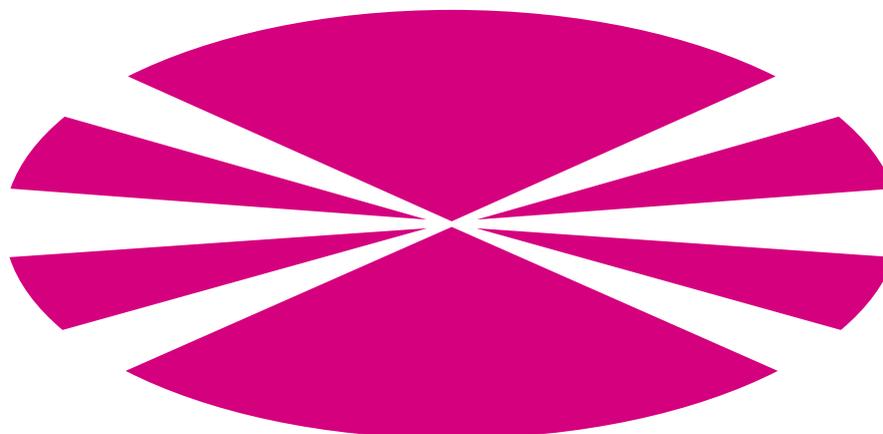


**Grado en Derecho
Trabajo de Fin de Grado
Curso 2021/2022**



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**TRATA DE SERES HUMANOS, FILIACIÓN
EXTRAMATRIMONIAL Y GUARDA Y CUSTODIA**

**TRÁFICO DE SERES HUMANOS, FILIACIÓN
EXTRAMATRIMONIAL E GARDA E CUSTODIA**

**TRAFFICKING OF HUMAN BEINGS, EXTRAMARITAL
FILIATION AND GUARDIANSHIP AND CUSTODY**

Alumna: Valeria Sofía Armesto Rodríguez

Tutora: Natalia Álvarez Lata

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| ÍNDICE..... | 2 |
| LISTADO DE ABREVIATURAS | 3 |
| ANTECEDENTES DE HECHO..... | 4 |
| I. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS REALIZADOS POR RAQUEL Y LAS CONSECUENCIAS PENALES, SI LAS HUBIERE, QUE PODRÍAN LLEGAR A DERIVARSE.. | 6 |
| I.1. EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS. | 6 |
| <i>I.1.a) Análisis del delito de trata de seres humanos.</i> | 6 |
| <i>I.1.b) Calificación del delito de trata de seres humanos en relación con el caso práctico.</i> | 9 |
| I.2. EL CONCURSO CON LOS DELITOS DE INMIGRACIÓN CLANDESTINA Y CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES..... | 11 |
| I.3. CONCLUSIÓN Y PENAS APLICABLES AL CASO PRÁCTICO..... | 13 |
| II. DETERMINACIÓN DEL ÓRGANO COMPETENTE PARA CONOCER DEL DELITO COMETIDO POR RAQUEL Y VALIDEZ COMO MEDIO DE PRUEBA DE LAS GRABACIONES QUE ALEJANDRA REALIZÓ CON LA CÁMARA DEL MÓVIL. | 14 |
| II.1. LOS ÓRGANOS COMPETENTES PARA LA INSTRUCCIÓN Y EL ENJUICIAMIENTO DEL DELITO. | 14 |
| II.2. LOS MEDIOS DE PRUEBA VÁLIDOS EN EL PROCESO PENAL. | 16 |
| III. ¿ES POSIBLE QUE NO CONSTEN EN LAS DILIGENCIAS LOS DATOS PERSONALES DE ALEJANDRA, SU DOMICILIO NI CUALQUIER OTRO DATO QUE PUDIERA SERVIR PARA SU IDENTIFICACIÓN? ¿SERÍA FACTIBLE EN ESTE CASO QUE ALEJANDRA COMPAREZCA UTILIZANDO PROCEDIMIENTOS QUE IMPOSIBILITEN SU IDENTIFICACIÓN VISUAL? | 19 |
| III.1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE VÍCTIMA. | 20 |
| III.2. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS. | 21 |
| III.3. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN APLICABLES A ALEJANDRA POR SU CONDICIÓN DE VÍCTIMA DE TRATA DE SERES HUMANOS. | 24 |
| IV. ¿TIENE DERECHO JOSÉ A RECLAMAR LA PATERNIDAD DE JUAN? ¿ES PROCEDENTE LA SOLICITUD DE JOSÉ SOBRE LA GUARDIA Y CUSTODIA POR PERÍODOS ANUALES EN DISTINTOS PAÍSES? | 26 |
| IV.1. LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL..... | 26 |
| <i>IV.1. a) La filiación en el sistema de Derecho internacional privado español.</i> | 26 |
| <i>IV.1. b) El reconocimiento y la acción de reclamación de filiación extramatrimonial.</i> | 28 |
| IV.2. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA DEL MENOR CUANDO LOS PROGENITORES RESIDEN EN PAÍSES DISTINTOS.. | 32 |
| V. ¿PODRÍA SER CONSTITUTIVO DE DELITO EL HECHO DE QUE ALEJANDRA SACARA AL MENOR DE NICARAGUA SIN AUTORIZACIÓN DE JOSÉ, AUNQUE NO ESTUVIERA ESTABLECIDA LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL? | 36 |
| V.1. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO DEL SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES. | 36 |
| V.2. EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES DEL ARTÍCULO 225 BIS CP. | 38 |
| CONCLUSIONES..... | 41 |
| BIBLIOGRAFÍA | 43 |
| APÉNDICE JURISPRUDENCIAL | 46 |
| APÉNDICE LEGISLATIVO..... | 48 |

LISTADO DE ABREVIATURAS

AAP: Auto de la Audiencia Provincial

ART.: Artículo

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

CDN: Convención sobre los Derechos del Niño

ET: Estatuto de los Trabajadores

EVD: Estatuto de la Víctima del Delito

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor

LOPTPCC: Ley Orgánica de Protección a Testigos y Peritos en las Causas Criminales

LRC: Ley del Registro Civil

OIT: Oficina Internacional del Trabajo

RRC: Reglamento de la Ley del Registro Civil

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

ANTECEDENTES DE HECHO

Alejandra Rey, de 26 años, residente en el municipio de Prinzapolka (Nicaragua), se dedica al servicio doméstico en una casa de esta misma localidad. Este trabajo constituye su única fuente de ingresos y con ellos mantiene a su hijo Juan de 3 años de edad. Alejandra es la única persona a cargo del menor, puesto que no tiene ningún tipo de contacto con otros familiares ni con el padre del niño, José, con quien mantuvo una breve relación sentimental que terminó antes de saber esta que estaba embarazada y que, por decisión de Alejandra, nunca supo de la existencia de Juan.

Producto de la crisis que atraviesa el país, los dueños de la casa para la que trabaja Alejandra la despiden y esta empieza a buscar trabajo para poder seguir sosteniendo su hogar. En su búsqueda unos vecinos le comentan que Raquel Benítez, originaria de la misma localidad Nicaragüense, pero residente en España desde hace más de seis años, está buscando una persona que quiera viajar a España para trabajar en el servicio doméstico de su domicilio. Alejandra, atraída por la oferta, decide concertar una reunión por Skype con Raquel, en la que esta le comenta que se trata de un trabajo bien remunerado, por el que obtendría un salario de 1.200 euros mensuales, que ella podría asumir los gastos del viaje y que Alejandra se lo pagaría con su salario más adelante, ya que en ese momento no disponía de los recursos para hacerlo. Durante toda la conversación, Raquel le hace ver que aceptar ese puesto de trabajo mejoraría su situación económica y la ayudaría a paliar sus necesidades.

Tras esta conversación, Alejandra decide aceptar la oferta laboral. Pocos días después, recibe en su correo electrónico los billetes de avión rumbo a España que Raquel les había comprado a ella y a su hijo. Una vez en España, a donde accedieron como turistas, Raquel los recibe en el aeropuerto y los lleva a una casa situada en Santiago de Compostela (Galicia). Allí les retira el pasaporte y le dice a Alejandra que ha contraído una elevada deuda por el desplazamiento de ella y del menor, que dicha deuda oscilaría entre los 5.500 y los 9.000 euros, la cual podría ir abonando con su salario. Además, Raquel le quita los 200 euros que Alejandra había logrado reunir antes de llegar a España para cubrir los primeros gastos, en concepto de adelanto del pago de la deuda. Del mismo modo, le explica que a la cantidad adeudada se le irán sumando también los 150 euros mensuales que Raquel pagará a la persona encargada de cuidar a su hijo mientras Alejandra trabaja.

Debido a la situación en la que se encuentra, en una ciudad que le era desconocida y en la que carecía de medios para procurarse alojamiento y sustento, Alejandra acepta las condiciones indicadas por Raquel, ya que la veía como la única persona capaz de acogerlos y ayudarlos.

El trabajo que Alejandra debía realizar consistía en la realización de diversas tareas domésticas y de jardinería durante más de 16 horas diarias. Tenía que empezar a las 5:00 am hasta pasadas las 00:00 del día siguiente, sin disfrutar de descanso ni recibir comida, por lo que se debía alimentar de trozos de pan y sobras de comida que cogía de la cocina. Tampoco se le permitía salir del inmueble.

Pasados 5 meses, Alejandra se da cuenta de que no ha percibido salario alguno, pues todo el dinero que en teoría está ganando debe abonárselo a Raquel para hacer frente a la deuda contraída. Una deuda que, mes a mes, en lugar de disminuir, aumenta por los intereses, por supuestos gastos de alojamiento y manutención, y por el pago de los servicios de la

niñera. Alejandra decide entonces reclamarle a Raquel, diciéndole que no quiere seguir trabajando en esas condiciones. Por su parte, Raquel la amenaza con llamar a la policía para que los deporten si decide irse o dejar de trabajar para ella, haciéndole ver que tendría que pagar un monto aun mayor por haberse quedado en el país como ilegal y que le quitarían a su hijo.

Ante esta situación, Alejandra decide empezar a grabar con la cámara del móvil las amenazas diarias que le hacía Raquel, algunas solo en audio y otras en vídeo. En las grabaciones se observa la forma en la que le recriminaba por sentarse a descansar cuando llevaba trabajando 7 horas seguidas, la negativa a poder salir del domicilio, las llamadas de atención por prepararse algo para comer, las humillaciones que le hacía cuando esta no realizaba las cosas como Raquel quería e incluso la amenaza reiterada de que la iba a denunciar a la policía y le quitarían a su hijo si intentaba irse o si seguía preguntando cuándo podría empezar a cobrar el salario. Dos semanas más tarde, aprovechando una ausencia de Raquel, Alejandra consigue salir de la casa y llegar a una comisaría de policía, donde denuncia su situación y aporta las grabaciones. Producto de la denuncia, la policía investiga el caso y se comprueba todo lo dicho por Alejandra.

A tenor de estas circunstancias, Alejandra solicita autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales para ella y para su hijo, siendo ambas autorizaciones concedidas. Pasados 7 meses, cuando Alejandra ya estaba establecida en España y contaba con un trabajo estable y unas condiciones de vida óptimas, recibe un correo electrónico de José, su expareja. En su mensaje, José le dice que se enteró por una amiga en común de que ella tuvo un hijo y le manifiesta que, por la edad del menor, sospecha que podría ser de él. Ante estas circunstancias, le solicita la realización de pruebas de ADN y le exige que, en caso de confirmarse la paternidad, regrese al menor a Nicaragua, pues se lo llevó sin su autorización, o que, al menos, se establezca un régimen de guarda y custodia compartidas, de modo que el niño viva un año en Nicaragua con su padre y un año en España con su madre.

I. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS REALIZADOS POR RAQUEL Y LAS CONSECUENCIAS PENALES, SI LAS HUBIERE, QUE PODRÍAN LLEGAR A DERIVARSE.

I.1. El delito de trata de seres humanos.

I.1.a) Análisis del delito de trata de seres humanos.

El delito de trata de seres humanos en el ordenamiento jurídico español se encuentra tipificado en el Código Penal¹(en adelante, CP), en su Título VII bis “De la trata de seres humanos” que contiene un único artículo, el art. 177 bis, que fue creado mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 1/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

El contenido del art. 177 bis CP responde a la suscripción por parte de España de diversos instrumentos internacionales, entre ellos el Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos y en la Decisión Marco 2002/629/JAI², que fue sustituida por la Directiva 2011/36/UE³. Con el fin de adaptar el contenido del delito a la Directiva 2011/36/UE, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, modificó los apartados 1º y 4º del art. 177 bis CP.

De acuerdo con lo establecido en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, los bienes jurídicos que se protegen mediante el delito de trata son la libertad y la dignidad de los sujetos pasivos que la sufren.

El tipo básico de los delitos de trata de seres humanos se establece en el primer apartado del art. 177 bis CP, que impone una pena de prisión de cinco a ocho años como reo de trata de seres humanos al que, *“sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, realice una serie de conductas que pueden consistir en captar, transportar, trasladar, acoger o recibir, incluido el intercambio o transferencia de control sobre la víctima”*, empleando para ello alguno de los siguientes medios comisivos: *“violencia, intimidación o engaño, o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima”*.

Se exige que dicha acción se realice con alguna de las finalidades siguientes: *“a) la imposición del trabajo forzado o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o la mendicidad; b) la explotación sexual, incluyendo la pornografía; c) la explotación para realizar actividades delictivas; d) la extracción de sus órganos corporales; e) la celebración de matrimonios forzados”*.

¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

² Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.

³ Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 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.

Analizando el delito de trata de seres humanos, podemos identificar los siguientes elementos:

- a) El sujeto pasivo de este delito, es decir, la víctima, puede ser cualquier individuo, ya sea nacional o extranjero; lo que se puede deducir del art. 177 CP es que resulta necesario que se observe en la conducta alguna relación con España. De esta manera, no es posible perseguir el delito de trata cometido en un país extranjero si no guarda conexión alguna con España. Por otro lado, el primer apartado del art. 177 bis CP otorga una interpretación de lo que se entiende por una situación de necesidad o vulnerabilidad, que es “*cuando la víctima no dispone de otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso*” (Suárez-Mira Rodríguez et al. 2020).
- b) El sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, ya sea persona física o jurídica, y además se le impondrá una pena más agravada en el caso de que actúe “*prevaliéndose de su condición de autoridad, agente, funcionario público, sea una persona jurídica, o pertenezca a una organización o asociación que se dedique a tales actividades*” (art. 177 bis CP).
- c) En cuanto al momento de consumación del delito de trata de seres humanos, este se consuma “desde el momento en que se cumple la acción típica, sin que sea necesario que se produzca la situación concreta de explotación” (Gómez Tomillo 2015). El Tribunal Supremo estableció que consiste en un delito de intención o propósito de alguna de las finalidades contempladas en el apartado primero del art. 177 bis CP, y que en el caso de que se produzcan las conductas de explotación, el delito entrará en concurso con los delitos que correspondan⁴. Así se prevé en el apartado noveno del art. 177 bis CP que incorpora una regla concursal y que examinaremos más adelante.
- d) Los medios comisivos que se emplean para cometer el delito de trata de seres humanos, de acuerdo con el art. 177 bis CP, pueden consistir en cualquiera de los mencionados en dicho precepto.

El Tribunal Supremo en lo relativo al engaño que “es sinónimo de fraude o maquinación fraudulenta, cual sería el caso en el que se convence a alguien bajo oferta vinculada de trabajo para que venga a España a trabajar desde el extranjero”⁵. Además, el engaño debe ser antecedente, causante y bastante, de manera que si la víctima lo pudiera haber detectado sin esfuerzo no puede ser considerado como un medio comisivo del delito de trata de seres humanos (García Sedano 2020).

En cuanto al concepto de intimidación, el TS afirma que “la intimidación es psicológica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado capaz de anular la libre decisión volitiva de la víctima. No es exigible que la intimidación sea irresistible, invencible, extraordinaria o de gravedad inusitada; basta que circunstancialmente resulte idónea y eficaz en la ocasión concreta”⁶.

⁴ STS de 18 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2287).

⁵ STS de 5 de diciembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:7485).

⁶ STS de 3 de octubre de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:6427).

- e) Las finalidades del delito de trata de seres humanos son diversas, en atención al caso, nos referiremos a las establecidas en el apartado 1.a) del art. 177 bis CP: *“La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.”* Como podemos observar, se establecen diversas figuras jurídicas en dicho apartado; si bien nos centraremos en el examen de los trabajos o servicios forzados.

Profundizando en el concepto de trabajo forzoso, hay que destacar que los instrumentos normativos que regulan el delito de trata de seres humanos no otorgan una definición para esta figura jurídica. Por lo que habrá que acudir al Convenio número 29 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre trabajo forzoso de 1930, que señala en su artículo segundo apartado primero *“A los efectos del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.”*

Respecto a los elementos que integran la definición de trabajo forzoso, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que deben manifestarse en conjunto para que se pueda calificar como dicha figura jurídica (García Sedano 2021).

En primer lugar, por trabajo o servicio se entiende *“todo tipo de trabajo que tenga lugar en cualquier actividad, industria o sector, incluida la economía informal”* (García Sedano 2021).

En segundo lugar, la expresión *“amenaza de una pena cualquiera”* incluye una amplia serie de sanciones con el fin de obligar a alguien a realizar un trabajo (López Rodríguez, Arrieta Idiákez 2019). La pena puede consistir tanto en una sanción penal como en una pérdida de derechos y privilegios, tal como el impago de salarios. La amenaza puede adoptar diversas formas, puede ser extrema como en caso de violencia física o amenaza de muerte a la víctima o a sus familiares, así como formas más sutiles, por ejemplo la amenaza de denuncia a la policía o a las autoridades de inmigración cuando la víctima de trata se encuentra en situación laboral ilegal (Oficina Internacional del Trabajo 2005).

Acerca de la voluntariedad del individuo para realizar el trabajo, hay que destacar que se refiere al consentimiento otorgado de forma libre y con conocimiento para comenzar el trabajo, y a la libertad de la que dispone para renunciar a dicho empleo en el momento que lo considere oportuno. Si no se dan dichas circunstancias, se considera que no hay consentimiento por parte de la víctima. Asimismo, el consentimiento inicial es irrelevante cuando para obtenerlo se acude a cualquiera de los medios comisivos indicados en el apartado primero del art. 177 bis CP (Oficina Internacional del Trabajo 2005).

La OIT establece once indicadores que, ya sea de forma individual o conjunta, representan signos comunes que señalan la posible existencia de un caso de trabajo forzoso: *“abuso de vulnerabilidad, engaño, restricción de movimiento, aislamiento, violencia física y/o sexual, intimidación y amenazas, retención de documentos de identidad, retención de salarios, servidumbre por deudas, condiciones de vida y trabajo abusivas y exceso de horas extras”* (Oficina Internacional del Trabajo 2012).

I.1.b) Calificación del delito de trata de seres humanos en relación con el caso práctico.

En atención a los anteriores criterios y a la luz de los hechos, cabe deducir que concretamente nos hallamos ante un delito de trata de seres humanos con la finalidad de imposición de trabajo o de servicios forzados, en el que podemos identificar como el sujeto activo del delito a Raquel y como sujeto pasivo a Alejandra.

Para comenzar, en cuanto a la conducta típica, Raquel desde España capta la voluntad de Alejandra Rey, cuando esta residía en Nicaragua, a través de una conversación que mantienen por Skype en la que le comenta la oferta de un trabajo de empleada doméstica, con un salario de 1.200 euros al mes y que sin duda mejoraría su situación económica. Raquel compra los billetes de avión de Alejandra y de su hijo Juan, de tres años de edad y a su llegada a España, los recibe en el aeropuerto y los traslada o transporta a una casa situada en Santiago de Compostela. Como podemos observar, son varias las conductas que realiza Raquel y que están tipificadas en el art. 177 bis CP, en concreto Raquel capta, traslada o transporta y recibe tanto a Alejandra como a su hijo Juan.

Respecto de los medios comisivos que emplea Raquel, uno de ellos es el engaño pues al comentarle a Alejandra la oferta de trabajo está recurriendo al engaño para obtener su consentimiento. En el momento en que Alejandra comienza a trabajar, se da cuenta que las condiciones de trabajo en nada se parecen a las que le había comentado Raquel; a diferencia del salario que le comentó Raquel de 1.200 euros al mes, Alejandra no percibe salario alguno y la supuesta deuda contraída con Raquel aumenta mes a mes en lugar de disminuir.

Raquel también abusa de la situación de necesidad o vulnerabilidad de Alejandra, pues Alejandra acepta las condiciones indicadas por Raquel cuando se encuentra en un país en situación irregular, concretamente en la casa de una ciudad que desconoce a la que Raquel los había llevado, sin pasaporte y sin el dinero del que disponía ya que Raquel se los retiró. Por lo tanto, cabe deducir que Alejandra no dispone de otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

Lo anterior ha sido respaldado por el Tribunal Supremo al afirmar que se puede considerar como una situación de abuso de necesidad o vulnerabilidad de la víctima “la retención del pasaporte, la exigencia de devolución de una suma de dinero exagerada en concepto de gastos de viaje y estancia, así como aprovecharse de la ausencia de amistades de confianza y de la situación ilegal en España”⁷.

Otro medio comisivo que Raquel emplea es la intimidación para que Alejandra continúe trabajando en pésimas condiciones debido a que le amenaza reiteradamente con que le va a denunciar a la policía por su situación irregular en el país y que a consecuencia de ello la deportaran y le quitarán a su hijo Juan. En este supuesto la amenaza reiterada de Raquel a Alejandra fue eficaz e idónea para evitar que Alejandra tomara la decisión de marcharse de la casa donde Raquel la tenía retenida sometiéndola a trabajos forzoso. Aunque finalmente, Alejandra consiguiera escapar de dicha situación aprovechándose de una ausencia de Raquel. De esta manera, en palabras de García Sedano (2020) “la retención de documentos y la amenaza de denunciar la irregularidad administrativa son fórmulas

⁷ STS de 5 de diciembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:7485).

intimidatorias”, que se corresponde precisamente con dos de los hechos que suceden en el supuesto de hecho.

Al examinar los antes mencionados indicadores de trabajo forzoso, establecidos por la OIT, podemos observar que concurren muchos de ellos en este caso. Como ya hemos visto, existe engaño debido a la falsa promesa de un trabajo digno y bien remunerado que le ofrece Raquel a Alejandra. En atención a los hechos podemos deducir también que concurre la restricción de movimientos de Alejandra, pues Raquel no le permite salir del domicilio y parece que la tiene siempre bajo su vigilancia.

Otro indicio lo constituyen las amenazas e intimidaciones reiteradas por parte de Raquel a Alejandra, diciéndole que si trata de irse la denunciará a la policía para que la deporten y como consecuencia de ello le quitarán a su hijo.

La retención de los pasaportes de Alejandra, así como de su hijo, son un indiciador del trabajo forzoso, pues sin tener documentación alguna la víctima puede tener miedo de solicitar ayuda a las autoridades.

Además, cabe observar que Alejandra no percibe salario alguno y que al contrario de disminuir la supuesta deuda, así como los intereses, que contrae con Raquel aumentan; respecto a lo anterior la retención de salarios de forma sistemática y la servidumbre por deudas son otros indicios del trabajo forzoso, y constituyen un medio para obligar al trabajador a permanecer por un periodo indeterminado de tiempo.

Respecto de condiciones de vida abusivas, Alejandra se encuentra sometida a las mismas dado que no dispone de descansos en una jornada laboral de más de dieciséis horas al día, en las que realiza tareas domésticas y de jardinería, y tampoco se le permite comer, por lo que se alimenta con sobras de comida. Asimismo, tampoco recibe un salario con el que pueda paliar sus necesidades y las de su hijo.

El último indicio lo constituye el trabajar un exceso de horas más allá de los límites establecidos por la legislación nacional o los convenios colectivos. La jornada laboral de Alejandra de dieciséis horas al día es muy superior a lo que prevé el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), pues fija la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo en cuarenta horas semanales de promedio en cómputo anual⁸ y en máximo nueve horas ordinarias al día. Asimismo, Alejandra comienza su trabajo a las 5:00 am y finaliza pasadas las 00:00 horas del día siguiente sin derecho a ningún descanso, por lo que Raquel tampoco respeta lo establecido por el ET respecto de que deben mediar, como mínimo, doce horas entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente⁹; así como tampoco el periodo de descanso obligatorio de mínimo quince minutos, cuando la jornada diaria continuada excede de seis horas¹⁰.

⁸ Art. 34.1 ET: “La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo en cómputo anual”.

⁹ Art. 34.3 ET: “Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas. El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias (...)”.

¹⁰ Art. 34.4 ET: “Siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos”.

I.2. El concurso con los delitos de inmigración clandestina y contra los derechos de los trabajadores.

El artículo 177 bis CP en su apartado noveno incorpora la siguiente regla concursal “*En todo caso, 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.*” Por lo tanto, si se produce la situación concreta de explotación que da lugar a la comisión de otros delitos penales, habrán de ser calificados jurídicamente en concurso de delitos.

De igual modo, deberán ser calificados en concurso aquellos otros delitos que se lleven a cabo con ocasión de la comisión del delito de trata de seres humanos, pero que no guarden una relación de consunción con los medios comisivos establecidos en el primer apartado del art. 177 bis CP (Gómez Tomillo 2015).

Se puede observar que el precepto plantea un problema de interpretación ya que no especifica si se trata de un concurso real, medial o ideal.

En primer lugar, dada la redacción del precepto que menciona expresamente el delito del art. 318 bis CP que tipifica la **inmigración clandestina**, procedo a analizar si concurre dicho delito en el presente supuesto. Por medio del art. 318 bis CP se impone “*una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año*” a la persona física o jurídica que realice una determinada conducta con el fin de conseguir intencionadamente, que una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea entre, transite o permanezca en territorio español vulnerando la legislación española vigente.

En cuanto al bien jurídico que se protege mediante este delito, podemos afirmar que se trata de un delito pluriofensivo, en el que predomina la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios y de forma colateral se protegen los derechos de los ciudadanos extranjeros (Salvador de la Fuente Cardona 2019).

Lo anterior ha sido afirmado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que indica lo siguiente: “Tal como se dice en la exposición de motivos, la protección del art. 318 bis CP se centra ya más en la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios, si bien ha de interpretarse que esta norma comprende también los supuestos de menoscabo de la dignidad y de la libertad de los extranjeros que son víctimas de un flujo migratorio ilegal cuando el grado de afectación de esos derechos no alcanza, vistas las circunstancias del caso concreto, la severidad propia de una auténtica explotación que permita hablar de una trata del ser humano”¹¹.

En atención a la descripción de los hechos, se puede observar que Raquel compra los billetes de avión para Alejandra y para su hijo Juan, así como les da instrucciones sobre que deben acceder a España como turistas. La entrada como turista con el propósito de permanecer en el territorio español es una conducta castigada mediante el art. 318 bis CP. El TS incluye como conducta del citado delito “la utilización de fórmulas autorizadas de ingreso transitorio en el país, por ejemplo mediante el visado turístico, con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autorizan”¹².

¹¹ STS de 13 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2070).

¹² STS de 28 de septiembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:5608).

Asimismo, el TS reitera que se califica como delito del art. 318 bis CP “la entrada como turista con la finalidad de permanecer de forma ilegal en España sin regularizar la situación”. También afirma que “aunque sean varias las personas afectadas estaremos ante la existencia de un solo delito en cada tráfico ilegal”¹³. De acuerdo con este criterio, no se debe calificar como dos delitos distintos, el hecho de que accedan al territorio español tanto Alejandra como Juan. En este sentido se pronunció el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 13 de julio de 2005, estableciendo que: “El facilitar un billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en España, para poder entrar en España como turistas cuando no lo eran y ponerlos a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina”.

Por consiguiente, la conducta realizada por Raquel se corresponde con el hecho delictivo tipificado en el art. 318 bis CP. Se puede deducir que lo adecuado en este caso sería calificar el delito del art. 318.1 bis CP, en su tipo básico, con el fin de proteger el bien jurídico de defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios, sin acudir por tanto a los subtipos agravados que contempla dicho precepto, ya que los derechos, libertad y dignidad ya se protegen mediante la calificación del delito de trata de seres humanos. En esta línea se ha pronunciado la doctrina de la Fiscalía General del Estado, a través de la Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, concluyendo que el medio comisivo de la trata comprende cualquier posible modalidad agravada del art. 318 bis CP.

Por otro lado, el concurso de los delitos de trata de seres humanos y de inmigración clandestina, se debería de calificar como un concurso real debido a la diversidad de los bienes jurídicos que se protegen mediante dichos delitos. Así lo afirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se inclina por calificarlo como un concurso real de delitos (Lafont Nicuesa 2013).

En segundo lugar, en atención a la concreta situación de explotación laboral que ya ha quedado acreditada que se produce en este caso, se corresponde con un **delito contra los derechos de los trabajadores**. Los delitos contra los derechos de los trabajadores se ubican en el Título XV del CP, regulados en los artículos 311 a 318 CP. Concretamente, en este caso estamos ante el delito tipificado en el art. 312.2 CP que castiga con una pena de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses a las personas que “*trafiquen de manera ilegal con mano de obra o recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual*”.

Se puede considerar a Alejandra una súbdita extranjera bajo las órdenes de Raquel, pues no dispone de permiso de trabajo ni tampoco de los derechos que se reconocen en las disposiciones legales o en convenios colectivos a los trabajadores en España. Raquel mediante sus conductas vulnera prácticamente todo lo dispuesto por la legislación laboral, verbigracia, el art. 35 de la Constitución Española (en adelante, CE) en cuanto a

¹³ STS de 19 de enero de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:324).

remuneración suficiente¹⁴, como ya hemos visto, tampoco respeta lo dispuesto en el ET en cuanto a la jornada laboral y los descansos, y en cuanto al salario lo dispuesto por el art. 4.2 f) ET sobre el derecho a la percepción puntual de la remuneración.

De acuerdo con la citada Circular 5/2011 el bien jurídico protegido del art 312. 2 CP es múltiple y concurren “los intereses del trabajador afectado así como los del propio Estado respecto del mantenimiento del régimen jurídico de las relaciones laborales”.

De esta manera, el delito del art. 312.2 CP entra en concurso real con el delito de trata de seres humanos del art. 177 bis CP.

Es necesario precisar que se trata de un concurso real medial, ya que de conformidad con lo dispuesto en el art. 77.1 CP hay un concurso medial cuando en un concurso real “*uno de los delitos es medio necesario para cometer otro*”¹⁵. Dado que la imposición de trabajo forzoso es una de las finalidades del delito de trata de seres humanos, cabe afirmar que la trata es medio necesario para imponer dicho trabajo forzoso, y por lo tanto, para cometer el delito contra los derechos de los trabajadores.

I.3. Conclusión y penas aplicables al caso práctico.

De acuerdo con la explicación precedente, los delitos que se cometen en el supuesto son el de trata de seres humanos con finalidad de imposición de trabajo o servicios forzados del art. 177.1.a) bis CP, delito de inmigración clandestina del art. 318.1 bis CP, y el delito contra los derechos de los trabajadores contemplado en el art. 312.2 CP.

Respecto a las penas correspondientes a los delitos, el de trata de seres humanos del art. 177.1.a) bis CP conlleva “*una pena de prisión de cinco a ocho años*”; al delito del art. 318.1 bis CP le corresponde “*una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año*”; y el delito del art. 312.2 CP penas de prisión de “*dos a cinco años y multa de seis a doce meses*”.

Además, en el presente caso se puede afirmar que existe un concurso real entre el delito de trata del art. 177 bis CP y el delito de inmigración clandestina de art. 318.1 bis CP, y medial con el delito contra los derechos de los trabajadores del art. 312.2 CP.

Por lo tanto, en relación con el delito de trata de seres humanos y el delito del art. 318 bis CP habrá que atender a lo dispuesto en el art. 73 CP de que rige el principio de acumulación. A Raquel se le impondrán todas las penas respecto de dichos delitos, y procederá el cumplimiento simultáneo de las mismas. De no resultar posible, de acuerdo con lo establecido en el art. 75 CP se atenderá al “*orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo*”.

En cuanto al concurso medial entre el delito de trata y el del art. 312.2 CP, como el delito de trata se puede considerar medio necesario para cometer el delito contra los derechos

¹⁴ Art. 35.1 CE “*Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.*”

¹⁵ Art. 77.1 CP “*Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.*”

de los trabajadores que corresponde a la concreta situación de explotación, rige el apartado tercero del art. 77 CP que establece que se impondrá *“una pena superior a la que corresponde por la infracción más grave, sin que pueda exceder de la suma de las penas concretas si se hubieran impuesto separadamente”*.

Finalmente, se impondrá a Raquel la pena de prisión de ocho a doce años de prisión y de forma posterior o simultánea una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año, según lo que el Tribunal considere. Asimismo, se impondrán las penas accesorias que correspondan, y el Juez o Tribunal si lo estima necesario podrá acordar en su sentencia la imposición de una o varias prohibiciones establecidas en el art. 48 CP.

II. DETERMINACIÓN DEL ÓRGANO COMPETENTE PARA CONOCER DEL DELITO COMETIDO POR RAQUEL Y VALIDEZ COMO MEDIO DE PRUEBA DE LAS GRABACIONES QUE ALEJANDRA REALIZÓ CON LA CÁMARA DEL MÓVIL.

II.1. Los órganos competentes para la instrucción y el enjuiciamiento del delito.

En primer lugar, es preciso traer a colación el derecho a la tutela judicial efectiva de art. 24 CE. Los titulares de este derecho se establecen por medio de la expresión *“todas las personas”*, concepto amplio que el Tribunal Constitucional ha precisado que se refiere a la persona en cuanto tal, y no como ciudadano, por lo tanto no se atiende a la nacionalidad y se incluyen tanto los nacionales como los extranjeros¹⁶.

En cuanto a la competencia, se puede decir que el Juez competente para el conocimiento de los litigios penales, es aquel que esté investido de potestad jurisdiccional y tenga competencia atribuida por medio de la Ley para resolver los mismos.

Las reglas sobre atribución de jurisdicción y competencia se fundamentan en el derecho fundamental del art. 24.2 CE al Juez ordinario predeterminado por la Ley (Pérez-Cruz Martín et al. 2020).

En atención al elemento extranjero derivado de la nacionalidad extranjera de Alejandra, es necesario indicar que la competencia corresponde a la jurisdicción española en virtud del art. 23.1 la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), que atribuye *“el conocimiento de las causas por delitos cometidos en territorio español a la jurisdicción española”*.

La investigación de los delitos cometidos, en el presente caso, corresponderá al Juzgado de Instrucción del partido judicial en que el delito se haya cometido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado segundo del art. 14 del Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim). Asimismo, el art. 87 LOPJ dispone que los Juzgados de Instrucción, en el orden penal, conocerán *“de la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponde a las Audiencias Provinciales”*, que en este caso así sucede como veremos a continuación. Por tanto, para la instrucción de los delitos será competente el Juzgado de Instrucción de Santiago de Compostela, que por turno corresponda.

¹⁶ STC de 7 de noviembre de 2007 (RTC 2007/236).

A efectos de determinar la competencia objetiva, es preciso tener en cuenta que estamos ante un supuesto de conexidad de delitos. Los supuestos de conexidad se regulan en el art. 17 LECrim. La conexión de delitos se produce cuando entre dos o más delitos, que son susceptibles por sí mismos de constituir cada uno una causa única, se dan ciertos nexos o elementos comunes que justifican su enjuiciamiento conjunto. La jurisprudencia del TS ha venido delimitando los principios que fundamentan la conexidad procesal, que responde a razones de economía procesal y de eficacia en el enjuiciamiento de los hechos, tratando de evitar así los pronunciamientos contradictorios¹⁷.

El caso del relato se corresponde con un supuesto de conexidad objetiva o instrumental. Dicha conexidad objetiva o instrumental se establece en los arts. 17.2.3º y 4º LECrim, que consideran delitos conexos, respectivamente: “*Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución*” y “*Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.*” El enlace que se produce entre los hechos delictivos “consiste en que unos son medios o instrumentos de los otros” (Cubillo López 2017).

En el caso concreto la conexidad objetiva se fundamenta en virtud del art. 17.2.3º LECrim, que considera “*delitos conexos los que son cometidos para perpetrar otros o facilitar su ejecución*”. Esto se debe a que los delitos que se cometen en el supuesto de hecho ostentan dicha relación entre sí, pues el delito de inmigración clandestina del art. 318 bis CP, así como el delito de trata de seres humanos del art. 177 bis CP se pueden considerar como delitos medios para cometer la explotación laboral, que deriva en el correspondiente delito contra los derechos de los trabajadores contemplado en el art. 312.2 CP.

En el supuesto fáctico, en atención naturaleza y duración de las penas previstas para los delitos cometidos podemos observar la coexistencia de:

- Un delito calificado como grave, el delito de trata de seres humanos del art. 177 bis CP¹⁸.
- Un delito calificado como menos grave, el delito de inmigración clandestina del art. 318 bis CP¹⁹.
- Un delito calificado como menos grave, el delito contra los derechos de los trabajadores previsto en el art. 312.2 CP²⁰.

Estamos ante un caso en que los delitos conexos suponen una modificación de la competencia objetiva, ya que para el conocimiento y fallo de los delitos calificados como menos graves sería competente el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fuese cometido, de acuerdo con el apartado tercero del art. 14 LECrim. Por ello, ha de seguirse la regla del art. 18.1.1º LECrim que indica que “*cuando se trata de infracciones conexas con distinta consideración procesal, será competente para conocer de todas ellas el Juzgado o Tribunal al que le corresponda la decisión por la infracción que tenga señalada la pena mayor*” (Pérez-Cruz Martín et al. 2020).

¹⁷ STS de 22 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1827).

¹⁸ Art. 33.2 b) CP “*Son penas graves: (...) La prisión superior a cinco años.*”

¹⁹ Art. 33.3 CP “*Son penas menos graves: a) La prisión de tres meses hasta cinco años (...) j) La multa de más de tres meses.*”

²⁰ Art. 33.3 CP “*Son penas menos graves: a) La prisión de tres meses hasta cinco años (...) j) La multa de más de tres meses.*”

En consecuencia se debe atender a la pena prevista para el delito del art. 177 bis CP, que es la pena mayor. Por ello, es competente para el conocimiento y fallo de los delitos cometidos en el supuesto fáctico la Audiencia Provincial, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 14.4 LECrim y 82.1.1º LOPJ, que atribuyen dicha competencia a la Audiencia Provincial para los casos en los que no sea competente otro Juzgado o Tribunal en atención a lo previsto en la Ley.

En cuanto a la competencia territorial, atendiendo a lo dispuesto en los arts. 18.1.1º y 14.4 LECrim, podemos observar que se atribuye en este caso la competencia a la Audiencia Provincial de la circunscripción donde el delito se haya cometido, ya que es Tribunal competente para enjuiciar el delito señalado con la mayor pena. Concretamente, el Tribunal competente es la Audiencia Provincial Sección 6ª de Santiago de Compostela, pues el delito de trata de seres humanos del art. 177 bis, así como los demás delitos, se cometen en esta ciudad.

II.2. Los medios de prueba válidos en el proceso penal.

La prueba se puede definir de la siguiente manera:

La actividad de las partes procesales dirigida a crear la evidencia necesaria con el fin de obtener la convicción del Juez o Tribunal decisor sobre los hechos por ellas afirmados, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo los principios de contradicción, igualdad y las garantías constitucionales tendentes a asegurar la espontaneidad e introducidas en el juicio oral a través de los medios lícitos de prueba. (Pérez-Cruz Martín et al. 2020).

La actividad probatoria corresponde fundamentalmente a los sujetos procesales, es decir, a las partes del proceso²¹. Sin embargo, la LECrim establece determinadas excepciones a lo anterior, v.gr. que el Tribunal de oficio puede proponer la práctica de los medios de prueba que estime necesarios, disponer del careo de testigos o examinar la prueba documental, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 726 y 729 LECrim.

La admisión de las pruebas propuestas por las partes es una decisión que le corresponde al Tribunal, que aceptará las que considere oportunas y rechazará las demás, en atención a distintos criterios, fundamentalmente en su pertinencia, utilidad y alcance. La prueba pertinente siempre debe guardar relación con los hechos de la pretensión objeto del proceso y debe ser útil para el fin de adquirir convencimiento acerca de la responsabilidad o no del acusado (Pérez-Cruz Martín et al. 2020).

Resulta importante destacar que las pruebas no pueden ser obtenidas de forma ilegal o ilícita. En este sentido se pronuncia el art. 11.1 LOPJ *“En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*²².

²¹ Art. 728 LECrim *“No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas.”*

²² En el ámbito doctrinal español, como explica Pérez-Cruz Martín (2020) respecto de la prueba prohibida (o ilícita) podemos diferenciar al menos tres posturas distintas, la primera sostiene que sólo estamos ante una prueba prohibida cuando se obtiene vulnerando los derechos fundamentales recogidos en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I CE; la segunda considera que la prueba prohibida se produce cuando se vulnera cualquier derecho, siendo indiferente el rango de éste debido a que entienden que toda infracción

Por otro lado, la prueba obtenida irregularmente se trata de aquella diligencia probatoria que es obtenida o practicada con infracción de normas procesales contempladas en la legislación procesal, y le corresponde al Tribunal ordinario apreciar el alcance de dicha prueba.

La valoración de la prueba está inspirada por una serie de principios que se deben cumplir, a saber: a) el de presunción de inocencia, que dispone que toda persona es inocente hasta que no se declare lo contrario mediante sentencia judicial firme (art. 24.2 CE); b) el principio de oralidad que supone que la práctica de la prueba se realiza de forma general durante el acto del juicio oral; c) el principio de inmediación que exige que la práctica de la prueba se realice ante el órgano de enjuiciamiento; d) el principio de contradicción que implica permitir que las partes puedan contradecir lo acreditado por la parte contraria; y e) el principio de libre valoración de la prueba del art. 741 LECrim que dispone que el Tribunal juzgador apreciará las pruebas practicadas durante el juicio según su conciencia, es decir que tiene libertad para apreciar las pruebas, aunque se deberá atender a las reglas del criterio racional que son las reglas de la lógica y los principios generales de la experiencia (Wolters Kluwer 2022b).

En el ámbito penal, en principio disponemos de amplias posibilidades probatorias, pues la doctrina y la jurisprudencia reconocen plenamente la posibilidad de recurrir a procedimientos de investigación y prueba distintos de los que establece la LECrim.

La regulación de los medios de prueba que otorga la LECrim se puede considerar escasa y limitada en el sentido de que no otorga una solución para los problemas que plantea la práctica de los actuales y muy habituales medios de prueba como pueden ser las fotografías, vídeos o los audios que se remiten por mensajería.

No obstante lo anterior, la LECrim prevé los siguientes medios de prueba:

1. Declaración del acusado: Acto procesal mediante el cual el investigado emite, si es su voluntad, una declaración sobre los hechos de los que resulta ser preguntado o quiere referir (arts. 385 y ss. LECrim).
2. Prueba testifical: Se trata de la declaración de conocimiento que emite un tercero que no es parte del proceso (art. 410 y ss. LECrim).
3. Careo: Consiste en poner a uno o varios investigados y/o testigos junto con otros investigados y/o testigos con el fin de aclarar alguna manifestación o hecho que resulta controvertido (art. 451 LECrim).
4. Prueba pericial: Medio de prueba por el cual una o varias personas con conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos emiten un dictamen sobre hechos que influyen en el proceso para informar al Tribunal y que éste los valore adecuadamente (art. 456 y ss. LECrim).
5. Prueba documental: Consiste en el examen de los documentos, que incluyen *“todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con*

de las normas procesales en la materia implica una violación de los arts. 14 y 24.2 CE; y, la última establece que no todos los casos de infracción de un derecho fundamental derivan en una prueba prohibida, así como que *“en los casos de vulneración de la legalidad ordinaria, habrá de ponderarse la trascendencia de la infracción teniendo en cuenta los intereses del conflicto atendiendo al método basado en el balancé approach que procede de la jurisprudencia norteamericana”*.

eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica” (art. 26 CP y 726 LECrim).

6. Inspección ocular: Consiste en el examen directo y personal por parte del órgano de enjuiciamiento acerca del lugar relacionado con el hecho delictivo (arts. 326 y 727 LECrim).

Por otro lado, aunque no cuenta con una regulación específica en la LECrim, se admite por la jurisprudencia la prueba de indicios en el proceso penal, que es aquella que a partir de unos hechos que se consideran plenamente acreditados, los indicios, deduce otros hechos que dan lugar a la aplicación de la norma penal (Wolters Kluwer 2022a).

En el presente caso, Alejandra realiza unas grabaciones usando su teléfono móvil, algunas en audio y otras en vídeo, mediante las cuales se pueden observar las amenazas diarias que Raquel le hacía a Alejandra. Dichas grabaciones son de gran importancia para probar la existencia de los delitos que Raquel cometió y su responsabilidad criminal, en consecuencia habrá que determinar la validez de este medio de prueba.

Es necesario precisar que las grabaciones no pueden suponer una vulneración del art. 18 CE, que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones. Por ello, en principio, los particulares no pueden grabar sonido e imagen de las comunicaciones ajenas o propias de la intimidad personal y/o domiciliaria (Richard González 2017).

Sin embargo, los particulares pueden realizar grabaciones de imágenes y sonido en determinadas situaciones en las que se atribuye validez como medio de prueba a las citadas grabaciones, sin necesidad de ninguna autorización judicial. A los efectos de resolver la cuestión que se nos plantea, este es el caso de las grabaciones de imágenes y sonido por parte de una persona que está interviniendo en la conversación. Dichas grabaciones pueden tener validez como medio de prueba y no vulnerar lo dispuesto en el art. 18 CE, siempre que sean realizadas por una persona que esté interviniendo en la conversación, siendo indiferente que se trate de una conversación mantenida en persona, por teléfono o videoconferencia. Lo que no se puede hacer, ya que se trataría de una prueba prohibida, es grabar una conversación ajena, por lo que, una grabación de una conversación de otras personas en la que no se está interviniendo no sería válida y atentaría contra el derecho al secreto de las comunicaciones.

Lo anterior ha sido afirmado por el Tribunal Supremo, reiterando lo dispuesto por una sentencia anterior del Tribunal Constitucional, que establece lo siguiente “No hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 CE la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje.” Asimismo, en dicha sentencia el TS dispone de manera clara que “Sólo podrá vulnerarse el derecho fundamental reconocido en el art. 18.3 cuando se graba la conversación de otro, pero no cuando se graba una conversación con otro”²³.

El TS lo que hace es expresar de manera muy concisa, lo mismo que el TC señaló anteriormente: “Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 CE; por el contrario, quien

²³ STS de 20 de octubre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4555).

graba una conversación con otro no incurre, por este sólo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado”²⁴.

Para que las grabaciones de imágenes y/o sonidos captadas por particulares alcancen validez como medio de prueba en un proceso penal se debe atender a ciertos requisitos, además del principal de la licitud de la prueba, como ya hemos visto.

En primer lugar, el Tribunal Supremo señala que se requiere la inmediata entrega a la autoridad judicial del original de la grabación con el objetivo de garantizar la autenticidad del material, es decir, para evitar alteraciones, trucajes, montajes fraudulentos o confusiones. Sin embargo, manifiesta que “aunque es preferible que las grabaciones sean puestas cuanto antes a disposición de la autoridad judicial, el transcurso del tiempo no es un elemento que prive de valor de forma absoluta a tales grabaciones”²⁵.

En segundo lugar, es preciso que la grabación se reproduzca en el acto del juicio oral. Así lo afirma el TS al señalar que “la eficacia probatoria de la filmación videográfica está subordinada a la visualización en el acto del juicio oral, para que tengan realidad los principios procesales de contradicción, igualdad, inmediación y publicidad”²⁶.

Además, el TS dispone que la persona que obtuvo la grabación debe declarar en el acto del juicio oral, ya que sus manifestaciones deben ser sometidas a la exigible contradicción procesal²⁷.

Por otro lado, el TS considera que la conversación ha de haber sido emitida “voluntariamente y sin constricción”²⁸, por lo que la grabación del diálogo deberá surgir en la medida de lo posible de forma espontánea; es decir, que no haya sido provocada por el autor de la grabación.

En conclusión, queda acreditado que las citadas grabaciones que Alejandra realiza con su teléfono móvil constituyen un medio de prueba válido, pues la conversación se produce entre Alejandra y Raquel por lo que la grabación de la conversación no supone una vulneración del derecho recogido en el art. 18.3 CE. Si bien, habrá que tratar de cumplir determinados requisitos en lo que respecta al tratamiento de este método de prueba, que deberá ser puesto lo antes posible a disposición de la autoridad judicial, se deberán reproducir las grabaciones en el acto del juicio oral, Alejandra deberá declarar en el acto del juicio oral, y la conversación tendrá que haber surgido de manera espontánea, en la medida de lo posible.

III. ¿ES POSIBLE QUE NO CONSTEN EN LAS DILIGENCIAS LOS DATOS PERSONALES DE ALEJANDRA, SU DOMICILIO NI CUALQUIER OTRO DATO QUE PUDIERA SERVIR PARA SU IDENTIFICACIÓN? ¿SERÍA FACTIBLE EN ESTE CASO QUE ALEJANDRA COMPAREZCA UTILIZANDO PROCEDIMIENTOS QUE IMPOSIBILITEN SU IDENTIFICACIÓN VISUAL?

²⁴ STC de 24 de marzo de 2003 (BOE-T-2003-7857).

²⁵ STS de 3 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:862).

²⁶ STS de 28 de enero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:558).

²⁷ STS de 28 de enero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:558).

²⁸ STS de 19 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:2098)

III.1. Aproximación al concepto de víctima.

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante, EVD), encuentra sus antecedentes y fundamentos en la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que fue sustituida por 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.

A través del EVD se trasponen la Directiva 2011/92/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, así como 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 y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo.

El EVD tiene una vocación unificadora, y ante la ausencia de regulación específica para ciertos colectivos de víctimas con especial vulnerabilidad y con el fin de que se vea ampliada su asistencia y protección, configura un catálogo general de derechos de la víctima.

En cuanto a normativa internacional, el EVD tiene en cuenta lo dispuesto en la Convención de Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York, el 20 de diciembre de 2006.

El EVD pretende ofrecer un concepto unitario, amplio y omnicompreensivo de víctima, por cualquier delito y cualquiera que sea la naturaleza del perjuicio físico, moral o material que se haya producido. Comprende a la víctima directa e indirecta y contempla tanto la dimensión procesal como la extraprocesal. Se pretende que el EVD sea el catálogo general de los derechos de todas las víctimas de delitos, sin perjuicio de las remisiones a la normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o de especial vulnerabilidad.

El ámbito de aplicación del EVD son *“las víctimas de los delitos cometidos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad, y de si disfrutaban o no de residencia legal”*, de acuerdo con el art. 1 del propio EVD. Así como, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 17 EVD, se reconoce a *“las víctimas residentes en España la facultad de presentar ante las autoridades españolas denuncias correspondientes a hechos delictivos que hubieran sido cometidos en el territorio de otros países de la Unión Europea”*, y en los casos en que los Juzgados y Tribunales españoles carezcan de jurisdicción para perseguir tales delitos, remitirán la denuncia presentada a las autoridades competentes del Estado en cuyo territorio se hubieran cometido los hechos, comunicando tal traslado al denunciante.

El concepto de víctima se establece en el art. 2 EVD que distingue entre víctima directa e indirecta.

Por víctima directa se entiende *“toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños*

emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito”.

Por víctima indirecta se considera que *“en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito”*, siempre que no hayan sido los responsables de los hechos al *“cónyuge no separado legalmente o de hecho”* o *“persona unida a la víctima por análoga relación de afectividad”* así como a determinados familiares o allegados de la víctima.

Asimismo, se establece que el EVD no es aplicable a *“terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito que no ostenten el carácter de víctima directa”*.

III.2. Las medidas de protección de las víctimas.

El EVD pretende establecer un marco general de derechos procesales y extraprocesales de las víctimas, de forma que el art. 3 del EVD reconoce un catálogo general de derechos comunes a todas las víctimas, mediante el cual se establece que *“Toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso”*.

Centrando nuestra atención en el derecho a la protección de las víctimas, el EVD contiene en su Título III, complementando la LECrim, numerosas medidas de protección aplicables a cualquier víctima del delito, con la finalidad de asegurar la libertad, la seguridad, intimidad y dignidad, la vida y la integridad física y psíquica de las víctimas y sus familiares, así como evitar los riesgos de represalias, intimidación y la victimización secundaria, es decir, los efectos perjudiciales que puede generar a la víctima la participación en el proceso penal. Por otro lado, estas medidas también sirven al objeto de evitar que la víctima deje de participar en el proceso, ya sea por miedo al agresor o por otras circunstancias.

En primer lugar, el art. 19 EVD establece el llamado derecho de las víctimas a la protección, que consiste en el deber de *“las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos, de adoptar medidas necesarias conforme lo establecido en la LECrim”* para garantizar la protección de la víctima, concretada en las finalidades anteriores. Asimismo, se indica que cuando *“las víctimas sean menores de edad, la Fiscalía velará especialmente por el cumplimiento de este derecho, mediante la adopción de las medidas adecuadas conforme el interés superior del menor”*.

En el art. 20 EVD se prevé el derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor, que implica que la víctima así como sus familiares, de una parte, y el sospechoso de la infracción o acusado, de otra, no entren en contacto directo en las dependencias policiales o judiciales, pudiendo extenderse a otros espacios durante el desarrollo del proceso, aparte de los que estuvieren cubiertos por la posible orden de alejamiento dictada; y se podrán

utilizar las tecnologías de la comunicación para lograr la efectividad de este derecho (Planchadell Gargallo 2021).

El EVD contempla la necesidad de que en las actuaciones procesales se evite, en la medida de lo posible, perturbar a la víctima, de manera que el art. 21 EVD dispone que se reciba la declaración a las víctimas sin dilaciones injustificadas y el menor número de veces posible, que puedan estar acompañadas por una persona de su elección, salvo resolución motivada en contra, y que se lleven a cabo solamente los reconocimientos médicos imprescindibles para los fines del proceso penal y el menor número de veces posible.

El art. 22 EVD establece el derecho a la protección de la intimidad mediante el cual *“los Jueces, Tribunales, Fiscales y demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal, así como todos aquellos que intervengan o participen en el proceso, adoptarán las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y sus familiares”*. Por otro lado, el art. 681 LECrim establece, de forma similar que el art. 22 EVD, la posibilidad de acordar medidas de *“prohibición de divulgación o publicación de información relativa a la identidad de la víctima, datos que puedan facilitar su identificación, y la medida de prohibición de la obtención, divulgación o publicación de imágenes de la víctima o de sus familiares”*. Dichas medidas se aplicarán en todo caso a las víctimas que sean menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección.

Con el mismo objetivo de preservar el derecho a la intimidad de las víctimas, el art. 681.1 LECrim prevé la posibilidad de que el Juez o Tribunal acuerde celebrar las sesiones del juicio a puerta cerrada, así como de acuerdo con el art. 682 LECrim se podrá restringir la presencia de los medios de comunicación a las sesiones del juicio oral, y el art. 709 LECrim permite al Presidente del Tribunal *“adoptar medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias acerca de su vida privada, salvo que el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima”*.

Lo anterior son, como ya hemos visto, las medidas de protección que pueden ser aplicables a todas las víctimas. Por consiguiente, en los arts. 23 y ss. del EVD se regula la evaluación individualizada de la víctima para determinar sus necesidades concretas de protección y, en consecuencia las medidas que se deberán acordar con el fin de evitar que se produzcan perjuicios relevantes derivados del proceso. De acuerdo el art. 23 EVD, en la valoración individualizada de las necesidades de protección de la víctima se tendrá en especial consideración:

- *“Las características personales de la víctima, particularmente si se trata de una persona con discapacidad, si existe relación de dependencia entre la víctima y el supuesto autor del delito, si la víctima es menor de edad o necesitada de especial protección o que concurran factores de especial vulnerabilidad.*
- *La naturaleza del delito, la gravedad de los perjuicios causados a la víctima y el riesgo de reiteración del delito. Se establece que la necesidad de protección será especialmente considerada en el caso de delitos de terrorismo; cometidos por una organización criminal; cometidos sobre el cónyuge o persona que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, con o sin convivencia, o sobre descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente; delitos contra la libertad o*

indemnidad sexual; delitos de trata de seres humanos; delitos de desaparición forzada; y delitos cometidos por motivos de odio.

- *También se atenderá a las circunstancias del delito, en particular si se trata de delitos violentos”.*

El EVD indica que durante la fase de investigación del delito, será el Juzgado de Instrucción o el Juzgado de Violencia sobre la Mujer el que deberá realizar la evaluación y adoptar una resolución por la que acuerde las medidas de protección correspondientes. Mientras que, será el Ministerio Fiscal quien acuerde las medidas de protección en los procedimientos sometidos a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores. Durante la fase de enjuiciamiento, será el Juez o Tribunal al que corresponda el conocimiento de la causa el que deba adoptar las medidas. Por otro lado, se ha de tener siempre en cuenta la voluntad de las víctimas, que podrán renunciar si lo desean a las medidas de protección. Respecto de las modificaciones relevantes de circunstancias en que se hubiera basado la evaluación individual de las necesidades de protección de la víctima, estas determinarán una actualización de la misma, y en su caso, la modificación de las medidas de protección que hubieran sido acordadas.

El art. 25 EVD contempla las medidas de protección que se aplicarán a las víctimas en atención a la valoración individualizada de sus necesidades concretas de protección. Se distingue entre las medidas a adoptar en la fase de instrucción o investigación y en la fase de enjuiciamiento.

Durante la fase de instrucción se prevé la posibilidad de adoptar las siguientes medidas:

- Que se les reciba declaración a las víctimas en dependencias especialmente concebidas o adaptadas a tal fin.
- Que se les reciba declaración por profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar los perjuicios a la víctima, o con su ayuda.
- Que todas las tomas de declaración a una misma víctima sean realizadas por la misma persona, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un Juez o un Fiscal.
- Cuando se trate de víctimas de violencia de género o de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o de trata con fines de explotación sexual, que la declaración se tome por una persona del mismo sexo que la víctima, si así lo solicita, excepto que ello perjudique de forma relevante el desarrollo del proceso o que deba tomarse la declaración directamente por un Juez o Fiscal.
- Medidas para evitar el contacto visual entre la víctima e imputado durante la práctica de las diligencias de investigación.
- Medidas para evitar la formulación de preguntas sobre la vida privada de la víctima que no tengan relevancia para la causa (Pérez-Cruz Martín et al. 2020).

Durante la fase de enjuiciamiento, de acuerdo con lo dispuesto en la LECrim, podrán adoptarse las siguientes medidas de protección:

- Medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos, incluso durante la práctica de la prueba, para lo cual podrá hacerse uso de las tecnologías de la comunicación.
- Medidas que garanticen que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas, mediante el uso de tecnologías de la comunicación.
- Medidas para evitar la formulación de preguntas sobre la vida privada de la víctima que no tengan relevancia para la causa.
- Celebración de la vista oral sin presencia de público o con restricción del acceso a los medios de comunicación (Pérez-Cruz Martín et al. 2020).

Asimismo, para la protección de las víctimas podrá acordarse la adopción de algunas o alguna de las medidas previstas en el art. 2 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales (en adelante, LOPTPCC), que son, en concreto las siguientes:

- *“Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.*
- *Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.*
- *Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario”.*

En referencia los métodos que impidan durante las prácticas de las diligencias el contacto visual entre víctima (o testigo) y el presunto infractor, ello podría consistir por ejemplo en el uso de una mampara que permita a la víctima durante la diligencia no ser vista y no ver al acusado²⁹, o mediante el uso de tecnologías de la comunicación que permitan además la no presencia física, como a través de videoconferencia³⁰.

III.3. Las medidas de protección aplicables a Alejandra por su condición de víctima de trata de seres humanos.

Como ya hemos visto, el EVD establece un amplio catálogo de medidas aplicables para garantizar la protección de las víctimas; para responder a las preguntas que se nos plantean en este caso, acerca de si es posible que no consten en las diligencias los datos de Alejandra que puedan servir para su identificación, y si es posible que comparezca utilizando procedimientos que imposibiliten su identificación visual, habrá que determinar cuales de estas medidas son aplicables a Alejandra debido a su condición de víctima de trata de seres humanos.

De acuerdo con lo dispuesto en los arts. 23 y ss. EVD, a las víctimas de trata de seres humanos, como lo es en este caso Alejandra, se les realiza una valoración individual a los efectos de determinar las medidas concretas de protección que se les van a aplicar. Por ello, podemos decir que la protección para este tipo de víctimas se ve reforzada probablemente debido a la excesiva gravedad de los delitos que sufren. Recordemos que el delito de trata de seres humanos atenta gravemente contra la dignidad de las personas, así como supone la “cosificación de la persona” (Planchadell Gargallo 2021). Asimismo, a los efectos de esta individualización, en las víctimas de trata concurren factores que podemos considerar de vulnerabilidad, como pueden ser la condición de extranjero o extranjera, la situación irregular en España, las necesidades económicas, el no disponer del pasaporte o de familiares y amigos en España (Hernández Rueda 2017).

A la pregunta de qué medidas de protección son aplicables a la víctima de trata de seres humanos, Gómez Colomer responde que son aplicables todas, dependiendo la adopción

²⁹ SAPB de 10 de junio de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:7801), y SAPB de 31 de enero de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:13868).

³⁰ SAPM de 10 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:APM:2021:13760).

de las más adecuadas de cada caso en concreto; y afirma que “cada víctima tiene que ser sometida a un análisis personal, familiar, laboral y de entorno social, antes de que se le pueda aplicar una medida de protección específica de las recogidas en los arts. 25 y 26 EVD” (Gómez Colomer 2021).

Por tanto, a Alejandra debido a su condición de víctima de trata de seres humanos, se le podrían aplicar todas las medidas, tanto las genéricas como las específicas, que se consideraran adecuadas en atención a su caso concreto y a la valoración individualizada que se le realizase.

En consecuencia, se podría responder afirmativamente a ambas preguntas, sin embargo considero que no es acertado otorgar una respuesta clara y definitiva a dichas cuestiones debido a que la solución depende de diversos factores que no son posibles de determinar con suficiente exactitud.

Las afirmaciones precedentes, se fundamenta en que:

- Alejandra en su condición de víctima de trata de seres humanos será sometida a una valoración individualizada de sus necesidades de protección, pudiendo optar a mayores medidas de protección que las víctimas que no son sometidas a dicha valoración. Por consiguiente, las medidas que finalmente serán acordadas dependerán en gran medida de la valoración individual que se realice a Alejandra.
- Asimismo, las medidas de protección, en el presente caso concreto, las podrá acordar el Juez de Instrucción para la fase de instrucción y la Audiencia Provincial en la fase de enjuiciamiento. La palabra “*podrá*” nos indica que decisión de los Jueces es potestativa, es decir, el Juez no está sometido obligatoriamente a acordar unas determinadas medidas de protección. La decisión de acordar las medidas o no depende en cierta medida de su criterio personal.
- Las cuestiones refieren a dos concretas medidas de protección que se prevén en el art. 2 LOPTPCC, en concreto: “*Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave*”. Así como “*que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.*”

Ahora bien, en el art. 25.3 EVD se establece que se podrán acordar algunas o alguna de las medidas establecidas en el art. 2 de dicha Ley; por lo que, podría darse el caso de que se acordará una de las medidas y la otra no.

Finalmente, en principio sí que sería posible que no constaran en las diligencias los datos personales de Alejandra, su domicilio, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación y sí que sería factible que Alejandra compareciese utilizando procedimientos que impidan su identificación visual, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 25.3 EVD que permite para la protección de las víctimas la posibilidad de aplicar las medidas establecidas en el art. 2 LOPTPCC, pero dependiendo el resultado de la valoración individualizada y de la decisión que acuerde el Juez competente para el caso.

IV. ¿TIENE DERECHO JOSÉ A RECLAMAR LA PATERNIDAD DE JUAN? ¿ES PROCEDENTE LA SOLICITUD DE JOSÉ SOBRE LA GUARDIA Y CUSTODIA POR PERÍODOS ANUALES EN DISTINTOS PAÍSES?

IV.1. La filiación extramatrimonial.

IV.1. a) La filiación en el sistema de Derecho internacional privado español.

En primer lugar, es preciso determinar si procede, en el presente supuesto, la aplicación del ordenamiento jurídico español debido a que estamos ante una situación privada de carácter internacional. Se trata de una situación privada internacional o de tráfico privado externo ya que concurren elementos extranjeros personales o subjetivos derivados de la nacionalidad de Juan, José y Alejandra que suponemos que ostentan nacionalidad nicaragüense y de la residencia habitual en España de Alejandra y su hijo Juan. De acuerdo con la tesis del elemento extranjero puro³¹, las situaciones de tráfico privado externo se determinan por la presencia de un elemento extranjero o internacional, siendo indiferente que se trate de un elemento objetivo o subjetivo. Las situaciones privadas internacionales plantean la duda de qué Tribunales estatales deben conocer de la misma, es decir, qué Tribunales tienen atribuida la competencia judicial internacional y qué Derecho estatal debe aplicarse a dicha situación (Fernández Rozas, Sánchez Lorenzo 2020).

La situación privada internacional pretende determinar la paternidad o filiación de José respecto de su hijo Juan. La base fundamental de la paternidad y filiación en el ordenamiento jurídico español se encuentra en el art. 39 CE³².

Debido a la ausencia de instrumentos internacionales aplicables al caso que contemplan en su ámbito de aplicación el establecimiento de la filiación, para determinar la competencia judicial internacional habrá que acudir al régimen autónomo de fuente interna. Lo anterior, de acuerdo con el TS, “sin perjuicio de que, con arreglo a las sus propias normas de derecho internacional, los tribunales de otro Estado también pudieran declararse competentes”³³.

En cuanto a la regulación de la filiación en el sistema español de Derecho internacional privado, podemos decir que la competencia judicial internacional en dicha materia se establece en el art. 22 quáter LOPJ que en su apartado d) atribuye la competencia de los Tribunales españoles en materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, en las siguientes ocasiones:

³¹ La tesis del elemento extranjero puro se trata de la tesis que prima en la actualidad, de conformidad con Fernández Rojas y Sánchez Lorenzo (2020).

³² Art. 39 CE: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. 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.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

³³ STS de 17 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1281).

- “Si el hijo o menor tiene su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda.
- Si el demandante tiene nacionalidad española o reside habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda”.

Como se puede observar, la vinculación de la filiación con el sistema español se determina por el criterio de “la residencia habitual del presunto hijo en España, y por la nacionalidad del demandante (que puede ser el hijo, el padre o la madre), o por la residencia habitual del demandante en España, como mínimo” durante los seis meses anteriores a la presentación de la demanda (Adam Muñoz 2016).

En relación con el relato de hechos, hay que precisar que Juan, el hijo, tiene la residencia habitual en territorio español pues tanto su madre Alejandra como él disponen de autorización de residencia desde al menos 7 meses, y que ya llevaban residiendo en España otros 5 meses más antes de tener dicho permiso de residencia, lo que en total constituye un período de 1 año aproximadamente. Por tanto, la competencia judicial internacional se atribuye a los Tribunales españoles en este caso.

La ley aplicable a la filiación en el ámbito internacional es una cuestión complicada debido a varios factores entre los que podemos destacar el “conflicto de civilizaciones” que surge como consecuencia de los diferentes Derechos internos de los Estados que regulan de forma desigual la filiación, y el hecho de que en la actualidad los poderes públicos de los Estados occidentales defienden que la filiación conlleva inherentemente un interés general de toda la sociedad, además de los intereses particulares (Carrascosa González 2016).

La noma de conflicto en el ordenamiento jurídico español para determinar la filiación la encontramos en el art. 9.4.I CC, que establece varios puntos de conexión ordenados de forma jerárquica o en cascada. De esta forma, en primer lugar la determinación de la filiación por naturaleza se rige “por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación; en el caso de que el hijo carezca de residencia habitual o si esa ley no permite el establecimiento de la filiación, se aplica la ley nacional del hijo; y, si se da el caso de que la ley nacional no permite el establecimiento de la filiación o si el hijo carece tanto de residencia habitual como de nacionalidad se aplica la ley sustantiva española” (Carrascosa González 2016), que se corresponde con los arts. 108 y ss. CC. A través del art. 9.4.I CC se introduce el *favor filii* en la determinación de la filiación, dicha norma de conflicto persigue aumentar las posibilidades de acreditación de la filiación del hijo, y por tanto, trata de proporcionar un beneficio o una mayor protección para el hijo (Calvo Caravaca, Carrascosa González 2018). En relación con el supuesto práctico, debido a que la residencia habitual de Juan se encuentra territorio español, se aplicará entonces la ley española.

El art. 9.4.II CC remite para la regulación del contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental a lo dispuesto en el Convenio de la Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, del cual se desprende que la ley aplicable al contenido de “la filiación natural y a la responsabilidad parental será la ley de la residencia

habitual del hijo y, si éste cambia de residencia habitual, el conflicto móvil se solucionará aplicando la ley de la nueva residencia habitual”³⁴ (Adam Muñoz 2016).

Respecto de la norma del art. 9.4.I CC, es preciso destacar que TS ha señalado “que atiende en primer lugar a la conexión social representada por la residencia habitual del hijo”, y que “contiene una carga valorativa material que justifica su aplicación inmediata cuando se plantea el establecimiento de la filiación en un procedimiento judicial”³⁵.

IV.1. b) El reconocimiento y la acción de reclamación de filiación extramatrimonial.

El régimen legal de la filiación se encuentra mayormente en el Título V del Libro I Código Civil, en la LEC, en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y en la legislación del Registro Civil.

El art. 108 CC dispone que “*la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción*”. Asimismo, se dispone que “*la filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial*”; si bien, “*tanto la filiación matrimonial como la no matrimonial y la adoptiva surten los mismos efectos ya que todos los hijos son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento*”, de acuerdo con los arts. 14 y 39.2 y 3 CE. “La filiación por naturaleza se quiere, aunque no en todos los casos se consigue, de acuerdo con la verdad biológica, mientras que la filiación por adopción no se sustenta en absoluto con el hecho biológico de la maternidad o paternidad” (Bercovitz Rodríguez-Cano, Álvarez Lata, Álvarez Olalla Pilar et al. 2021).

Nuestro Código regula de forma diferente la determinación de la filiación según se trate de matrimonial o extramatrimonial. Para el caso de que los progenitores estén casados, el art. 116 CC establece la presunción de paternidad *pater is est quem nuptiae demonstrant*³⁶, mediante la cual se permite reconocer automáticamente la paternidad, no obstante se trata de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario. En cambio, si se trata de filiación de carácter extramatrimonial se requiere del reconocimiento por el presunto padre o que se establezca judicialmente. Asimismo, el CC distingue el régimen de las acciones judiciales de reclamación e impugnación de la filiación en función del carácter matrimonial o extramatrimonial.

Es necesario precisar que el art. 111 CC excluye de la patria potestad y demás funciones tuitivas al progenitor que “*haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación según sentencia penal firme*”, y/o “*cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición*”. Además, se mantendrán “*las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos*”.

Atendiendo a la finalidad de la resolución del caso práctico nos centraremos en el análisis de la filiación de carácter extramatrimonial. El art. 120 CC dispone que: “*La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:*

³⁴ Es preciso señalar que el art. 4 a) del Convenio de la Haya de 1996 excluye del ámbito del Convenio el establecimiento e impugnación de la filiación.

³⁵ STS de 17 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1282).

³⁶ Art.116 CC: “*Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges*”.

- 1.º *En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil.*
- 2.º *Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.*
- 3.º *Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.*
- 4.º *Por sentencia firme.*
- 5.º *Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil”.*

Una vez establecida la filiación no matrimonial se podrá inscribir en el Registro Civil, de acuerdo con el art. 113 CC³⁷, con el fin de acreditar su derecho, facultad, potestad o exigir determinados deberes derivados de la filiación, como podrían ser por ejemplo la patria potestad o los derechos sucesorios, entre otros (Bercovitz Rodríguez-Cano, Álvarez Lata, Álvarez Moreno et al. 2021).

En cuanto al reconocimiento consiste en una declaración de voluntad por la que su autor admite su paternidad o maternidad sobre la persona reconocida. Se trata de un acto formal, unilateral, personalísimo e irrevocable³⁸. Sin embargo, la irrevocabilidad no constituye un impedimento para poder impugnar el reconocimiento si existen vicios del consentimiento o si la filiación no coincide con la verdad biológica, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 140 y 141 CC (Bercovitz Rodríguez-Cano et al. 2021). La filiación despliega los efectos que la ley imperativamente establece desde que tiene lugar, así como *“tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no disponga lo contrario”*, de conformidad con el art. 112 CC. Por ello, el reconocimiento no puede someterse a término ni condición.

El reconocimiento puede darse en el momento de la inscripción del nacimiento en la forma que dispone el art. 120.1º CC, *“si no resulta contraria a la presunción de paternidad matrimonial, si no existe controversia y si se cumplen las condiciones previstas en la legislación civil”*, de acuerdo con el art. 44.4.III. b) de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante, LRC).

El reconocimiento realizado de forma solemne a que refiere el art. 120.2º CC, puede darse al inscribir en nacimiento o con posterioridad por declaración ante el Encargado del Registro Civil, se establece que *“puede recibir la declaración el encargado del Registro Civil del domicilio del reconocedor pero es competente para calificarlo e inscribirlo el encargado del Registro donde está inscrito el nacimiento del reconocido”*. Asimismo, *“el reconocimiento otorgado ante el encargado de un Registro Civil extranjero puede servir como reconocimiento en documento público”* (Bercovitz Rodríguez-Cano et al. 2021).

³⁷ Art. 113 CC: *“La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil.*

No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria.”

³⁸ Art. 741 CC: *“El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere.”*

En cuanto a los documentos en los que se puede realizar el reconocimiento, podemos atender a la lista que establece el art. 186.I del Reglamento de la Ley del Registro Civil³⁹ (en adelante, RRC), sin olvidar su carácter meramente ejemplificativo, que dispone que *“son documentos públicos aptos para el reconocimiento la escritura pública, el acta civil de la celebración del matrimonio de los padres, el expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo, las capitulaciones matrimoniales y el acto de conciliación”*.

Mediante el testamento se puede determinar la filiación pero sólo si se contiene en uno que sea a su vez documento público. Por tanto, cabe *“en testamento notarial abierto desde su otorgamiento y, en testamento notarial cerrado y testamento ológrafo desde que se protocolizan tras el fallecimiento del testador”* (Bercovitz Rodríguez-Cano et al. 2021).

En cuanto a la capacidad para emitir el reconocimiento, hay que señalar que consiste en *“un acto personalísimo y por tanto no se admite que se otorgue mediante un representante”* (Bercovitz Rodríguez-Cano et al. 2021).

Para que el reconocimiento de un hijo mayor de edad produzca efectos se precisa que éste de su consentimiento ya sea de forma expresa o tácita, y si se trata de un hijo mayor de edad con la capacidad modificada judicialmente se precisa de su consentimiento expreso o tácito, con los apoyos que se precisen para ello, de acuerdo con el art. 123 CC. Por otro lado, *“la eficacia del reconocimiento del menor de edad requiere del consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido”*, de conformidad con el art. 124 CC.

En relación con la resolución recaída en expediente registral, que prevé el art. 120.3º CC, es necesario precisar que *“se trata de un medio de determinación extrajudicial de la filiación subsidiario, que opera en ausencia de reconocimiento formal”* (Bercovitz Rodríguez-Cano et al. 2021).

Aunque la vía de reconocimiento de filiación extramatrimonial que se establece en el art. 120.2º CC podría resultar efectiva para que José pudiera reconocer a su hijo Juan si se dieran los requisitos que hemos visto; en atención al relato de hechos del caso práctico podemos observar que es probable que la madre de José se oponga a que se establezca dicha filiación, y además, José solicita la realización de pruebas de ADN ya que no sabe con exactitud si Juan es su hijo o no. Por tanto, quizá en este caso lo más sensato por parte de José sería acudir a la vía judicial por medio de la acción de reclamación de filiación extramatrimonial con el fin de asegurar un pronunciamiento judicial válido y con todas las garantías para determinar su paternidad.

En atención a la vía judicial, el padre dispone de la posibilidad de ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial. Es preciso recordar que la filiación que se da en el caso práctico es por naturaleza y de carácter extramatrimonial, por lo que si es posible en su determinación se atenderá a la verdad biológica, de conformidad con el art. 39.2 CE. De manera similar, dispone el art. 767.2 LEC que *“en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas”*. Sin embargo, de acuerdo con el apartado primero del citado precepto, debe de presentarse un principio de prueba de los hechos en que se funde para poder admitir la demanda. Se establece mediante el apartado cuarto del art. 767 LEC

³⁹ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.

que “la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de paternidad o maternidad”. Asimismo, el 767.3 LEC establece una presunción de filiación, en ausencia de prueba directa, si existe reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado, hubo convivencia con la madre cuando se concibió al hijo, e incluso por otros hechos análogos de los que se pueda producir la filiación.

Respecto de la negativa a someterse a la prueba biológica para determinar la paternidad, el TS declaró que, no se trata de que sólo por la negativa del demandado a la práctica de la prueba se infiera directamente la paternidad del demandante, sino que “a falta de prueba directa de la paternidad, la negativa injustificada a que se practique la prueba biológica es un indicio que, unido a las pruebas concurrentes acreditadas, conduce a apoyar la determinación de la paternidad”⁴⁰. Asimismo, la doctrina del TS determina que constituye “un indicio valioso” la negativa del demandado a someterse a pruebas biológicas de paternidad⁴¹.

Se distinguen cuatro supuestos de reclamación de la filiación atendiendo a los arts. 131 a 134 del CC. El primero lo encontramos en el art. 131 CC, que permite la reclamación de la filiación debido a la constante posesión de estado a cualquier persona con interés legítimo, siempre que la filiación no contradiga otra legalmente determinada. El segundo supuesto se establece en el art. 132 CC y se refiere a la reclamación de filiación matrimonial sin ostentar posesión de estado. El tercer supuesto del art. 133 CC, consiste en la reclamación de filiación extramatrimonial y sin posesión de estado, que es el que corresponde aplicar en este caso práctico. El cuarto y último supuesto del art. 134 CC, se corresponde con supuesto de filiación contradictoria con otra determinada legalmente (Bercovitz Rodríguez-Cano et al. 2021).

Respecto a la posesión de estado, de acuerdo con Bercovitz Rodríguez-Cano, consiste en la relación entre padre o madre e hijo que concurre cuando se dan todas las siguientes circunstancias: “que el hijo lleve el apellido del progenitor (nomen), que el trato entre ambas personas sea conforme a la relación paterno-filial (tractatus), y que dicha relación sea pública (fama), en el sentido de que sea conocida en el círculo social donde se mueven padre e hijo” (Bercovitz Rodríguez-Cano et al. 2021). Resulta evidente que en el caso de José y su hijo Juan no se da tal relación, pues el padre se enteró recientemente de que tenía un supuesto hijo y ni siquiera se conocen entre sí.

Por ello, del relato de hechos del presente caso se deduce que procede la aplicación del art. 133 CC que establece lo siguiente: “1. La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponderá al hijo durante toda su vida (...). 2. Igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en el plazo de un año contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su pretensión”.

Es necesario precisar que en los casos, como lo es el presente, en que el supuesto padre reclama su paternidad y el menor es representado por su madre en el proceso judicial con el consiguiente conflicto de intereses, Bercovitz Rodríguez-Cano indica que es de

⁴⁰ STS de 4 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1760).

⁴¹ STS de 28 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2348).

aplicación el art. 163 CC por lo que al menor se le nombrará un defensor⁴² (Bercovitz Rodríguez-Cano et al. 2021).

En cuanto al plazo de un año del que disponen los progenitores para reclamar la filiación extramatrimonial cuando falta la posesión de estado sobre el menor, el TS dispone que se trata de un plazo de caducidad y que por consiguiente, si transcurre un plazo mayor la demanda debe de ser desestimada. De acuerdo con el TS dicho plazo de caducidad desde el conocimiento de los hechos en los que se basa la reclamación responde a la “necesidad de establecer un límite a la acción del progenitor en aras de guardar un equilibrio entre los valores constitucionales y los intereses en presencia”⁴³.

No obstante, dicho plazo de un año entró en vigor mediante la reforma del art. 133.2 CC a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; por lo que podrán ser admitidas demandas respecto de casos de progenitores que reclaman la filiación extramatrimonial en las que ha transcurrido un plazo mayor de un año desde el conocimiento de los hechos, si han sido interpuestas con anterioridad a la vigencia del límite legal del plazo de un año, es decir a la entrada en vigor de la reforma del art.133.2 CC⁴⁴.

De conformidad con dicho precepto y la jurisprudencia del TS, Juan está legitimado para reclamar la filiación extramatrimonial de su presunto hijo José, pero sólo si reclama en el plazo de un año desde que tuvo conocimiento de que Alejandra tuvo un hijo del que él podría ser el padre.

En respuesta a la pregunta que se nos plantea sobre si José tiene derecho a reclamar la paternidad de Juan, de acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que sí que tiene derecho a ello, y que la filiación podrá quedar determinada mediante el reconocimiento o por sentencia firme, de acuerdo con lo establecido en el art. 120 CC. Para que sea determinada por sentencia firme se ejercitará la acción de reclamación de filiación extramatrimonial que establece el art. 133.2 CC, pero estará sujeto al plazo de un año para poder realizar dicha reclamación a contar desde el día en que tuvo conocimiento de que Juan podía ser su hijo. En atención al relato de hechos, el plazo de un año para que José interponga la acción de reclamación de filiación extramatrimonial del art. 133.2 CC comenzará a contarse desde el momento en que una amiga le comunicó que Alejandra tuvo un hijo.

IV.2. La guarda y custodia compartida del menor cuando los progenitores residen en países distintos.

Una vez establecida la filiación de José con su hijo Juan, el supuesto práctico nos plantea la posibilidad de que se atribuya la guarda y custodia del menor por periodos anuales en distintos países, es decir, que Juan pase un año con su madre en España y otro año con su padre en Nicaragua, y así sucesivamente. Para responder a esta cuestión será necesario atender al interés superior del menor.

El principio de interés superior del menor se ubica en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de

⁴² Art 163 CC: “*Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él*”.

⁴³ STS de 8 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3177).

⁴⁴ STS de 4 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1760).

noviembre de 1989⁴⁵, en (adelante CDN); y, en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil (en adelante, LOPJM) y, en la LEC.

El art. 2 LOPJM dispone que *“todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan”*. Asimismo, *“en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*.

De la filiación se deriva el nacimiento de la patria potestad que consiste en “la función tuitiva o protectora atribuida por ley a los progenitores respecto de sus hijos menores o incapacitados encaminada a garantizar a éstos el adecuado desarrollo de su persona en todos los órdenes, que comprende un conjunto de derechos y obligaciones consistentes, según los términos del art. 154 CC, en velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como representarlos y administrar sus bienes”. Ahora bien, cuestión distinta es la guardia y custodia, pues la patria potestad y la custodia se tratan de instituciones jurídicas bien diferenciadas. “La guardia y custodia no es más que la forma de ejercicio ordinario de la patria potestad por el progenitor que convive habitualmente con el menor. La atribución de la custodia a uno o ambos progenitores en los procesos de familia viene a concretar si se encomienda a uno u otro progenitor, o a ambos, la obligación del desempeño ordinario y habitual de las funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad”⁴⁶.

Por tanto, se puede deducir que es condición necesaria, que no suficiente, que el progenitor tenga atribuida la patria potestad para ostentar la guardia y custodia del menor. De conformidad con el art. 156.I CC, en principio *“la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro”*. No obstante, en el último párrafo del mismo precepto se establece que *“si los progenitores viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva”*. Ahora bien, no siempre será así ya que también se establece que *“la autoridad judicial, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio”*.

Asimismo, de acuerdo con el art. 159 CC en el caso de que los progenitores vivan separados y no lleguen a un acuerdo, le corresponde decidir al Juez sobre quién quedará al cuidado de los hijos menores; la decisión se tomará siempre en beneficio de los hijos y habiendo escuchado a los hijos que tengan suficiente juicio, y en todo caso a los que sean mayores de doce años.

En la práctica, lo habitual es que los Juzgados y Tribunales decidan atribuir la patria potestad a los dos progenitores de forma conjunta, con independencia de que estén casados o no, del tipo de custodia que tengan, y de que vivan juntos o separados (Sainz Rodríguez 2021). Lo anterior, sin perjuicio de que si existe causa de privación de patria potestad se pueda acordar la misma, de conformidad con el art. 170 CC.

⁴⁵ Art. 3.1 CDN: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

⁴⁶ SAPC de 9 de octubre de 2013 (ECLI:ES:APC:2013:2506).

Acerca de la solicitud de guarda y custodia compartida, hay que señalar que el procedimiento se puede realizar de mutuo acuerdo mediante un convenio regulador (art. 90 CC), o en ausencia de acuerdo se realizará de forma contenciosa, decidiendo el Juez o Tribunal, mediante sentencia, las medidas de guarda y custodia, ejercicio de patria potestad, régimen de visitas, etc.

El CC contiene la regulación de la guarda y custodia en su Título V, Capítulo IX bajo el título “De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”. A pesar del nombre del título, la jurisprudencia ha venido aplicando sus disposiciones en casos de progenitores no casados como en las demandas de relaciones paterno filiales. De esta manera, podemos ver que el TS aplica la disposición sobre guarda y custodia que prevé el art. 92 CC en cuestiones de medidas paterno filiales, y no sólo de divorcio, nulidad o separación⁴⁷.

El art. 92.2 CC establece que “*el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en interés superior del menor sobre esta cuestión*”. En cuanto a los criterios a los que el Juez debe atender para acordar el régimen de guarda y custodia, el art. 92.6 CC dispone que para el Juez, en todo caso, antes de resolver y con el fin de concretar su conveniencia “*deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio (...), y valorar la alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos*”. De conformidad con el citado precepto también se atenderá al criterio de no separar a los hermanos, si los hubiera. Además el art. 92.9 CC señala que antes de adoptar la decisión, el Juez “*de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior del menor*”.

Como vemos, son diversos los criterios de atribución de guarda y custodia a los que debe atender el Juez, y siempre habrá de atender y asegurar el interés superior del menor.

En España ha venido siendo lo más habitual atribuir la guarda y custodia a la madre del menor con el correspondiente derecho de visita del padre, sin embargo en la actualidad cada vez son más comunes los casos en los que se atribuye la guarda y custodia al padre. Excepcionalmente, los hijos pueden ser encomendados a los abuelos, parientes o a una institución idónea, de acuerdo con el art. 103.1^a.II CC (Bercovitz Rodríguez-Cano et al. 2021).

En cuanto a la guarda y custodia compartida⁴⁸ consiste en “la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y beneficiario del régimen de comunicación y estancia con los hijos” (Bercovitz Rodríguez-Cano et al. 2021); y de acuerdo con el art. 92.5 CC “*se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen*

⁴⁷ V.gr.: STS de 9 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1157), STS de 14 de febrero de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:819), y STS de 12 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4045).

⁴⁸ La guarda y custodia compartida se introduce mediante la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

a ese acuerdo durante el procedimiento". Por otra parte, el apartado octavo del mismo artículo prevé la posibilidad de que *excepcionalmente* el Juez acuerde la guardia y custodia compartida a instancia de una de las partes, cuando sea necesario para proteger adecuadamente el interés superior del menor. No obstante, de la redacción del precepto incluyendo la palabra *excepcionalmente*; el TS ha explicado que no se trata de una medida que se acuerde de manera excepcional, sino que "habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea"⁴⁹ (Álvarez Olalla 2018). Por tanto, en la actualidad lo razonable es atribuir la guardia y custodia compartida cuando ello sea aconsejable en atención al interés superior del menor.

Como vemos, el CC exige para poder acordar la custodia compartida del hijo, que haya sido solicitada al menos uno de los progenitores⁵⁰.

El CC no establece unos criterios concretos que permitan determinar cuando procede la atribución de la guarda y custodia compartida a ambos progenitores. Por ello, el TS⁵¹ teniendo en consideración el derecho comparado estableció los siguientes criterios: "la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades; el resultado de los informes; y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven".

En relación con el caso práctico, es preciso destacar que no existe una previsión legal concreta que establezca como debe organizarse el reparto de la custodia cuando los progenitores residen en lugares alejados o incluso, como en el presente caso, en países que se encuentran en continentes diferentes. En este sentido, se pronuncia el TS indicando que "cuando no exista un acuerdo entre los progenitores que sea beneficioso para el menor, para los supuestos que supongan un desplazamiento de larga distancia, es preciso ponderar las circunstancias concurrentes con el fin de adoptar las medidas singulares más adecuadas al interés del menor"⁵².

Sin duda el hecho de que cada progenitor resida en un país distinto, concretamente en España y Nicaragua, es un suceso de importancia fundamental y que influye, sin duda, en las condiciones de vida del menor. En este sentido, el TS suele negar la custodia compartida en los casos que los padres viven alejados uno del otro, y afirma que "constituye doctrina jurisprudencial que la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor"⁵³ (Álvarez Olalla 2018).

⁴⁹ STS de 29 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:2246) y STS de 7 de julio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4824).

⁵⁰ STS de 29 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:2246).

⁵¹ STS de 8 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:5969).

⁵² STS de 16 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1902).

⁵³ V.gr. STS de 1 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:797), STS de 18 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1414).

Como suceso análogo al que nos plantea el relato de hechos, podemos observar la sentencia del TS⁵⁴ en la cuál el padre solicita que los menores residan en periodos alternativos de un año con cada uno de sus progenitores, pasando así los menores un año con su madre en Japón y el año siguiente en España y así sucesivamente; dicha solicitud de guarda y custodia compartida con alternancia anual en cada país es rechazada por el Juez que alega, la doctrina jurisprudencia antes expresada, y además que ello supondría “un elevado coste emocional para el menor y que se vería perjudicado su desarrollo”.

Por todo ello, la respuesta a la pregunta establecida en el caso práctico, sobre si es factible la solicitud de guarda y custodia de José por períodos anuales en distintos países, hay que indicar que no es procedente dicha solicitud de régimen de custodia en ese caso, de acuerdo con lo dispuesto en el CC, la jurisprudencia del TS y todo ello atendiendo al primordial interés del menor. Lo anterior, sin perjuicio de los derechos de visita que podrá acordar el Juez a favor del progenitor que no tenga atribuida la guarda y custodia, de conformidad con el art. 94 CC.

V. ¿PODRÍA SER CONSTITUTIVO DE DELITO EL HECHO DE QUE ALEJANDRA SACARA AL MENOR DE NICARAGUA SIN AUTORIZACIÓN DE JOSÉ, AUNQUE NO ESTUVIERA ESTABLECIDA LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL?

V.1. Instrumentos internacionales en el ámbito del secuestro internacional de menores.

La sustracción o secuestro internacional de menores constituye un problema de dimensión social, pues se trata de un suceso habitual que ocurre en todo el mundo, y se produce “cuando un sujeto traslada a un menor de un país a otro con infracción de las disposiciones legales” (Calvo Caravaca, Carrascosa González 2011). Por ello, la normativa internacional que es consciente del problema frecuente y no aislado que constituye el secuestro internacional de menores incorpora diversos instrumentos internacionales en este ámbito entre los que podemos destacar: a) Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores (en adelante Convenio de la Haya de 1980), b) Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y c) Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980 (en adelante, Convenio de Luxemburgo).

Ahora bien, los citados instrumentos internacionales se aplican entre Estados parte; por lo que no serán de aplicación, en relación con el caso práctico, ni el Reglamento (CE) 2201/2003 ni el Convenio de Luxemburgo, debido a que Nicaragua no es un Estado parte de los dos citados instrumentos internacionales.

Cabe analizar el “Convenio de La Haya de 1980”, pues entre los 101 Estados contratantes del mismo encontramos tanto a España como a Nicaragua; por ello, si que procede

⁵⁴ STS de 18 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1414).

analizar la aplicación del Convenio para la resolución del caso práctico⁵⁵. El citado Convenio considera que “el interés del menor tiene una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”.

La Circular 6/2015 de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores dispone que el Convenio “parte de la preservación del interés del menor identificado con la permanencia en su entorno vital y, consecuentemente en su inmediato retorno cuando es desplazado a otro Estado”.

El citado Convenio tiene la finalidad de acuerdo con su art. 1 de “*garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante*” y de “*velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes*”. Lo que establece el “Convenio de La Haya de 1980” consiste en “una estructura de cooperación internacional de autoridades y una acción para el retorno inmediato del menor al país de su residencia habitual” (Calvo Caravaca, Carrascosa González 2011).

El art. 4 del “Convenio de La Haya de 1980” establece que se aplica a los menores de 16 años “*que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante*” en el momento de su sustracción ilegal. Por otro lado, resulta indiferente para la aplicación del Convenio “la nacionalidad y la filiación del menor sustraído”, y también es indistinto qué persona ha llevado a cabo la conducta de sustracción del menor pudiendo realizarla los padres, madres, abuelos, otros familiares o incluso terceros (Calvo Caravaca, Carrascosa González 2011).

De conformidad con el art. 3 del “Convenio de la Haya de 1980” se considera ilícito el traslado o retención de un menor:

- A) “*Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y*
- B) *Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención*”.

El art. 13 del “Convenio de La Haya de 1980” establece lo siguiente: “*La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a la restitución demuestra que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo e la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable*”.

⁵⁵ SAPSS de 13 de marzo de 2020 (ECLI:ES:APSS:2020:1495) y AAPSS de 9 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:APSS:2020:477A)

Asimismo la autoridad podrá negarse a “ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución”, en el caso de que dicho menor tenga una edad y madurez que permita tener en cuenta su opinión.

De acuerdo con el “Convenio de La Haya de 1980”, se puede deducir que lo relevante para que exista un traslado ilícito de un menor es que se produzca infringiendo un derecho de custodia atribuido a una persona, institución u organismo, o que dicho derecho se hubiera ejercido de no producirse el traslado o retención. En consecuencia, dicho Convenio atiende al derecho de custodia, y no a la filiación del menor.

Por ello, en respuesta a la pregunta que plantea el caso práctico sobre si podría ser constitutivo de delito el hecho de que Alejandra sacara al menor de Nicaragua sin autorización de José, aunque no estuviera establecida la filiación extramatrimonial; atendiendo al “Convenio de La Haya de 1980” hay que precisar que, aunque no se tenga en cuenta la filiación del menor, el traslado o retención ilícita se produciría si José tuviera un derecho de custodia sobre su hijo Juan.

En este supuesto, resulta evidente que José no tenía ningún derecho de custodia sobre su presunto hijo debido a que no se había establecido la filiación extramatrimonial, y ni siquiera conocía de la existencia del mismo en el momento en que Juan y su madre se trasladaron de Nicaragua a España. Por consiguiente, de acuerdo con lo dispuesto en el citado Convenio la conducta de Alejandra no es constitutiva de un traslado ilícito del menor o sustracción internacional del menor.

V.2. El delito de sustracción de menores del artículo 225 bis CP.

A continuación, trataremos la cuestión que nos plantea el caso práctico desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español.

El CP en su Capítulo III titulado “De los delitos contra los derechos y deberes familiares” y “Sección 2.ª De la sustracción de menores” contiene un único precepto, el art. 225 bis⁵⁶ CP que tipifica la conducta de sustracción de un menor de edad por parte de su progenitor.

No resulta una tarea sencilla determinar con exactitud cual es el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores pues existen diversas posturas acerca de ello. No obstante, es necesario determinar el bien jurídico protegido de este delito porque de ello se derivan importantes consecuencias (Callejón Hernández 2021). El delito de sustracción de menores constituye un delito pluriofensivo⁵⁷, por lo que en consecuencia existe más de un bien jurídico protegido; no obstante se puede considerar que lo que fundamentalmente se protege mediante este delito es “el derecho de custodia del progenitor teniendo en cuenta siempre el interés superior del menor” (Callejón Hernández 2021). De forma similar se pronuncia el TS afirmando que el “bien jurídico protegido por el tipo de sustracción es la efectividad de los derechos parentales a la guarda, sin perjuicio del interés del menor a la estabilidad de su vida privada y familiar”⁵⁸.

⁵⁶ El art. 225 bis CP fue creado por la “Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores”.

⁵⁷ STS de 23 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1403).

⁵⁸ STS de 22 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1514).

La conducta tipificada en el art. 225 bis CP consiste en que el progenitor sin causa justificada sustraiga a su hijo menor, e impone por ello una “*pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años*”. De conformidad con lo dispuesto en dicho precepto se considera sustracción:

1. “*El traslado de una persona menor de edad de su lugar de residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.*”
2. *La retención de una persona menor de edad incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa*”.

Por tanto, de acuerdo con el TS estamos ante “un delito mixto alternativo”, en el cual se comete la conducta de trasladar y/o retener al menor y respecto de su calificación será indiferente “que se realicen una o ambas conductas”⁵⁹.

Es necesario precisar que la conducta ha de ser grave para poder ser considerada como un delito tipificado mediante el art. 225 bis CP, en palabras de Callejón Hernández (2021) para que la conducta sea considerada delictiva debe producir “una efectiva lesión del bien jurídico protegido, de manera que pueda afirmarse que la conducta del sustractor está perjudicando seriamente los derechos del otro progenitor o del tutor o institución a cargo”.

De acuerdo con el quinto apartado del art. 225 bis CP este delito también se comete cuando la conducta la realizan “*los ascendientes del menor y los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad*”. Por tanto, el sujeto activo del delito puede ser el progenitor tenga o no atribuida la custodia⁶⁰, y podrán serlo también los familiares concretamente los ascendientes del menor y los parientes hasta el segundo grado. Asimismo, el delito de sustracción de menores se configura como un delito especial propio que “sólo puede ser cometido por los sujetos activos especificados en el tipo” (De la Rosa Cortina 2017).

En cuanto al sujeto pasivo del delito, este siempre será el progenitor que no realiza la conducta de sustracción del menor y que se ve privado de sus derechos a causa de la sustracción, o “si el menor está a cargo de una tercera persona o de una institución serán estos respectivamente los sujetos pasivos del delito” (Callejón Hernández 2021).

Cuestión discutida por la doctrina y por la jurisprudencia es si el menor sustraído es sujeto pasivo del delito o no⁶¹. Ahora bien, lo que queda claro es que el menor es el “sujeto pasivo de la acción” y que resulta afectado por la conducta tipificada en el art. 225 bis CP (Callejón Hernández 2021). Sin embargo, no se incluye al menor emancipado pues de acuerdo con el art. 169 CC “*la patria potestad se acaba por la emancipación*”.

⁵⁹ STS de 23 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1403).

⁶⁰ De acuerdo con la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, que dispone que pueden ser sujetos activos del delito del art. 225 bis CP “*tanto el progenitor que conviva habitualmente con la persona menor de edad como el progenitor que únicamente lo tenga en su compañía en un régimen de estancias*”.

⁶¹ La determinación del sujeto pasivo del delito del art. 225 bis CP se trata de una cuestión discutida por la jurisprudencia, que establece diferentes criterios; v.gr. en las STS de 23 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1403) y STS de 6 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1373).

El art. 225 bis CP incluye en su apartado tercero una agravante de la que resulta que si el menor es *“trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución”* se impondrá la pena en su mitad superior. El apartado cuarto de dicho precepto contiene lo que podemos considerar una eximente de la pena para el caso en que *“el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo”*, o cuando simplemente *“la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas”*. Parece que el legislador lo que establece consiste una eximente por desistimiento en la conducta del sustractor. En el mismo apartado, se prevé una atenuante por la que se rebaja la pena a *“prisión de seis meses a dos años”* para el caso de que el sustractor restituya al menor *“dentro de los quince días siguientes a la sustracción”*.

En todo caso, los plazos se computan no desde el momento en que produce la efectiva sustracción del menor sino desde la fecha en la que se interponga la denuncia correspondiente a la sustracción.

A la luz de lo anterior, procede determinar si en relación con el supuesto de hecho y de acuerdo con el art. 225 bis CP constituye un delito el hecho de que Alejandra venga con su hijo Juan a España sin autorización de José si no está establecida la filiación extramatrimonial.

Es necesario recordar que mientras no se haya establecido la relación de filiación entre José y su hijo Juan no se derivarán los derechos y efectos propios de la misma. Asimismo, si no se ha establecido legalmente la filiación extramatrimonial, no se puede afirmar que José sea legalmente el padre de Juan, y por consiguiente no se precisará su autorización para que la madre realice una conducta con respecto a su hijo del que sí tiene atribuida la patria potestad. De la filiación se deriva el nacimiento de la patria potestad, si no está establecida legalmente la filiación, es decir, el vínculo de relación entre un padre y un hijo tampoco lo estará la patria potestad.

Como ya vimos, el art. 112 CC establece la retroactividad de los efectos de la filiación cuando es compatible con la naturaleza de los mismos y la Ley no dispone lo contrario. Ahora bien, en materia de patria potestad lo razonable es que se establezca la irretroactividad (Nanclares Valle 2016). De esta manera, aunque posteriormente se determinase la filiación extramatrimonial no cabría que se dieran tales efectos retroactivos sobre la patria potestad hasta el punto de que la madre del menor cometiera un hecho delictivo por trasladar al menor fuera del país sin consentimiento del presunto padre sobre el cual no se había determinado la filiación.

En este caso, en el momento en que se realizó el traslado por parte de Alejandra y Juan desde Nicaragua a España, José no ostentaba la patria potestad respecto de su hijo Juan, y por tanto tampoco tenía atribuido ningún derecho de guardia y custodia, de visitas o cualquier otro análogo a los anteriores. Como vemos, para considerar la conducta establecida en el art. 225 bis CP como delictiva es preciso que se lesionen y perjudiquen los derechos que tenga atribuido el progenitor sobre el menor, y en este caso hasta el momento en que la filiación extramatrimonial no se establezca José no ostentará tales derechos respecto de su hijo Juan. En consecuencia, se puede afirmar que la conducta

realizada por Alejandra de trasladar a su hijo Juan sin consentimiento del presunto progenitor no constituye un delito tipificado en nuestro ordenamiento jurídico.

CONCLUSIONES

I. En el supuesto de hecho, el principal delito cometido es el de trata de seres humanos tipificado en el art. 177 bis CP.

II. La regla concursal que prevé el art. 177.9 bis CP refiere expresamente a la posibilidad de que además del delito de trata de seres humanos, se castigue al autor o autores del mismo por la comisión del delito de inmigración clandestina del art. 318 bis CP así como por los delitos constitutivos de la explotación. También, deja abierta la posibilidad de apreciar otros delitos que se produzcan pero sin precisar de cuáles puede tratarse; de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia analizada se determina que si dichos delitos guardan relación con los medios comisivos que establece el art. 177 bis CP, probablemente quedarán integrados en él mismo delito de trata de seres humanos.

III. La determinación del bien jurídico protegido del delito es una cuestión de fundamental importancia, pues de ello se derivan consecuencias en cuanto a su calificación penal. Con el fin de delimitar el tipo de concurso que se produce entre el delito de trata de seres humanos y los demás que se ocasionen (art. 177.9 bis CP), la jurisprudencia tiene en consideración el criterio de la diversidad de los bienes jurídicos protegidos mediante los distintos tipos delictivos.

III. Los supuestos de conexidad de delitos pueden provocar que se genere la alteración de la competencia objetiva y/o territorial. En el presente caso práctico, debido a que se puede apreciar la conexidad objetiva entre delitos (art. 17.2.3º LECrim) se produce la alteración de la competencia objetiva; de esta forma los delitos que se cometen por parte de Raquel en el caso serán juzgados en una única causa por la Audiencia Provincial, pues se corresponde con el Tribunal al que le corresponde juzgar el delito que tiene atribuida la mayor pena (art. 18.1.1º LECrim).

IV. La grabación de conversaciones entre particulares carece de regulación mediante previsión legal específica como medio de prueba en la LECrim; no obstante, la jurisprudencia ha venido admitiendo este medio de prueba siempre que cumpla ciertos requisitos. Por consiguiente, constituye un medio de prueba la grabación de una conversación por una persona que está participando en la misma. Asimismo, la grabación debe cumplir ciertos requisitos para que pueda apreciarse como una prueba válida; a saber que deberá ponerse a inmediata disposición judicial, deberá reproducirse en el acto del juicio oral, el autor de la grabación tendrá que declarar en el acto del juicio oral, y la conversación debe haber surgido de manera espontánea en la medida de lo posible.

V. El EVD contiene un catálogo de medidas de protección aplicables a todas las víctimas, así como otras medidas aplicables a las víctimas que lo precisen en atención a la evaluación individualizada que se les realice. La imposición de unas u otras medidas de protección se determina con arreglo a los criterios que se indican en el EVD, y en cierta medida a lo que considere necesario el Juez o Tribunal al que le corresponda decidir.

VI. En el presente caso, el padre está legitimado para ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial, pero estará sujeto al breve plazo de caducidad de un año a contar desde que tiene conocimiento de los hechos (art. 133.2 CC). Por otro lado, el hijo puede ejercer la acción de reclamación de filiación extramatrimonial durante toda su vida (art. 133.1 CC).

VII. Actualmente, la tendencia de los Tribunales es optar por atribuir la guarda y custodia compartida a los progenitores siempre y cuando se den las circunstancias para ello, en atención al interés superior del menor. Sin embargo, en los casos que los progenitores residen en países distintos no es posible atribuir la guarda y custodia compartida, de acuerdo con el interés superior del menor, la jurisprudencia y con los criterios que prevé el CC.

VIII. No constituye un hecho delictivo que el progenitor, que ostenta la patria potestad sobre un menor, lo traslade fuera de su país de residencia habitual sin el consentimiento del presunto progenitor respecto del que no se ha establecido la filiación extramatrimonial. Además, aunque posteriormente se establezca dicha filiación no se desplegarán efectos retroactivos respecto de la patria potestad, y por tanto seguirá sin constituir una conducta delictiva el traslado del menor realizado con anterioridad a la determinación de la filiación.

BIBLIOGRAFÍA

ADAM MUÑOZ, M.D., 2016. La nueva regulación de la filiación natural en el derecho internacional privado español. *Cuadernos de derecho transnacional*, Octubre, vol. 8, no. 2, pp. 34-54. CrossRef. ISSN 1989-4570. DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3252>.

ÁLVAREZ OLALLA, M., 2018. Última jurisprudencia del TS en materia de Custodia Compartida. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 3/2018*, no. 3, pp. 1-4.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., et al., 2021. *Comentarios al código civil*. 5ª edición ed. Cizur Menor (Navarra), España: Thomson Reuters Aranzadi. ISBN 078-84-1345-755-0.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., et al., 2021. *Manual de Derecho Civil. Derecho de familia*. . 6ª ed. Madrid, España: Bercal. ISBN 978-84-89118-35-5.

CALLEJÓN HERNÁNDEZ, C., 2021. *El delito de sustracción de menores*. Madrid, España: Dykinson, S.L. ISBN 978-84-1377-760-3.

CALVO CARAVACA, A.L. and CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., 2011. *Sustracción internacional de menores: Una visión general*. En: El discurso civilizador en Derecho Internacional. España: Institución Fernando el Católico, pp. 115-155. ISBN 978-84-9911-136-0.

CALVO CARAVACA, A. and CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., 2018. *Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2018 (1281/2018) La Ley aplicable a la filiación: la residencia habitual del hijo*. BOE.

Disponible en:

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2018-16

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., 2016. Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, no. 2, pp. 157-182. [Consultado el 23/05/2022] ISSN 2387-1253. Disponible en:

<http://bibliotecaculturajuridica.com/EDIT/1538/redi-vol-68-2-2016.html/>

CUBILLO LÓPEZ, I.J., 2017. *LAS CAUSAS DE CONEXIÓN PENAL Y SU APLICACIÓN TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 41/2015*., Estudios de Deusto vol. 65 no. 2, pp. 39-83. DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp39-83](https://doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp39-83)

DE LA ROSA CORTINA, J.M., 2017. *El delito de sustracción de menores: Última jurisprudencia*. Centro de Estudios Jurídicos.

Disponible en:

<https://www.fiscal.es/documents/20142/100691/Ponencia+de+la+Rosa+Cortina%2C+Jos%C3%A9+Miguel.pdf/24309fb3-23aa-07d4-a7cc-fde6bd7d64c7>

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. and SÁNCHEZ LORENZO, S., 2020. *Derecho internacional privado*. 11ª ed. Navarra, España: Thomson-Civitas ISBN 978-84-1308-520-3.

GARCÍA SEDANO, T., 2021. *El trabajo forzoso, la esclavitud y sus prácticas análogas como finalidades del delito de trata de seres humanos*. 1ª ed. Zaragoza: Reus, S.A. ISBN: 978-84-290-2494-4.

GARCÍA SEDANO, T., 2020. *El delito de trata de seres humanos: el artículo 177 bis del Código Penal*. Madrid: Reus, S.A. ISBN: 978-84-290-2308-4.

GÓMEZ COLOMER, J.L., 2021. Víctimas de trata: Declaraciones y protección en el proceso penal. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, no. 64.

GÓMEZ TOMILLO, M., 2015. Artículo 177 bis. *Comentarios prácticos al Código penal*, vol. 2, pp. 478. ISSN 8490-987815.

HERNÁNDEZ RUEDA, M.D., 2017. *La posición de las víctimas en el delito de trata de seres humanos en el proceso penal. La trata de seres humanos. El Derecho y la esclavitud del Siglo XXI*. Cuadernos Digitales de Formación.

Disponible en:

<https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/FORMACI%C3%93N%20CONTINUA/PLA N%20ESTATAL/MATERIALES%20DOCENTES/FICHERO/CU17083%2002%20Hernandez%20Rueda%20D.pdf>.

LAFONT NICUESA, L., 2013. Reglas concursales en el delito de trata de personas. *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*. 1ª ed. Aranzadi. S.A.U. ISBN: 978-84-9014-565-4.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. and ARRIETA IDIAKEZ, F.J., 2019. La trata de seres humanos con fines de explotación laboral en la legislación española. *Revista Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, Aug 27, no. 107. ISSN 2341-0841. DOI: <https://doi.org/10.14422/icade.i107.y2019.002>

NANCLARES VALLE, J., 2016. *Estudios y Comentarios Legislativos. Código Civil Comentado. Volumen I*. Civitas, S.A. ISBN 978-84-9099-396-5.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO., 2012. *INDICADORES TRABAJO FORZOSO*.

Disponible en:

https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/publications/WCMS_718555/lang--es/index.htm

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO., 2005. *Una Alianza global contra el trabajo forzoso*. ISBN: 92-2-315360-3.

Disponible en:

https://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_082334/lang--es/index.htm

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., et al., 2020. *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo blanch. ISBN 978-84-1355-547-8.

PLANCHADELL GARGALLO, A., 2021. Protección procesal de las víctimas de trata: aproximación general. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, no. 61. Aranzadi, S.A.U.

RICHARD GONZÁLEZ, M., 2017. *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*. España: Wolters Kluwer España, S.A., ISBN 978-84-9020-667-6.

SAINZ RODRÍGUEZ, E., 2021. *Guía rápida para entender qué es la patria potestad*. En: *Legal Today* [en línea]. Disponible en: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/civil/guia-rapida-para-entender-que-es-la-patria-potestad-2021-11-02/>.

SALVADOR DE LA FUENTA CARDONA, F., 2019. Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona ¿LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS O LA POLÍTICA MIGRATORIA? APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE AYUDA A LA INMIGRACIÓN IRREGULAR. *Revista Crítica Penal y Poder*, no. 18, pp. 172-181.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, Á y PINOL RODRÍGUEZ, J.R., 2020. *Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial*. . 8ª ed. España: Aranzadi, S.A.U. ISBN 978-84-9197-813-8.

WOLTERS KLUWER., 2022a. *Prueba indiciaria (proceso penal)*. En: *Guías jurídicas* [en línea].
Disponible en:
<https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAABAEAMtMSbF1jTAAAKNDC1NjA7Wy1KLizPw8WyMDAwsDcwMLkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAN4Xm8Y1AAAAWKE>.

WOLTERS KLUWER., 2022b. *Valoración de la prueba (proceso penal)*. En: *Guías jurídicas* [en línea].
Disponible en:
https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAABAEAMtMSbF1jTAAAUMTUwNTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAfS_vvzUAAAA=WKE.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

- Tribunal Supremo

STS de 3 de octubre de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:6427)

STS de 14 de febrero de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:819)

Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2005⁶²

STS de 28 de septiembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:5608)

STS de 5 de diciembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:7485)

STS de 19 de enero de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:324)

STS de 8 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:5969)

STS de 7 de julio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4824)

STS de 19 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:2098)

STS de 29 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:2246)

STS de 28 de enero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:558)

STS de 3 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:862)

STS de 13 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2070)

STS de 28 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2348)

STS de 1 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:797)

STS de 9 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1157)

STS de 18 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2287)

STS de 12 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4045)

STS de 20 de octubre 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4555)

STS de 16 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1902)

⁶² Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdos-de-13-de-julio-de-2005-sobre--1--Autorizacion-judicial-para-extraer-muestras-para-analisis-de-ADN-a-detenido---2--Alcance-del-Art--313-1--del-C-P---entrada-clandestina-e-ilegal-analisis-de-ADN-a-una-persona-detenido-a-la-que-no-se-informa-de-su-derecho-a-noautoinculparse-y-que-carece-de-asistencia-letrada->

STS de 17 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1281)

STS de 18 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1414)

STS de 22 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1827)

STS de 8 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3177)

STS 23 de abril 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1403)

STS de 6 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1373)

STS de 22 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1514)

STS de 4 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1760)

- **Tribunal Constitucional**

STC de 24 de marzo de 2003 (BOE-T-2003-7857)

STC de 7 de noviembre de 2007 (RTC 2007/236)

- **Audiencias Provinciales**

SAP de A Coruña de 9 de octubre 2013 (ECLI:ES:APC:2013:2506)

SAP de Barcelona de 31 de enero de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:13868)

SAP de Guipúzcoa de 13 de marzo de 2020 (ECLI:ES:APSS:2020:1495)

SAP de Barcelona de 10 de junio de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:7801)

AAP de Guipúzcoa de 9 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:APSS:2020:477A)

SAP de Madrid de 10 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:APM:2021:13760)

APÉNDICE LEGISLATIVO

Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Boletín Oficial del Estado, de 17 de septiembre de 1882, núm. 260 (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con))

Real Decreto, de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado, de 25 de julio de 1889, núm. 206. (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con))

Decreto, de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. Boletín Oficial del Estado, de 11 de diciembre de 1958, núm. 296. (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/d/1958/11/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/d/1958/11/14/(1)/con))

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, de 29 de diciembre de 1978, núm. 311. (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con))

Instrumento de ratificación, de 9 de mayo de 1984, del Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980. Boletín Oficial del Estado, de 1 de septiembre de 1984, núm. 210. (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/ai/1980/05/20/\(2\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1980/05/20/(2)))

Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. Boletín Oficial del Estado, de 24 de agosto de 1987, núm. 202. (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/ai/1980/10/25/\(2\)/con](https://www.boe.es/eli/es/ai/1980/10/25/(2)/con))

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, de 2 de julio de 1985, núm. 157. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>)

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989. Boletín Oficial del Estado, de 31 de diciembre de 1990, núm. 313. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/ai/1989/11/20/81>)

Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. Boletín Oficial del Estado, de 24 de diciembre de 1994, núm. 307. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1994/12/23/19/con>)

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 24 de noviembre de 1995, núm. 281. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>)

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. Boletín Oficial del Estado, de 17 de enero de 1996, núm. 15. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>)

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, de 8 de enero de 2000, núm. 7.

(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>)

Reglamento (CE) nº 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000. Diario Oficial de la Unión Europea, de 23 de diciembre de 2003, núm. 338. DOUE-L-2003-82188

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. Boletín Oficial del Estado, de 23 de junio de 2010, núm. 152.

(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/06/22/5/con>)

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Boletín Oficial del Estado, de 22 de julio de 2011, núm. 175.

(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/07/21/20/con>)

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Boletín Oficial del Estado, de 28 de abril de 2015, núm. 101.

(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/04/27/4/con>)

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, de 24 de octubre de 2015, núm. 255.

(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con>)