



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

FACULTAD DE DERECHO

GRADO EN DERECHO

CURSO 2021/2022

Trabajo de Fin de Grado

DICTAMEN JURÍDICO

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

ALUMNA: MARTA CASTRO VICENTE

REALIZADO BAJO LA TUTELA DEL PROFESOR: EDUARDO CEBREIROS
ÁLVAREZ

(CONVOCATORIA: JUNIO 2022)

SUMARIO

| | |
|--|-----------|
| 1. ABREVIATURAS..... | 3 |
| 2. ANTECEDENTES DE HECHO | 4 |
| 3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS | 6 |
| PRIMERO. Análisis de los aspectos sustantivos en materia penal..... | 6 |
| 1.1. Calificación jurídica de los hechos | 6 |
| 1.2. Situaciones concursales concurrentes..... | 13 |
| 1.3. Circunstancias modificativas genéricas de la responsabilidad criminal..... | 25 |
| 1.4. Penas en concreto y otras consecuencias jurídicas a imponer | 26 |
| SEGUNDO. Análisis de los aspectos procesales en materia penal..... | 30 |
| 2.1. Órgano jurisdiccional competente para conocer y enjuiciar los hechos..... | 30 |
| 2.2. Licitud de los medios de prueba | 32 |
| 2.3. Medios de protección de la víctima en el ámbito procesal | 33 |
| TERCERO. Análisis de los aspectos sustantivos en materia civil con elementos extranjeros..... | 37 |
| 3.1. Reconocimiento de la filiación extramatrimonial | 37 |
| 3.2. Guarda y custodia por períodos anuales en distintos países | 40 |
| CUARTO. Sustracción internacional de menores. Aspectos civiles y penales..... | 43 |
| 4. CONCLUSIONES FINALES..... | 46 |
| 5. BIBLIOGRAFÍA | 48 |
| I. MONOGRAFÍAS | 48 |
| II. INFORMES..... | 49 |
| 6. ANEXOS..... | 51 |
| I. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL | 51 |
| II. APÉNDICE LEGISLATIVO | 54 |

1. ABREVIATURAS

| | |
|----------------|--|
| AGNU | Asamblea General de Naciones Unidas |
| art./arts. | Artículo/artículos |
| CE | Constitución Española |
| CEDH | Convenio Europeo de Derechos Humanos |
| CJI | Competencia Judicial Internacional |
| CP | Código Penal |
| DI | Derecho Internacional |
| DUDH | Declaración Universal de los Derechos Humanos |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil |
| LECrim. | Ley de Enjuiciamiento Criminal |
| L.O | Ley Orgánica |
| N.U | Naciones Unidas |
| <i>Op. cit</i> | <i>Opus citatum</i> (Obra citada) |
| p./pp. | Página/páginas |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| STSJ | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TRLET | Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores |
| TSH | Trata de seres humanos |
| UE | Unión Europea |

2. ANTECEDENTES DE HECHO

De la información facilitada se deducen los siguientes hechos:

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 obtendrá un salario de 1.200 euros mensuales, que ella podrá asumir los gastos del viaje y que Alejandra se lo pagará 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 mejorará su situación económica y la ayudará 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 le 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 oscilará entre los 5.500 y los 9.000 euros, la cual podrá 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 irá 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 estaba ganando debía abonárselo a Raquel para hacer frente a la deuda

contra da. 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 tendrá que pagar un monto aun mayor por haberse quedado en el país como ilegal y que le quitarán 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 video. 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 quitarán 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.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Análisis de los aspectos sustantivos en materia penal

La conducta de Raquel, conforme al relato de hechos probados, contiene una pluralidad de acciones con relevancia penal que se analizarán separadamente para una calificación jurídica de los hechos y una posterior determinación de las consecuencias penales.

1.1. Calificación jurídica de los hechos

La conducta descrita realiza el tipo objetivo del delito de trata de seres humanos, cuyo marco normativo internacional de esta materia es amplio y denso.

El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, de 15 de noviembre de 2000 (también conocido como Protocolo de Palermo I), se trata del instrumento jurídico más significativo en el ámbito de las N.U sobre la TSH. No obstante, su aplicación se limita a las situaciones de trata de naturaleza transnacional en las que haya intervenido un grupo criminal organizado, de manera que no es aplicable al caso que se nos plantea pues, aunque sí cumple el elemento transnacional, no se trata en ningún caso de un grupo criminal. Sin embargo, siguiendo la línea de la *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, pp. 15 y ss., los Estados Parte no tienen la obligación de incluir los elementos de transnacionalidad y de criminalidad organizada en la tipificación del delito de TSH, no considerándolos elementos básicos de la definición jurídica de trata.

En el ámbito del Consejo de Europa es imprescindible hacer alusión al Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005 (también conocido como Convenio de Varsovia). Dicho Convenio, a diferencia del Protocolo de Palermo I, comprende todas las formas de TSH, ya sean internas o internacionales y, además, abarca como sujeto activo a cualquier persona, superando la vinculación de la trata con la delincuencia organizada.

En el ámbito de la UE, se destaca la Directiva (UE) 2011/36 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. *Diario Oficial de la Unión Europea* nº 101/1, de 15 de abril de 2011.

En nuestro ordenamiento jurídico, dicho delito aparece tipificado Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, específicamente en el Título VII *bis* del CP que lleva como rúbrica "*de la trata de seres humanos*" en el art. 177 *bis*. En términos generales podría afirmarse que el art.177 *bis* realiza una transposición casi literal de los mandatos contenidos en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, completada con algunas precisiones provenientes de la Decisión Marco (2002/629/JAI) de 2002.

En cuanto al bien jurídico protegido, la exposición de Motivos de la LO 5/2010 que introdujo este tipo en el C.P, se la que el mismo sanciona "*un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren*", de ello se

deduce claramente que estos dos serían los bienes jurídicos esenciales protegidos con el precepto. Se puede considerar, a la vez, como bien jurídico protegido de este delito la integridad moral de las víctimas, ya que la misma se ve dañada al ser estas cosificadas para perseguir las finalidades¹ que establece el art. 177 bis CP². Al proteger un bien jurídico de naturaleza personalísima —la propia personalidad de la víctima—, se cometen tantos delitos de TSH como víctimas hayan sido tratadas, aunque todas ellas lo fueran por una acción conjunta.

De la literalidad del artículo y siguiendo los preceptos internacionales y europeos, el tipo básico del delito de trata de adultos está estructurado sobre tres elementos que deben concurrir para que el delito se produzca: en primer lugar, la *acción*, en segundo lugar, los *medios comisivos* y, por último, el objetivo perseguido, siendo la *explotación*, que, a su vez, abarca distintas formas o manifestaciones.

En relación con el primero de los elementos, la *acción*, el art. 177 bis CP prevé unos verbos típicos relativamente similares a los utilizados por el DI para configurar la acción típica³. De precepto se extrae que el legislador pena todas las fases en las que la trata se produce, de forma que, con la realización de una de las conductas citadas en el precepto, ya sea transnacional o interna, es suficiente para consumir el delito. Ahora bien, es preciso, de modo inexcusable que, junto con la acción, concorra dolo y la finalidad de explotación⁴. Por tanto, *a priori*, la prohibición se configura como una especie de delito de movimiento, donde la idea del desplazamiento de la víctima protagoniza la redacción utilizada para construir el tipo objetivo⁵.

En el supuesto actual es fácil apreciar la concurrencia de una serie de elementos típicos de la conducta criminal de TSH y las sucesivas fases en las que se articula la trata. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han abordado un estudio amplio de cada uno de los conceptos que configuran la *acción* de la TSH. En la STS de 29 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1229)⁶ se subrayan las sucesivas fases en las que se articula la trata:

- La primera fase del delito de TSH consiste en una inicial conducta de *captación*, esto es, en la atracción de una persona para controlar su voluntad con fines de explotación. Es habitual la utilización del engaño, mediante el cual el tratante articula un

¹ a) *La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.* b) *La explotación sexual, incluyendo la pornografía.* c) *La explotación para realizar actividades delictivas.* d) *La extracción de sus órganos corporales.* e) *La celebración de matrimonios forzados.*

² ARMENDÁRIZ LEÓN, C. (Dir.) (2022). *Parte especial del derecho penal a través del sistema de casos.* (2ª ed.) Valencia: Tirant lo Blanch, pp.117- 118.

³ “1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la capture, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes [...]”.

⁴ GARCÍA SEDANO, T. (2020). *El delito de trata de seres humanos: El artículo 177 bis del Código Penal.* Madrid: Reus Editorial, p. 42.

⁵ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2013). *El delito de trata de seres humanos. El art. 177 bis CP.* Valencia: Tirant lo Blanch, p. 82.

⁶ Reiteración del tribunal en la STS de 22 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1020) y la STS de 24 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2572) entre otras.

mecanismo de acercamiento a la víctima para lograr su “enganche” o aceptación de la propuesta. En el presente caso se aprecia la concurrencia de estos elementos típicos de la trata en esta primera fase de captación de la víctima, pues aprovechando su precaria situación económica en Nicaragua tras haber quedado sin trabajo y con un hijo de 3 años que sostener, Raquel le ofrece un trabajo bien remunerado, realizando actividades en el servicio doméstico de su domicilio en España, prometiendo una mejoría en su situación económica.

- La segunda fase del delito consiste en el *traslado*, es decir, en mover a una persona de un lugar a otro utilizando cualquier medio disponible. La utilización de la expresión *traslado* enfatiza el cambio que realiza una persona de comunidad o país y está relacionado con la técnica del "desarraigo". El desarraigo se materializa en el traslado de la víctima al lugar de explotación. Cuando se llega al destino final, la víctima es despojada, con mucha frecuencia, de sus documentos de identidad y viaje, así como de otras pertenencias que la relacionen con su identidad y con sus lazos familiares y afectivos. En el caso objeto de enjuiciamiento, se detallan los actos de traslado cuando Raquel envía por correo electrónico los billetes de avión con el destino a España a la víctima y a su hijo. Una vez en España, Raquel los recibe en el aeropuerto y los lleva a una casa situada en Santiago de Compostela, donde les retira el pasaporte.
- La última fase del delito consiste en *acoger, recibir*. Con el término *acoger* se alude a proporcionar refugio o albergue a la víctima de la trata. Raquel perpetúa a la víctima y a su hijo en su domicilio donde realizará los trabajos domésticos. En lo que se refiere a *recibir*, puede considerarse que cubre situaciones en las que se acude a recibir a la víctima. En el presente caso, se entiende que concurren cuando Raquel los recibe en el aeropuerto. Aunque, si bien es cierto, según VILLACAMPA, que el verbo *recibir* es absorbido, por lo general, en los casos que subsiga a *acoger* o en que anteceden el *transportar* o *trasladar*⁷.

El segundo de los elementos objeto de análisis son los *medios comisivos*, a través de los cuales se llevan a cabo las acciones descritas anteriormente, ya que para que la conducta se considere constitutiva de delito de TSH, es necesario que se lleve a cabo empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. Estos medios utilizados para la captación, traslado, transporte o recepción tienen que ser lo suficientemente eficaces para lograr que la víctima sea obligada a ello, ya por no haber prestado su consentimiento, ya por haberlo prestado de manera viciada⁸.

En los hechos declarados probados se exponen varios tipos de trata a lo largo del proceso, en relación con los diversos medios comisivos:

- En un primer momento, se empleó la trata fraudulenta mediante el engaño a través de dos formas diferentes; por un lado, dicha captación se produce a través de unos vecinos a los que Raquel Benítez les comenta que busca a una persona que quiera

⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2011). *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*. (1ªed.) Navarra: Aranzadi, p.411.

⁸ En este sentido, la SAP de Las Palmas de Gran Canaria, de 25 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:APGC:2015:2145)

viajar a España para trabajar en el servicio doméstico de su domicilio, utilizando la relación de confianza, aportando así una mayor credibilidad a la propuesta de la tratante. Por otro lado, ofrece una prestación laboral a realizar en otro lugar de destino, captando a la víctima en Nicaragua, mediante unas ofertas de trabajo falsas, un salario de 1.200 euros mensuales y una bolsa de viaje para lograr vencer la voluntad de la víctima.

- En la fase de captación, se lleva a cabo la trata abusiva aprovechándose de las especiales condiciones que sufre la víctima, posición de vulnerabilidad y necesidad a la que hace referencia el art.177 *bis* CP⁹. En relación con la *situación de vulnerabilidad*, en el caso que nos ocupa nos referimos a la migración y desplazamiento, siguiendo la línea de la STS de 30 de mayo de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:3465) al tratarse de una víctima sin pasaporte y en un país extranjero, sin medios para procurarse alojamiento y sustento, donde acepta las condiciones indicadas por Raquel, ya que era la única persona “capaz de acogerlos y ayudarlos”. Además, la jurisprudencia ha considerado como supuestos de situaciones de vulnerabilidad en el delito de trata: una situación administrativa irregular, tener menores a su cargo o la inexistencia de un entorno social que pudiera ayudar al sujeto pasivo¹⁰.

Ninguno de los instrumentos internacionales ni comunitarios prevén la *situación de necesidad* como medio de determinación de la voluntad de la víctima al que hace referencia el citado artículo. En todo caso, acudiendo al sector doctrinal, la *situación de necesidad* presenta el mismo alcance, contenido, naturaleza y significado que la *situación de vulnerabilidad*, resultando innecesario su incorporación al elenco de medios que conforma la trata abusiva¹¹. GARCÍA SENDANO¹², entiende que el legislador español ha ampliado la enumeración de medios comisivos a lo previsto por diversos instrumentos internacionales y, además, establece que el TS ha considerado como ejemplo de abuso de la *situación de necesidad* de la víctima: el desconocimiento del idioma y las costumbres españolas, la ausencia de amistades de confianza, situación ilegal en España, la existencia de incapacidad o situación similar. En todo caso, la situación deberá tener una entidad suficiente como para que pueda ser equiparada a la situación de vulnerabilidad.

- Ya en la fase de explotación efectiva de la víctima, nos encontramos con un tipo de trata forzada, en la que Raquel utiliza la intimidación cuando Alejandra decide que no quiere continuar trabajando en esas condiciones y Raquel la amenaza con llamar a la policía para que los deporten si decide irse o dejar de trabajar para ella. De esa forma, tendría que pagar una elevada cantidad de dinero por haberse quedado en el país como ilegal y, además, perdería la custodia del menor.

En este sentido, al ser, en este caso, las amenazas inherentes al delito de TSH, entre ambos delitos existe una relación de concurso de normas debiendo imponerse únicamente la pena por el delito de trata al absorber éste la vulneración de todos los

⁹ “Existe una situación de necesidad o de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso”.

¹⁰ En esta línea, la SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 17 de octubre de 2018 (ECLI:ES:APGC:2018:2696)

¹¹ DAUNIS RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 97 y ss.

¹² GARCÍA SEDANO, *op. cit.*, pp. 62 y ss.

bienes jurídicos implicados. Así, el delito de amenazas, al utilizarse la intimidación como medio comisivo, queda consumido en la acción típica de la trata.

El tercer y último elemento que configura el delito de TSH es la finalidad de *explotación*. Teniendo en cuenta que el art. 177 *bis*.1 establece los fines que debe perseguir el delito de TSH¹³; a diferencia de las definiciones contenidas en los textos internacionales y regionales, en los que se incluye un elenco *numerus apertus* de posibles fines de trata, las finalidades expuestas en este artículo conforman un *numerus clausus* en el que no pueden incluirse otros fines distintos a los expresamente previstos. En relación con el alcance de dichos fines, y siguiendo la línea internacional y europea, el legislador español no precisa su significado una delimitación que se considera necesaria siguiendo el principio de legalidad penal¹⁴.

No es necesario que concurra este último elemento para que el tipo se consuma, es decir, para que el delito se perpetúe, siendo suficiente con que los autores actúen con la finalidad de explotar con posterioridad a la víctima. DAUNIS RODRÍGUEZ dispone que el delito de TSH exige que la acción descrita en el tipo se realice con la finalidad de llevar a cabo una segunda conducta cuya posible ejecución daría lugar a otro delito; bastando que se realice la primera acción, con intención de producir la segunda, para afirmar que el delito se ha consumado¹⁵.

Si bien es cierto que teniendo en cuenta las diversas finalidades que persigue la TSH, en este caso llega a producirse tal finalidad de explotación, integrándose en el apartado a) del art. 177 *bis*.1: “*la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad*”.

Las disposiciones adoptadas por la OIT, en relación con el trabajo forzoso u obligatorio, constituyen un elemento esencial para comprender el significado y alcance actual de los trabajos o servicios forzados de explotación a la que puede conducir la TSH. Reparando a la definición de esta forma de explotación, el Convenio 29 de la OIT, de 1930, determina a los efectos del mismo, la expresión de “*trabajo forzoso u obligatorio*”¹⁶ en su art.2.1. Esta definición fue ampliada por el Convenio número 105 de la OIT sobre la abolición del trabajo forzoso, de 1957, en el que se hace alusión a la supresión de cinco casos concretos de trabajos forzosos¹⁷. De esta manera, el legislador español se limita a trasladar

¹³ “a) *La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.* b) *La explotación sexual, incluyendo la pornografía.* c) *La explotación para realizar actividades delictivas.* d) *La extracción de sus órganos corporales.* e) *La celebración de matrimonios forzados.*”

¹⁴ LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. (2016). *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*. (1ª ed.) Pamplona: Ed. Aranzadi, SA, p.89.

¹⁵ DAUNIS RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 103.

¹⁶ “*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.*”

¹⁷ “*Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio:(a) como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido;(b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico;(c) como medida de disciplina en el trabajo;(d) como castigo por haber participado en huelgas;(e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.*”

los conceptos de los mandatos internacionales y comunitarios, pero sin delimitar las figuras que tienen encaje en el mismo.

Siguiendo la línea de LÓPEZ RODRÍGUEZ¹⁸, el alcance de esta expresión no puede basarse en una interpretación literal y textual de la misma:

En primer lugar, puede observarse que la definición se refiere a un aspecto concreto de la vida del individuo; la ejecución de un trabajo o la prestación de unos servicios, de manera que no se refiere exclusivamente a una actividad laboral productiva reglada o no reglada. No es necesario que una actividad esté reconocida oficialmente como actividad económica para que pueda constituir una situación de trabajo o servicio forzado.

En segundo lugar, dichos trabajos o servicios se caracterizan por ser “forzados”, es decir, realizado en condiciones de determinada coacción. Esta noción de trabajo o servicios forzados entraña la ausencia de consentimiento para realizar el trabajo o el servicio. En efecto, se entiende que existe consentimiento cuando éste se ha otorgado libremente; es decir, conociendo todos los elementos de la relación laboral y teniendo la posibilidad de revocar dicho consentimiento en cualquier momento. De no darse estas circunstancias, se considerará que hay ausencia de consentimiento de la víctima. Las condiciones laborales acordadas en un primer momento entre Raquel y Alejandra no son las adoptadas finalmente y, además, en el momento en que decide no seguir trabajando en esas condiciones, empiezan las amenazas de Raquel, no permitiendo revocar el consentimiento.

En tercer lugar, esta forma de explotación implica la imposición de un trabajo o servicio bajo la amenaza de una pena cualquiera. Esta circunstancia vulnera uno de los elementos esenciales de las relaciones laborales reguladas por el Derecho del Trabajo: el trabajo libre. En concreto, la libertad de elección en el ámbito laboral significa que el trabajador tiene derecho a negociar con el empleador los términos y las condiciones del trabajo o servicio a realizar sin enfrentarse a una posible pena o sanción. En el caso que nos ocupa, la víctima se siente coaccionada bajo las amenazas de que será avisada la policía para que la deporten en caso de que quiera extinguir la relación laboral en el domicilio de Raquel. De manera que traería consigo graves consecuencias, entre ellas, la pérdida de la custodia de su hijo y abonar elevadas cantidades como sanción por permanecer en España como inmigrante irregular.

Finalmente, es importante destacar que el trabajo o servicio forzado suele ser un proceso en el que la persona implicada se va viendo inmersa, de forma gradual, en un estado de coerción. De manera que inicialmente es aceptable y se va convirtiendo en una situación de trabajo o servicio forzado.

A la luz de los hechos, concurre el apartado a) del art. 177 *bis* 1, pues la finalidad de explotación es manifiesta, dado que ha llegado a producirse. Alejandra realiza diversas actividades domésticas y de jardinería durante más de 16 horas diarias sin percibir salario alguno, pues era destinado a saldar la deuda contraída, deuda que aumenta por los intereses y por los supuestos gastos de alojamiento, manutención y pago de los servicios de la niñera, sin disfrutar de descanso ni recibir comida y la prohibición de salida del

¹⁸ LÓPEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 129 y ss.

inmueble. El servicio doméstico es especialmente vulnerable a la explotación laboral, al realizarse en un contexto cerrado, facilitando que no se apliquen las reglas generales que rigen el mercado de trabajo, dificultando el control del cumplimiento de las mismas, al ser un sector que queda prácticamente al margen de la acción de los inspectores de trabajo¹⁹.

En relación con la finalidad de explotación, es importante mencionar en el presente caso la explotación de la persona en régimen de servidumbre por deudas. El TEDH considera que existe servidumbre cuando la actividad incriminada implica una forma especialmente seria de la negación de libertad de una persona y ha señalado que esta situación engloba “*además de la obligación de proporcionar a otra ciertos servicios [...] la obligación para el siervo de vivir en la propiedad de otras persona y en la imposibilidad de cambiar esta situación*”²⁰. Dicha servidumbre está prohibida por diversas normas internacionales, entre ellas en el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1996 y el art. 5 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE.

La servidumbre por deudas es entendida como el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios²¹. La víctima ha sido desplazada de su residencia habitual mediante falsas promesas de un puesto de trabajo en España, se le ha facilitado toda la cobertura económica necesaria para el transporte, y madre e hijo han sido recibidos y alojados en su casa. Es ahí cuando se le comunica que han contraído una deuda descomunal que solo la pueden pagar realizando actividades en condiciones realmente abusivas e indignas, obligándola a permanecer en su domicilio sin poder salir del mismo.

Una vez analizados todos los elementos que han de concurrir para calificar la conducta como delito de TSH es importante destacar se trata de un delito de consumación anticipada, se exige que la acción se realice con la finalidad de llevar a cabo una segunda conducta cuya posible ejecución daría lugar a otro delito, bastando que se realice la primera acción con intención de producir la segunda, para afirmar que el delito se ha consumado. En relación con estos términos, DAUNIS RODRIGUEZ²² expone que en el momento en que se acoge o recibe a la víctima en el lugar donde será explotada, el delito se consume. Además, para tipificar una conducta como un delito de TSH, es totalmente irrelevante el consentimiento de la víctima, de manera que no se tiene en cuenta en ninguna de sus fases, porque la persona no consiente de manera libre, sino que alguna circunstancia limita su voluntad. Así se regula en nuestro ordenamiento jurídico en el apartado 3 del art. 177 *bis*²³. En el caso que nos ocupa, el consentimiento de la víctima está viciado, por ello carece de toda eficacia.

¹⁹ DAUNIS RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 107.

²⁰ STEDH Caso Siliadin contra Francia, de 26 de julio de 2005.

²¹ Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración. (2011).

²² DAUNIS RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 84.

²³ “3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.”

En relación con los tipos cualificados, el apartado 4 del art.177 *bis* establece la cualificación general del delito, en virtud del cual se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 del art. 177 *bis*, cuando, con ocasión de la trata, se ponga en grave peligro a la víctima la víctima sea menor de edad o la misma sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación. Asimismo, si concurren más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

En el presente caso, no concurre ninguna de las circunstancias previstas en dicho precepto, toda vez que la víctima no es menor de edad ni se pone en peligro en ningún momento. Si bien es cierto, pueden surgir dudas en relación con el apartado b) del mismo artículo²⁴, en virtud del concepto vulnerabilidad²⁵, no puede aplicarse porque necesariamente deben ser otros distintos de los que han podido ser tomados en consideración para configurar el tipo básico²⁶, evitando así su valoración dos veces con el quebranto del *non bis in idem*. El denominador común de estos supuestos es la de producir en el sujeto pasivo una especial vulnerabilidad, tales supuestos puede ser, a modo de ejemplo; mendigos con demencia, extranjeros ilegales con discapacidad, extranjeros ilegales en centros de internamiento, situación económica angustiosa por persecución de mafias, etc.²⁷

No concurre tampoco la condición de autoridad, agente de esta o funcionario público del sujeto activo, establecido en el apartado 5 del mencionado precepto, pues de los hechos expuestos, no puede deducirse tal condición en la persona de Raquel.

Finalmente, es improcedente hablar del tipo cualificado en relación con la pertenencia a una organización o asociación dedicada a la trata de seres humanos, a tenor del apartado 6 del referido artículo, ya que no se da este elemento de criminalidad organizada.

En virtud de lo expuesto, queda más que acreditado que concurren, por tanto, los elementos necesarios para considerar la aplicación de tipo básico del art.177 *bis* CP, toda vez que el delito de TSH se consuma una vez realizada la acción típica, con independencia de que haya o no producido la situación concreta de explotación laboral, sin concurrir ninguna de las circunstancias agravantes del mencionado precepto.

Efectivamente se ha producido la explotación laboral, además de otras conductas delictivas medales, lo que lleva al delito de TSH a entrar en concurso con otros delitos, cuestión que se desarrollará en el siguiente punto.

1.2.Situaciones concursales concurrentes

De acuerdo con los antecedentes expuestos y en defensa de los intereses de la víctima, Alejandra, es preciso analizar las relaciones concursales existentes entre el delito de TSH

²⁴ “b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad”.

²⁵ Por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal.

²⁶ Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración. (2011), pp.16-17.

²⁷ CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.) (2019). *Manual de derecho penal parte especial*. Tomo 1. (2ªed.) Valencia: Tirant lo Blanch, p.207 y ss.

y el resto de los delitos cometidos por la acusada, con el objetivo de determinar las penas y otras consecuencias jurídicas a imponer.

I) Delito contra los derechos de los trabajadores

Los hechos relatados son constitutivos, asimismo, de un delito contra los derechos de los trabajadores.

En relación con el término *trabajador* ha de entenderse en sentido amplio, es decir, no solamente los sujetos comprendidos en los arts. 1.1 y 2 del TRLET²⁸, sino también aquellas personas que desean ejercitar su deber de trabajar y, correlativamente, su derecho a trabajar. En este caso, Alejandra tiene toda la iniciativa de trabajar en el servicio doméstico del domicilio de Raquel y acepta la oferta laboral, motivo por el que se desplaza a España.

En la línea de LÓPEZ RODRÍGUEZ²⁹, en este tipo de delitos, el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores, como manera de impedir que se produzcan situaciones de explotación.

La acusada ofreció a la víctima sobre la que recae esta conducta ayudarla a entrar en España para trabajar en el servicio doméstico de su domicilio, con un salario de 1.200 euros mensuales, adelantándole los gastos del viaje, los cuales pagaría más adelante con su salario. Esto determinó que la deuda de Alejandra aumentara mes a mes, en lugar de disminuir, aumentando los intereses, supuestos gastos de alojamiento y manutención y por el pago de los servicios de niñera. De manera que a lo largo de los meses en que realizó esta actividad, sin contrato de trabajo, en situación irregular en España y sin alta en la Seguridad Social, no percibe salario alguno e hizo jornadas de más de 16 horas al día los siete días de la semana. Siendo obvio que estas condiciones vinieron impuestas por la acusada para la que trabajaba.

Es especialmente relevante destacar que Raquel amenazaba reiteradamente con que, en caso de extinguir la relación laboral, o en caso de que preguntase cuándo empezaría a cobrar por su trabajo, llamaría a la policía, lo que conllevaría a pagar una elevada sanción por permanecer en una situación irregular y perdería la guardia y custodia del menor. Conducta que encaja en la expresión de “trabajo forzoso u obligatorio” que establece el artículo 2.1 del Convenio 29 de la OIT, de 1930³⁰, como ya hemos mencionado.

En lo que se refiere a las finalidades relativas a la *imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la*

²⁸ “1. Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario. 2. A los efectos de esta ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas.”

²⁹ LÓPEZ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 173.

³⁰ “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”.

mendicidad, contenidas en el apartado a) del art. 177 bis 1, el CP no comprende un tipo específico para las mismas. Frente a esta ausencia, podemos tener en consideración el art. 312.2, segundo inciso en el que se tipifican determinados delitos contra los derechos de los trabajadores, ubicado en el Título XV del CP, del Libro II, que lleva por rúbrica *De los delitos contra los derechos de los trabajadores*.

La conducta típica del artículo 312.2 del CP³¹ consiste en emplear a personas extranjeras sin permiso de trabajo en condiciones perjudiciales. Es decir, se pretende sancionar la contratación al margen de la legalidad y que esa contratación esté acompañada de determinadas condiciones. En este sentido, el TS establece que *“para ser distinguido este comportamiento de la sanción administrativa, la ley penal anuda un desvalor especial que se traduce en que las condiciones impuestas deben ser notoriamente perjudiciales para el trabajador, de modo que se originen situaciones de explotación en el trabajo”*³². Además, de acuerdo con la SAP de Murcia, de 12 de enero de 2015 (ECLI:ES:APMU:2015:150), este precepto sanciona *“actuaciones de explotación laboral de cualquier actividad”*. No se puede sostener la teoría de que los derechos básicos de los trabajadores únicamente sean de aplicación a trabajadores legales, puesto que el empleador podría imponer a los trabajadores ilegales las condiciones laborales más discriminatorias sin riesgo alguno de infracción legal, a pesar de poder quedar severamente comprometidos valores inherentes a la persona como la dignidad del art. 10 CE.

El art.312.2, inciso segundo, trata de una figura delictiva de naturaleza análoga a la que se incluye en el art.311.1, en virtud de lo cual se plantean problemas de delimitación entre ambas:

- En relación con los verbos “imponer” y “emplear”, el art. 311.1 CP se refiere a la imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social perjudiciales, suponiendo una ausencia de voluntariedad del trabajador para realizar el trabajo en tales condiciones. Sin embargo, el artículo 312.2, segundo inciso, CP hace referencia al empleo de extranjeros sin permiso de trabajo, presuponiendo la aceptación libre para efectuar el trabajo en condiciones perjudiciales.
- En lo que respecta al sujeto pasivo, el primero de los artículos alude al colectivo de trabajadores en general, mientras que el segundo hace referencia a los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo.
- El art. 312.2, segundo inciso, se refiere de forma genérica a las “condiciones” y no específicamente a las “condiciones laborales o de la Seguridad Social”, como hace el art.311.

Teniendo en cuenta estas diferencias, LÓPEZ RODRÍGUEZ³³ establece que el art. 312.2, segundo inciso, ha sido muy criticado por la doctrina, llegando a considerar que las conductas tipificadas en el mismo deberían haber quedado incluidas en el art.311.1.

³¹ “2. En la misma pena incurrirán quienes 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”.

³² STS, de 17 de marzo de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:1704).

³³ LÓPEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 179- 180.

En síntesis, la conducta descrita encaja en el art. 312.2, inciso segundo CP, atendiendo a que el sujeto pasivo del delito es una ciudadana extranjera sin permiso de trabajo en condiciones perjudiciales.

Ni la doctrina ni la jurisprudencia se han encargado de sistematizar cuáles son las condiciones susceptibles de perjudicar, suprimir o restringir los derechos reconocidos, sino que en cada caso concreto se ha analizado si dichas condiciones presentan una entidad suficiente como para conculcar los derechos reconocidos.

En virtud de lo expuesto, habiendo acreditado que concurre el delito contra los trabajadores descrito en el art. 312.2, segundo inciso CP, es preciso hablar de su relación con el delito de TSH: para resolver la concurrencia normativa entre las normas penales citadas deberá atenderse a las reglas de concurso medial dispuestas en el art. 77.3 CP, al configurarse las acciones de trata como un *medio necesario* para la consecución del *fin* que pretende el sujeto activo, la explotación laboral de la víctima. En consecuencia, resulta de aplicación la regla contenida en el art. 77.3 CP, que obliga a imponer la pena superior a la que habría de corresponder. En el presente caso, se resolverá mediante la activación del art. 177 *bis* CP, en su tipo básico.

Debe partirse de que en el concurso medial no hay un solo hecho sino dos perfectamente diferenciados, pero interconectados en una relación de medio a fin. Será preciso que, en el caso concreto, un delito no pueda producirse objetivamente sin otro delito que esté tipificado como tal de forma independiente³⁴, de manera que tal y como se muestran los hechos, no sería posible la explotación laboral de Alejandra, sin realizar previo proceso de TSH, pues se encontraba en otro país y con otras circunstancias.

II) Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros

La conducta realizada por Raquel y que ahora enjuiciamos, se encuadra también en dos delitos de inmigración clandestina descritos en el art. 318 *bis*.1 CP³⁵, en el Título XV *bis*, bajo la rúbrica *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*.

La Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, en su art.1 exhorta a los Estados a sancionar a quien “*intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros*”. Asimismo, a quien “*intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros*”.

³⁴ Fiscalía General del Estado. (2015). *Circular 4/2015, de 13 de julio, sobre la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos*.

³⁵ “1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate. Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.”

En el preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, se dice que el tratamiento penal unificado de los delitos de TSH e inmigración clandestina que contenía el art. 318 *bis* resultaba inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto, por un lado, para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como, por otro lado, para poner fin a los constantes conflictos interpretativos procediendo a la creación del Título VII *bis*, denominado "*De la trata de seres humanos*".

Así, el art. 177 *bis* tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Además, no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarca todas las formas de TSH, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada. En cambio, en el delito de inmigración clandestina, tipificado en el art. 318 *bis*, predomina la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios y, además, siempre tendrá carácter transnacional, no puede ser cometido respecto de ciudadanos de la UE.

En cuanto al concepto de inmigración clandestina, ha de entenderse como la entrada en un país burlando los controles de las autoridades³⁶. De manera que quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas, con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que resultan así burlados, incurre en ilícito penal; sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente.

El presente caso encaja en dos supuestos de inmigración clandestina, al tratarse de una mujer junto con su hijo menor, ambos de nacionalidad nicaragüense—un país que no se encuentra dentro del marco de la UE—, cumpliéndose así el primer requisito de actividad de carácter transnacional, que entran en España, en un principio, de manera legal, pues acceden bajo la condición de turistas. El problema surge cuando la obtención de dicho permiso—válido por tres meses—se utiliza como medio para entrar en nuestro país con la intención de permanecer en él más tiempo. Es Raquel la persona que pone todos los medios para que Alejandra y su hijo puedan viajar a España, utilizando diversos factores, como pueden ser una oferta laboral en España que mejoraría su situación económica y que le ayudaría a paliar sus necesidades, asumir los gastos del viaje, proporcionarle los billetes de avión y recogerlos en el aeropuerto para llevarlos a su domicilio una vez en España. Elementos más que suficientes para acreditar que es Raquel la persona que favorece, promueve y, además, facilita el acceso a España.

Se afirma en la STS de 10 de mayo de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:3293) que debe entenderse por inmigración ilegal un concepto amplio de ilegalidad, acorde con la normativa europea sobre la materia, concepto que no ha de limitarse, por tanto, al carácter oculto o subrepticio de la entrada, ni a la utilización de documentación falsificada. En este sentido, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptado en su reunión del día 13 de julio de 2005 señaló que "*el facilitar un billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en*

³⁶ MAYORDOMO RODRIGO, V. (2011). "Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas". *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, p. 327.

España, para poder entrar en España como turistas cuando no lo eran y ponerlas a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina”³⁷.

Con carácter general, el art. 25 de la Ley de Extranjería regula los requisitos para la entrada en territorio español, estableciendo que el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España, y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinan reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

Se trata de un delito de mera actividad que se consume con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido.

En virtud de todo lo expuesto, se considera el presente caso, una forma fraudulenta de entrar en España y, en consecuencia, la aplicación del art.318 *bis* 1 CP. De manera que procede describir dos delitos de inmigración ilegal, en los términos señalados, por separado:

Por un lado, en cuanto a la conducta que lleva a cabo con Alejandra, procedemos a aplicar el subtipo agravado del punto uno, párrafo tercero, del mencionado precepto. Agravando así, la pena de prisión en su mitad superior, por resultar indudable el ánimo de lucro en la acusada a tenor del relato de hechos probados. En efecto, no sólo ha facilitado y materializó la entrada clandestina de Alejandra en España con palmaria infracción de todas las normas vigentes sobre inmigración, sino que además lo ha hecho con fines netamente lucrativos, pues su propósito no era sino demandar después elevadas cantidades por ese desplazamiento, cantidades que a medida que el tiempo pasa, van aumentando, fijando unas condiciones leoninas para su cobro.

Es cierto que sobre esta cuestión de si concurre o no ánimo de lucro en este tipo de supuestos, existen importantes controversias. En este sentido, ZUGALDÍA ESPINAR y MARÍN DE ESPINOSA³⁸ consideran que no procede tal agravación de la pena en su mitad superior por realizar la conducta de ayudar a entrar o transitar en el Estado español con ánimo de lucro, puesto que la finalidad de obtener un provecho económico en el hecho enjuiciado no va referida a la entrada ilegal, sino en el de trata de personas y en el de trabajos forzados. Por lo que no debe apreciarse en el delito de inmigración clandestina, sino en el de TSH y en el de trabajos o servicios forzados que, en este caso, tampoco es posible porque el legislador no ha establecido dicha agravante en el delito de TSH.

³⁷ Siguiendo este Acuerdo, es destacable la STS de 28 de septiembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:5608), que establece entre las diversas fórmulas de tráfico que ha de ser ilegal, la utilización de fórmulas autorizadoras de ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones.

³⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. (Dirs.) (2011). *Derecho Penal Parte Especial: Un estudio a través del sistema de casos resueltos. TOMO I. Delitos contra las personas*. (3ª ed.) Valencia: Tirant lo Blanch, p. 266.

Sin embargo, esta parte considera que el ánimo de lucro queda suficientemente acreditado, puesto que se ha generado una deuda con la que la acusada se está enriqueciendo para pagar los gastos de alojamiento y de alimentación de Alejandra y de su hijo, deuda que aumenta a su interés y sin ningún criterio, de manera que se obtiene un beneficio económico. En esta línea, nos adherimos a los argumentos de la STSJ de Castilla León, de 4 de noviembre (ECLI:ES:TSJCL:2019:4512) junto con la SAP de Vizcaya, de 29 de mayo de 2012 (ECLI:ES:APBI:2012:2232) en el que establecen que hay ánimo de lucro al exigirles el pago de la deuda en las condiciones leoninas mencionadas.

Por otro lado, en relación con la conducta que lleva a cabo con Juan, el hijo de Alejandra, conviene destacar que no cabe tal subtipo agravado, sino en la conducta típica de favorecimiento de la entrada ilegal, de forma que, al tratarse de una circunstancia modificatoria de responsabilidad penal de carácter subjetivo, sólo podrá ser considerada respecto a aquellas personas en las cuales efectivamente concurre, no siendo posible comunicar a los demás participantes.

Es de relevante importancia señalar que no es de aplicación el punto dos del mencionado artículo³⁹ pues, no se vulnera la legislación sobre la estancia de extranjeros, sino que se vulnera para poder entrar, aprovechándose, como ya se ha descrito, de la condición de turista. Además de que para poder aplicar dicho precepto es indispensable que concorra ánimo de lucro, cuando, como hemos visto, no concurre en ambos supuestos.

Respecto a la calificación principal de los hechos, estimamos más acorde a derecho la alternativa de considerar que se trata de dos delitos del artículo 318 bis.1 del CP, aplicando en este caso el art. 8 CP-concurso de normas-, de acuerdo con la STS de 3 de marzo de 2010 (ECLI: ECLI:ES:TS:2010:1972) y no de un delito continuado en relación con el art.74.1º del CP. Esta calificación de delito continuado ha de establecerse por lo siguiente:

- El tipo penal protege intereses estatales e intereses colectivos de los extranjeros en España, configurando un bien jurídico colectivo que, como tal, se compadece mal con la posibilidad de un delito continuado.
- Otro de los argumentos en favor de no apreciar la continuidad delictiva⁴⁰, se examina en las diferencias de los arts. 318 bis y 188 del CP. Pues en el primero de los preceptos, el sujeto pasivo del delito pueden ser varias personas, esto es, se configura un sujeto pasivo plural, aunque también se comete tal delito cuando la conducta ilícita se refiere a una sola persona, mientras que el delito del art. 188.1º se comete contra un sujeto pasivo individual, de tal suerte que por cada una de las personas a las que se obliga a ejercer la prostitución debe computarse la comisión de un delito.
- Además, la conducta típica del art. 318 bis CP se consuma con la ejecución de actividades de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal. Para la consumación es bastante la ejecución de aquellas conductas

³⁹ “*El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.*”

⁴⁰ En este sentido, la STS de 10 de mayo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:3255).

con la referida finalidad, sin necesidad de un acto posterior, esto es, no es preciso que la explotación laboral llegue a tener lugar⁴¹.

Ante este concurso de normas, es preciso acudir al art. 8 CP a fin de determinar la norma aplicable. En este caso, debemos seguir la regla tercera de dicho precepto - el criterio de consunción, también llamado de absorción- por el cual, el precepto penal más amplio y complejo, absorberá las infracciones consumidas en aquél, de modo que, si dos normas incluyen los mismos elementos típicos, deberá aplicarse prioritariamente aquella que subsuma la totalidad de la acción. Este principio se conoce como *lex consumens derogat legi consumptae*. En el presente caso, se castigará por el delito de inmigración clandestina con ánimo de lucro, tipificado en el art. 318 bis.1 inciso tercero.

En relación con las demás circunstancias agravantes:

No concurre ninguna de las dos circunstancias del apartado tres⁴²; pues ni los hechos se han cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades, ni se ha puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, ni se ha creado el peligro de causación de lesiones graves. Tampoco podemos considerar los siguientes puntos del artículo, porque no se tiene conocimiento de que la conducta se haya realizado prevaleciendo Raquel de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, ni ha de tratarse de una persona jurídica.

En relación con el último punto, el punto sexto, es destacable que los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.

Finalmente, es preciso hablar de su relación con el delito de TSH: El art. 177.9 bis del CP contempla la siguiente precisión: “*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*”, cláusula concursal según la cual cabe afirmar la existencia de un concurso real de delitos, no de normas, entre la trata de personas y la inmigración ilegal. En este sentido la STS de 5 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3565)⁴³ expresa que el delito de TSH no absorbe el delito de inmigración clandestina.

III) Detención ilegal

Es importante hacer mención a otra de las conductas llevadas a cabo por Raquel, y es que no le permite a Alejandra salir del inmueble. Además, para poder llegar a la comisaría de policía, Alejandra tiene que aprovechar la ausencia de Raquel para conseguir salir de la casa.

⁴¹ En la misma línea, la STS de 10 de julio de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:4519).

⁴² “a) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. b) Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves”.

⁴³ En la misma línea, la STS de 12 de febrero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:473) considera que se trata de dos delitos bien diferenciados.

La comisión de un delito de detención ilegal aparece tipificado en el art. 163 CP, bajo el Título VI del Libro II dedicado a los *Delitos contra la libertad* y en el capítulo I denominado: *De las detenciones ilegales y secuestros*.

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* establece que se debe apreciar el concurso de delitos con el de detención ilegal: en situaciones de encierro (cuando se alcanza una situación de encierro, privación física de libertad de las víctimas, o internamiento forzado en un lugar del que las víctimas no pueden salir por sí mismas), en salidas acompañadas y vigiladas en unión de otras circunstancias (con amenaza de muerte si escapaban, cuando las víctimas se encontraban sin dinero, sin pasaporte, en un país extraño, amenazadas y conscientes de que su situación administrativa era irregular) lo que les impedía solicitar el auxilio de las autoridades y les convertía en rehenes de su explotador o en determinados supuestos excepcionales.

La acción típica de este delito admite dos modalidades, las cuales tienen como punto en común el impedir que una persona pueda moverse y desplazarse libremente. En el *encierro* se hace referencia a un espacio cerrado del que la víctima no puede salir, y, en la *detención*, se hace referencia a un espacio abierto (la jurisprudencia admite encierros o detenciones por medios violentos, intimidatorios y mediante engaño). De modo que la conducta típica que castiga el precepto mencionado es *encerrar* o *detener* a otro, privándolo de su libertad, suponiendo un acto coactivo por el que se priva de la libertad de movimientos a un individuo. La libertad se coarta cuando a alguien se le obliga a permanecer en un determinado lugar-*encerrar*-o cuando se le impide moverse libremente-*detener*-.

El bien jurídico protegido es la libertad ambulatoria. En este sentido, el derecho a la libertad es uno de los fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, no sólo por venir recogido expresamente en el art. 17 CE, sino porque en su artículo primero se señala a la libertad como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. El derecho a la libertad está expresamente recogido en los textos de derechos humanos internacionales, suscritos por España y que también son de aplicación en nuestro país, conforme a lo dispuesto en el art. 10 CE. Así, la DUDH prohíbe la detención arbitraria; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece además que la detención sólo podrá acordarse por las causas legalmente previstas y, de forma mucho más precisa, la Convención para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales señala con todo detalle los supuestos en que una detención es legítima.

GARCÍA SEDANO⁴⁴ establece que dicha conducta delictiva exige un dolo específico, esto es, privar de su voluntad a otro durante un período de tiempo, de manera que para cometer el delito es preciso que tal propósito resulte evidente por las circunstancias⁴⁵. El dolo o voluntad consiste en una actuación intencionada, consciente de la ilicitud de la conducta. Son irrelevantes las razones por las que se lleve a cabo la conducta, lo determinante es que se quiera privar de libertad al sujeto⁴⁶.

⁴⁴ GARCÍA SEDANO, *op. cit.*, p. 155.

⁴⁵ STS de 23 de enero de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:302).

⁴⁶ STS de 8 de octubre de 2003 (ECLI:ES:TS:2002:6587).

Los medios comisivos son muy amplios y no requieren empleo de fuerza. De acuerdo con la STS de 10 de mayo de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:2950), se trata de una infracción instantánea que se consuma desde el momento mismo en que la detención o encierro tuviera lugar, de ahí que, en principio, el mayor o menor lapso de tiempo durante el cual se proyecta el delito es indiferente -cuestión que podrá influir en la determinación de la pena-, pues lo esencial es la privación de libertad, aunque sea por breve espacio, y el ánimo del autor orientado a causarla.

En síntesis, el tipo descrito en el art. 163 del CP es un delito que se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos: en primer lugar, el elemento objetivo del tipo, consistente en la privación de la libertad ambulatoria de la persona, tanto encerrándose físicamente, como deteniéndola, es decir, impidiendo su libertad de movimientos, sin que sea preciso entonces un físico "encierro", siendo esa privación de libertad ilegal. En segundo lugar, el elemento subjetivo del tipo, el dolo penal, consiste en que la detención se realice de forma arbitraria, injustificada, siendo un delito eminentemente intencional. En el caso se cumplen los dos requisitos citados, pues se retuvo a la perjudicada, la cual permanecía siempre en el domicilio de Raquel sin poder salir del mismo. Además, debemos de poner en combinación tales hechos con la circunstancia plenamente acreditada de la retirada de pasaporte, carecer de dinero, sin conocer a ninguna persona en el país y el ambiente de temor provocada por la acusada que enmarca toda su actuación, impidiéndole cualquier movimiento libre. Se ha de convenir que no era racionalmente posible, dado su estado y circunstancias, que escapase de dicha situación, sintiéndose retenida, como efectivamente lo estaba el día que, aprovechando la ausencia de Raquel, logró escapar y poner los hechos en conocimiento de la policía. No estaba, pues, libre de movimientos, y esto resulta sobradamente claro en tales hechos.

No se trata de un encierro en una habitación, a modo de celda carcelaria, como único modo de comisión delictiva del tipo, cómo nos señala la STS de 8 de octubre de 2007 (ECLI:ES:2007:6916), quien también indica las exigencias de tal tipo penal, la *detención* entendida como una clara e inequívoca situación de intimidación, que no le permita actuar libremente, como la conducta descrita por Raquel.

Los casos que aisladamente podrían ser sugerentes de una situación de libertad ambulatoria, no lo son cuando se trata de personas sin documentación, sin conocimiento del idioma del país en el que se encuentran, procedentes de países muy diferentes, que viven en un entorno de temor, cuando no de terror, que les convierten en verdaderos seres despersonalizados, a merced de quienes se comportan brutalmente, dedicándoles a la prostitución⁴⁷.

La detención ilegal puede llevarse a cabo en cualquiera de las etapas del delito de trata, incluso durante la fase de agotamiento, con ocasión del ejercicio de la prostitución coactiva o acto en que se concrete la explotación.

En relación con la atenuación de la pena, no se trata de una liberación dentro de los tres primeros días de la detención, del art. 163.3 del CP, tal y como se ha explicado en su lado opuesto de agravación, ni tampoco se trata de un arresto ilegal del artículo 163.4, pues no estamos en presencia de arresto para presentar a la autoridad.

⁴⁷ STS de 25 de noviembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:7486).

Respecto a la agravación de la pena, la ley prevé varios tipos agravados -arts. 163 y ss.- para este ilícito penal. En el supuesto, se castiga, pues, por un delito de detención ilegal por tiempo superior a quince días, procediendo a la agravación del art. 163.3 CP. Esta situación de detención ilegal se viene dando desde hace cinco meses, cuando Alejandra llegó a España, puesto que bajo ningún concepto se le permitía salir del inmueble.

En relación con el delito de TSH, se puede decir que el precepto de detención ilegal descrito en el artículo 163 CP no queda subsumido por el de TSH, de modo que no hay infracción alguna del “*no bis in idem*”, ya que los comportamientos son distintos y los bienes jurídicos protegidos diferentes. De manera que entra en concurso real, habida cuenta que cuando la detención no constituye el medio comisivo para la ejecución del delito contra los derechos de los trabajadores, cada delito mantiene su propia autonomía y sustantividad, sancionando separadamente. Son casos en los que la privación de libertad puede coincidir temporalmente con el delito principal, no siendo medio instrumental para la ejecución de éste, o incluso puede aparecer la detención con posterioridad a la ejecución de aquél, generalmente para facilitar la impunidad del mismo, en este caso, evitar que fuese a la comisaría de policía a denunciar los hechos vividos⁴⁸.

IV) Delito contra la integridad moral

El último precepto de relación concursal al que cabe hacer mención es al delito contra la integridad moral descrito en el artículo 173.1⁴⁹, ubicado en el Título VII del CP, denominado *De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*.

A grandes rasgos, esta conducta penal pivota sobre dos ejes principales, a saber: el infligir a una persona un trato degradante y el causarle con ello un menoscabo grande en su integridad moral.

En relación con el bien jurídico protegido, con la prohibición de la tortura, y de los tratos inhumanos o degradantes, se protege la integridad física y moral de las personas. En este sentido, el art. 3 CEDH, establece que nadie puede ser sometido “*a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”. En nuestro ordenamiento jurídico, el Derecho a la integridad moral goza de plasmación constitucional en el art. 15 de la misma, donde, tras reconocerse el derecho a la vida y a la integridad física, se añade el derecho de todos a la “*integridad moral*”.

El concepto de trato degradante se viene definiendo en la conocida STEDH de 18 de enero de 1978, Caso Irlanda contra Reino Unido [Aranzadi TEDH 1978\2] como aquellos tratos que pueden “*crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física y moral*”. Esta misma sentencia a la que se hace referencia, señaló que la distinción entre las tres categorías —tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes— deriva principalmente de la diferente intensidad del sufrimiento causado, es decir, que las

⁴⁸ El mismo concurso real, la STS de 6 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:788), entre otras.

⁴⁹ “1. *El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima. Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda*”.

mismas integran una escala gradual, cuyo último nivel estaría constituido por la pena o trato degradante.

Por último, como elementos de este delito, se han señalado los siguientes: un acto claro e inequívoco de contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito, un padecimiento físico o psíquico en dicho sujeto y un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito. Asimismo, debe puntualizarse que el tipo no requiere necesariamente habitualidad o reiteración y, por tanto, puede aplicarse también respecto de una conducta única y puntual. Precisamente, lo que la jurisprudencia ha valorado es la “intensidad de eviolación”, que puede derivar, bien en una sola acción especialmente intensa, bien de una conducta continuada⁵⁰. Y en cuanto al resultado, exige el precepto que el trato degradante menoscabe gravemente la integridad moral, lo que excluiría los supuestos banales o de menor entidad⁵¹.

Teniendo en cuenta que la conducta descrita en este precepto es muy genérica y abierta, siguiendo la opinión de LÓPEZ RODRÍGUEZ⁵², no debería haber inconveniente en que las formas de explotación a las que hace referencia el artículo 177 *bis*.1. a) entren dentro de su alcance. En efecto, la imposición de la condición de trabajador bajo la amenaza de una pena, es un comportamiento que conlleva claramente un trato degradante contra la persona, que menoscaba de forma grave su integridad moral. Más allá de la trata degradante dentro del ámbito laboral, existen otras conductas que tienden a llegar a menoscabar la integridad moral en la víctima, entre ellas: la prohibición de prepararse algo de comer—conllevando a alimentarse de trozos de pan y sobras de comida que cogía de la cocina— y las humillaciones por no realizar las tareas de la forma estrictamente marcadas por Raquel.

La víctima vivía en un constante estado de intenso temor al haber sido reiteradamente amenazada con denuncias a la policía y perder la custodia del hijo, siendo deportada al país de origen. Igualmente, era sometida a trato vejatorio consistente en humillaciones y ofensas reiteradas. Por todo lo anterior, se consideran probadas las distintas manifestaciones de desprecio, humillación y envilecimiento, creando en la víctima sentimiento de angustia y de inferioridad, afectando a la integridad psíquica de la víctima. No nos cuestionamos la aplicación del párrafo segundo del primer punto de dicho precepto⁵³, toda vez que no son únicamente las humillaciones en el ámbito de la relación laboral las destacables, sino que, además, destacan los tratos degradantes en la relación interna que tiene en el domicilio de Raquel en cuestiones vitales, tales como tener que alimentarse de trozos de pan y sobras de comida. Además de que ha quedado suficientemente acreditado que dichas conductas sí llegan a constituir un trato degradante, a diferencia de lo que establece el inciso en cuestión.

En relación con las circunstancias modificativas, entendemos que no concurre el supuesto de agravación del art. 175 del C.P, pues la agravación de esta norma sólo puede operar

⁵⁰ LÓPEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 182-183.

⁵¹ STS, de 3 de Marzo de 2009 (ECLI:ES:STS:2009:1276) y SAP de Pontevedra, de 11 de junio de 2015 (ECLI:ES:APPO:2015:1305).

⁵² LÓPEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 183.

⁵³ “Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaleciendo de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima”.

cuando la conducta degradante se produce por una autoridad o funcionario público abusando de su cargo y ese supuesto no se da en el caso enjuiciado.

En síntesis, la conducta de Raquel encaja también en un delito contra la integridad moral del art.173.1 del CP, toda vez que cuando un supuesto de trata que tenga por finalidad alguna de las situaciones de explotación enumeradas en el apartado 1.a) culmine finalmente con la explotación efectiva de la víctima, el artículo 177 *bis* puede concurrir con el art. 173.1 del CP. Si bien es cierto que debe tenerse en cuenta que la finalidad del art. 173.1 del CP no consiste en castigar la explotación laboral derivada de la TSH, es por ello que es procedente el concurso real.

Debe apreciarse que ambos son delitos autónomos cuando se aprecie para el delito de TSH que el interés lesionado es la dignidad y para los tratos vejatorios se lesione la integridad moral. Es precisamente esta postura la que adopta el TS, condenando el delito de TSH y la integridad moral de forma autónoma⁵⁴. En conclusión, de acuerdo con la jurisprudencia y velando por el interés de la víctima, los delitos de TSH y de la integridad moral deben ser apreciados de forma autónoma, excluyendo la posibilidad de apreciar concurso de delitos.

1.3.Circunstancias modificativas genéricas de la responsabilidad criminal

En el Libro I. *Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal*, Título I. *De la infracción penal*, en sus respectivos capítulos II, III y I y V, arts. 19 a 23 se regula la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad sobre las circunstancias que rodean la comisión de un delito, y las cuales pueden provocar el aumento o disminución de la responsabilidad del autor de los hechos delictivos. Según el art.66 CP, se establecen diversas formas de determinación de la pena, tiende a determinar la aplicación de la mitad inferior o superior de la pena, dependiendo de las circunstancias que concurran.

En relación con los hechos probados, sobre las causas que eximen de la responsabilidad criminal, no se puede enmarcar en ninguno de los supuestos de los arts. 19 y 20, toda vez que; se entiende que la acusada es mayor de edad y no se tiene conocimiento de anomalía o alteración psíquica alguna por parte de la misma, ni que se halle en estado de intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas y otras drogas, que sufra alguna alteración en la percepción, que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, la concurrencia de un estado de necesidad para evitar un mal propio o ajeno ni que obre impulsado por miedo insuperable o cumplimiento un deber en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Sobre las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal, de los hechos que tenemos conocimiento, no se considera que obre por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional semejante. Asimismo, no se tiene conocimiento de que se haya declarado culpable antes del procedimiento judicial ni de que haya reparado el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, pero si bien es cierto que este precepto permite repararlo “*en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral*”, de manera que puede llegar a cumplirse esta circunstancia con la finalidad atenuadora. Finalmente,

⁵⁴ En este mismo sentido se pronuncia, entre otras, la STS de 24 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1226) y la STS de 18 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2287)

todavía es pronto para hablar de una atenuación de la pena por la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento.

Tampoco concurren las demás circunstancias agravantes, pues no se ha ejecutado el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente. Igualmente se ha ejecutado el hecho mediante precio, recompensa o promesa, no se tiene conocimiento de que el delito se haya cometido por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, etc. Tampoco procede el ensañamiento y no obra con abuso de confianza o prevaleciéndose del carácter público que tenga el culpable. En los hechos expuestos, tampoco se tiene mencionada la reincidencia de la acusada.

En definitiva, no concurre ninguna de las circunstancias de parentesco del art. 23 del CP que pueda atenuar o agravar la responsabilidad.

1.4. Penas en concreto y otras consecuencias jurídicas a imponer

El marco abstracto de la pena prevista para el delito de TSH —art. 177 *bis* CP— es el de la pena de prisión de entre cinco y ocho años no concurriendo ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal ni circunstancias cualificadas, tal y como se ha descrito con anterioridad.

Además, se ha de tener en cuenta que el delito de TSH se cometió en concurso medial con el delito contra los derechos de los trabajadores —art. 312.2. inciso segundo CP—, castigado con pena de prisión de dos a cinco años y con pena de multa de seis a doce meses, al configurarse las acciones de trata como un medio necesario para la obtención del fin que pretende el sujeto activo, la explotación laboral de la víctima.

En consecuencia, resulta de aplicación lo establecido en el art. 77.3 CP, que impone una única pena como valor del conjunto de infracciones cometidas, teniendo en cuenta una serie de reglas para la determinación de la pena:

- a) En primer lugar, la construcción de un nuevo marco punitivo, que impone unos límites cuantitativos comprendidos entre un mínimo— la pena debe ser superior a la que conlleva la infracción más grave⁵⁵— y un máximo—de forma que no se exceda de la suma de penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos—. En este sentido, una vez determinada la infracción más grave (el delito de TSH) y concretada la pena tomando en consideración las circunstancias y los factores de individualización del art. 66 CP, se estima que corresponde, por ejemplo, la pena de siete años de prisión, la pena mínima del concurso sería la de los siete años y un día. El límite máximo de la pena procedente para el concurso no podrá exceder de la “*suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente para cada delito*”. Es preciso determinar la pena en concreto del delito menos grave, teniendo en cuenta, como en el caso anterior, las circunstancias concurrentes.

⁵⁵Dicho límite mínimo, de acuerdo con la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2015, de 13 de julio, sobre la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos, no se refiere a la pena «superior en grado» de la establecida legalmente para el delito más grave, lo que elevaría excesivamente la penalidad y no responde a la literalidad de lo expresado por el Legislador, sino a una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave.

Si, por ejemplo, dicha pena fuese de tres años, el marco punitivo del concurso irá de siete años y un día como pena mínima, a diez años (siete del delito más grave, más tres del segundo delito) como pena máxima.

- b) En segundo lugar, una vez que hemos determinado los límites del marco punitivo, individualizando la pena conforme los criterios expresados en el art.66 CP, se debe comprobar que la pena no exceda el límite impuesto en el art. 76 CP, que en este supuesto, será de veinte años.

Por otro lado, la pena en abstracto del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previsto en el art. 318 *bis* 1 CP se sitúa en la pena de multa de tres a doce meses o pena en la privación de libertad de tres meses a un año. En la conducta descrita por Raquel, se castiga por los delitos de inmigración ilegal que procede describir por separado:

- a) En cuanto a la conducta que lleva a cabo con Alejandra, procedemos a aplicar el subtipo agravado del punto uno, párrafo tercero, del mencionado precepto. Agravando así, la pena de prisión en su mitad superior, por resultar indudable el ánimo de lucro en la acusada a tenor del relato de hechos probados. Castigando con una pena de multa de siete meses y dieciséis días a doce meses o pena de prisión de siete meses y de dieciséis días a un año.
- b) En relación con la conducta que lleva a cabo con Juan, no procede tipo cualificado, sino que se castiga la conducta típica de favorecimiento de la entrada ilegal.

En relación con los dos delitos, es más acorde a derecho la alternativa de considerar que se trata de dos delitos del artículo 318 *bis*.1 del CP, aplicando en este caso el art. 8 CP— concurso de normas— y no de un delito continuado en relación con el art.74.1º del CP.

Ante este concurso de normas, es preciso acudir al art. 8 CP a fin de determinar el derecho aplicable. En este caso, usamos la regla tercera de dicho precepto— el criterio de consunción, también llamado de absorción— por el cual, el precepto penal más amplio y complejo, absorberá las infracciones consumidas en aquél. De este modo, se castigará por el delito de inmigración clandestina con ánimo de lucro, tipificado en el art. 318 *bis*.1 inciso tercero, con una pena de multa de siete meses y dieciséis días a doce meses o pena de prisión de siete meses y de dieciséis días a un año, no concurriendo ninguna de las circunstancias agravantes que se establecen para tal precepto penal. No obstante, en relación con el punto sexto, es destacable que los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada. En su relación con el delito de TSH, el art. 177.9 *bis* del CP establece la cláusula concursal según la cual cabe afirmar la existencia de un concurso real de delitos, acudiendo al art.73 CP. Entendemos que no cabría pena de multa, sino de prisión, dada la gravedad de los hechos acaecidos.

En lo que concierne al delito de detención ilegal, tipificado en el art. 163 CP, es castigado con pena de prisión de cuatro a seis años. Toda vez que la detención ha durado más de quince días, de acuerdo con el art. 163.3 CP se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años. Se puede decir que el precepto de detención ilegal descrito en el art.163 CP

no queda subsumido por el de TSH, de manera que entra en concurso real. En cuanto al delito contra la integridad moral, tipificado en el art. 173 CP, está prevista la pena entre seis meses y dos años de prisión a aplicar también en concurso real.

Finalmente, decir que el delito de amenazas quedaría absorbido por el delito de TSH, de manera que no procede hacer mención del mismo, como se ha explicado en su momento.

En atención a todo lo expuesto, procede imponer a Raquel las siguientes penas: Por UN DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS cometido, en concurso medial con UN DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES, la pena de prisión de siete a diez años; por DOS DELITOS CONTRA LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS en concurso de normas, la pena de prisión de siete meses y de dieciséis días a un año; por UN DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL, agravado por la detención durante más de quince días, la pena de prisión de cinco a ocho años y por UN DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL, con una pena entre seis meses y dos años de prisión.

En relación con las penas accesorias, en el caso del delito de TSH en concurso medial con un delito contra los derechos de los trabajadores, si el juez acuerda la pena de diez años de prisión, de acuerdo con el art.55 CP, se aplicará la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

En los demás casos, cuando la pena es inferior a 10 años, el juez o tribunal impondrá alguna o alguna de las accesorias establecidas en el artículo 56 CP:

- Suspensión de empleo o cargo público.
- Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
- Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación. En todo caso, desconocemos la profesión de la acusada.

Además, facultativamente, las autoridades judiciales, en este tipo de delitos que atenten contra la libertad y contra la integridad moral, trata de seres humanos, etc. podrán acordar en sus sentencias, de acuerdo con el art. 57 CP, la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el art. 48 CP⁵⁶, por un tiempo que no excederá de diez años en los delitos graves (en el delito de TSH en concurso medial con el delito contra los derechos de los trabajadores y en delito de detención ilegal), y 5 en los delitos menos graves (en el delito contra los ciudadanos extranjeros y en el delito contra la integridad moral).

Las penas privativas de libertad impuestas a la acusada se cumplirán sucesivamente en orden de su respectiva gravedad, en virtud de lo establecido en el art.75 CP. Además, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena no puede exceder el triple del tiempo por el que se le imponga la pena más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde las que las ya impuestas cubran dicho máximo, que

⁵⁶ El artículo hace referencia a las penas privativas del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos. Con la aplicación de este precepto, también se anula la posibilidad de acercarse o comunicarse con la víctima de un delito. Así se garantiza la protección de ésta, evitando la repetición de episodios molestos o desagradables que afecten a la cotidianidad del sujeto afectado.

no podrá exceder de 20 años, de acuerdo con el art. 76 CP. Así las cosas, dado que el triple de tiempo de la pena más grave (siete a diez años de pena de prisión) supera en todos los casos los 20 años, éste será el límite máximo de cumplimiento efectivo, situándose todas las penas impuestas por debajo del mismo.

Una vez hemos determinado las penas en concreto, procede hablar de la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales:

En primer lugar, la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito, —art.109 CP— obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causado, no obstante, puede optar por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil o ante la jurisdicción penal; puede renunciar a exigir la responsabilidad civil o puede reservarse expresamente la posibilidad de ejercer la acción por daños en un proceso posterior, ante la jurisdicción civil. En todo caso, el Ministerio Fiscal debe ejercer la acción civil aun cuando la víctima no se persone como parte del proceso, salvo renuncia expresa.

Como norma general, la acción civil tiene carácter subsidiario y dependiente de la acción penal, de tal suerte que únicamente cabe realizar pronunciamiento sobre la misma cuando haya existido un pronunciamiento condenatorio contra el acusado en el ámbito penal. A continuación, toda persona criminalmente responsable de un delito, lo es civilmente si del hecho deriva en daños o perjuicios (art.116 CP).

En el presente supuesto de hecho, el resarcimiento que se produce no puede consistir en la reparación del daño, ni tampoco en la restitución de lo que se hubiera desposeído. Su justificación radica en la naturaleza de los delitos de trata de seres humanos y los intereses lesionados, tales como la dignidad y la libertad. Tampoco podrá consistir en la indemnización de daños materiales, de manera que la responsabilidad establecida comprende, de acuerdo con el art. 110 CP, la indemnización de perjuicios morales.

En este sentido, son daños morales aquellos no susceptibles de ser valorados económicamente por tratarse de un menoscabo que puede recaer tanto en el ámbito moral, como en el ámbito psicofísico de la persona, y consistente en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados⁵⁷.

Así, dispone la STS de 3 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1889) que la única base para valorar la indemnización por los daños morales causados es el hecho delictivo del que derivan.

En el caso que nos ocupa, resulta claro que deberá indemnizar a Alejandra debido al temor infundado, el constante trato vejatorio dirigido a humillar y hacer sentir a la víctima inferior y, en su conjunto, el grave maltrato psicológico sufrido por Alejandra durante la comisión del delito de TSH.

Cuestión problemática resulta la cuantificación de la indemnización de daños morales. Una de las opciones a aplicar para la cuantificación es el uso del baremo establecido en

⁵⁷ STS de 23 de octubre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4290)

el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de la circulación de vehículos a motor. Este baremo es considerado un criterio orientativo que puede ser utilizado en casos de daños morales. En todo caso, las cantidades fijadas por la jurisprudencia en casos similares tienen pronunciamientos dispares:

Entre otras muchas, la STS de 29 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1229) estima acertada la cantidad de 80.000 euros de indemnización a cada una de las víctimas por los delitos de TSH, explotación sexual y tráfico ilegal, impuesta por instancias previas. Sin embargo, otra línea jurisprudencial, fija el importe para las víctimas de trata en un rango muy inferior, v.gr. la STS de 9 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1502) establece una indemnización de 6.000 euros de forma solidaria a los condenados por delito de trata de seres humanos y delito de prostitución de menores.

De acuerdo con los hechos expuestos entendemos que Raquel es responsable civil, debiendo asumir la indemnización por daños morales. Desde un punto de vista acusatorio, como lo es la postura del presente dictamen y conforme los intereses de la víctima, deben alegarse cuantías indemnizatorias de alrededor de 80.000 euros de acuerdo con la línea jurisprudencial arriba citada.

Finalmente, procede imponer a la acusada las costas procesales en virtud de lo preceptuado en el art.123 CP: *“Las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los criminalmente responsables de todo delito”*.

SEGUNDO. Análisis de los aspectos procesales en materia penal

2.1. Órgano jurisdiccional competente para conocer y enjuiciar los hechos

Para determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer y enjuiciar los hechos descritos, así como el procedimiento a seguir, es preciso tener en cuenta el carácter transnacional del caso que nos ocupa. Si bien es cierto, aunque en el delito de TSH no ha de exigirse como elemento del tipo el carácter transfronterizo, sí lo reclama el delito de inmigración clandestina. Es necesario determinar si por la existencia de este elemento transnacional, y en virtud de qué principio, es competente la jurisdicción española para la investigación y enjuiciamiento de los delitos referidos.

Son los tribunales penales quienes conocen con carácter exclusivo acerca de los hechos, ya que ningún otro tribunal podrá determinar la existencia de un delito —teniendo en cuenta lo ya mencionado previamente en relación con la competencia de responsabilidad civil—.

En este sentido, el criterio de atribución de competencia, consagrado en el artículo 23.1 de la LOPJ⁵⁸, es el principio de territorialidad⁵⁹, de manera que serán los órganos jurisdiccionales españoles los competentes para el enjuiciamiento de los delitos cometidos en territorio nacional—como son el delito contra los derechos de los

⁵⁸ *“En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte”*.

⁵⁹ Con base en el *“forum commissi delicti”*, es decir, el lugar de comisión del delito.

trabajadores, el delito de detención ilegal y el delito contra la integridad moral, todos ellos producidos en España—.

A este respecto, la cuestión puede plantear ciertas dudas en el delito de TSH acerca de si se estima cometido o no en España, puesto que estamos ante un delito que castiga las conductas de captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar y que pueden no coincidir con el lugar donde se produce la finalidad de explotación. En el presente caso, la captación se produce en Nicaragua, en el municipio de Prinzapolka, la víctima es trasladada vía aérea hasta España, dónde es acogida finalmente y dónde se lleva a cabo la finalidad delictiva.

Para solventar esta cuestión, es preciso tener en cuenta el principio de ubicuidad, en virtud del cual *“el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo, en consecuencia, el juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa”*⁶⁰. Por consiguiente, se estima que los delitos de TSH podrán ser conocidos y juzgados por tribunales españoles, toda vez que el acogimiento y alojamiento se produce en territorio español, en concreto en Santiago de Compostela, con indiferencia de que las demás fases de captación, traslado o transporte se llevasen a cabo en Nicaragua. Además, se ha de tener en cuenta que es suficiente con que alguna de las conductas descritas en el artículo 177 *bis* del CP tengan lugar en España y que todas ellas son típicas, no sólo cuando se realizan en España, sino también las que se realizan desde, en tránsito o con destino a España. De manera que, en el presente caso, pues, la jurisdicción de los tribunales españoles resulta indudable.

Ninguna duda surge al respecto sobre que el enjuiciamiento del delito de inmigración clandestina es competencia de los tribunales españoles, puesto que, a pesar de su carácter transnacional, se trata de un delito cometido en territorio español, pues la punición de tal conducta tiene por finalidad proteger los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios.

Una vez determinados competentes los órganos jurisdiccionales españoles, para la instrucción de la causa será competente el Juzgado de Instrucción del partido judicial en que el delito se haya cometido—art. 14.2 de la LECRIM—. En el caso, será competente el Juzgado de Instrucción de Santiago de Compostela que por turno corresponda, donde se indicarán las diligencias de investigación pertinentes para esclarecer los hechos y determinar culpabilidad o no de la presunta autora por los delitos investigados.

En virtud de lo anterior expuesto, conocerá el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial en función de la pena señalada por el CP para los delitos en cuestión. Acudiendo a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶¹, como podemos ver en la STS de 27 de noviembre 1998 (ECLI:ES:TS:1998:7102) y en la STS de 19 de enero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:102), la fijación de la competencia se hace en abstracto, es decir, en función de la cantidad de pena señalada al delito por el CP, y no por la pena concreta

⁶⁰ Acuerdos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo, *de 3 de febrero de 2005 sobre: 1º Principio de ubicuidad; 2º Cláusulas de reserva de dominio y prohibición de enajenar; 3º Principio de mínimos psicoactivos en relación al art. 368 CP.*

⁶¹ En la misma línea doctrinal MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. (2015). *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*. (23ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch, p.64.

solicitada por la acusación, teniendo en cuenta los subtipos agravados, señalada para la infracción más grave cometida.

En el caso que nos ocupa, el delito de TSH junto con el delito de detención ilegal, agravado por la detención durante más de quince días, son los delitos que tienen atribuida la infracción más grave (ambos con una pena de prisión de 5 a 8 años); por ello, de acuerdo con el art. 14.3 y 4 de la LECrim. es competente para su enjuiciamiento la Audiencia Provincial, en este caso, la Audiencia Provincial Civil- penal, sección 6ª de Santiago de Compostela.

Por último, el procedimiento adecuado para el enjuiciamiento de un delito de TSH y detención ilegal, castigado con pena privativa de libertad no superior a nueve años, es el procedimiento abreviado, en virtud del art.757 LECrim., atendiendo, en todo caso, a la pena señalada en abstracto para el delito más grave cometido, tomando en consideración los subtipos agravados. No es relevante el grado de ejecución, el grado de participación ni las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Además, es preciso añadir que en caso de interponer recurso de apelación, resuelve el Tribunal Superior de Justicia de Galicia⁶² y, en última instancia, corresponde al Tribunal Supremo⁶³ (Sala Segunda) pronunciarse acerca del recurso de casación⁶⁴.

2.2.Licitud de los medios de prueba

Los antecedentes de hecho que se exponen en el presente dictamen se esclarecen a través de la práctica de unas grabaciones que Alejandra hizo con la cámara del teléfono móvil como medio de prueba, de forma que procede analizar la licitud de tal medio de prueba con la finalidad de declarar probados los hechos.

Se trata de un medio de prueba donde las grabaciones son realizadas cuando la persona está dentro de la conversación, cuestión de relevante importancia para la validez de la misma.

Como punto de partida, es relevante que no debe existir ningún tipo de provocación, engaño o coacción, es por ello preciso tener en cuenta el art.11 LOPJ en su apartado primero: *“1. 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”*.

En segundo lugar, será válido y legal grabar una conversación, siempre y cuando sea una grabación propia, esto es, que quien esté grabando sea sujeto activo y participe de la misma. Con arreglo a lo establecido en el art. 18.1 de la CE: *“se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”* y el art. 18.3 CE: *“Se*

⁶² Artículo 73. LOPJ. *“3. Como Sala de lo Penal, corresponde a esta Sala: c) El conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, así como el de todos aquellos previstos por las leyes.”*

⁶³ Artículo 57. LOPJ: *“1. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá: 1.º De los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia penal que establezca la ley.”*

⁶⁴ Artículo 847. LECRIM: *“1. Procede recurso de casación: a) Por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra: 1.º Las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia”*.

garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”, de forma que lo que determina la ineficacia o invalidez en el proceso son las pruebas que se obtengan con vulneración de un derecho fundamental, entre ellos el secreto de las comunicaciones. En este sentido, la STC de 29 de noviembre de 1984 (ECLI:ES:1984:114) establece que 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 graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado.

Como se ha señalado, la jurisprudencia establece que la grabación que un particular haga de sus propias conversaciones, telefónicas o de otra índole, no supone atentado al secreto de las comunicaciones⁶⁵. E, igualmente, la STS de 25 de mayo de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:3608) ha precisado que las cintas grabadas no infringen ningún derecho, debiendo distinguir entre grabar una conversación de otros y grabar una conversación con otros, pues no constituye violación de ningún secreto la grabación de un mensaje emitido por otro cuando uno de los comunicantes quiere que se perpetúe. Diferente es, pues, el uso que se haga de dicha grabación. La validez de la grabación de este tipo de conversación, reside en el hecho de que quien publica la conversación, es la propia persona que la ha emitido, y el que resulta grabado ha accedido voluntariamente a tener ese contacto, siendo responsable de las expresiones utilizadas y del contenido de la conservación.

Finalmente, se señala que el art.299 LEC establece que se admitirán los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.

En cuanto a la forma de introducir correctamente en el procedimiento las grabaciones, hay que aportar soporte audiovisual, transcribir literal e íntegramente las mismas con minutaje de la conversación y conservarla en el soporte original en el que se han grabado (teléfono móvil, grabadora, etc...) para que por parte del Letrado de la Administración de Justicia se pueda proceder a su cotejo desde el dispositivo de origen. De otra forma, el resto de partes podrían impugnarlas por no haber sido traídas al proceso con las garantías adecuadas.

2.3. Medios de protección de la víctima en el ámbito procesal

Teniendo en cuenta la normativa aplicable, se trata, en este punto, de analizar la lo relativo a la cuestión de no consten en las diligencias los datos personales de la víctima, su domicilio ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación, además de la comparecencia de ésta utilizando procedimientos que imposibiliten su identificación visual.

Desde el punto de vista procesal, la intervención de la víctima en el proceso deberá reunir una serie de requisitos y elementos necesarios. Siguiendo la línea de BLANCO

⁶⁵ A este respecto, la STS de 28 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6860).

GARCÍA⁶⁶, estas medidas de protección se determinarán en aras a las necesidades individuales de la víctima, con la finalidad de obtener la protección física de la víctima y sus familiares, así como evitar la victimización secundaria que pudiera generar daños emocionales o psicológicos a la víctima.

En materia de protección de las víctimas de TSH destacan el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, y la Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, dado que únicamente en Europa se ha adoptado de forma inequívoca un enfoque de derechos humanos en la lucha contra la trata, que sitúa a la víctima en un lugar central y, en consecuencia, obliga a los Estados, no sólo a perseguir y procesar a los tratantes, sino, fundamentalmente, a proteger y reparar a las víctimas.

Entre las obligaciones extensas y detalladas que recoge el Convenio citado, con el garantizar la protección de las víctimas, los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección tanto de las víctimas y sus familiares como de otros testigos y personas que colaboren con la justicia frente a posibles represalias o intimidaciones durante la investigación y enjuiciamiento de los delitos de trata, tal y como se recoge en el art.28. Además, la directiva a la que se hizo mención también obliga a los Estados, en los mismos términos, a proporcionar protección a las víctimas de trata.

En la legislación interna, la LECrim recoge en los arts. 109, 109 *bis* y 110, las disposiciones relativas a la intervención de la víctima en el proceso penal. En relación con los derechos y medios de protección con que cuentan las víctimas de todos los delitos, en los términos procesales que aquí interesan, estos se regulan en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito⁶⁷. También es destacable la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a la víctima, testigos y peritos en causas criminales, en la que se regula la protección de los testigos que colaboren con las autoridades durante las fases de investigación y enjuiciamiento.

En consideración con el derecho a la protección de la intimidad de la víctima, el art. 22 de la Ley del Estatuto de la víctima del delito, reconoce a los Jueces, Tribunales, Fiscales y las demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal, así como todos aquellos que de cualquier modo intervengan o participen en el proceso, la facultad de adoptar las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y de sus familiares.

Para determinar qué medidas de protección deben ser adoptadas para evitar a la víctima perjuicios relevantes que pudieran derivar del proceso, se realizará una valoración de sus circunstancias particulares, fijando el art.23 las que tienen especial consideración para dicha valoración.

Por lo que concierne a la valoración de las necesidades de la víctima y la determinación de medidas de protección corresponden, en virtud del art. 24:

“a) Durante la fase de investigación del delito, al Juez de Instrucción o al de Violencia sobre la Mujer, sin perjuicio de la evaluación y resolución

⁶⁶ BLANCO GARCÍA, A.I. (2015). “Estatuto de la víctima del delito. Trascendencia de una ley”. *Actualidad jurídica Iberoamericana* (núm. 3), p. 770.

⁶⁷ No obstante, existe un amplio desarrollo normativo en diversas materias de protección de la víctima, tales como exención de responsabilidad, autorización de residencia y trabajo, etc.

provisionales que deberán realizar y adoptar el Fiscal, en sus diligencias de investigación o en los procedimientos sometidos a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, o los funcionarios de policía que actúen en la fase inicial de las investigaciones.

b) Durante la fase de enjuiciamiento, al Juez o Tribunal a los que correspondiera el conocimiento de la causa”.

En relación con la primera de las cuestiones, la posibilidad de determinar una medida de protección en la que su finalidad consista en que no consten en las diligencias los datos personales de la víctima, así como su domicilio u otro dato relativo a la identificación de ésta, el art. 25 de la Ley del Estatuto de la víctima del delito nos remite al art. 2 de la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales.

En este sentido, el Juez instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las siguientes medidas:

En primer lugar, 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 la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.

En segundo lugar, que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

Finalmente, 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.

Por lo que, en caso de que el Juez instructor no aborde de oficio alguna de las medidas citadas, Alejandra, a instancia de parte, puede solicitar la adopción de las mismas con el fin de que no conste ningún dato que pudiera servir para su identificación.

En relación con la segunda de las cuestiones, la posibilidad de que Alejandra comparezca utilizando procedimientos que imposibiliten su identificación visual:

En la fase de investigación, se ha de remitir, en primer lugar, a lo expuesto anteriormente en relación con el art. 2 de la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales, de manera que el Juez instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, que la víctima comparezca para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal. También se regula, de forma similar en el art. 25.2. de la Ley del Estatuto de la víctima del delito.

Durante la fase de enjuiciamiento, de acuerdo con el art.25.2 de la Ley del Estatuto de la víctima del delito, podrán ser adoptadas diversas medidas de protección de la víctima:

“a) 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 tecnologías de la comunicación.

b) Medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas”.

Las medidas a las que se refiere la letra a) también podrán ser adoptadas durante la fase de investigación, como se ha adelantado con anterioridad.

Entre estas medidas que evitan el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor, pueden llevarse a cabo, de acuerdo con lo establecido en el art.731 *bis* de la LECrim, la videoconferencia y otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con el art.229.3 de la LOPJ⁶⁸.

Una vez terminada la práctica de las diligencias que hubieran de llevarse a cabo con la víctima, resulta conveniente proteger su seguridad a la salida de las dependencias judiciales. Entre las diversas medidas de protección, el CGPJ⁶⁹ establece las siguientes:

En primer lugar, planificar temporalmente las diligencias de manera que la víctima y el investigado no hayan de abandonar el edificio del órgano judicial en el mismo momento, y en caso de que ello no fuera posible y la práctica de diligencias haya de terminar a la vez para víctima e investigado, se recomienda pedir a la víctima que espere en las dependencias judiciales un tiempo razonable antes de salir, explicándole de manera clara y comprensible que dicha espera se debe a razones vinculadas con su seguridad personal.

En segundo lugar, pedir al personal de seguridad del órgano que verifique que ni el investigado, ni personas de su entorno se encuentran a la salida de las dependencias judiciales, ni el perímetro del edificio inmediatamente antes de la salida de la víctima.

Finalmente, de ser posible, conducir a la víctima a alguna salida secundaria diferente de la salida principal del edificio, y acompañarla hasta el medio de transporte que vaya a utilizar para abandonar el lugar donde se encuentre la sede del órgano judicial.

En virtud de lo expuesto, en la práctica, en relación con esta medida de protección de la víctima, Alejandra puede solicitar que su declaración se lleve a cabo en una dependencia diferente de la Sala de Vistas—aprovechando técnicas de comunicación como la videoconferencia o los circuitos de televisión—, evitando que la víctima tenga que compartir espacio físico alguno con la investigada o las personas de su entorno. Si ello resultase técnicamente factible, es recomendable recurrir a medios técnicos de distorsión de la imagen y/o la voz con el fin de evitar la identificación de la víctima. Si no hubiere medios técnicos a disposición del órgano judicial que permitiera la distorsión de la imagen y/o el sonido, cabe acudir a cualesquiera otros medios disponibles a fin de evitar la identificación, como puede ser la declaración a través de intérprete o de alguna persona

⁶⁸ “3. Estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal. [...]”.

⁶⁹ Consejo General del Poder Judicial. (2018). *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos*.

perteneciente al personal del órgano judicial que reproduzca de viva voz las respuestas de la víctima.

También puede solicitar simplemente que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal; tras un biombo o cortina, o ataviado con algún elemento que disfrace sus rasgos.

En casos extraordinarios, cuando se aprecie la existencia de una situación objetiva de riesgo grave para la víctima y no pueda recurrirse a medios técnicos que eviten adecuadamente su identificación durante la práctica de la declaración, algunas sentencias del Tribunal Supremo han admitido la validez como prueba preconstituida de la declaración prestada sin la presencia directa del investigado, siempre que el requisito de contradicción quede asegurado por otras vías, señaladamente la presencia de su letrado defensor⁷⁰.

TERCERO. Análisis de los aspectos sustantivos en materia civil con elementos extranjeros.

Se trata en el tercer fundamento jurídico dar respuesta a la cuestión de cuando José se entera de que tiene un hijo de casi cuatro años, si procede reclamar su paternidad y la solicitud sobre la guardia y custodia por períodos anuales en distintos países.

3.1.Reconocimiento de la filiación extramatrimonial

En relación con la primera de las cuestiones, se trata de una reclamación de filiación paterna no matrimonial.

El problema a abordar lo representa la ausencia de normativa internacional para la reclamación de la filiación en cuanto a la filiación extramatrimonial, relativa a la falta de adecuación o de actualización de los tratados internacionales relativos al instituto de la filiación. En este sentido, el Convenio 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, de 19 de octubre de 1996, que Nicaragua como España han ratificado, excluye en su art.4 del ámbito del convenio el establecimiento y la impugnación de la filiación.

Dado el principio de jerarquía y a falta de normativa de fuente internacional del Derecho Internacional Privado, queda relegada a la dimensión autónoma, es decir, normativa estatal de Derecho Internacional Privado. En esta línea, la CJI corresponde a los Tribunales Españoles, en virtud del art. 22 quáter d) LOPJ, toda vez que serán competentes los Tribunales españoles:

“En materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda.”

⁷⁰ Véase la STS de 26 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3920).

Ha quedado acreditado en los hechos que el menor tiene residencia en España, previa solicitud de Alejandra por circunstancias excepcionales para ella y para su hijo, siendo ambas autorizaciones concedidas y, además, han estado establecidos en España durante, al menos, siete meses, de manera que no queda duda al respecto sobre la CJI de los tribunales españoles en este asunto.

Además, la competencia objetiva para la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial corresponde a los Juzgados de Primera Instancia, de acuerdo con lo previsto en el art. 85 LOPJ en relación con el art. 45 LEC.

En relación con la ley aplicable, viene establecida en el art. 9.4 CC, el cual establece que la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza, se regirá por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación, por lo que procede hablar de la ley española en materia de filiación extramatrimonial.

La filiación, de acuerdo con el art. 108 CC puede tener lugar por naturaleza o adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial, como es el caso.

La determinación de la filiación no matrimonial es algo más compleja que la de la matrimonial debido, sobre todo, a la ausencia de presunción de convivencia y cohabitación sexual entre los progenitores. Así, el art. 120 CC establece que:

“La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:

1º. Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.

2º. Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil

3º. Por sentencia firme.

4º. Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción del nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la LRC”.

En relación con la filiación determinada por la inscripción en el Registro Civil, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en su art.44 establece que el reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción de nacimiento, como es el caso que nos ocupa, se realiza mediante declaración del padre ante el encargado del Registro Civil, requiriendo, en todo caso, el consentimiento expreso de la madre, Alejandra, al tratarse de un menor de edad.

Para que sea posible la inscripción deberán concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la legislación civil. Puede inscribirse la filiación mediante expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias: cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación, cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia, respecto de la madre,

siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo y formulada oposición, la inscripción de la filiación sólo podrá obtenerse por el procedimiento regulado en la LEC.

En relación con la filiación por sentencia que la determine legalmente, mediante el proceso judicial, viene contemplado en el Libro IV de la LEC “Procesos especiales”, más concretamente en el Título I: procesos de filiación.

Para llevar a cabo la tramitación de la acción de reclamación de filiación, en concordancia con el art. 753 LEC, se sustanciará por los trámites del juicio verbal. El letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el art. 405 LEC.

En cuanto a la legitimación activa y pasiva, es importante distinguir si en las relaciones familiares existe o no posesión de estado. La SAP de Granada de 17 de marzo de 1988 (ECLI:ES:APGR:2016:778) considera que la posesión de estado no es una manera de determinar la filiación, sino más bien un medio de prueba para acreditar la misma, y poder así inscribirla en el Registro Civil. La posesión de estado es la apariencia de ser titular o tener un determinado estado civil en relación a una o varias personas. Consiste en disfrutar las ventajas inherentes a dicho estado y soportar los deberes que se derivan del mismo.

En este sentido, en el supuesto de que no exista en las relaciones familiares posesión de estado, se restringe el ámbito de los legitimados para reclamar esta filiación⁷¹. El art. 133 CC establece que la acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponderá al hijo durante toda su vida. 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 reclamación.

En relación con el plazo —que, como acabamos de señalar, el art. 133.2 del CC sanciona con la caducidad de la acción a los progenitores que hagan dejación de la misma en el plazo de un año contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación—, es importante mencionar la SAP de Badajoz, de 10 de marzo de 2022 (ECLI:ES:APBA:2022:382)⁷²—con hechos similares al caso que nos ocupa, pues tal y como se mencionan en los antecedentes de hecho “*por decisión de Alejandra, José nunca supo de la existencia de Juan*”— la cual establece que “*no podemos determinar un día concreto para iniciar racionalmente el cómputo del plazo de caducidad que se opone en su contra. Si la parte demandada esgrime dicha excepción, tiene que demostrar, ante su pertinaz negativa a reconocer tal paternidad, en qué momento logró aquél el conocimiento de unos hechos que ella misma oculta*”.

Ostentan, de acuerdo con el art.766 LEC, legitimación pasiva, si no hubieran interpuesto ellos la demanda, las personas a las que en ésta se atribuya la condición de progenitores

⁷¹ LLEDÓ YAGÜE, F., BALMASEDA MONJE, O., HERRÁN ORTIZ, A.I., GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. (2017). Cuadernos teóricos Bolonia. Derecho de familia. Cuaderno III. Las relaciones paterno-filiales, adopción y patria parental. (2ªed.) Madrid: Dykinson Editorial, pp. 77 y ss.

⁷² Supuesto en el que el actor cabal nunca ha tenido conocimiento de su paternidad, dado que no concurre posesión de estado, no ha tratado a la menor en ningún momento, ni una mera fotografía con ella ha podido aportar, y ello porque la demandada -madre de la menor cuya filiación se dirime- le ha negado siempre que fuera el padre de su hija.

y del hijo, cuando se pida la determinación de la filiación. De esta manera, la acción de reclamación de la filiación deberá dirigirse necesariamente contra dos de las tres personas implicadas en el proceso. Así, en el presente caso, si la ejercita el padre, la demanda debe ser dirigida contra la madre, Alejandra, y el hijo, Juan.

En relación con las especialidades en materia de procedimiento y prueba, regulado en el art. 767 LEC es conveniente destacar que: En ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde. Además, en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. Aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo.

No obstante, 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 la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios.⁷³

Dicho lo anterior, el resultado de la prueba biológica solicitada por el padre, despeja todas las dudas sobre la filiación aquí controvertida, de manera que se cumple el fin de la actividad probatoria exigida por el artículo mencionado, probando aquellos hechos en los que se va a basar el proceso.

3.2. Guarda y custodia por períodos anuales en distintos países

En relación con la segunda de las cuestiones, se trata de solicitar la guarda y custodia de forma compartida con alternancia anual en distintos países, Nicaragua y España.

A modo de introducción, es conveniente destacar que, una vez reconocida la filiación extramatrimonial, entre los muy diversos efectos que esto conlleva, se encuentra la atribución de la patria potestad, que comprende un haz de derechos y obligaciones orientados al cuidado y protección del menor. Entre el conjunto de deberes y derechos incluidos en la patria potestad, se encuentra el de guarda y custodia de los hijos menores de edad. Entre las formas fundamentales de ejercer la guarda y custodia que se regula en el art. 92 CC, nos encontramos; en primer lugar, con la custodia monoparental o exclusiva, ejercida exclusivamente por uno de los progenitores y, en segundo lugar, la custodia compartida, que se acordará cuando esta sea la forma más conveniente para el bienestar del menor y cuando así sea posible.

La pieza maestra del sistema de CJI en materia de protección de menores es en el ámbito internacional el Convenio 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, de 19 de octubre de 1996 y, en el ámbito comunitario, el 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

⁷³ En este sentido, la STS de 8 de julio de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:3948) reconoce la legitimación al supuesto padre, pero desestima la acción por insuficiencia de las pruebas en el caso concreto por no haber generado los análisis de ADN.

matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000.

Por lo que se refiere a su ámbito de aplicación material, la normativa aplicable se extiende a las medidas de protección de la persona del menor o de sus bienes: a destacar, en lo que al caso interesara, la atribución, ejercicio, delegación, restricción o finalización de la responsabilidad parental y, en particular, al derecho de custodia y al de visita.

Aunque formalmente, y *a priori*, el alcance o el ámbito de aplicación espacial del Reglamento comunitario es universal, el art. 61 establece una regla de compatibilidad específica con el Convenio 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, de 19 de octubre de 1996 —que trata de las mismas materias, pero en el ámbito internacional—. Por cuanto que cuando los respectivos ámbitos de aplicación material del Reglamento y del Convenio de La Haya se solapan, para determinar cuál de los dos instrumentos normativos internacionales se aplica, habrá que estar a la residencia habitual del menor; ya en un Estado miembro, aplicando el Reglamento, ya en un Estado no miembro, aplicando el Convenio.

En este sentido, siguiendo el art. 8 del Reglamento, la CJI corresponderá al Estado contratante de la residencia habitual del niño para la protección de su persona o sus bienes. Además, cuando hay un cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante—en este caso de Nicaragua a España—, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual. No obstante, esta competencia de principio básica se puede modular, modificar o alterar en una serie de excepciones para casos muy concretos, de los cuales no procede hablar por no encontrarse en ninguno de ellos.

En lo que concierne a la ley aplicable, el Reglamento relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental no contiene normas de conflicto de leyes o de determinación del Derecho aplicable, por lo que serán de aplicación las normas de Ley aplicable contenidas en el Convenio *de La Haya*. Las referidas normas convencionales se contienen en los arts. 15 a 22 y cuentan con un ámbito de aplicación universal a Estados no contratantes, por lo que desplazan a las normas de la dimensión autonómica española de conflicto de leyes en la materia. En este sentido, establece el art. 15 que en el ejercicio de la competencia atribuida por las disposiciones del Capítulo II, las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia ley. En caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, la ley de este otro Estado rige las condiciones de aplicación de las medidas adoptadas en el Estado de la anterior residencia habitual a partir del momento en que se produce la modificación.

Quedando más que fundado que serán los tribunales españoles y la ley española la competente para conocer del asunto, pasamos a resolver la cuestión sobre la solicitud de guarda y custodia por períodos anuales en distintos países, Nicaragua y España. De manera que el menor residiría, en períodos alternativos de un año, con cada uno de sus progenitores, es decir, con Don José en Nicaragua por un año y con la madre, Doña Alejandra, en España el año siguiente y así sucesivamente.

Lo primordial en todo el entramado normativo nacional o internacional sobre los derechos del niño es el interés superior de los menores que es de orden público y está por encima del vínculo parental. En esta línea, el art.9 de la Convenio sobre los Derechos del Niño,

de 20 de noviembre de 1989, establece que los Estados Parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Además, los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Además, la Convención establece así en el art.10.2 que el niño, cuyos padres residan en Estados diferentes, tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres.

Así pues, para hallar el interés del menor hemos de estar a los datos de prueba y de la exploración del menor. En esta línea, STS de 18 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1414), en un supuesto similar al que nos ocupa, establece que lo mejor o más conveniente para los niños es que sigan bajo la custodia de su madre en Tokio, en un ambiente que no les es extraño pues allí tuvo su residencia habitual la familia durante algunos años, y descarta, de otro, que, la guarda y custodia sea de forma compartida con alternancia anual en cada país, dado el elevado coste emocional y el perjuicio que dicha solución tiene para su desarrollo, pues se vería afectado.

En este sentido, siguiendo la línea jurisprudencial del TS, es importante destacar tres aspectos: En primer lugar, la custodia alterna que plantea el padre, más que compartida es una guarda por periodos de tiempo. En segundo lugar, el efecto negativo del traslado que para ellos tiene viene avalado por la prueba pericial psicológica. Finalmente, la distancia existente entre ambos domicilios no solo dificulta, sino que hace inviable, la medida de custodia compartida en la forma interesada, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida de los menores, que precisan de un marco estable de referencia.

La STS de 28 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:176) deduce la imposibilidad de afrontar un sistema de custodia compartida con menores en edad escolar, con una distancia considerable entre los domicilios de los custodios, lo que acarrea un desarraigo de la menor, su sometimiento a cambios intermitentes de colegios y de sistema sanitario, incluso en este caso, con diferencias lingüísticas en su proceso de aprendizaje.

Cuestión distinta es establecer un régimen de visitas y vacaciones que permitan un contacto frecuente con el progenitor no custodio. En este sentido, de acuerdo con la STS de 16 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1902), no existe una previsión legal acerca de cómo debe organizarse el sistema de visitas ni con carácter general ni, en particular, cuando los progenitores residen en lugares alejados o incluso, como sucede en el caso, en países que se encuentran en distintos continentes. Como ha advertido esta sala, 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 en interés del menor⁷⁴.

La determinación del tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho de visitas a que se refiere el art. 94 CC exige concretar la frecuencia de las visitas y su duración, quién se

⁷⁴ En el mismo sentido, la STS de 27 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4203)

desplaza y quién asume el gasto del desplazamiento para adaptar el régimen a las circunstancias que concurren: la edad del menor, la distancia, las molestias y condiciones del viaje, las circunstancias personales, familiares y profesionales de los progenitores, su disponibilidad horaria y personal para viajar, sus recursos económicos, etc. En función de esas circunstancias hay que establecer si, para compensar la dificultad que supone la distancia para las visitas más frecuentes es posible ampliar las visitas de los periodos vacacionales, si debe trasladarse el menor, solo o acompañado, o si, por el contrario, debe trasladarse uno de los progenitores, y cuál, para recogerlo.

CUARTO. Sustracción internacional de menores. Aspectos civiles y penales.

El último de los fundamentos es dar respuesta a si podría ser constitutivo de delito el hecho de que Alejandra sacase al menor de Nicaragua sin autorización de José, aunque no estuviera establecida la filiación extramatrimonial. En este caso, puede plantearse un posible delito de sustracción de menores.

La normativa aplicable en materia civil en los casos de sustracción internacional de menores es, fundamentalmente, el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980, Convenio 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, de 19 de octubre de 1996 y el 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.

Siguiendo esta normativa, se prevé el establecimiento de un procedimiento para poder obtener la restitución de un menor trasladado o retenido ilícitamente, mediante un sistema de cooperación de Autoridades Centrales y una acción para el retorno inmediato del menor.

En cuanto a la competencia para adoptar las medidas para la protección de su persona, cabe mencionar el Convenio relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de niños, de 19 de octubre, ya antes mencionado, en su art. 5 establece que las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño, en este caso España, son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes. Sin embargo, el art.7 establece que en caso de desplazamiento o retención ilícitos del niño, las autoridades del Estado contratante en el que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o su retención conservan la competencia hasta el momento en que el niño adquiera una residencia habitual en otro Estado y toda persona, institución u otro organismo que tenga la guarda acceda al desplazamiento o a la retención; o el niño resida en este otro Estado por un período de, al menos, un año desde que la persona, institución o cualquier otro organismo que tenga la guarda conozca o debiera haber conocido el lugar en que se encuentra el niño, sin que se encuentre todavía pendiente petición alguna de retorno presentada en este plazo, y el niño se hubiera integrado en su nuevo medio. Artículo que no será de aplicación, por no tratarse de un supuesto de sustracción ilegal de menores, como veremos con posterioridad.

REVILA PÉREZ⁷⁵ entiende por sustracción internacional de menores aquella situación en la cual, uno de los progenitores (el progenitor sustractor) de manera unilateral, es decir, sin consentimiento del otro progenitor (el progenitor privado del menor) y sin autorización judicial, traslada o retiene a un hijo menor de 16 años desde el Estado donde éste reside habitualmente a otro Estado diferente de manera ilícita, esto es, sin estar autorizado para hacerlo.

El art.3 del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980, considera un traslado o retención de un menor ilícitos; en primer lugar, cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. Dicho derecho de custodia puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado. Y, en segundo lugar, cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

En cuanto al derecho de custodia, a efectos de la aplicación del art. 5 del Convenio, es el *“derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”*. Sobre el derecho de visita, se *“comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual”*.

En relación con lo expuesto, es importante aclarar que no se trata de un supuesto de sustracción internacional de menores toda vez que en el momento de traslado del menor a España realizado por la madre, no existía ningún deber de custodia y de derecho de visita otorgado en favor del padre, puesto que ni siquiera existía un reconocimiento de filiación extramatrimonial y, por ello, tampoco existía ninguna decisión judicial o administrativa que estableciera tal cosa. De manera que el hecho de que el menor se trasladase a España no supuso una privación ni un alejamiento del padre, cuando no mantenían ningún tipo de contacto.

En el ámbito de la legislación interna, el ordenamiento jurídico español contiene ciertas referencias a la sustracción internacional de menores, siendo estas escasas pero suficientes para complementar la legislación internacional, respetando siempre y en concordancia con las disposiciones de esta última en virtud del principio de jerarquía normativa. Resulta entendible que las principales disposiciones en materia de sustracción internacional de menores se regulen en la LEC, ya que esta Ley, de naturaleza procesal, se dedica a regular los procedimientos legales, como bien podría ser la restitución de un menor sustraído ilegalmente. Además, regula la forma y medida en la que las leyes se ejecutan por parte de un Tribunal.

En caso de que sí se hubiese consumado la sustracción, y se hubiese trasladado al menor a España desde un país firmante de los Convenios mencionados de manera ilícita, habrían

⁷⁵ REVILA PÉREZ, L. (2019). “La sustracción internacional de menores: aspectos técnico-prácticos”. *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, p.34.

de concurrir una serie de requisitos según MONGUE FERNÁNDEZ⁷⁶, para poder obtener la restitución de un menor trasladado o retenido ilícitamente: que se hubiese trasladado o retenido ilícitamente al menor, que se encuentre en España y que resulten aplicables normas de Derecho Comunitario o un Convenio Internacional suscrito por España. Una vez cumplidos estos requisitos, procedería la aplicación el procedimiento a seguir para la restitución o retorno del menor establecidos en la LEC, en su capítulo IV Bis, Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, en los arts. 778 quáter y ss.

El apartado 2 del art. 778 quater dice que, en estos procesos, será competente el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia, de Ceuta o Melilla, con competencias en materia de derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos, si lo hubiere y, en su defecto, al que por turno de reparto corresponda. El Tribunal examinará de oficio su competencia.

En cuanto la legitimación, el apartado 3 del art. 778 quáter establece que promoverá el procedimiento la persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia o un régimen de estancia o visitas, relación o comunicación del menor, la Autoridad Central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente convenio, en su caso, y, en representación de ésta, la persona que designe dicha autoridad. En el presente caso, José carece de legitimación para promover el procedimiento por no tener atribuida la guarda y custodia ni un régimen de visitas o comunicación con el menor.

Respecto de la sustracción internacional, los convenios en los que España es parte, no imponen, pero tampoco prohíben, que además del tratamiento civil pueda verse una reacción penal contra este tipo de conductas, de manera que el hecho de la sustracción del menor por sus progenitores puede ser constitutivo de una infracción penal; en España se tipifica en el art. 225 bis del C.P, dentro de una nueva sección introducida por la LO 9/2002 de 10 de diciembre⁷⁷, estableciendo que el progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la 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.

A los efectos de este artículo, se considera sustracción: En primer lugar, 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. En segundo lugar, la retención de una persona menor de edad incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

En todo caso, no procede considerar que la conducta de Alejandra de sacar al menor de Nicaragua sin autorización de José sea constitutiva de delito toda vez que Juan no tiene confiada la guarda y custodia, tampoco se incumple una resolución judicial o administrativa. Siendo, en todo caso, Alejandra quien ostenta la patria potestad, con la devenida guardia y custodia. Insistiendo en que el hecho de que el menor se trasladase a

⁷⁶ MONGUE FERNÁNDEZ, A. (Dir.) (2019). *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*. Barcelona: Bosh Editor, p. 48.

⁷⁷

España no supuso una privación ni un alejamiento del padre, cuando no tenía ningún tipo de contacto con el menor, ni un reconocimiento de filiación.

Siguiendo la línea de DE LA ROSA CORTINA, el sujeto activo es el progenitor, tanto el padre como la madre, con independencia de que la filiación lo sea por naturaleza o por adopción. Es completamente indiferente que los progenitores estén o no unidos en matrimonio o vínculo de análoga significación. Incluso debe admitirse como sujeto activo al progenitor respecto al que aún no se ha reconocido su paternidad, siempre que este extremo quede con posterioridad acreditado⁷⁸. En un principio se mantuvo que tanto el padre como la madre sean o no custodios pueden ser sujetos activos del delito. Esto es, siguiendo esta exégesis, en principio, cometería el delito tanto el que no restituye tras ejercer el derecho de visitas como el que no permite la visita al no custodio estando obligado a ello⁷⁹. Sin embargo, y, en síntesis, la jurisprudencia menor se inclina mayoritariamente por entender que para ser sujeto activo del delito es necesario no tener la guarda y custodia, de modo que el progenitor custodio nunca puede cometer el delito del art. 225 bis⁸⁰.

4. CONCLUSIONES FINALES

- I. Los hechos descritos realizados por Raquel son constitutivos de un delito de trata de seres humanos con fines de imposición de trabajos o servicios forzados (art. 177 *bis* CP). Al materializarse la explotación laboral, también son constitutivos de un delito contra los derechos de los trabajadores (art.312.2. inciso segundo CP), cometido en concurso medial, de manera que será castigado con la pena de prisión de siete a diez años. Además, al haberse producido el traslado con cruce ilegal de fronteras de Alejandra y del menor, se ha cometido, a su vez, dos delitos de inmigración clandestina (art. 318 *bis*.1 CP) en concurso de normas, con una pena de prisión de siete meses y dieciséis días a un año. Por último, los hechos son constitutivos de un delito de detención ilegal, agravado por la detención durante más de quince días (art.163.3 CP), castigado con pena de prisión de cinco a otros años y, por un delito contra la integridad moral (art.173.1 CP), con una pena de prisión entre seis meses y dos años.
- II. Será competente para la investigación de los hechos el Juzgado de Instrucción que por turno corresponda de Santiago de Compostela y para su enjuiciamiento, la Audiencia Provincial de Santiago de Compostela, sección 6ª. En caso de interponer recurso de apelación, resuelve el Tribunal Superior de Justicia de Galicia y, en última instancia, corresponde al Tribunal Supremo, sala segunda, pronunciarse acerca del recurso de casación. El procedimiento adecuado para el enjuiciamiento de un delito de trata de seres humanos y detención ilegal agravado, siendo los delitos con penas más graves, castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, es el procedimiento abreviado.
- III. Las grabaciones que Alejandra hizo con la cámara del móvil son plenamente lícitas como medio de prueba, pues se considera que no atenta a su derecho a la intimidad, por pertenecer su contenido a lo personal, toda vez que la propia víctima participa en los mismos hechos, siempre y cuando se aporten al procedimiento con todas las

⁷⁸ DE LA ROSA CORTINA, J.M. (2017). Sustracción parental de menores: aspectos civiles, penales y procesales. El delito de sustracción de menores: Última jurisprudencia, pp. 17 y ss.

⁷⁹ DE LA ROSA CORTINA, J.M., *op. cit.*, pp.17 y ss.

⁸⁰ En este sentido, la SAP Jaén de 29 de enero de 2007 (ECLI:ES:APJ:2007:582).

garantías procesales que verifiquen su autenticidad, siendo prueba muy relevante en dicho procedimiento, por haberse cometido en la más estricta intimidad y no haber otra forma de corroborar los hechos descritos.

- IV. Es posible que se utilicen medios de protección a la víctima. En primer lugar, no constando en las diligencias los datos personales de Alejandra, su domicilio, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave o 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 segundo lugar, utilizando procedimientos que imposibiliten su identificación visual, como son videoconferencia y otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido o utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal; tras un biombo o cortina, o ataviado con algún elemento que disfrace sus rasgos.
- V. Jose, como padre biológico, tiene legitimación para reclamar la filiación no matrimonial aunque falte la posesión de estado. Además, aunque el plazo de caducidad de la acción de los progenitores es de un año, desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación, hay que tener en cuenta que no se puede determinar un día concreto para iniciar racionalmente el cómputo del plazo de caducidad ante la negativa a reconocer tal paternidad, por ser hechos que la madre oculta. Además, solicita la realización de pruebas de paternidad, en este caso ADN, cumpliendo el requisito de principio de prueba para fundar los hechos.
- VI. Sobre la solicitud de José sobre la guardia y custodia por períodos anuales en distintos países, no existe una previsión legal acerca de cómo organizarse. Sin embargo, la línea jurisprudencial establece que en los supuestos dónde el domicilio de los progenitores se encuentra a una considerable distancia; el constante cambio anual de domicilio supone un desarraigo del menor, teniendo en cuenta el sometimiento a cambios intermitentes de colegios y de sistema sanitario, entre otros. Sobre la posibilidad de un régimen de visitas en favor del padre no custodio, se deberá sopesar cuál es el sistema más conveniente para el menor, debiéndose procurar un sistema eficaz y equilibrado de visitas por parte del otro progenitor, teniendo siempre presente el interés superior del menor. En este aspecto hay que tener en cuenta que el menor tiene apenas cuatro años y, además, nunca ha conocido al padre.
- VII. Finalmente, no se puede considerar que la conducta de Alejandra, de sacar al menor de Nicaragua sin autorización de José, sea constitutiva de delito de sustracción de menores (art. 255 *bis* CP), toda vez que Juan no tiene confiada la guarda y custodia y tampoco se incumple una resolución judicial o administrativa. Siendo, en todo caso, la presunta autora quien ostenta la patria potestad, con la devenida guardia y custodia. Además, el hecho de que el menor se trasladase a España no supuso, en ningún caso, una privación ni un alejamiento del padre por no tener ningún tipo de contacto con el menor ni un reconocimiento de filiación. Cuestión totalmente diferente es que fuese el padre del menor el que lo trasladase a España.

5. BIBLIOGRAFÍA

I. MONOGRAFÍAS

ARMENDÁRIZ LEÓN, C. (Dir.) (2022). *Parte especial del derecho penal a través del sistema de casos*. (2ª ed.) Valencia: Tirant lo Blanch.

BLANCO GARCÍA, A.I. (2015). “Estatuto de la víctima del delito. Trascendencia de una ley”. *Actualidad jurídica Iberoamericana* (núm. 3), pp. 765-774. Disponible en: <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/47101/765-774.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Consultado 18-05-2022].

BERASALUZE GERRIKAGOITIA, L. (2022). *Trata de seres humanos con fines de explotación laboral y protección de las víctimas: con especial atención al fenómeno en el ámbito del servicio doméstico*. Pamplona: Aranzadi.

CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.) (2019). *Manual de derecho penal parte especial*. Tomo 1. (2ªed.) Valencia: Tirant lo Blanch.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2013). *El delito de trata de seres humanos. El art. 177 bis CP*. Valencia: Tirant lo Blanch.

DE LA ROSA CORTINA, J.M. (2017). Sustracción parental de menores: aspectos civiles, penales y procesales. El delito de sustracción de menores: Última jurisprudencia. 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> pp. 17 y ss.

GARCÍA SEDANO, T. (2020). *El delito de trata de seres humanos: El artículo 177 bis del Código Penal*. Madrid: Reus Editorial.

GARCÍA SEDANO, T. (2020). *La detección, identificación y protección de las víctimas de trata de seres humanos*. Madrid: Reus Editorial.

GARCÍA VAZQUEZ, S. y FERNÁNDEZ OLALLA.P. (2012). *La trata de seres humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.) (2016). *Derecho penal parte especial*. (6ª ed.) Valencia: Tirant lo Blanch.

LLEDÓ YAGÜE, F., BALMASEDA MONJE, O., HERRÁN ORTIZ, A.I., GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. (2017). Cuadernos teóricos Bolonia. Derecho de familia. Cuaderno III. Las relaciones paterno-filiales, adopción y patria parental. (2ºed.) Madrid: Dykinson Editorial, pp. 77 y ss.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. (2016). *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*. (1ª ed.) Pamplona: Ed. Aranzadi, SA.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. y ARRIETA IDIAKEZ F.J. (2019). “La trata de seres humanos con fines de explotación laboral en la legislación española”. *Revista cuatrimestral de las*

Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales (núm. 107). DOI: 0.14422/icade.i107.y2019.002.

MAYORDOMO RODRIGO, V. (2011). “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, pp. 325-390. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10347/7321> [Consultado 29-03-2022].

MARTÍN OSTOS, J. (Dir.) (2019). *Tutela de la víctima de trata: una penal, procesal e internacional*. Barcelona: Bosch Editor.

MONGUE FERNÁNDEZ, A. (Dir.) (2019). *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*. Barcelona: Bosh Editor.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. (2015). *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*. (23ª ed.) Valencia. Tirant lo Blanch.

REVILA PÉREZ, L. (2019). “La sustracción internacional de menores: aspectos teóricos”. *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, pp. 33-58. Disponible en: <https://vlex.es/vid/sustraccion-internacional-menores-aspectos-773665141>[Consultado 2-05-2022].

VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2011). *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*. (1ªed.) Navarra: Aranzadi.

VIVES ANTÓN, T. S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. y MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C. (2008). *Derecho Penal Parte Especial*. (2ªed.) Valencia: Tirant lo Blanch.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. (Dir.) (2011). *Derecho Penal Parte Especial: Un estudio a través del sistema de casos resueltos. TOMO I. Delitos contra las personas*. (3ª ed.) Valencia: Tirant lo Blanch.

II. INFORMES

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2016). *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10868.pdf> [Consultado 01-05-2022].

Fiscalía General del Estado. (2011). *Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2011-00005.pdf [Consultado 27-03-2022].

Fiscalía General del Estado. (2013). *Informe del consejo fiscal al anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal*. Madrid. Disponible en: <http://s01.s3c.es/imag/v3/ecoley/documentos-iuris/18-01-2013/16.informeFiscalia.pdf> [Consultado 22-03-2022].

Fiscalía General del Estado. (2015). *Circular 4/2015, de 13 de julio, sobre la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos*. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_04_2015.html [Consultado 07-04-2022].

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2005). *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/treaties/Legislative_Guide_2017/Legislative_Guide_S.pdf [Consultado 15-04-2022].

Consejo General del Poder Judicial. (2018). *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos*. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Guias--estadisticas--estudios-e-informes/Guias/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-frente-a-la-trata-de-seres-humanos> [Consultado 22-03-2022].

Tribunal Supremo (España). Sala de lo Penal. (2005). *Acuerdos de 3 de febrero de 2005 sobre: 1º Principio de ubicuidad ; 2º Cláusulas de reserva de dominio y prohibición de enajenar ; 3º Principio de mínimos psicoactivos en relación al art. 368 CP*. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdos-de-3-de-febrero-de-2005-sobre--1--Principio-de-ubicuidad---2--Clausulas-de-reserva-de-dominio-y-prohibicion-de-enajenar---3--Principio-de-minimos-psicoactivos-en-relacion-al-art--368-CP> [Consultado 14-04-2022].

Tribunal Supremo (España). Sala de lo Penal. (2005). *Acuerdos de 13 de julio de 2005 sobre: 1º Autorización judicial para extraer muestras para análisis de ADN a detenido ¿; 2º Alcance del Art. 313.1º del C.P. (entrada clandestina e ilegal) análisis de ADN a una persona detenida a la que no se informa de su derecho a no autoinculparse y que carece de asistencia letrada?*. 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-> [Consultado 26-04-2022].

6. ANEXOS

I. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Plenario). Caso Irlanda contra Reino Unido. Sentencia núm. 5310/71 de 18 de enero de 1978.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Plenario). Caso Van der Musselle contra Bélgica. Sentencia núm. 8919/80, de 23 de noviembre de 1983.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Caso Siliadin contra Francia. Sentencia núm. 73316/01, de 26 de julio de 2005.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª). Caso Chowdury y otros contra Grecia. Sentencia núm. 21884/15, de 30 de marzo de 2017.

Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional (Sala 2ª). Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre de 1984. (ECLI:ES:TS:1984:114)

Tribunal Supremo

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia 587/1991, de 8 de julio de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:3948)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 1485/1998, de 27 de noviembre 1998 (ECLI:ES:TS:1998:7102)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 1627/2992, de 8 de octubre de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:6587)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 48/2003, de 23 de enero de 2003 (ECLI:TS:2003:302)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 372/2005, de 17 de marzo de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:1704)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 601/2005, de 10 de mayo de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:2950)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 994/2005, de 30 de mayo de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:3465)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 1059/2005, de 28 de septiembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:5608)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 1461/2005, de 25 de noviembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:7486)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 773/2006, de 10 de julio de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:4519)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 153/1007, de 28 de febrero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:1464)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 380/2007, de 10 de mayo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:3255)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 790/2007, de 8 de octubre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6916)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 823/2007, de 15 de octubre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:7029)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 233/2009, de 3 de marzo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:1276)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 330/2010, de 3 de marzo de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:1972)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 385/2012, de 10 de mayo de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:3293)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 191/2015, 9 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1502)

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia 583/1915, 23 de octubre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4290)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 420/2016, de 18 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2287)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 686/2016, de 26 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3920)

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia 565/2016, 27 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4203)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 214/2017, de 29 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1229)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 196/2017, de 24 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1226)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 214/2017, de 29 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1229)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 312/2017, de 3 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1889)

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia 301/2017, de 16 de mayo de 2017 (ECLI:ES:2017:1902)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 656/2017, de 5 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3565)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 30/2018, de 19 de enero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:102)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 108/2018, de 6 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:788)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 144/2018, de 22 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1020)

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia 229/2018, de 18 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1414).

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 77/2019, de 12 de febrero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:473)

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia 396/2019, de 24 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2572)

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia 58/2020, de 28 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:176)

Tribunales Superiores de Justicia

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Civil y Penal). Sentencia 134/2019, de 19 de septiembre de 2019 (ECLI:ES:TSJCV:2019:7382)

Audiencia Provincial

Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª). Sentencia 190/2016, de 17 de marzo de 1988 (ECLI:ES:APGR:2016:778)

Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª). Sentencia 24/2017, de 29 de enero de 2007 (ECLI:ES:APJ:2007:582)

Audiencia Provincial de Murcia (Sección 2ª). Sentencia 52/2015, de 12 de enero de 2015 (ECLI:ES:APMU:2015:150)

Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 5ª). Sentencia 292/2015, de 11 de junio de 2015 (ECLI:ES:APPO:2015:1305)

Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 1ª). Sentencia 57/2015, de 25 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:APGC:2015:2145)

Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 6ª). Sentencia 352/2018, de 17 de octubre de 2018 (ECLI:ES:APGC:2018:2696)

Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª). Sentencia 417/2019, de 24 de septiembre de 2019 (ECLI:ES:APGC:2019:1682)

Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2ª). Sentencia 195/2022, de 10 de marzo de 2022 (ECLI:ES:APBA:2022:382)

II. APÉNDICE LEGISLATIVO

Legislación internacional

Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 de las Naciones Unidas, por la que se adopta la Declaración Universal de los Derechos Humanos. *Naciones Unidas*: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. Ratificado en España el 7 de febrero de 1986. *Boletín Oficial del Estado* núm. 202, de 24 de agosto de 1987.

Convenio sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Ratificado en España el 26 de enero de 1990. *Boletín Oficial del Estado* núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897 a 38904.

Convenio 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, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996. Ratificado en España el 1 de abril de 2003. *Boletín Oficial del Estado* núm. 291, de 2 de diciembre de 2010, p. 99837 a 99868.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Ratificado en España el 28 de septiembre de 1976. *Boletín Oficial del Estado* núm. 103, de 3 abril de 1977.

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. Ratificado en España el 1 de marzo de 2002. *Boletín Oficial del Estado* núm. 296, de 11 de diciembre de 2003, p.44083 a 44089.

Legislación de la Unión Europea

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea* nº 303/17, de 14 de diciembre de 2007.

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* núm.338, de 23 de diciembre de 2003.

Directiva (UE) 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 328, de 5 de diciembre de 2002.

Directiva (UE) 2011/36 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. *Diario Oficial de la Unión Europea* nº 101/1, de 15 de abril de 2011.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en roma el 4 de noviembre de 1950. Ratificado por España el 26 de noviembre de 1979. *Boletín Oficial del Estado* núm. 243, de 10 de octubre de 1979, p. 23564 a 23570.

Convenio relativo la abolición del trabajo forzoso, 1957. Ratificado por España el 6 de noviembre de 1967. *Boletín Oficial del Estado* núm. 291, de 4 de diciembre de 1968, p. 17350 a 17351.

Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Ratificado por España el 9 de julio de 2008. *Boletín Oficial del Estado* núm. 219, de 10 de septiembre de 2009, p.76453- 76471.

Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, hecho en Ginebra el 11 de junio de 2014. Ratificado por España el 1 de septiembre de 2017. *Boletín Oficial del Estado* núm. 309, de 20 de septiembre de 2017, p.126012 a 126016.

Legislación nacional

Constitución Española.

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

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

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

Ley Orgánica 6/ 1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado* núm. 157, de 2 de julio de 1985.

Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. *Boletín Oficial del Estado* núm.307, de 24 de diciembre de 1994.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado* núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *Boletín Oficial del Estado* núm. 10, de 12 de enero de 2000.

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* núm. 152, de 23 de junio de 2010.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Boletín Oficial del Estado* núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.

Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de la circulación de vehículos a motor. *Boletín Oficial del Estado* núm. 267, de 5 de noviembre de 2004.

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* núm. 255, de 24 de octubre de 2015.