo 117 bis del CP, ya que son víctimas las personas sobre las que se proyectan las siguientes conductas: “*La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla*” (Artículo 2.1).

159 “*La trata de seres humanos es la esclavitud de nuestro tiempo y, lamentablemente, una realidad en Europa y en nuestro país*” idea extraída del Plan Integral de Lucha contra la Trata de mujeres y niñas con fines sexuales de explotación emitido por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad., 2015-2018. Sin perjuicio de que la lucha contra la trata de seres humanos ya se había iniciado por vía convencional en los años cincuenta a través del Convenio para la represión de la trata y de la explotación ajena, firmado en Nueva York el 21 de marzo de 1950 al que España se adhirió en el año 1962 (BOE núm.230, de 25 de septiembre de 1962).

160 DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Comentarios al Código Penal*, en (GÓMEZ TOMILLO, M. Dir.). Valladolid, 2010, p. 703; “*se desarrollan de manera escalonada con la intervención de una pluralidad de individuos, haya o no prueba de la existencia de una organización criminal*”. Lo anterior está íntimamente relacionado con las distintas fases del delito de trata de seres humanos expuestas por FERNÁNDEZ OLALLA, P .y GARCÍA VÁZQUEZ, S.: *Trata de seres humanos*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid., 2012, págs. 108-110. Una primera fase de captación de las víctimas en su país de origen , por lo general, los tratantes se aprovechan de la precaria situación de las víctimas, ya sea a nivel económico, social o personal. Una segunda fase que tiene que ver con la introducción ilegal o clandestina de la víctima, siendo la manera más usual hacer pasar a las víctimas por turistas. Una tercera fase de recepción y alojamiento en la que tiene lugar la retirada de la documentación que portaban las víctimas y amenazas con causar algún mal a sus familias si no se someten a la situación de explotación, ya que se les dice que han contraído una “deuda” que habrán de saldar con el ejercicio de la prostitución en la mayoría de los casos. Una cuarta fase que se corresponde con la explotación en sí misma considerada, ya sea de tipo sexual, que suele desarrollarse en clubs de alterne, domicilios o en lugares públicos, o

otros llevan a cabo el transporte y traslado al destino, los que reciben o acogen, los que transfieren el control sobre las futuras víctimas, etc. Con lo cual, considero que la conducta tipificada denota la voluntad del legislador de sancionar a toda costa todos los actos que tengan algún tipo de vinculación con la trata de seres humanos.

Como podemos observar en el supuesto de hecho concurre una conducta de captación en el momento en el que recibe una oferta de trabajo en España, a sabiendas de las escasas oportunidades laborales que había en el Estado de origen y su inexperiencia en ese mismo ámbito, prometiéndole un puesto de trabajo que al final no existía. En este punto es cuando se manifiesta el elemento del engaño¹⁶¹, dado que se ha establecido como uno de los medios para llevar a cabo las conductas anteriormente referidas¹⁶². Con respecto a éste, cabe decir que ostentaba en la persona de Daniela suficiente entidad como para inducirle a error, de manera que, efectivamente, su voluntad resultó viciada¹⁶³. Ahora bien, ¿qué pasaría si Daniela fuese menor de edad? Para responder a esta cuestión acudiríamos al apartado segundo¹⁶⁴ del artículo 177 bis y de éste se desprende que no es necesario el empleo de violencia, intimidación o engaño, cuando las víctimas de trata de seres humanos sean menores de edad¹⁶⁵.

Además, es importante a la hora de definir el ámbito espacial que las conductas mencionadas se castigarán no solo si son cometidas en territorio español, sino también en tránsito o con destino a España¹⁶⁶, ya sea la víctima nacional española como extranjera. De modo que, este presupuesto se cumple dado que, a pesar de que Daniela es captada en México, las conductas de traslado o acogimiento se dan en España, sumando a lo anterior que en éste último Estados es donde se le va a imponer el ejercicio de la prostitución.

Por otro lado, no olvidemos que en el artículo 177 bis se sancionan las conductas anteriormente referidas cuyas finalidades pueden ser las siguientes y una de ellas es la que se cumple en el supuesto de hecho que nos ocupa; “*b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía*”¹⁶⁷.

Otra cuestión tiene que ver con el momento de la consumación del delito de trata de seres humanos, ya que el delito ha de entenderse consumado en el momento de la realizarse la acción típica de captación¹⁶⁸, sin que sea necesario verificarse la situación concreta de explotación. Por esta razón, se

de tipo laboral vinculada fundamentalmente con las actividades agrícolas, con la construcción o con el servicio doméstico.

161 En la Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p.1564: “*El engaño equivale a fraude o maquinación fraudulenta, comprendiendo cualquier tipo de señuelo que, según las circunstancias de cada caso, sea eficiente para determinar la voluntad viciada de la víctima. Ello se puede lograr a través de múltiples mecanismos de la más variada naturaleza: normalmente el medio más utilizado es la proposición ficticia de ofertas de trabajo o la contratación simulada*”. Así han manifestado el concepto de engaño, entre otras, las SSTS 1588/2001, Sala Segunda, de 17 de septiembre, TOL4.926.006, 1905/2001, Sala Segunda, de 22 de octubre., TOL4.976.373, y 1367/2004, Sala Segunda, de 29 de noviembre., TOL526.580.

162 Esto significa que no basta con que se manifieste una conducta de captación, transporte, acogimiento en sí misma considerada, sino que es necesario que concurra violencia, intimidación o engaño, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad o la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, tal y como quedó establecido en el artículo 177.1 bis. En ese sentido, POELEMANS, M., RICHARD GONZÁLEZ, M., GUTIÉRREZ SANS., M. R., RIAÑO, BRUN, I., *El fenómeno de la prostitución. Cooperación franco-española en la lucha contra la trata de seres humanos*, Aranzadi., 1ª edición, Pamplona, 2015, pp.76-77.

163 GARCÍA VÁZQUEZ, S., y FERNÁNDEZ OLALLA, P., *op.cit.* p. 22., “ (...) las víctimas de trata, por el contrario, nunca han consentido o, si lo hicieron inicialmente, ese consentimiento ha perdido todo su valor por la coacción, el engaño o el abuso posterior por parte de los traficantes”. Lo mismo se había establecido en el apartado tercero del artículo 177 bis: “*El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo*”.

164 Art. 177.2 bis: “*Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación*”.

suele considerar un delito de consumación anticipada¹⁶⁹. De manera que, aunque Daniela hubiese sido captada, pero, ya en España y antes de que se le obligase a ejercer la prostitución, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado desarticulasen el entramado delictivo, es decir, si no llega a verificar la situación de explotación sexual, se entiende el delito de trata de seres humanos consumado. Con lo cual, la calificación jurídica de los hechos sería la de un delito del artículo 177 bis del CP.

No obstante, si se produce la concreta situación de explotación sexual a la que antes nos referíamos, tal y como se expuso en el supuesto de hecho, en ese caso el delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis podría entrar en concurso real, tal y como se puede entender en función de lo dispuesto en ese mismo precepto, con un delito de determinación a la prostitución del artículo 187.1¹⁷⁰. Precisamente porque el CP en el apartado noveno de ese mismo precepto contiene la

165 Además, si la víctima es menor es aplicable un subtipo agravado del apartado cuarto del mismo precepto, con lo cual, ello es expresión de mayor penalidad por circunstancias personales de la víctima, tal y como está previsto en el apartado cuarto letra b) del artículo 177 bis del CP.

166 Según esto “*se excluye la persecución de la trata cometida en el extranjero que no esté relacionada con España*” tal y como manifestó MARTOS NÚÑEZ, J.A., “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del CP”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (2012), p. 104.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: “Víctimas de la trata de seres humanos: su tutela a la luz de las últimas reformas penales sustantivas y procesales proyectadas” *InDret, Revista para el análisis del Derecho.*, Barcelona., abril de 2014, p.13; “*Seguimos, pues, requiriendo que la conducta se refiera de alguna u otra forma a un territorio con soberanía española no ya solo para poder afirmar la competencia de los tribunales españoles, sino, lo que es todavía peor, ya incluso para afirmar la tipicidad de la conducta, aspecto que supone una flagrante vulneración de las obligaciones de incriminación tanto del Protocolo de Palermo, cuanto del Convenio de Varsovia, como finalmente de la Directiva 2011/36/UE*”. Por consiguiente, la persecución penal de la trata de seres humanos cuyos hechos acontecen en otros países está limitada para nuestros Tribunales españoles, según lo establecido en nuestro CP, sin perjuicio del espíritu de cooperación que es palpable en la citada Directiva y en el apartado décimo del artículo 177 bis, ya que contempla la posibilidad de incurrir en reincidencia debido a condenas de jueces extranjeros por delitos de la misma naturaleza al que estamos aquí analizando.

167 Es revelador para hacernos una idea de la magnitud de la explotación sexual en nuestro país lo publicado en Fiscal.es el 30 de julio de 2018 bajo la rúbrica de “*La Fiscalía de Extranjería lucha contra la trata de seres humanos, la esclavitud del siglo XXI*”: “*Los datos criminológicos arrojan cerca de 600 investigaciones en este terreno desde el año 2012, entre las que destacan por encima de todo los relacionados contra la explotación sexual, con más del 86%, seguido a gran distancia de los crímenes por explotación laboral, por debajo del 9%, y de la mendicidad, con algo menos del 3%. Por debajo del 1% estarían los matrimonios forzados, la extracción de órganos u otras actividades delictivas*”. Por tanto, resulta patente la gran incidencia de la explotación sexual como situación concreta de explotación sobre las víctimas de trata de seres humanos en nuestro país.

168 En este sentido MARTOS NÚÑEZ, J.A., *op.cit.*, p.104., “*Sin embargo, no es necesario llegar a la explotación efectiva, de la víctima, al transporte o al traslado a otro lugar; basta con que el sujeto pasivo haya sido ya captado para ello o se encuentre ya en disposición de ser objeto de alguna de las finalidades típicas*”. La misma consideración ha sido expuesta por DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “*Análisis del artículo 177 bis*” publicado en *Comentarios prácticos al Código penal*, Aranzadi, Tomo II, Navarra, 2015, p.467: “*El delito de trata de personas se consuma una vez cumplida la acción típica independientemente de que se haya o no producido la situación concreta y efectiva de explotación (...)*”.

Asimismo, encontramos la STSJ de Cataluña 34/2018, Sección primera, de 16 de abril., TOL6.654.338., FJ quinto “*Por otro lado, el delito de trata de seres humanos que nos ocupa se consuma una vez realizada la acción típica, independientemente de que se haya o no producido la situación concreta y efectiva de explotación pretendida por el sujeto activo*”.

169 SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J.: “El delito de trata de seres humanos. Análisis del artículo 177 bis del CP” en *Cuadernos de la Guardia Civil* Nº52. 2016. Páginas 36-51. ISSN: 2341-3263., p.40. En el mismo sentido, GARCÍA VÁZQUEZ, S., y FERNÁNDEZ OLALLA, P., *op.cit.*, p. 115; “*Basta que se acredite la concurrencia de alguno de los medios comisivos, con alguna de las acciones típicas, y que quede acreditado el ánimo del autor del delito dirigido a la explotación de la víctima para que el delito se entienda consumado aun cuando ningún caso de explotación se haya materializado*”.

170 Art.187.1: “*El que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses*”. Se

cláusula concursal ad hoc de que “ las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación”. Con lo cual, lo que expone MARTOS NÚÑEZ¹⁷¹ tiene especial sentido, ya que precisamente se establece esa específica cláusula en el artículo 177 bis para luchar contra cualquier actividad de trata sexual que tenga como objetivo imponer comportamientos sexuales contrarios a la libre voluntad de la víctima, puesto que el delito de trata¹⁷² no solo tiene prevista la explotación sexual como finalidad.

No obstante, el concurso real se extrae, como interpretación, de la dicción literal del artículo 177.9 bis del CP, pero, lo cierto es que el Tribunal Supremo¹⁷³, en sus distintas resoluciones judiciales, ha condenado por delitos de trata de seres humanos del artículo 177 bis en concurso medial con delitos relativos a la prostitución (arts. 187 o 188)¹⁷⁴, esto es, se ha llegado a considerar “delito

cumplen los presupuestos establecidos en este precepto, ya que en el supuesto de hecho se manifestó que se le obligó a ejercer la prostitución mediante violencia extrema, coacciones o amenazas, además de estar presente el elemento del engaño porque Daniela esperaba el puesto de traductora ofertado. Asimismo, resulta interesante el apartado tercero de este mismo precepto, ya que contiene una cláusula concursal específica; “Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida”, de modo que está articulando un concurso real entre el delito del artículo 187.1 y 2 y posibles agresiones o abusos sexuales sobre las personas prostituidas.

También, es importante señalar la interpretación que ha realizado el TS en cuanto al los delitos de prostitución de los arts. 187 y 188 (si la víctima es menor de edad) a través de las SSTs 445/2008, de 3 de julio., TOL1.353.105., 450/2009, de 22 de abril, TOL1.525.288; “se castiga no toda forma de prostitución, sino aquella que degrada la libertad y dignidad de las personas prostituidas”.

171 MARTOS NÚÑEZ, J.A., *op.cit.*, p.111.

172 Recordemos en este punto que el bien jurídico protegido en el delito de trata es algo tan genérico y a la vez tan fundamental como los derechos humanos, mientras que el bien jurídico protegido de la determinación a la prostitución es la libertad e indemnidad sexual, de ahí que resulte necesario concurso real entre ambas figuras, ya que el posible ataque a este último bien jurídico no se contemplan con el delito de trata de seres humanos.

Aprovechamos esta cita para señalar que no concurre con los anteriores un delito de amenazas (recordemos que se amenazó a Daniela con matar a su familia), ya que entendemos que es aplicable la regla de la consunción por ser absorbidas por el delito de trata y por el delito de prostitución coactiva. Ello se debe a que las amenazas son uno de los medios que se mencionan en el artículo 177.1 bis y en el artículo 187.1 para realizar las conductas típicas ya referidas, precisamente porque la Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p.1564, definió la intimidación como “la fuerza psíquica o moral, es decir, con las amenazas en sentido estricto o el ejercicio de cierta clase de fuerza sobre las cosas, que son dirigidas a la víctima o a un tercero –generalmente familiares– con la finalidad de doblegar su voluntad (SSTS 1367/2004, Sala Segunda, de 29 de noviembre, TOL526.580., 1257/2005, Sala Segunda, de 31 de octubre, TOL765.926., y 1425/2005, Sala Segunda, de 5 de diciembre., TOL795.503).

173 STS 786/2016, Sala Segunda, de 20 de octubre., TOL5.856.563., FJ segundo: “El Fiscal, en su apoyo a este aspecto del motivo, postula, en aplicación de la norma más favorable a los acusados (la del art. 77,3 en su actual redacción), la imposición a cada uno de los acusados, por los dos delitos de trata con fines de explotación sexual en concurso medial con dos delitos relativos a la prostitución. Pues bien, es claro que está en lo cierto, porque el Código Penal vigente es en este punto el más favorable (...)”.

STS 191/2015, Sala Segunda, de 9 de abril de 2015., TOL4.839.142., FJ segundo. Todavía no estaba en vigor la reforma operada por la LO 1/2015 por la que se introdujo la cláusula concursal en el artículo 177 bis. Su entrada en vigor se produce el 1 de julio de 2015.

STS 861/2015, Sala Segunda, de 20 de diciembre de 2015., TOL5.626.592., FJ octavo: “La posibilidad de concurso medial de esa infracción (prostitución) con el delito del art. 177 bis está afirmada no solo en la jurisprudencia (SSTS 53/2014, de 4 de febrero y 191/2015, de 9 de abril), sino también explícitamente en el art. 177 bis 9 anteriormente transcrito. Tal cláusula concursal (art. 177 bis. 9) no excluye necesariamente el concurso de leyes (v.gr. con las coacciones o amenazas). Pero encierra una pauta interpretativa que invita a inclinarse preferentemente (no siempre) por el concurso real, bien en su modalidad ordinaria, bien como concurso medial. En el caso de los delitos relativos a la prostitución ha de optarse normalmente por el concurso medial: la explotación sexual es una de las finalidades típicas que incorpora el art. 177 bis”.

174 En el mismo sentido que las anteriores, la STS 53/2014, Sala Segunda, de 4 de febrero., TOL4.110.012., FJ décimo segundo: “Aun cuando la finalidad de explotación sexual constituye un elemento del tipo del art 177 bis,

instrumento” al artículo 177 bis y “*delito fin*” al artículo 187 o 188. La razón de ello parece que reside en contrarrestar un exceso punitivo¹⁷⁵ configurado por el legislador en los últimos años y, por ello, el TS ha aplicado la regla del concurso medial entre ambos delitos por ser más beneficiosa¹⁷⁶ para el reo que el concurso real. Además, hay que señalar que se ha establecido en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS, de 31 de mayo de 2016¹⁷⁷, que “*el delito de trata de seres humanos definido en el art. 177 bis del Código Penal, reformado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real*”¹⁷⁸. Con lo cual, teniendo en cuenta lo establecido en el supuesto de hecho que nos ocupa, nos encontramos ante veinte delitos de trata de seres humanos, esto es, uno por cada víctima, en concurso real todos ellos.

4.2 Sujeto pasivo. Excusa absolutoria del artículo 177.11 bis del CP.

Tras analizar la conducta típica estamos en condiciones de establecer un concepto de *víctima* de trata. Tal y como se manifiesta en el artículo 4 apartado e) del Convenio del Consejo de Europa sobre la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, por víctima “*se entenderá toda persona física que sea objeto de trata de seres humanos según se define en el*

la sanción por este delito no absorbe toda la gravedad de la conducta realizada cuando dicha explotación se llega a consumir efectivamente. Estaríamos ante un concurso medial pues en estos casos la explotación sexual constituye, en cierto modo, un agotamiento de la conducta de trata, por lo que nos encontramos ante un delito instrumento y un delito fin, lo que hace procedente aplicar, en beneficio de los recurrentes aunque no lo hayan solicitado expresamente, la regla prevenida en el art 77 3º para el denominado concurso medial. Señalamos dos SAP de Barcelona, 400/2018, de la Sección octava, de 9 de julio., TOL6.879.725. y la 947/2015, Sección décima, de 23 de noviembre., TOL5.793.829, que siguen la doctrina del TS en cuanto al concurso medial de los delitos de trata de seres humanos y de prostitución coactiva del 187 del CP.

Sin perjuicio de que se ha encontrado el AAP de Cuenca 357/2017, Sección primera, de 21 de noviembre, en el que se confirma la condena por un delito de trata de seres humanos en concurso real con un delito de prostitución coactiva del artículo 187 del CP., TOL6.485.951.

175 No obstante, se señala que el exceso punitivo no es cuestión particular del delito de trata de seres humanos por VILLACAMPA ESTIARTE, C: “*Víctimas*” *op.cit.*, p.12; “*Resulta adecuado que no lo haya incrementado la duración de las penas privativas de libertad del artículo 177 bis, cuanto menos no para incrementar la duración de las citadas penas, que son incluso excesivas atendiendo a los propios requerimientos de la Directiva. Sin embargo, la planeada reforma de la penalidad correspondiente al delito de trata no deja de ser un reflejo del punitivismo que planea invariablemente sobre todas las reformas penales producidas en los últimos años, puesto que se propone la aplicabilidad de la medida de libertad vigilada también a este delito*”.

176 Art. 77.3: “*Se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior*”. Con lo cual, es más favorable para el reo la aplicación de la la pena más grave de los delitos objeto de concurso, esto es, el delito de trata de seres humanos castigado con una pena de prisión de 5 a 8 años, que sumar las penas de ambas conductas delictivas, esto es, la punición por separado en un supuesto concurso real, tal y como puso de manifiesto la STS 1054/2016, Sala Segunda, de 9 de junio, TOL5.778.456., FJ quinto.

177 TOL6.181.906.

178 En este sentido, la reciente STS 77/2019, Sala Segunda, de 12 de febrero., TOL7.065.911., FJ quinto: “*Tal y como recuerdan los recurrentes, la cuestión que suscitan fue debatida y resuelta por esta Sala en el Pleno no jurisdiccional para unificación de criterios, que se celebró el día 31 de mayo de 2016, adoptándose el siguiente Acuerdo: "El delito de trata de seres humanos definido en el artículo 177 bis del Código Penal, reformado por la LO 1/2015 de 30 de marzo, obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real". Se ha ratificado esa doctrina por el TS en las siguientes sentencias: STS 538/2016, Sala Segunda de 17 de junio, TOL5.751.800., FJ sexto; STS 807/2016, Sala Segunda, de 27 octubre, TOL5.860.617., FJ undécimo; STS 167/2017, Sala Segunda, de 15 de marzo, TOL6.016.227., FJ cuarto; STS 196/2017, Sala Segunda, de 24 de marzo, TOL6.026.687., FJ sexto y la STS 132/2018, Sala Segunda, de 20 de marzo, TOL6.554.677, FJ sexto.*

presente artículo”. Esto es aquella que sufre, según el apartado a)¹⁷⁹ de ese mismo precepto el reclutamiento, transporte, alojamiento, mediando amenazas, uso de la fuerza, fraude o engaño y abuso de superioridad con la finalidad de alguna de las formas de explotación ya citadas.

En este ámbito ha sido crucial la Resolución 49/166¹⁸⁰ de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de febrero de 1995, en la que se condenó expresamente “*el movimiento ilícito y clandestino de personas a través de las fronteras nacionales o internacionales, principalmente de países en desarrollo y algunos países con economías en transición, con el fin último de forzar a mujeres y niñas a situaciones de opresión y explotación sexual o económica, en beneficio de proxenetas, tratantes y bandas criminales organizadas, así como otras actividades ilícitas relacionadas con la trata de mujeres, por ejemplo, el trabajo doméstico forzado, los matrimonios falsos, los empleos clandestinos y las adopciones fraudulentas*”. Incluso, un año antes, la Comisión de Derechos humanos, en su Resolución 1994/45¹⁸¹, de 4 de marzo de 1994, defendió la supresión de la trata de mujeres bajo el conocimiento del incremento del número de víctimas.

Una vez establecido lo anterior, vamos a proceder a examinar brevemente el marco normativo comunitario y nacional español en cuanto a las víctimas de trata de seres humanos. Lo cierto es que la LO 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, apenas hacía referencias explícitas a las víctimas de trata de seres humanos más allá de un compromiso¹⁸² de persecución por parte de las Administraciones Públicas españolas hacia los tratantes. No obstante, se produce un antes y un después en el Derecho español¹⁸³, en lo que se refiere a la protección de las víctimas de trata, a través de la reforma de la LO 4/2000 llevada a cabo por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, *sobre derechos y libertades de extranjeros en España y su integración social*. Esta última incorporaba a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, *relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades*

179 Precepto prácticamente idéntico a nuestro art. 177.1 bis del CP español y al ya citado artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, tanto en lo que se refiere a los medios comisivos, a las múltiples conductas que se pueden dar en las distintas fases por las que transcurre el fenómeno de la trata de seres humanos como a las finalidades por las que se realiza la misma

180 Asimismo, recuerda que los derechos humanos de las mujeres y niñas son parte *inalienable, indivisible e integrante de los derechos humanos universales*. A/RES/49/166 *relativa a Trata de mujeres y niñas, de 24 de febrero de 1995*, p.2. Se puede apreciar cómo la Asamblea General de las Naciones Unidas era consciente del incremento del número de mujeres y adolescentes víctimas de los tratantes, fundamentalmente procedentes de países en vías de desarrollo y con apenas oportunidades de supervivencia, de ahí que fuese urgente adoptar medidas eficientes para combatir tales prácticas infames para los derechos y libertades fundamentales.

181 Resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos, sobre la cuestión de la *integración de los derechos de la mujer en los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas y la eliminación de la violencia contra la mujer*; en las que se condenaron todas las violaciones de los derechos humanos de la mujer, incluidos actos de violencia sexista., p. 2. Especialmente no podemos olvidar que toda violencia contra la mujer *viola y dificulta o impide* a la mujer gozar de los derechos humanos y de libertades fundamentales, lo cual fue proclamado en la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* a través de la Resolución 48/104 de la Asamblea General (A/RES/48/104), el 20 de diciembre de 1993.

182 Art.2.2 bis letra h): “*Todas las Administraciones Públicas basarán el ejercicio de sus competencias vinculadas con la inmigración en el respeto a los siguientes principios: la persecución de la trata de seres humanos*”, entre otros.

183 FERNÁNDEZ OLALLA, P., GARCÍA VÁZQUEZ, S., *op.cit*, p. 125; “*efectivamente antes de la mencionada reforma de la Ley de extranjería, la protección de las víctimas de trata se limitaba a la aplicación a las mismas del régimen general de protección de testigos y peritos en causas criminales recogido en la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, otorgando a las víctimas la condición de testigos protegidos con escasas consecuencias en la práctica. También, resultaba aplicable el artículo 59 de la LO 4/2000, nuestra Ley de extranjería, que tiene como rúbrica “colaboración contra redes organizadas”, teniendo en cuenta que la trata de seres humanos no ha de estar necesariamente vinculada a una organización criminal, aunque suele ser lo más frecuente*”. Por este último motivo, se manifestó que “*no era una herramienta eficaz de protección*”.

competentes, cuyo fin¹⁸⁴ es lograr el establecimiento de condiciones uniformes para la concesión de permisos de residencia de duración limitada a nacionales de terceros Estados que cooperen en la lucha contra la trata de seres humanos o contra la ayuda a la inmigración ilegal.

Con lo cual, la reforma operada la LO 2/2009, en transposición de la anterior Directiva, introdujo un nuevo precepto, éste es el artículo 59 bis¹⁸⁵, que establece un tratamiento específico para las víctimas de trata de seres humanos. Además, la citada reforma de la Ley de extranjería prevé un desarrollo reglamentario de ese nuevo precepto que se materializa con el Reglamento de extranjería aprobado por el RD 557/2011, de 20 de abril, en aras a ofrecer una protección y tratamiento ejemplar, por parte de las Administraciones del Estado, a quienes hubiesen sufrido los abusos de los tratantes.

Conscientes de la gravedad de la situación, se firma el 28 de octubre de 2011, el Protocolo Marco *de protección de las víctimas de trata de seres humanos* por el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo e Inmigración, el Ministerio de Justicia, la Fiscalía General del Estado, el Consejo General del Poder Judicial y por la Secretaría del Estado de igualdad, cuyo objeto se corresponde con el establecimiento de *“pautas de actuación para la detención, identificación, asistencia y protección de las víctimas de trata de seres humanos, dirigidas a favorecer la coordinación de las instituciones implicadas en dichos procesos”*.

Posteriormente, la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que *se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, supuso la irrupción de la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*¹⁸⁶. En ésta encontramos medidas específicas de protección dirigidas a determinados colectivos de víctimas¹⁸⁷ que carecen de legislación especial, entre otras, las víctimas de trata de seres humanos. Es importante destacar el aumento de protagonismo de la víctima de trata, entre otros delitos, en la ejecución¹⁸⁸, ya que podrá recurrir *“el auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria autoriza, conforme a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 36.2 del Código Penal, la posible clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, cuando la víctima lo fuera de alguno de los siguientes delitos”* y en lo que se refiere a su evaluación individual con el objetivo de determinar posibles necesidades especiales de protección¹⁸⁹. En definitiva, cabe señalar que Ley 4/2015, de 27

184 Art. 1: *“La presente Directiva tiene por objeto definir las condiciones para la concesión de permisos de residencia de duración limitada, en función de la duración de los procedimientos nacionales pertinentes, a nacionales de terceros países que cooperen en la lucha contra la trata de seres humanos o contra la ayuda a la inmigración ilegal”*.

185 El art. 59 bis incorporado a la Ley de extranjería 4/2000, de 11 de enero, fue desarrollado o ampliado posteriormente por el RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, tras su reforma por la LO 2/2009, en concreto, porque los artículos 138 a 146 del citado RD cumplieron con las exigencias establecidas en el Convenio de Varsovia de 2005, *sobre la lucha contra la trata*, en cuanto a medidas aplicables a las víctimas de trata de seres humanos, por ejemplo, en lo que se refiere al retorno asistido al Estado de origen, respetar el interés superior del menor edad víctima de trata o lo relativo a la identificación de víctimas, entre otras cuestiones.

186 Me parece conveniente destacar un aspecto sobre el ámbito de aplicación de la citada Ley establecido en su artículo primero y es el hecho de que sus disposiciones sean aplicables a las víctimas de delitos cometidos en España o que pudiesen ser perseguidos en España, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutaban o no de residencia legal.

187 Nos referimos a menores de edad víctimas de abusos, de explotación o pornografía infantil, personas con discapacidad y otros colectivos, como los delitos con pluralidad de afectados y los de efectos catastrófico. Preámbulo de la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*, apartado VII.

188 Ello aparece contemplado en el artículo 13.1 a) 9º que se refiere expresamente a las víctimas de trata.

189 Según lo establecido en el art.23.2 se tendrán en cuenta las características personales de la víctima, la naturaleza del delito, concediendo una protección especial a las víctimas de trata, y las circunstancias en las que se cometió el delito.

de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*, no solo ha cumplido los objetivos que imponía la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que *se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, sino que “*trata de ser más ambiciosa*¹⁹⁰, *trasladando al mismo las demandas y necesidades de la sociedad española, en aras a completar el diseño del Estado de Derecho, centrado casi siempre en las garantías procesales y los derechos del imputado, acusado, procesado o condenado*”.

Ahora bien, hay que analizar si Daniela Lombard contrae o no responsabilidad penal en España por vender estupefacientes a sus clientes. Lo cierto es que en el artículo 177.11 bis, introducido en nuestro CP para dar cumplimiento a las exigencias de la Directiva 2011/36/UE¹⁹¹ del Parlamento Europeo y del Consejo, se estableció una causa de exclusión de pena por las infracciones penales¹⁹² que hubiesen cometido las víctimas de trata durante una situación de explotación, siempre que se cumplan dos condiciones; que su participación en ellas sea consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a la que han sido sometidas, y que exista una proporcionalidad adecuada entre la infracción cometida y la situación de explotación. Esto es lo que se produjo en el supuesto de hecho que nos ocupa, ya que Daniela se vio obligada a vender a sus clientes estupefacientes mediante el uso de coacciones, amenazas y violencia extrema y ello ocurre durante la situación de explotación sexual a la que estaba sometida.

Además, el artículo 177.11 bis no hace ninguna referencia al tipo de delito del que la víctima de trata quedaría exenta de su responsabilidad penal, con lo cual, se entiende que la excusa absolutoria puede afectar a cualquier infracción que guarde relación culpabilística¹⁹³ con la condición de víctima del delito de trata. En efecto, se produce dicha relación porque aprovechan la imposición del ejercicio de la prostitución a estas mujeres para que vendan tales sustancias nocivas para la salud pública. Al respecto cabe traer a colación la consideración catorce de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo precisamente porque menciona dos delitos¹⁹⁴ en los que las víctimas de trata se podrán beneficiar de la exención de responsabilidad penal; falsedad documental o delitos relativos a la prostitución e inmigración. Además, la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011¹⁹⁵, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, señala que los supuestos que con más frecuencia se

190 Así ha quedado reflejado en el Preámbulo de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, apartado II. Con lo cual, la lectura que debemos de hacer es que el legislador español de 2015 ha querido aportar a las víctimas una protección integral para cubrir así sus necesidades y eliminar la posición secundaria que ocupaban hasta el momento, es decir, se trata de evitar que la víctima sea un mero objeto del proceso penal y que quede desprotegida, por ello, España como un Estado Social, Democrático y de Derecho, tiene que contar con una Ley de protección de víctimas completa en aras a cumplir con el valor superior de justicia que impera en todo orden constitucional.

191 De 5 de abril de 2011, *relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas* y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

192 FERNÁNDEZ OLALLA, P., GARCÍA VÁZQUEZ, S., *op. cit.*, p. 116; “*Merecen especial mención los casos de tráfico de drogas en aquellos supuestos en los que a las mujeres que son obligadas a prostituirse tras haber sido tratadas, se les impone no solo el consumo de drogas para aumentar su capacidad de resistencia a las condiciones de explotación, sino también la facilitación de drogas a demanda de los clientes de servicios sexuales*”.

193 Así lo indicaba MAPELLI CAFFARENA., B.: “La trata de personas” Publicado en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 65 (1), 25-62 VOL. LXV, 2012.

194 En efecto, lo siguiente es el fundamento de nuestro apartado undécimo del artículo 177 bis del CP español: “*Debe protegerse a las víctimas de la trata de seres humanos, de conformidad con los principios básicos de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros correspondientes, contra el procesamiento o el castigo por actividades delictivas tales como el uso de documentación falsa o infracciones contempladas en la legislación sobre prostitución o inmigración que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de ser objeto de la trata. El objetivo de esta protección es salvaguardar los derechos humanos de las víctimas, evitar una mayor victimización y animarlas a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores. Esta salvaguarda no debe excluir el procesamiento o el castigo por infracciones que una persona haya cometido o en las que haya participado de forma voluntaria*”. Consideración (14).

producen en la práctica que podrían estar bajo la cobertura del artículo 177.11 bis sean los casos de las víctimas tratadas con fines de explotación sexual que son obligadas a facilitar cualquier tipo de drogas o sustancias psicotrópicas o estupefacientes a los clientes. Mientras que, la excusa absoluta no sería aplicable si la víctima de trata vende a sus clientes estupefacientes de *motu proprio* a tenor de lo dispuesto en la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo: “Esta salvaguarda no debe excluir el procesamiento o el castigo por infracciones que una persona haya cometido o en las que haya participado de forma voluntaria”, esto es, sin haber soportado amenazas, coacciones o violencia extrema con el fin de ejecutar delitos.

No obstante, cabe preguntarse si son proporcionales tales hechos de tráfico de estupefacientes con la explotación que sufría, lo que habrá de determinarse caso por caso, sin poder establecer criterios meramente penológicos, sino también sociales y racionales¹⁹⁶. Para ello cabe traer a colación la STS de 16 de febrero de 2006¹⁹⁷ en la que se absuelve de un delito de falsificación de moneda a una persona que había sido amenaza con matar a su familia, por una organización criminal, si no accedía a participar en tales hechos delictivos. A la vista de lo anterior, el Fiscal ZARAGOZA TEJADA¹⁹⁸ señala que los argumentos del TS en la sentencia anterior “podrían ser plenamente válidos para los casos de víctimas de trata de seres humanos del artículo 177.11 bis” cumpliendo así la previsión realizada en el artículo 26¹⁹⁹ del Convenio del Consejo de Europa, *sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. No obstante, la Fiscalía General del Estado ha manifestado en su Circular 5/2011, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, que el artículo 177 bis 11²⁰⁰ está pensado para “aquellos supuestos en que –sin que concurren todos los requisitos configuradores del estado de necesidad o, según los casos, del miedo insuperable– se ha producido una importante, patente y objetiva limitación del dominio de la voluntad de la víctima consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida, que por su situación de sometimiento se ve compelida a realizar los delitos ordenados por el tratante”.

Con lo cual, parece que la aplicación de la excusa absoluta de las víctimas de trata de seres humanos está dirigida a aquellos supuestos en los que no es posible que concurren las causas genéricas de exención de responsabilidad penal²⁰¹ del artículo 20.5 y 20.6 del CP por no cumplirse

195 Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, p. 1578.

196 ZARAGOZA TEJADA, J.I., “La excusa absoluta de las víctimas de trata (análisis del artículo 177BIS.11 del CP)”, *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 2/2018 parte Legislación. Doctrina pp. 37 a 49. En el mismo sentido, SÁNCHEZ-COVISA VILLA., Joaquín., *op.cit.*, p.50.

197 STS 180/2006, Sala Segunda, de 16 de febrero de 2006, en la que un ciudadano extranjero fue contactado por una organización criminal de carácter internacional para participar en un delito de falsedad documental. Ante su negativa le amenazan con matar a su familia y ello provocó que accediese a participar en tales hechos ilícitos. Sin embargo, una vez que su familia estaba a salvo, denunció los hechos a las autoridades. Hechos probados, TOL850.019. FJ cuarto; “Consecuentemente, en el momento en el que compromete su acción a la falsificación, el recurrente actuó movido por el temor fundado de un mal inminente, hasta el punto que se desplaza a su país para comprobar la realidad de la amenaza, y, seguidamente, avisa a quien considera puede solucionar la situación que sufre, y colabora con la policía en la averiguación del hecho en el que ha participado. Al tiempo de la realización de la conducta en la falsificación no le era exigible otra conducta y la que podría realizar, la denuncia a los agentes de la autoridad, la actúa tan pronto puede realizarlo” “(...) De lo anterior podemos afirmar la existencia de una situación de miedo que redujo las capacidades de actuar de la víctima de la acción atemorizante de acuerdo a la norma”.

198 ZARAGOZA TEJADA, J.I., *op.cit.*, pp. 37 a 49.

199 Art.26 del Convenio de Varsovia de 2005: “Cada Parte, de conformidad con los principios básicos de su ordenamiento jurídico, preverá la posibilidad de no imponer penas a las víctimas por su participación en actividades ilícitas en la medida que se hayan visto obligadas a tomar parte en ellas”.

200 Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, pp. 1577-1578.

todos requisitos que ha ido fijando la jurisprudencia del TS²⁰². Por ello, que no se cumplan éstos últimos no impide que las víctimas de trata queden exentas de responsabilidad penal por los delitos que hubiesen cometido durante la situación de explotación, ya que es incuestionable el razonamiento que hace al respecto la FGE²⁰³ basado en que es evidente que esas personas no son totalmente libres en la realización de aquellos actos.

A modo de recapitulación, sería aplicable la excusa absolutoria del artículo 177.11 bis²⁰⁴ del CP al supuesto de hecho, ya que se cumplen los requisitos exigidos en ese mismo precepto: acreditarse la condición de víctima de Daniela, que la comisión de los hechos relativos al tráfico de estupefacientes tuviese lugar durante la situación de explotación sexual y porque existe proporcionalidad entre el hecho delictivo y la situación de explotación debido a que la víctima sufría *coacciones, amenazas y violencia extrema*. En particular, el ATS de 20 de mayo de 2013²⁰⁵ es

201 Ello se extrae del tenor propio tenor literal del artículo 177.11 bis, “sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código...”, es decir, se está refiriendo a aquellos supuestos en los que no sean aplicables las causas genéricas de exención de responsabilidad penal. En este sentido se ha manifestado ZARAGOZA TEJADA, J.I., *op.cit.*, pp. 37 a 49.; “ (...) lo que evidenciaría que la finalidad del legislador no era otra que la aplicación subsidiaria de esta excusa absolutoria cuando no fuera posible acreditar la concurrencia de las causas de exclusión de la culpabilidad a las que se refiere el Código Penal”.

202 STS 1095/2001, de 16 de julio (RJ 2001\6498, FJ vigésimo) sobre el miedo insuperable como causa de exención de responsabilidad penal con respecto a la que sostiene lo siguiente: “*se trata de una influencia psicológica que nace de un mal que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos de la persona afectada, debe tener una cierta intensidad y tratarse de un mal efectivo, real y acreditado. Para evitar subjetivismos exacerbados, la valoración de la capacidad e intensidad de la afectación del miedo hay que referirla a parámetros valorativos, tomando como base de referencia el comportamiento que ante una situación concreta se puede y se debe exigir al hombre medio*”. Asimismo, las SSTS 1495/1999, de 19 de octubre (RJ 1999\7000, FJ primero) y de 29 de junio de 1990 (RJ 1990\7306, FJ cuarto) que constituyen doctrina jurisprudencial, señalan que es necesario la existencia de un temor fundado en un hecho efectivo, real y acreditado y que haga disminuir notablemente la capacidad electiva.

203 Circular 5/2011, de 2 de noviembre sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración; “*es evidente que dichas personas no son totalmente libres en la realización de esos actos –de participación– pero no alcanzan el nivel de exclusión de la acción típica por ausencia de voluntariedad ni, en caso de haber actuado por miedo a represalias, a quedar cubiertas por la exención de responsabilidad del artículo 20.6 CP, sobre todo teniendo en cuenta la rigurosa doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo interpretando cada uno de los elementos que la configuran («impulso» e «insuperabilidad» del miedo)*”.

204 Parece oportuno indicar aquí que no es posible aplicar la exención de responsabilidad criminal de miedo insuperable fundamentalmente porque no se cumple un requisito básico que estableció el TS, dado que no contempla un mal que pueda incidir en bienes jurídicos que no sean de la persona afectada, esto significa, que no podrá abarcar dicha eximente las amenazas a Daniela de matar a su familia, y además, con otro inconveniente para su aplicación, ya que no constituyen un “*hecho real, efectivo y acreditado*” como expone la STS 1095/2001, de 16 de julio., TOL4.976.507.

205 En resolución del recurso de casación núm. 20162/2013, JUR 2013\182979., FJ tercero: “*el precepto exige que la infracción penal de que se trate haya sido cometida en la situación de explotación sufrida. Tal situación no es siquiera descrita en el escrito de promoción del recurso, y tampoco ha sido probada, ni siquiera de modo indiciario, pues no puede desprenderse de los hechos declarados probados en la sentencia cuya revisión se pretende, ya que tal situación de explotación no se deduce del hecho de haber intentado entrar ilegalmente en España utilizando una patera. Es cierto que las personas que se encuentran en esas circunstancias merecen una atención especial de los servicios de inmigración o extranjería, pero ello no las convierte directamente en sujeto pasivo de alguno de los delitos previstos en el artículo 177 bis. Tampoco se acredita, ni siquiera de modo indiciario, que el delito por el que fue condenada se cometiera en esa implícitamente alegada situación de explotación, no acreditada. Ni que su participación en el delito fuera consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida*”. Por tanto, el sujeto condenado no se podría considerar víctima de trata de seres humanos, de ahí que no sea posible la aplicación del artículo 177 bis 11.

En idéntico sentido encontramos el ATS de 17 de noviembre de 2017 (TOL6.441.815) en el que se deniega admitir a trámite un recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de conformidad de 18/1/13 del Juzgado de lo Penal 1 de Algeciras dictada en el Procedimiento Abreviado 444/12 cuyo motivo era que se apreciase la excusa absolutoria del artículo 177 bis 11 del CP por haber cometido un delito de coacciones del art. 172.1 en relación con los siguientes hechos: “*declara probado que Constanza , natural de Nigeria, estando en Tánger, se había dirigido a*

crucial para conocer la aplicabilidad de la excusa absolutoria de las víctimas de trata porque reafirma que es necesario acreditar la situación de explotación y que la comisión del delito fuese consecuencia directa de haber sufrido violencia, intimidación, engaño o abuso.

4.3 Breve referencia al sujeto activo.

A continuación corresponde abordar la naturaleza del sujeto activo del supuesto de hecho que nos ocupa porque es una de las peculiaridades que presenta este último. Teniendo en cuenta la redacción del supuesto, el sujeto activo se identifica con “*un entramado delictivo de varias personas y empresas*”; una persona jurídica según lo establecido en el artículo 35.2²⁰⁶ del CC. Lo cierto es que se produjo un cambio sustancial²⁰⁷ respecto a las personas jurídicas, ya que la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, inserta por primera vez la responsabilidad penal de las mismas²⁰⁸, independientemente de las personas físicas que las integren, y con la posibilidad de ser castigadas con auténticas penas. De modo que lo anterior supuso romper definitivamente con el principio de origen romano “*societas delinquere non potest*”, utilizado por el Derecho penal para sostener que la persona jurídica no podía cometer delitos.

De ahí que el artículo 31 bis del CP contemple los supuestos en los que las personas jurídicas serían penalmente responsables, uno de ellos es el que es de aplicación al supuesto de hecho: “*de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por*

otra mujer, Raimunda y a su marido, que tenían dos hijos gemelos de dos años de edad, y les había obligado a que le entregaran a uno de los niños, manifestándoles que en caso contrario mataría a un tercer hijo de la pareja que residía en Nigeria; que los padres cedieron y la acusada, manifestando ser la madre del menor, consiguió viajar en una embarcación con destino a España, careciendo de la documentación necesaria para ello; que una vez en Tarifa, la acusada continuó instigando a Raimunda, quien ante el temor de las amenazas manifestó a los agentes policiales no ser la madre del menor que viajaba con la acusada”. (FJ primero). Sin embargo, lo peculiar de este caso es que hay una apreciación policial provisional, “*según la cual existen motivos razonables, que no se precisan, para creer que ha podido ser víctima de trata de seres humanos*”. Por tanto, esto no es suficiente para considerarla efectivamente víctima de trata de seres humanos y mucho menos resultó acreditada una situación de explotación de la condenada; “*motivos razonables que no tienen entidad suficiente para justificar la revisión de una sentencia firme, pues como ya decíamos en el anterior auto de 20/5/13, no puede entenderse acreditado, a los efectos de anulación de una condena penal, que la persona afectada sea una víctima de trata de seres humanos, es decir, que haya sido víctima de alguna de las conductas descritas en el artículo 177 bis*”(FJ segundo). Tal y como podemos observar, hay escasos precedentes jurisprudenciales sobre el artículo 177 bis 11.

206 Artículo 35.2º del CC: “*Son personas jurídicas: Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados*”.

207 MARTOS NÚÑEZ, J.A., *op.cit*, p.116. Resulta conveniente destacar que este cambio fundamental en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hasta el año 2010 inexistente, tiene su razón de ser en cumplir con las exigencias establecidas en los artículos 22 y 23 del Convenio del Consejo de Europa sobre *la lucha contra la trata de seres humanos*, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, introducción, en la normativa de los Estados parte, de la responsabilidad de las personas jurídicas, ya sea de carácter penal, civil o administrativa (art.22.3) o con el establecimiento de medidas y sanciones efectivas para estas entidades por parte de los Estados (art.23.1).

208 Sin perjuicio de que han quedado excluidas de responsabilidad penal las siguientes personas jurídicas: el Estado, las Administraciones públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, las Organizaciones internacionales de Derecho Público y aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas tal y como dispone el artículo 31.1 quinquies del CP. Hablamos de responsabilidad penal de las personas jurídicas circunscrita a una expresa previsión en determinados tipos delictivos de la Parte especial del CP, algunos de ellos son: trata de seres humanos (art.177.7 bis), tráfico ilegal de órganos humanos (156.3 bis), delitos de prostitución, explotación sexual o corrupción de menores (art.189 bis), tráfico de drogas (art. 369 bis), estafas (art. 251 bis) o financiación ilegal de partidos políticos (art.304.5 bis), entre otros. Consultado en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero, *sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del CP efectuada por la LO 1/2015*, por la que se modificó el art. 31 bis, pero que no alteró el sistema establecido en el año 2010.

A los mismos delitos se refiere BOLDOVA PASAMAR, M.A., “*La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española*” Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIII (2013). ISSN 1137-7550: 219-263., pp. 248-249.

sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”.

No obstante, la actividad delictiva de dicha persona jurídica no queda ahí, dado que, de manera indirecta, es conveniente hacer una breve referencia a otros ilícitos que desarrollan. Básicamente el citado entramado delictivo realiza actos de tráfico castigados en el artículo 368.1 del CP. De esta manera, nos encontramos con una serie de agravantes en el artículo 369 y resulta aplicable al supuesto de hecho la segunda referida a la *“participación en otras actividades delictivas organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito”.*

Asimismo, resulta aplicable también la prevista en el artículo 369 bis porque los hechos son cometidos por una agrupación de más de dos personas, con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada o coordinada²⁰⁹ se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, esto es, por una organización criminal²¹⁰ tal y como dispone el artículo 570.1 bis del CP.

Por otra parte, quizás pensemos que la actividad delictiva más visible del crimen organizado sea la de tráfico de drogas, sin embargo, tal y como expone JORGE CHABAT²¹¹, *“los grupos criminales internacionales una vez que se consolidan en una labor ilícita tienden a diversificarse e incluso mezclan negocios legales con ilegales”.* Con lo cual, no resulta extraño que el entramado delictivo del supuesto se dedique al tráfico de drogas y a trata de seres humanos con fines de explotación sexual, siendo esto un desafío para la sociedad internacional actual, ya que la globalización²¹² y el

209 En el supuesto de hecho se percibe de manera clara el reparto de tareas; aquellos que se dedican a la captación en México como Estado de origen, los que se encargan del recibimiento y acogimiento en España, los que se encargan de la recepción de estupefacientes para su posterior venta al público por las víctimas de trata, etc. Incluso, si queremos ir más lejos, se puede percibir una clara jerarquía. Respecto a la estructura jerárquica:

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV (2014). ISSN 1137-7550: p. 524: *“La presencia de esta cierta estructura reclama normalmente relaciones de jerarquía y disciplina en cuya virtud algunos miembros se someten a las decisiones de otros que ejercen la función de jefes y que definen y reparten las distintas funciones entre los miembros”.* En el mismo sentido se ha pronunciado NUÑEZ CASTAÑO, E.: *“Las organizaciones y grupos terroristas tras la reforma de la LO 5/2010”.*, publicado en *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro.*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015., pp.428-430: *“(…) que actúen de manera concertada y coordinada con un reparto de tareas”*, esto es estructura jerárquica.

Precisamente la STS 314/2015, Sala Segunda, de 4 de mayo, en el FJ vigésimo cuarto señaló que una de las notas características de las organizaciones criminales es; *“La existencia de una estructura más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista, en la que por lo general deben poder reconocerse relaciones de jerarquía y disciplina, entendiéndose por tal el sometimiento de sus miembros a las decisiones de otro u otros de los miembros que ejercen la jefatura, y la definición y reparto de funciones entre sus miembros. Debe contar, pues, con la infraestructura adecuada para realizar un plan criminal que, por su complejidad o envergadura, no estaría al alcance de una actuación individual o incluso plurisubjetiva pero inorgánica”.* No obstante, continúa diciendo que no se exige como requisito imprescindible de las anteriores *“un acto fundacional, ni una organización muy compleja, ni la adopción de una determinada forma jurídica, ni que se mueva en un amplio ámbito geográfico, ni la existencia de conexiones internacionales”.* TOL5.170.262.

210 En ese sentido, cabe señalar que la primera referencia del CP español a las “organizaciones criminales” se hizo en relación con el delito de tráfico de drogas (art.369 bis), “porque no hay que olvidar que el origen de la criminalidad organizada, tal y como la conocemos hoy, se vincula a las enormes ganancias obtenidas por el mercado de las drogas a partir de los años ochenta”. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *op.cit*, p.516. *“Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial”* .

211 CHABAT, Jorge., “El Estado y el crimen organizado transnacional: amenaza global, respuestas nacionales” *Istor: revista de historia internacional.*, n°42, México, 2011., p.7.

212 Así lo indicaba VILLACAMPA ESTIARTE, C.:“Trata de seres humanos y delincuencia organizada: conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal” *InDret*, Barcelona, enero de 2012, p.11: “En el contexto de la globalización económica capitalista, aumenta la brecha entre países pobres y ricos, que expulsa de la legalidad a los periféricos y en el que aparecen nuevas oportunidades surgidas del mercado global es donde debe

desarrollo de las TIC constituyen grandes trabas²¹³ para combatir este fenómeno del crimen organizado.

En definitiva, cabe destacar que el surgimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas está dirigida a estimular la llamada “autorregulación”²¹⁴, evitando la comisión de ilícitos a través de la adopción de programas de prevención eficaces por parte de las empresas. De modo que, si éstas cuentan con programas adecuados²¹⁵ y con medios necesarios para perseguir posibles vulneraciones de la ley, ello las eximiría, sin perjuicio de las investigaciones correspondientes, de responsabilidad penal de acuerdo con el artículo 31.2 bis²¹⁶. Esta exención de responsabilidad penal se fundamenta, en palabras de NEIRA PENA²¹⁷, en que supone un “*acatamiento de los deberes que corresponden a un ciudadano corporativo cumplidor de la legalidad*”, de ahí que no tenga sentido que se genere responsabilidad penal. Además, no podemos olvidar la crucial importancia de la efectiva persecución penal de las personas jurídicas, la necesidad de combatir la complejidad y dilatación que rodea a estos procesos, especialmente cuando se trata de delitos de carácter transnacional, así como de evitar la *desnaturalización* del proceso penal, riesgo que viene implícito con la introducción del principio de oportunidad, que tal y como expone NEIRA PENA²¹⁸, “*se produciría si la justicia se hiciese girar en torno a la colaboración de la persona jurídica presuntamente responsable*”.

5. El derecho a la reagrupación familiar.

Para comenzar, es conveniente analizar el estatus jurídico de Daniela Lombard en España, para poder así aportar la solución correcta para sus familiares mejicanos acorde con el transcurso habitual de la vida familiar. Lo cierto es que *a priori* podríamos pensar que es ciudadana extranjera, es decir, de un tercer Estado ajeno a la UE. Sin embargo, es necesario recordar que Daniela nace en Bélgica y de un matrimonio mixto de un ciudadano belga y una ciudadana mejicana, con lo cual, resulta aplicable el Código de nacionalidad belga que sostiene que un menor nacido en territorio belga de padre o madre belga, como ocurre en este supuesto, ostentaría la nacionalidad belga. Por tanto, no cabe duda de que Daniela posee la nacionalidad belga y es ciudadana de la UE²¹⁹, lo cual supone que tiene derecho a la libre residencia y circulación en los EEMM de la UE tal y como

situarse el punto de partida que explica el florecimiento de la trata como manifestación de la delincuencia organizada”. En idéntico sentido, POELEMANS, M., RICHARD GONZÁLEZ, M., GUTIÉRREZ SANZ, M. R., RIAÑO BRUN, I., *op.cit.*, pp.34-35: “*el crimen organizado encuentra en este contexto de globalización; de desregulación y disminución del control de los mercados financieros por parte de los Estados y las Instituciones internacionales; de creación de espacios de libre circulación de personas; de transmisión de información y de transporte; así como de crisis y de desigualdades económicas, el medio óptimo para proliferar. (...) Podemos decir entonces que la trata con fines de explotación sexual es un tipo de criminalidad atribuible a la delincuencia organizada*”.

213 CHABAT, Jorge., *op.cit.*, p. 12.

214 NEIRA PENA, A. M., *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017., p.58: “*(...) entendimiento de sus penas como amenaza para incentivar su autorregulación más que como un castigo*”. Esta idea es fundamental para entender la importancia de la autorregulación como medio de prevención de hechos delictivos. En el mismo sentido señala la citada autora que “*la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal debiera ser, en sí misma, incentivo suficiente para que las personas jurídicas cumplieren con sus obligaciones de supervisión, vigilancia y control, manteniendo el nivel de riesgo criminógeno en niveles jurídico-penalmente aceptables*”, p.75

215 DÍAZ GÓMEZ, A., “El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010” *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, núm.13-08, ISSN 1695-0194., p.25; “*en efecto, la lógica dice que si la existencia del programa preventivo ex post factum puede atenuar la responsabilidad, uno ex ante factum debería eximirla, e igualmente esta interpretación se acompaña mejor con el principio de culpabilidad y cumpliría mejor los fines preventivos de la pena*”.

216 Siempre y cuando se hubiese producido el ilícito *eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención* por sus autores individuales, entre otras condiciones reflejadas en ese precepto.

217 NEIRA PENA, A. M., *op.cit.*, pp. 58-61

218 NEIRA PENA, A. M., *op.cit.*, p.79.

contempla la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, *relativa al derecho de los ciudadanos de la UE y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los EEMM*. De ahí que a Daniela no se le puede aplicar la LO 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, por no tratarse de una ciudadana extranjera, sino comunitaria, con lo cual no afecta a su persona la concesión de un permiso de residencia de duración limitada por haber sido víctima de trata.

Asimismo, partiendo de que Daniela es, en efecto, ciudadana comunitaria de la UE, cabe decir que no puede ejercer el derecho a la reagrupación familiar, dado que se trata de un mecanismo jurídico²²⁰ pensado para familiares de ciudadanos extranjeros cuyo fin es mantener la unidad familiar según lo dispuesto el artículo 2 letra c) de la citada Directiva. Además, cabe profundizar en el alcance del concepto reagrupación familiar, ya que, tal y como ha entendido la Profesora GARCÍA VÁZQUEZ²²¹, se trata de una facultad del extranjero residente para solicitar la entrada de sus familiares en España, que será ejercitada ya sea porque la familia estaba constituida previamente o porque el reagrupante, después de su entrada, decidiese fundar una familia con un nacional de un tercer país que no reside en España. Ahora bien, es conveniente hacernos la siguiente pregunta; ¿cuál es la condición jurídica de María Rodríguez en España?

Lo cierto es que María Rodríguez no²²² ostenta la condición de familiar de ciudadano comunitario, es decir, respecto a Daniela, que sí es ciudadana comunitaria, ya que el artículo 2.2 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, *relativa al derecho de los ciudadanos de la UE y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los EEMM*, establece como “miembro de la familia” en su letra d), “a los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b)”. Con lo cual, nos parece oportuno afirmar en este punto que María Rodríguez sí es ciudadana extranjera, por consiguiente, ella está en condiciones de ejercitar su derecho a la reagrupación familiar²²³ en virtud de la ya citada Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, *sobre el derecho a la reagrupación familiar* y los artículos 16 a 20 bajo la rúbrica “reagrupación familiar”²²⁴ de la

219 Art.2 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, *relativa al derecho de los ciudadanos de la UE y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los EEMM*; “ciudadano de la UE”: *toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro*”.

220 Así lo dispone el art.1 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, *sobre el derecho a la reagrupación familiar*: “El objetivo de la presente Directiva es fijar las condiciones en las cuales se ejerce el derecho a la reagrupación familiar de que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros”.

221 GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, pp. 70-71.

222 No ostenta la condición de familiar de ciudadano comunitario porque María Rodríguez no está a cargo de su hija Daniela, ciudadana comunitaria, condición necesaria para los ascendientes, letra d) artículo 2.2 de la Directiva 2004/38/CE.

223 Consultar ANEXO II. ANÁLISIS DE LA NATURALEZA DEL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR.

224 Es conveniente destacar que LO 4/2000 incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la reagrupación familiar como derecho inexistente para los ciudadanos extranjeros hasta el momento, por esta razón, no fueron pocas las críticas a la ausencia de esta figura en la anterior Ley de extranjería del año 1985., PEDONE, C., GIL ARAÚJO, S., “Maternidades transnacionales entre América Latina y el Estado español. El impacto de las políticas migratorias en las estrategias de reagrupación familiar” publicado en *Nuevos retos del transnacionalismo en el estudio de las migraciones.*, Observatorio permanente de la inmigración., Madrid, 2008., p.159:.

En el mismo sentido, VIDAL FUEYO., M.^a C., “La jurisprudencia del TC en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007” *Revista Española de Derecho Constitucional* ISSN: 0211-5743, núm. 85, enero-abril (2009), p. 354: “el progresivo aumento de extranjeros en nuestro país ha marcado una evolución de la normativa sobre inmigración. Así, de una primera Ley Orgánica de extranjería centrada básicamente en el control de entrada, en las medidas sancionadoras y el control policial y que no contemplaba siquiera la posibilidad de reagrupación familiar, se llega a la Ley vigente, que tiene como uno de sus objetivos (al menos sobre el papel) la integración social de los extranjeros y como una de sus principales finalidades el reconocimiento de un

LO4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Eso sí, puede haber una condición que sea impuesta por los EEMM de la UE, según el artículo 8²²⁵ de la Directiva, para que los ciudadanos extranjeros puedan ejercitar la reagrupación familiar y es la que tiene que ver con que el reagrupante, María Rodríguez, haya residido²²⁶ legalmente en España un período de tiempo, que no podrá superar los dos años, antes de reagrupar a los miembros de su familia con él. Entendemos que no ha cumplido ese período porque María Rodríguez se trasladó a España para apoyar a su hija tras ser liberada y regulariza poco después su situación, con lo cual ello denota su intención de establecerse en nuestro país y, lógicamente, de inmediato se le plantea el problema²²⁷ de que su cónyuge y el hijo de éste se encuentran en México.

Por su parte, el art.16²²⁸ de la LO 4/2000, de Extranjería es fundamental porque nos indica que la base del derecho a la reagrupación familiar es la intimidad familiar, derecho fundamental recogido en el artículo 18.1 de la CE²²⁹, de ahí que los extranjeros residentes en España tengan derecho a reagrupar con ellos a determinados familiares.

Con respecto a los familiares reagrupables, tanto el artículo 17 de la LO 4/2000 como el artículo 4 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, *sobre el derecho a la reagrupación familiar*, han determinado los familiares²³⁰ de los ciudadanos extranjeros a los que los EEMM de la UE, en el caso de la Directiva, o España en el caso de la Ley de Extranjería, autorizará la entrada y residencia. Con lo cual, está previsto que el extranjero residente en un EEMM de la UE o, en concreto en España, tenga derecho a reagrupar con él a su cónyuge²³¹, siempre que no se

importante número de derechos a todos los inmigrantes, independientemente de su situación legal o administrativa”.

225 Art. 8 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, *sobre el derecho a la reagrupación familiar*: “los Estados miembros podrán requerir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un período de tiempo, que no podrá superar dos años, antes de reagrupar a los miembros de su familia con él”. Además, el art.7 de la misma exige unos requisitos, de carácter garantista, que tendrá que cumplir las personas que soliciten la reagrupación familiar; prueba de que disponen de una vivienda normal para una familia con condiciones adecuadas de salubridad, un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos normalmente asegurados para los propios nacionales en el EM de que se trate, para sí mismo y los miembros de su familia y contar con recurso fijos o regulares para su manutención y la de sus familiares.

226 La posibilidad para María Rodríguez de ejercer el derecho a la reagrupación familiar se fundamenta en que “la actual regulación legal confiere el derecho a la reagrupación familiar, solamente, al extranjero residente, es decir, al que posea una autorización de residencia y no a los familiares susceptibles de ser reagrupados”, GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia., *op. cit.*, p. 71. De modo que, resulta acreditado que María Rodríguez es extranjera residente en España, dado que se dice expresamente en el supuesto de hecho que “ocupa un puesto de trabajo por cuenta ajena y regulariza su situación en España”.

227 LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., “La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar”. *Migraciones*, ISSN-e 2341-0833, Nº12, Madrid, 2002, p. 44: “Constituye una lógica aspiración del inmigrante que ha decidido permanecer en el país de acogida la normalización de su vida familiar y, en consecuencia, traer consigo a los miembros más próximos de su familia”.

228 Art. 16 de la LO 4/2000, de extranjería: “Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España”.

229 Art. 18.1 de la CE: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. En relación con el artículo 39.1 de la misma Carta Magna del Estado español: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia” y el art.8.1 de la CEDH: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

230 FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., “El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros” *Derecho y conocimiento*, Universidad de Huelva, vol. 1 (2001), pp. 375-397. Vid. p. 382: “El núcleo familiar al que se dirige la Directiva es el cónyuge y los hijos menores, aunque permite que se reconozcan también a las parejas de hecho, si el derecho nacional de los Estados lo permite. Esto quiere decir que el Derecho Comunitario no asimila directamente la situación de las parejas de hecho”.

231 Mientras que el art. 4.1 a) de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, *sobre el derecho a la reagrupación familiar*, se refiere al cónyuge del reagrupante, sin hacer mención a que no se encuentre separado de hecho o de derecho, y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley.

encuentre separado de hecho o de derecho, y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley en virtud del artículo 17.1 a) de la LO 4/2000. Asimismo, el artículo 4.1 d) de la Directiva y el artículo 17.1 b) de la LO 4/2000 se refieren a los hijos menores del cónyuge del reagrupante cuando ese progenitor tenga la custodia y esté el menor a su cargo²³², dos aspectos que se cumplen en el supuesto de hecho que nos ocupa.

En conclusión, María Rodríguez puede ejercer su derecho a la reagrupación familiar, como ciudadana extranjera con residencial legal en España, respecto a su actual cónyuge mejicano y el hijo menor de éste²³³, ya que entran dentro de los supuestos de “personas reagrupables”, dado que de lo contrario se vulneraría su derecho a la intimidad familiar. Además, el artículo 18 bis de la LO 4/2000 establece el procedimiento a seguir para que María Rodríguez pueda ejercer su derecho a la reagrupación familiar, para lo que necesitará solicitar una autorización de residencia por reagrupación a favor de su cónyuge y el hijo menor de éste.

NORMATIVA

INTERNACIONAL:

- Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, firmado en Nueva York el 21 de marzo de 1950.
- Convenio Europeo, de 4 de noviembre de 1950, para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
- Convenio de Luxemburgo, de 20 de mayo de 1980, sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia.
- Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción internacional de menores.
- Convenio de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño.
- Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución de decisiones y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de menores.
- Resolución 194/45 de la Comisión de Derechos Humanos de 4 de marzo de 1994.
- Resolución 49/166 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de febrero de 1995.
- Convenio sobre la Cibercriminalidad, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001.
- Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, N°197, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.
- 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 2007.
- Observación General N°14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

232 En el caso de que el cónyuge de María Rodríguez ejerciese la custodia compartida sobre su hijo menor, la Directiva le concede a los EEMM de la UE autorizar la reagrupación de los hijos cuya custodia se comparta, siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento.

233 El art. 18.3 de la LO 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, realiza una previsión respecto a los menores de edad que sean familiares reagrupables en aras a garantizar su escolarización en España: “*Cuando los familiares a reagrupar sean menores en edad de escolarización obligatoria, la Administración receptora de las solicitudes deberá comunicar a las autoridades educativas competentes una previsión sobre los procedimientos iniciados de reagrupación familiar, a los efectos de habilitar las plazas necesarias en los centros escolares correspondientes*”.

COMUNITARIA

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea firmada en Niza el 7 de diciembre de 2000
- Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Reglamento Bruselas II Bis.
- Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.
- Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de protección de datos).
- Directiva 2003/86 del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.
- Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros.
- Directiva 2004/81 del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes.
- Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.
- Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.
- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

ESTATAL

- Constitución Española de 29 de diciembre de 1978. Artículos 18 y 39. Publicado en: «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículos 31 bis, 169183, 183 ter, 177 bis, 189, 197, 225 bis, 368,369 y 369 bis. Publicado en: «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil. Publicado en: «BOE» núm.15, de 17 de enero de 1996.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Artículos 16 a 20. Publicado en «BOE» núm. 10, de 12 de enero de 2000.
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de 2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Publicado en «BOE» núm. 11, de 13 de enero de 2000.
- Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Publicado en: «BOE» núm. 299, de 12 de diciembre de 2009, páginas 104986 a 105031 (46 págs.)
- 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. Publicado en:«BOE» núm. 152, de 23 de junio de 2010, páginas 54811 a 54883 (73págs.)
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Publicado en:«BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015, páginas 61871 a 61889 (19 págs.)
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Publicado en: «BOE» núm. 294, de 6 de diciembre de 2018, páginas 119788 a 119857 (70 págs.)
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil. Artículos 778 quáter a 778 sexies. Publicado en: «BOE» núm. 7, de 8 de enero de 2000.
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Publicado en: «BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2015.

- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Publicado en: «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015.
- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Publicado en:«BOE» núm. 17, de 19 de enero de 2008.
- 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 la Ley Orgánica 2/2009. Publicado en: «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 2011.
- Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, adoptado mediante acuerdo de 28 de octubre de 2011 por los Ministerios de Justicia, de Interior, de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Consejo del Poder Judicial.
- Plan Integral de Lucha contra la Trata de mujeres y niñas con fines sexuales de explotación emitido por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad para los años 2015-2018.

COMPENDIO JURISPRUDENCIAL

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- STEDH de 26 de noviembre de 2013, *Asunto X c. Letonia*. (JUR 2013\354045)
- STEDH de 21 de febrero de 2012. *Asunto Karrer contra Rumanía*. (JUR 2012\61784)
- STEDH de 12 de julio de 2011, *Asunto Sneersonne y Kampanella contra Italia*. (JUR 2011\235984)
- STEDH de 8 de enero de 2009. *Asunto Neulinger y Shuruk contra Suiza*. (TEDH 2009\6),
- STEDH de 6 de diciembre de 2007. *Asunto Maumousseau y Washington contra Francia*. (TEDH 2007\88).
- Decisión del TEDH de 15 de mayo de 2012. *Asunto M.R y L.R c. Estonia*.(TEDH 13420\12).
- Decisión del TEDH de 6 de septiembre de 2011. *Asunto Tarkhova c. Ucrania*.(TEDH 8984\11).

JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- Sentencia del TJUE (Sala Tercera) de 5 de octubre de 2010, Asunto C-400/10 PPU: *Asunto J.McB. v. L.E* (TJCE 2010\432).
- Sentencia del TJUE (Sala Tercera) de 1 de julio de 2010, Asunto C-211/10 PPU: *Asunto Doris Povse v. Mauro Alpago* (TJCE 2010\246).

JURISPRUDENCIA NACIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 16/2016, de 1 de febrero de 2016 (RTC 2016/16)

TRIBUNAL SUPREMO

- STS 1495/1999, Sala de lo penal, de 19 de octubre (RJ 1999\7000)
- STS 1095/2001, Sala de lo penal, de 16 de julio (RJ 2001/6498)
- STS 1588/2001, Sala de lo penal, de 17 de septiembre (RJ 2001/9014)
- STS 1905/2001, Sala de lo penal, de 22 de octubre (RJ 2001/9238)
- STS 2076/2002, Sala de lo penal, de 23 enero 2003 (RJ 2003/1994)
- STS 1367/2004, Sala de lo penal, de 29 de noviembre (RJ 2005/23)
- STS 1257/2005, Sala de lo penal, de 31 de octubre (RJ 2005/7523)
- STS 1425/2005, Sala de lo penal, de 5 de diciembre (RJ 2006/1878)
- STS 180/2006, Sala de lo penal, de 16 de febrero de 2006 (RJ 2006/2150)
- STS 376/2006, Sala de lo penal, de 8 de marzo (RJ 2006/1827)
- STS 445/2008, Sala de lo penal, de 3 de julio (RJ 2008/4188)
- STS 450/2009, Sala de lo penal, de 22 de abril (RJ 2009/3072)
- STS 803/2010, Sala de lo penal, de 30 de septiembre (RJ 2010/7650)
- STS 264/2012, Sala de lo penal, de 3 de abril (RJ 2012/5596)

- ATS 521/2013, Sala de lo penal, de 21 de febrero (JUR 2013\130867)
- ATS de 20 de mayo de 2013, Sala Segunda (TOL3.876.730)
- STS 53/2014, Sala de lo penal, de 4 de febrero (RJ 2014/1851)
- STS 551/2014, Sala de lo penal, de 10 de junio (RJ 2014/ 5537)
- STS 97/2015, Sala de lo penal, de 24 de febrero (RJ 2015/1405)
- STS 191/2015, Sala de lo penal, de 9 de abril de 2015 (RJ 2015/1185)
- STS 314/2015, Sala de lo penal, de 4 de mayo (RJ 2015/3537)
- STS 527/2015, Sala de lo penal, de 22 de septiembre (RJ 2015/4358)
- STS 864/2015, Sala de lo penal, de 10 de diciembre (RJ 2015/6401)
- STS 861/2015, Sala de lo penal, de 20 de diciembre de 2015 (RJ 2015/6204)
- STS 188/2016, Sala de lo penal, de 4 de marzo (RJ 2016/740)
- STS 538/2016, Sala de lo penal, de 17 de junio (RJ 2016/3332)
- STS 786/2016, Sala de lo penal, de 20 de octubre (STS 4582:2016)
- STS 807/2016, Sala de lo penal, de 27 octubre (RJ 2016/5173)
- STS 109/2017, Sala de lo penal, de 22 de febrero (RJ 2017/520)
- STS 167/2017, Sala de lo penal, de 15 de marzo (RJ 2017/1931)
- STS 196/2017, Sala de lo penal, de 24 de marzo (RJ 2017/1657)
- ATS de 17 de noviembre de 2017, Sala Segunda (ATS 11060:2017)
- STS 132/2018, Sala de lo penal, de 20 de marzo (RJ 2018/1629)
- ATS 544/2018, Sala de lo penal, de 22 de marzo (ATS 4870:2018)
- STS 674/2018, Sala de lo penal, de 20 de noviembre (STS 4354:2018)
- STS 77/2019, Sala de lo penal, 12 de febrero (RJ 2019/568)
- Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo no jurisdiccional de 31 de mayo de 2016.
- Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo no jurisdiccional de 8 de noviembre de 2017.

AUDIENCIA NACIONAL

- SAN 10/2016, Sala de lo penal, Sección 3ª, de 15 de marzo (ARP 2016/861)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ de Cataluña 34/2018, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, de 16 de abril (RJ 2018/6113)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Auto de la AP de Cádiz 25/2011, Sección 5ª, de 22 de febrero (JUR 2011\202945)
- SAP de Orense 373/2013, Sección 1ª, de 4 de octubre (JUR 2013\378773)
- SAP de Barcelona 83/2014, Sección 18ª, de 4 de febrero (JUR 2014\88311)
- SAP de Granada 351/2014, Sección 1ª, de 5 de junio (JUR 2014\258699)
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 22ª) de 31 de marzo de 2015
- SAP de Jaén 113/2015, Sección 2ª, de 11 de mayo (JUR 2015\171561)
- SAP de Barcelona 947/2015, Sección 10ª, de 23 de noviembre (JUR 2016\177222)
- SAP de Castellón 163/2016, Sección 1ª, de 20 de mayo (JUR 2016\140970)
- SAP de Madrid 461/2016, Sección 19ª, de 29 de diciembre (JUR 2017\60891)
- SAP de Burgos 360/2016, Sección 1ª, de 8 de noviembre (JUR 2016\261358)
- SAP de Gerona 20/2017, Sección 1ª, de 23 de enero (JUR 2017\96668)
- SAP de Barcelona 302/2017, Sección 6ª, de 24 de abril (ARP 2017\700)
- SAP de Málaga 268/2017, Sección 8ª, de 3 de mayo (ARP 2017\831)
- SAP de las Palmas 317/2017, Sección 3ª, de 29 de junio (TOL6.356.681)
- AAP de Cuenca 357/2017, Sección 1ª, de 21 de noviembre (JUR 2018\21478)
- SAP Ciudad Real 170/2017, Sección 2ª, de 27 noviembre (JUR 2018\57017)
- SAP de Zaragoza 164/2018, Sección 6ª, de 12 de junio (JUR 2018\235760)
- SAP de Barcelona, 400/2018, de la Sección 8ª, de 9 de julio (JUR 2018\291515)
- SAP de Madrid 705/2018, Sección 30ª, de 18 de octubre (JUR 2019\4266)
- SAP de Madrid 716/2018, Sección 29ª, de 12 de diciembre (JUR 2018\329948)

JUZGADOS

- Sentencia del Juzgado de lo Penal N°1 de Granada 257/2018, de 18 de julio (JUR 2018\204233)
- Auto de 15 de marzo de 2013 del el Juzgado de Instrucción N°1 de Orgaz (Toledo).
- Sentencia del Juzgado de Menores N°1 de Lleida 47/2014, de 20 de marzo (JUR 2015\20698)

- Sentencia del Juzgado de Menores N.º 1 de Barcelona 36/2013, de 11 de febrero (JUR 2014\184010)
- Sentencia del Juzgado de menores de Jaén 200/2016, de 7 de noviembre (ARP 2017\267)

JURISPRUDENCIA DEL ÁMBITO DEL DERECHO COMPARADO

- Sentencia de la Cour de Cassation de 30 de enero de 1979, Asunto *Nejib Bayar c. Jacqueline Nemeth*.
- Juicio de Amparo Directo en Revisión 903/2014 de la Corte Suprema de Estados Unidos, Asunto *Lozano v. Montoya Álvarez*
- Juicio de Amparo Directo en Revisión 903/2014 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Naciones de los Estados Unidos Mexicanos.
- Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno de Uruguay, de 6 de febrero de 2015. Consultado en INCADAT, referencia 2015 | HC/E/UY 1322

BIBLIOGRAFÍA

MONOGRAFÍAS, OBRAS COLECTIVAS Y CAPÍTULOS DE LIBRO

- CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “*Protección de menores*” en *Derecho Internacional Privado* (Dir. Caravaca y Carrascosa) vol. II, 11ª ed., Granada, 2010-2011.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “*Análisis del artículo 177 bis*” publicado en *Comentarios prácticos al Código penal*, (Dir. Gómez Tomillo), Aranzadi, Tomo II, Navarra, 2015.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado* Décima edición. Ed. Thomson Reuters. Navarra 2018.
- FERNÁNDEZ OLALLA, P. y GARCÍA VÁZQUEZ, S.: *Trata de seres humanos*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid., 2012.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “*La reforma de los capítulos II Bis, IV y V. del Código Penal*” en *Análisis de las Reformas Penales Presente y Futuro*, Dir. Muñoz Conde, Ed. Tirant lo Blanch, 2014.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho administrativo*, vol I, Civitas.
- GARCÍA VÁZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- GÓMEZ TOMILLO. M., *Comentarios al Código Penal*, Aranzadi, Valladolid, 2010.
- JIMÉNEZ BLANCO, P. : *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons 2008.
- MIRALLES SANGRO, P.P: *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Estudios-Ministerio de Asuntos exteriores, Madrid 1989.
- MORILLAS FERNÁNDEZ., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Estudios sobre el Código Penal reformado, Dykison.
- NEIRA PENA, A.M: *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Tirant lo blanch, Valencia 2017.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E.: “*Las organizaciones y grupos terroristas tras la reforma de la LO 5/2010.*”, publicado en *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro.*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015.
- ORTS BERENGUER: “*Ciberacoso*”, en la obra *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010.
- POELEMANS, M., RICHARD GONZÁLEZ, M., GUTIÉRREZ SANS., M. R., RIAÑO, BRUN, I., *El fenómeno de la prostitución. Cooperación franco-española en la lucha contra la trata de seres humanos*, Aranzadi., 1ª edición, Pamplona, 2015.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores: un estudio sobre los artículos 183 y ss del CP*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016.
- TAMARIT SUMALLA., J.M.: “*Capítulo II Bis. De los abusos sexuales a menores de dieciséis años*” integrado en la obra *Comentarios al Código Penal español.*(Dir. Quintero Olivares), Tomo I, 7ª edición, Navarra, abril 2016.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de online child grooming*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- ABA CATOIRA, A.: “*Los menores ante Internet*” en *Derecho y nuevas tecnologías*. Vol.1., Primera parte: Nuevas tecnologías, sociedad y derechos fundamentales. Ed. Deusto, 2011.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A., “*La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española*” *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII (2013). I.

- CAÑADAS LORENZO, M.^a J.: “La incidencia de la violencia de género en la sustracción internacional de menores” *ponencia en el VII Congreso sobre Violencia doméstica y de Género.*, Madrid, 2018.
- CHABAT, Jorge., “El Estado y el crimen organizado transnacional: amenaza global, respuestas nacionales” *Istor: revista de historia internacional.*, ISSN 1665-1715, nº42, México, 2011.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C.: “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el Derecho positivo español” *Revista sobre la infancia y la adolescencia.*, nº3., 2012.
- DIAGO DIAGO, M.^a.P: “Secuestro internacional de menores: marco jurídico” *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, nº7, 2001.
- DÍAZ GÓMEZ, A., “El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010” *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, núm.13-08.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “El anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria y la sustracción internacional de menores” en *Revista del Consejo General de la Abogacía*, nº 85, abril 2014.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., “La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar”. *Migraciones*, ISSN-e 2341-0833, Nº12, Madrid, 2002.
- LIÉBANA ORTIZ, J.R., “El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores”, *REDUR* 13, diciembre 2015.
- MAPELLI CAFFARENA., B.: “La trata de personas” Publicado en Anuario de derecho penal y ciencias penales, 65 (1), 25-62 VOL. LXV, 2012.
- MARTOS NÚÑEZ, J.A., “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del CP”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (2012).
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV (2014). ISSN 1137-7550.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso”, *ADPCP, VOL. LXV, 2012*
- PEDONE, C. y GIL ARAÚJO, S., “Maternidades transnacionales entre América Latina y el Estado español. El impacto de las políticas migratorias en las estrategias de reagrupación familiar” publicado en *Nuevos retos del transnacionalismo en el estudio de las migraciones.*, Observatorio permanente de la inmigración., Madrid, 2008.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A: “ El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del Derecho comparado”. *Diario la Ley* 17973/2011, de 23 de abril de 2019.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: “El interés superior del niño, concepto y delimitación del término” *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 nº2, 2012.
- REIG FABADO, I.: “ El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: Retorno vs. Violencia familiar o doméstica” *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2018), Vol. 10, Nº 1.
- ROCHA ESPÍNDOLA, M., “La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad” *Actualidad jurídica Iberoamericana*, núm.2, febrero 2015.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E., “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y en la Haya”. *Revista electrónica de estudios internacionales.*, Nº35, 2018.
- SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J.: “El delito de trata de seres humanos. Análisis del artículo 177 bis del CP” en *Cuadernos de la Guardia Civil* Nº52. 2016. Páginas 36-51. ISSN: 2341-3263.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Víctimas de la trata de seres humanos: su tutela a la luz de las últimas reformas penales sustantivas y procesales proyectadas” *InDret, Revista para el análisis del Derecho.*, Barcelona., abril de 2014.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. y GÓMEZ ADILLÓN, M^aJ., “Nuevas Tecnologías y Victimización Sexual de Menores por Online Grooming”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, febrero 2016.
- VIDAL FUEYO., M.^a del C.: “La jurisprudencia del TC en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007” *Revista Española de Derecho Constitucional* ISSN: 0211-5743, núm. 85, enero-abril (2009).
- ZARAGOZA TEJADA, J.I.: “La excusa absolutoria de las víctimas de trata (análisis del artículo 177BIS.11 del CP)”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2/2018 parte Legislación. Doctrina.

CIRCULARES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.
- Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por la LO 1/2015

- Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.
- Circular 3/2017 de la Fiscalía General del Estado, Sobre la reforma del CP operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos.

DATOS ESTADÍSTICOS

- *Estudio sobre hábitos seguros en el uso de las TIC por niños y adolescentes y e-confianza de los padres* elaborado por el Observatorio de Seguridad de la Información y publicado por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación en marzo del 2009.
- *Estudio sobre hábitos seguros en el uso de smartphones por los niños y adolescentes españoles* realizado por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación en noviembre del año 2011.
- *Yo a eso no juego* realizado por Save the Children en mayo del año 2017.

RECURSOS WEB

- “La sustracción internacional de menores y la violencia de género”, ASIME
- “¿Qué es el sexting y por qué supone un riesgo?” El Mundo.

ANEXOS

ANEXO I. CUSTODIA DE LA MENOR.

Como ya se puso de manifiesto anteriormente, el Convenio de la Haya de 1980 no permite tratar, al mismo tiempo que la restitución de un menor, cuestiones correspondientes a su custodia en virtud del artículo 16 del presente Convenio. Con lo cual, el mero conocimiento de la autoridad judicial mejicana competente sobre el traslado y retención ilícitos de Daniela conlleva que dicha autoridad no puede decidir en lo que se refiere a la custodia de la menor hasta que se acuerde la no restitución, como en el supuesto en el que nos encontramos, o en otro caso, que haya transcurrido un plazo razonable sin que se haya presentado una demanda instando la restitución. En este sentido cabe traer a colación, en el ámbito comunitario, la STJUE 23 de diciembre de 2009¹, del *asunto C-403/09 PPU*:

“el artículo 20 del Reglamento n.º 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, no permite que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro adopte una medida provisional en materia de responsabilidad parental que otorgue la custodia de un menor que se encuentra en el territorio de dicho Estado miembro a uno de los progenitores cuando un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente en virtud del mencionado Reglamento para conocer del fondo de litigio sobre la custodia del menor, ya ha dictado una resolución judicial que concede provisionalmente la custodia de dicho menor al otro progenitor y esta resolución judicial ha sido declarada ejecutiva en el territorio del primer Estado miembro”.

Profundizando más en el alcance de los artículos 16 del Convenio de la Haya de 1980 o del artículo 20 del Reglamento Bruselas II Bis, es conveniente señalar que su finalidad esencial es evitar que el progenitor sustractor obtenga un beneficio del secuestro del menor, dado que, es práctica habitual del secuestrador acudir a los tribunales del Estado en el que se halle junto con el menor, normalmente suele coincidir con el de su nacionalidad, alterando así el tribunal competente para conocer del fondo de la custodia bajo la creencia de que puede obtener una decisión judicial favorable a sus intereses.

En el supuesto de hecho que nos ocupa, existía una decisión judicial, previa al traslado ilícito, que otorgaba a ambos progenitores la custodia compartida de Daniela Lombard, por consiguiente, podría darse la situación de que María Rodríguez, no conforme con la anterior sentencia judicial, instase ante un tribunal mejicano un nuevo procedimiento sobre la custodia de la menor tras haberse iniciado el proceso de restitución promovido por Daniel Lombard, para lo cual, los tribunales mejicanos tienen vedada esa decisión en cuanto a la custodia se refiere. Así se había establecido en la STS de 22 de junio de 1998²:

“el Convenio de la Haya supone que las autoridades judiciales del Estado contratante requerido no podrán decidir sobre el fondo hasta que se establezca que no existen las condiciones previstas por el Convenio para el retorno de los mismos”.

Precisamente es muy importante destacar la necesidad de que se cumpla lo establecido en estos preceptos, dado que su incumplimiento por los Tribunales genera desafortunadas consecuencias. Un ejemplo paradigmático de ello lo podemos apreciar en el *asunto* de la española *María José Carrascosa* y su marido norteamericano *Innes*, el cual enfrentó a Tribunales españoles y norteamericanos y se llegó a poner en el punto de mira la incorrecta aplicación del Convenio de la Haya de 1980 por los primeros.

En lo que respecta a los hechos, podemos señalar que el matrimonio tras la separación había acordado de modo extrajudicial que la menor viviría con su madre, pero, el padre tendría el derecho a visitarla regularmente, además de que se comprometieron a no trasladar a la menor a

¹ *Asunto C-403/09 PPU* (TJCE 2009\399). Párrafo 61.

² STS de 22 de junio de 1998, de la Sala Primera, FJ undécimo, TOL72.870.

otro Estado sin el consentimiento del otro progenitor. No obstante, a los pocos meses, Innes presenta una demanda de divorcio en la que solicitaba la custodia compartida de su hija menor de edad en EE.UU. De manera que el conflicto surge cuando Carracosa viaja a España con su hija menor, bajo la ignorancia de su padre, y se quedan a vivir en Valencia. Ante esta situación, Innes interpone demandas ante los Tribunales de su Estado de nacionalidad y ante los españoles. Posteriormente, la Audiencia Provincial de Valencia declaró que no había traslado ilícito de la menor, ante las demandas de restitución, y se confirma la custodia de la menor a Carrascosa. Mientras que, el tribunal norteamericano oportuno, le otorga la custodia de la menor a su padre, de ahí el enfrentamiento latente entre jurisdicciones de ambos Estados por la distinta consideración en lo que respecta a la custodia de la menor. Por tanto, es conveniente señalar que, sin lugar a dudas, se ha franqueado el derecho del padre de la menor a decidir sobre su lugar de residencia, dado que se había acordado que la menor no saldría de EE.UU sin el consentimiento del otro progenitor, de modo que, los jueces españoles no tuvieron en cuenta dicho acuerdo para considerarlo como un traslado ilícito de un menor y lo oportuno era la restitución inmediata.

Finalmente, Carrascosa viajó a EE.UU para arreglar su situación y explicar a la justicia norteamericana que un juez español le había otorgado la custodia de su hija menor de edad y se encontró con una acusación de hasta catorce años de prisión por desacato y secuestro, por la que fue finalmente condenada, bajo la perplejidad de que las decisiones judiciales españolas parecían no tener ningún efecto allí.

Lo cierto es que, como comentábamos anteriormente, no es admisible que en la sentencia judicial en la que se resuelve si procede o no la restitución, el Tribunal se manifieste en cuanto a la custodia de la menor. Por esta razón, la justicia española considero que ha cometido un grave error al no cumplir con el artículo 16 del Convenio de la Haya o el artículo 20 del Reglamento Bruselas II Bis y las consecuencias de ello, como podemos imaginar han sido nefastas, especialmente para la menor que ha crecido sin su madre. Un error que se ha evitado, tras esta trágica experiencia, para que no se produjese de nuevo en el asunto *Juana Rivas v. Francesco Arcuri*, ya que, en ambos litigios, las madres sustractoras presentaban circunstancias parecidas, tales como trasladar a sus hijos a su país natal, denunciar ante jueces españoles que han sufrido malos tratos cuando no consta denuncia alguna o reciente en sus respectivos Estados de residencia habitual y ambas solicitaron insistentemente, puntualicemos, “ante Tribunales españoles que conocían del procedimiento de restitución”, que se les concediera la custodia de sus hijos menores de edad. Por ello, el juzgado de primera instancia n.º 3 de Granada dictó sentencia el 14 de diciembre de 2016 en la que se acordó la restitución inmediata de los menores a Italia como Estado de residencia habitual de ambos por no apreciar grave riesgo para los menores, sin hacer referencia alguna a la custodia de los menores tal y como invoca el artículo 16, ya que era una cuestión que les correspondía a los Tribunales italianos.

Dejando de lado lo anterior, es necesario hacer referencia a lo que ocurre en cuanto a la custodia de Daniela tras la decisión judicial mejicana que establece la negativa a su restitución. Podríamos pensar que sería coherente que tuviesen la competencia judicial internacional los Tribunales del Estado de la sustracción para conocer de la cuestión de fondo de la custodia, no obstante, esta consideración va más allá de lo previsto en el Convenio de la Haya de 1980. Ante esto, JIMÉNEZ BLANCO apunta que es fundamental³, para determinar la competencia judicial internacional sobre la custodia, la incidencia de la decisión de no restitución en la residencia habitual, ya que dicha decisión no equivaldría de modo automático un cambio de la residencia habitual de la menor al Estado de la sustracción porque existen varios factores que condicionan la efectiva adquisición de la residencia habitual en un Estado.

3 JIMÉNEZ BLANCO, P.: *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 50 y 51.

En otras palabras, a lo que se refiere esta autora es que, para saber si se ha producido efectivamente un cambio de residencia habitual de la menor hay que examinarlo en función del motivo de denegación de la restitución. En el supuesto de hecho que nos ocupa la menor no es restituida a Bélgica porque se considera que concurre un grave riesgo de peligro físico o psíquico si se acuerda la restitución, además de que se le considera integrada en su nueva vida en México, dado que toda su familia materna tiene su nacionalidad y residencia habitual en ese mismo Estado, de modo que, no cabe duda de que la menor adquiriría su residencia en ese mismo Estado cuyos tribunales serían competentes para un posterior procedimiento en cuanto a la custodia de Daniela.

En caso de no concurrir todas estas circunstancias y, si Daniela no tuviese su nueva residencia habitual en México, la situación sería complicada para que los tribunales de ese Estado conociesen sobre el procedimiento acerca de su custodia. Con lo cual podríamos encontrarnos con la situación de que María Rodríguez tuviese que acudir a los tribunales del Estado de origen y éstos entenderían que la menor ya ha perdido su residencia habitual allí. Por tanto, esto conllevaría a confirmar la competencia de los Tribunales mejicanos para conocer sobre la custodia de Daniela a través de una interpretación flexible. Sin embargo, recordemos que solo operaría en aquellos casos de vacíos o falta de competencia de los Tribunales del Estado de origen y parece lógica en aras a proteger el derecho a la tutela judicial efectiva, de ahí que no se hayan establecido limitaciones al respecto.

ANEXO II. ANÁLISIS DE LA NATURALEZA DEL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR.

Para comenzar, es conveniente preguntarse si se puede entender el derecho a la reagrupación familiar contenido dentro del derecho fundamental a la intimidad familiar del artículo 18.1 de la CE y del artículo 8.1 de la CEDH.

Lo cierto es que VIDAL FUEYO⁴ sostiene que conectar el derecho a la reagrupación familiar con el contenido del derecho fundamental a la intimidad cuenta con dificultades jurídicas teniendo en cuenta la jurisprudencia del TC hasta el momento. Al respecto, cabe decir que es sabido por todos que los ciudadanos extranjeros disfrutan, en las mismas condiciones que los nacionales españoles, del derecho a la vida en familia y a la intimidad, no obstante, ello ha sido analizado por la STC de 2 de diciembre⁵ de 1988, en la que se analizó el derecho a la intimidad familiar en relación a las grabaciones y posteriores difusiones de los últimos momentos de vida de un conocido torero, captadas incluso en el quirófano de un hospital, que pudieron vulnerar, a juicio de sus familiares, los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen del artículo 18.1 de la CE en relación también con la dignidad humana del artículo 10 de la misma Carta Magna. Por ello, a juicio del TC se han producido, en efecto, dichas vulneraciones de derechos fundamentales por haberse producido intromisiones de terceros en la esfera privada de la familia del fallecido. De ahí que el TC haya establecido lo siguiente en lo que concierne al derecho a la intimidad familiar:

“implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario - según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana”.

Con lo cual, se está protegiendo ámbitos relativos a la privacidad de las personas frente a intromisiones ilegítimas de terceros, pero ello no habilita a los titulares de estos derechos a exigir a los poderes públicos que les aseguran una vida en común con sus familiares más cercanos.

4 VIDAL FUEYO, M.^a del Camino., *op.cit.* p. 373.

5 STC 231/1988, de 2 de diciembre, . FJ tercero., TOL 80.078.

Además, cabe decir que en el artículo 8.1 de la CEDH no se hace ninguna referencia al derecho a la reagrupación familiar, igual que en el artículo 18.1 de nuestra Carta Magna. No obstante, es importante destacar que el TEDH ha entendido que el derecho a la reagrupación familiar habrá de ir de la mano del derecho a la intimidad familiar, en concreto, “*si la vida familiar no fuese posible en ningún otro lugar, por impedimento legal o fáctico*”. Así se ha expuesto en las SSTEDH sobre el Asunto Sen c. Países Bajos, de 21 de diciembre de 2001 y el Asunto Boultif c. Suiza, de 2 de agosto de 2002. No obstante, puntualicemos que esto solo se admitió respecto a limitados supuestos vinculados con situaciones de asilo o refugio.

En el *Asunto Sen c. Países Bajos* los demandantes denuncian ante el TEDH la vulneración del artículo 8.2 del CEDH ante la negativa a admitir la entrada y residencia de su hija menor de edad, residente en Turquía junto con otros familiares, por parte de la legislación holandesa de extranjería. El TEDH tuvo que realizar una ponderación entre el interés general del Estado y su capacidad de controlar y restringir la entrada de extranjeros en su territorio. Al respecto la decisión del TEDH fue la siguiente:

“Una vez ponderados todos estos datos, se concluye que la mejor forma de poder desarrollar de forma efectiva su vida familiar, a pesar de mantener vínculos familiares en su país de origen, pasa por permitir la entrada y residencia de la hija de los Sen en los Países Bajos con sus progenitores”.

Por otra parte, en el *Asunto Boultif c. Suiza*, un ciudadano argelino casado con una ciudadana suiza pierde su permiso de residencia en Suiza por haber sido condenado en sentencia penal. Por esta razón, el TEDH entendió que se había vulnerado el artículo 8 de la CEDH, a pesar de que en éste no se hace ninguna referencia al derecho a la reagrupación familiar. Sin embargo, la vulneración de ese precepto se explica desde el punto de vista de que al perder el ciudadano argelino el permiso de residencia e en el Estado en el que residía junto a su cónyuge, resulta obvia la injerencia en su vida familiar, ya que es obligado a separarse de uno de sus parientes más próximos con el que comparte su vida familiar.

A modo de conclusión, me parece oportuno hacer la siguiente reflexión con respecto a ambos asuntos para dejar claro que se trata de supuestos extremos, en los que verdaderamente está en riesgo el transcurso habitual de la vida familiar, de ahí que se considere vinculado el derecho a la reagrupación familiar con el derecho a la intimidad familiar. En particular, vemos cómo los padres de la menor residente en Turquía fueron forzados, por la legislación de extranjería holandesa, a elegir entre abandonar Países Bajos, junto con su residencia legal que habían adquirido, o renunciar a estar con su hija menor de edad, cuestión que realmente es indeseable para cualquier familia y así lo ha sentenciado el TEDH. Asimismo, situación similar encontramos en el otro asunto, ya que la pérdida del permiso de residencia obliga a un ciudadano argelino a separarse de su cónyuge, nacional del Estado de residencia, impidiendo el transcurso habitual de la vida familiar.