



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Programa de simultaneidad del Grado en Derecho y el Grado en
Administración y Dirección de Empresas

Curso 2021-2022

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

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

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

Claudia Remeseiro Abeleira

Tutor: Dr. Juan Raposo Arceo

ÍNDICE

I. LISTADO DE ABREVIATURAS	2
II. INTRODUCCIÓN	3
III. SUPUESTO DE HECHO	5
IV. RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS	7
IV.1. PRIMERA CUESTIÓN	7
IV.1.1. Del delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral..	7
IV.1.2. Del delito de inmigración clandestina. Elementos de la conducta típica y conurrencia con el delito de trata de seres humanos.	12
IV.1.3. Del delito de detención ilegal del art. 163 CP.	15
IV.1.4. De los delitos contra los derechos de los trabajadores (Arts. 311.1 y 312.2 CP).	16
IV.1.3. Determinación de las penas.	17
IV.2. SEGUNDA CUESTIÓN	19
IV.2.1. Jurisdicción y competencia.	19
IV.2.2. Admisibilidad y efectos de las grabaciones como medio de prueba.....	21
IV.3. TERCERA CUESTIÓN	23
IV.3.1. Introducción. Protección de la víctima en el proceso penal.	23
IV.3.2. Regulación en el ámbito internacional.	24
IV.3.3. Protección de los datos personales de las víctimas.	25
IV.3.4. Medidas para evitar la identificación visual de la víctima.	27
IV.4. CUARTA CUESTIÓN	29
IV.4.1. Introducción.	29
IV.4.2. Reclamación de la filiación.	29
IV.4.3. Régimen de guarda y custodia.	35
IV.5. QUINTA CUESTIÓN	39
IV.5.1. Introducción.	39
IV.5.2. Cuestiones civiles de la sustracción de menores.	40
IV.5.3. El delito de sustracción de menores.	41
V. CONCLUSIONES FINALES	43
VI. BIBLIOGRAFÍA	45
VII. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	48

I. LISTADO DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial.
AN	Audiencia Nacional.
Art(s)	Artículo(s).
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
CE	Constitución Española.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
Coord.	Coordinador
CP	LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
Dir.	Director
FGE	Fiscalía General del Estado
FICP	Fundación Internacional de Ciencias Penales
ICAM	Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
LECiv	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LECrim	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LEVID	Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Pág.(s)	Página (S)
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
Sigs.	Siguientes.
SJPII	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribuna Supremo.
TSH	Trata de Seres Humanos
UE	Unión Europea.
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
<i>Vid.</i>	Ver
V.gr.	<i>verbi gratia</i> ('por ejemplo ')

II. INTRODUCCIÓN

El delito de trata de seres humanos no es un suceso novedoso, sino que se considera un conflicto derivado de la antigua esclavitud. Su extensa trayectoria revela la magnitud del problema que, además, implica el uso de personas como mercancías, lesionando de esta manera los derechos fundamentales de las víctimas¹.

Ha mutado la manera en la que los inmigrantes económicos se integran en la Unión Europea, y España se ha convertido en los últimos en un país receptor de inmigración, frente a su antigua trayectoria como país emisor de trabajadores. La crisis económica, la globalización y el cambio en las técnicas de producción han llevado a una reducción de la demanda de mano de obra extranjera². Sin embargo, no se ha producido un descenso de la oferta migratoria, lo cual ha generado un desequilibrio entre oferta y demanda, dando lugar a una inmigración económica que no se ha solicitado³.

Debido a lo anterior, se han desarrollado en España políticas de inmigración cero para regular el mercado, mediante instrumentos que supriman el exceso de inmigración. Aun así, existen ciertas actuaciones llevadas a cabo con el objetivo de beneficiarse de las dificultades y necesidades de los migrantes, entre estas se encuentra la trata de seres humanos⁴.

La Policía Nacional y Guardia Civil liberaron en 2020 a 269 víctimas de las redes de tráfico ilícito de seres humanos, que captaron y colaboraron en el traslado de éstas con el fin de lucrarse a través de la explotación sexual o laboral, la cooperación en actos delictivos o la obligación a celebrar el matrimonio no deseado.

Si añadimos a la cifra anterior las 963 víctimas que fueron sometidas a procesos de explotación sexual o laboral, en los cuales no se pudo corroborar la procedencia de una red de trata de seres humanos, serían 1232 las personas que fueron sometidas a este tipo delictivo o similares.

Concretamente fueron rescatadas 99 víctimas del delito de trata con finalidad de explotación laboral, la mayoría de sexo femenino y de nacionalidad nicaragüense, marroquí y española⁵.

Los informes internacionales afirman que la trata laboral es una realidad creciente en los países desarrollados. Algunos países como los de la Unión Europea y Estados Unidos han tomado conciencia sobre el incremento de este hecho en paralelo con los flujos migratorios y las ofertas de empleo de los países desarrollados.

¹ DÍAZ MORGADO, Celia V, 2014. *El delito de trata de seres humanos. Su aplicación a la luz del derecho internacional y comunitario*. Tesis doctoral, Universidad de Barcelona. Pág. 5.

² DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. “El nuevo delito de trata de seres humanos del art. 177 bis del Código Penal”. *El delito de trata de seres humanos*. El art. 177 bis CP. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, pág. 17.

³ SUSAJ, Gentiana, NIKOPOLOU, Konstantia y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea. *La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*. Madrid: Accem, 2006, pág 17.

⁴ DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. “El nuevo delito de trata de seres humanos del art. 177 bis del Código Penal”. *El delito de trata de seres humanos*. El art. 177 bis CP. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, pág. 33.

⁵ MINISTERIO DEL INTERIOR. *Policía Nacional y Guardia Civil liberaron a 269 víctimas de trata de seres humanos para su explotación sexual o laboral en 2020. Año 2021*. http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/13633186 [consultado el 06/05/2022].

En virtud de las estimaciones realizadas por la Organización Internacional del Trabajo, habría a nivel mundial unos 2.4 millones de víctimas de trata de seres humanos, y entre ellas un 43% han sido capturadas con fines de explotación sexual, un 32% con fines de explotación laboral y un 25% con ambos fines.

Es importante dar un mayor conocimiento a este fenómeno, para que tanto los organismos públicos y privados, como la sociedad, conozcan las características y magnitud del hecho delictivo. Solo así podrán ser conscientes de la realidad, fomentar medios jurídicos y sociales para su tratamiento, y conseguir así un flujo de migración legalizado.

Además, con este hecho delictivo conviven otros como la inmigración clandestina, la detención ilegal, las condiciones de empleo precarias, el trabajo no declarado... que deberán de ser tratados de la misma forma, porque son igual de significativos a la hora de resolver este conflicto⁶.

Es relevante también destacar que, en numerosas ocasiones, estos movimientos migratorios desencadenan problemáticas relacionadas con el interés superior del menor que es trasladado de su país de origen.

Por ello, los organismos y tratados internacionales, como por ejemplo la Convención sobre los Derechos del Niño, han establecido que será el interés del menor la consideración primordial en todos los conflictos que le conciernen y que ningún menor podrá ser privado de su derecho de libertad de manera ilegal⁷.

El presente trabajo de fin de grado desarrolla un caso de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral, así como otros hechos delictivos con los que convive. Asimismo, plantea cuestiones procesales, relacionadas con la competencia y las especialidades del proceso derivadas de la gravedad del conflicto delictivo. Por último, presenta cuestiones civiles vinculadas a la determinación de la filiación, y la guarda y custodia del menor.

Se expone en primer lugar, seguidamente, el supuesto de hecho, para pasar a continuación en el resto del trabajo a analizar cada una de las cuestiones planteadas y finalizar el mismo con la exposición de una serie de conclusiones.

⁶ SUSAJ, Gentiana, NIKOPOLOU, Konstantia y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea. *La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*. Madrid: Accem, 2006, pág 17.

⁷ Vid. ONU. *En el interés superior de los niños migrantes. Año 2016*. <https://www.ohchr.org/es/stories/2016/09/best-interest-migrant-children> [consultado el 06/05/2022].

III. SUPUESTO DE HECHO

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

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

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

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

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

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

quiere seguir trabajando en esas condiciones. Por su parte, Raquel la amenaza con llamar a la policía para que los deporten si decide irse o dejar de trabajar para ella, haciéndole ver que tendría que pagar un monto aun mayor por haberse quedado en el país como ilegal y que le quitarían a su hijo.

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

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

IV. RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS

IV.1. PRIMERA CUESTIÓN

¿Cuál es la calificación jurídica de los hechos realizados por Raquel? ¿Qué consecuencias penales, si las hubiere, podrían llegar a derivarse para Raquel de los hechos descritos en el supuesto?.

IV.1.1. Del delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral.

La trata de seres humanos es un delito que atenta contra los derechos fundamentales de los seres humanos. A pesar de la tipificación del delito y de la modificación de su regulación, es necesario analizar las causas que lo generan y los elementos que favorecen su consecución, para lograr ser eficaces en la lucha contra el tipo delictivo⁸.

Es relevante informar de una manera clara a las víctimas sobre sus derechos, entre los que se encuentran ofrecer asistencia, atención sanitaria, ayuda laboral, acceso a la justicia y asistencia letrada⁹.

La calificación jurídica de los hechos se encuentra recogida en el artículo 177 bis de la Ley Orgánica 5/2010, de 10 de junio de 2010, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP). Dicho artículo regula el delito de la trata de los seres humanos, que se encuentra diferenciado tras la reforma penal del 2010 de los delitos de inmigración clandestina regulados en el artículo 318 del CP¹⁰.

Una cuestión que resaltar del delito de trata de seres humanos, y que también nos permite diferenciarlo de otros hechos delictivos, es que no hay necesidad de que exista un desplazamiento internacional de la víctima, puede suceder en el mismo Estado. Numerosos informes indican que mayoritariamente se produce a nivel internacional, sin embargo, otros afirman lo contrario¹¹.

En el caso de que sí se produzca ese desplazamiento internacional, tiene que existir algún tipo de relación con el país, bien porque se comete el delito en él, porque se parte desde ese país o porque se establece ese país como lugar de paso en la comisión del delito¹².

El bien jurídico protegido en este caso, a diferencia del protegido en el delito de colaboración en la inmigración clandestina o tráfico ilegal de personas tipificado en el

⁸ DÍAZ MORGADO, Celia V, 2014. *El delito de trata de seres humanos. Su aplicación a la luz del derecho internacional y comunitario*. Tesis doctoral, Universidad de Barcelona. Pág. 7

⁹ MALMSTRÖM, Cecilia. *Los derechos de las víctimas de la trata de seres humanos en la UE*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2013, pág. 2.

¹⁰ TERRADILLOS BASOCO, Juan M., “Trata de seres humanos”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. (dir.) y GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, pág. 1.

¹¹ RUBIO LARA, Pedro A. y PÉREZ ALBADALEJO, Miriam. “El delito de trata de seres humanos en el derecho penal español: problemas e intentos de solución”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2016, nº 7, págs. 3-7.

¹² ICAM. *Trata de seres humanos: Artículo 177 bis del Código Penal*. Madrid: Área procesal penal, 2016, pág. 12.

artículo 318 bis.1 CP, es la dignidad y libertad del sujeto pasivo. Y en función de la finalidad tipificada que persiga el explotador, también pondrá en peligro otros bienes jurídicos como la libertad sexual, la integridad o salud física, la integridad moral, los derechos de los trabajadores¹³...

La conducta típica incluye la captación, traslado o recibimiento de personas con la finalidad de ser explotadas, empleando para ello procedimientos engañosos, violentos, intimidatorios o abusivos¹⁴.

La captación implica que la víctima se sienta obligada a prestar un servicio por haber realizado un compromiso previo que surge como iniciativa del autor. El recibimiento implica no solo recibir, tiene un mayor alcance, e involucra también la permanencia de la víctima.

En cuanto al traslado, el autor debe participar de alguna manera en el traslado de la víctima. Destaca el “desarraigo” generado al desplazarse a otro país o comunidad, que es esencial para cumplir con el objetivo del delito¹⁵. También la documentación tiene un papel esencial en del delito de trata, ya que suele ser falsificada y retenida para evitar que las víctimas huyan¹⁶.

Se acota el alcance de la conducta típica, ya que no es necesario que se lleve a cabo la explotación efectiva para que se produzca la consumación del delito, sino que simplemente los comportamientos deben de ser adecuados, para que tanto la víctima como los bienes jurídicos protegidos, se encuentren en peligro de explotación¹⁷.

El apartado 1 del art. 177 bis del CP menciona expresamente la “*violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima*”. Respecto a esos medios típicos comisivos, el más común es el engaño, que suele estar asociado a la fase de captación. Se entiende por engaño el uso de maniobras que den lugar a error en el sujeto pasivo, consiguiendo así el fin al que se orienta el delito¹⁸.

Según se desprende de los hechos, Raquel engaña a Alejandra ofreciendo todo tipo de facilidades y empleando hechos engañosos y ficticios como, por ejemplo, diciéndole que su nueva situación, además de solucionar sus problemas económicos, mejorará su calidad de vida.

Sumado a esto se encuentra el hecho de que sus vecinos son las personas que le ofrecen el contacto de Raquel, por lo tanto, existe cierta cercanía y confianza en ellos, y

¹³ POMARES CINTAS, Esther. “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, nº 13-15, pág.6.

¹⁴ RUBIO LARA, Pedro A. y PÉREZ ALBADALEJO, Miriam. “El delito de trata de seres humanos en el derecho penal español: problemas e intentos de solución”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2016, nº 7, pág. 14.

¹⁵ V.gr., STS de 1 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4542).

¹⁶ POMARES CINTAS, Esther. “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, nº 13-15, págs. 8-15.

¹⁷ RUBIO LARA, Pedro A. y PÉREZ ALBADALEJO, Miriam. “El delito de trata de seres humanos en el derecho penal español: problemas e intentos de solución”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2016, nº 7, pág. 15.

¹⁸ Según la jurisprudencia en la STS de 1 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4542)

“*el engaño consiste en utilizar datos total o parcialmente falsos para hacer creer a la víctima algo que no es cierto y que generalmente se traduce en ofertas de trabajo legítimo, bien en el servicio doméstico, bien en establecimientos fabriles o comerciales, o incluso como modelos, y en general en ofrecer a personas desvalidas unas mejores condiciones de vida*”.

también hay que tener en cuenta que Raquel procede de la misma localidad que Alejandra, lo cual colabora a aumentar su seguridad y a la vez la facilidad de engaño.

Así lo afirma la STS de 9 de abril de 2015 *“Dicho procesado había logrado con anterioridad el convencimiento de los progenitores por la previa relación de amistad con ellos, a quienes prometió que él efectuaría toda la tramitación pertinente para viajar a España, sin que ellos tuvieran que encargarse de nada, sufragando la totalidad de los gastos, sin manifestarles en ningún momento la finalidad real del viaje que no era otra que la de obligar a la menor a ejercer la prostitución y lucrarse con los beneficios que obtuviera”*¹⁹.

La violencia física o la *vis compulsiva* son muchos menos frecuentes, deben ser suficientes y efectivas a la hora de provocar en un futuro que la víctima acate las conductas de explotación.

Para determinar la presencia de *vis compulsiva* o coacción, es necesario prestar atención a la definición y los requisitos establecidos por el Tribunal Supremo²⁰ (en adelante, TS):

1. *“Una actuación o conducta violenta de contenido material, vis física, o intimidativa, vis compulsiva, ejercida contra el sujeto pasivo, bien de modo directo o indirecto a través de terceras personas o incluso a través de las cosas”*
2. *“Tal modus operandi se dirige como resultado a impedir hacer lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiera, sea justo o injusto”*
3. *“La conducta ha de tener la intensidad de violencia necesaria para constituir delito”*
4. *“Debe existir un animus tendencial consistente en un deseo de restringir la libertad ajena”*
5. *“La ilicitud del acto, examinado desde la normativa de la convivencia social y jurídica que preside o debe regular la actividad del agente”*

Alejandra recibe continuas amenazas por parte de Raquel, en las que la advierte de que, si intenta escapar del domicilio, o si sigue preguntando por su salario acudirán a la policía y ellos la deportarían, le harían pagar una cantidad aún mayor por permanecer en el país como inmigrante ilegal y le quitarían a su hijo.

Por lo tanto, está tratando de intimidar a la víctima para conseguir un fin injusto y coartando su libertad. Las anteriores conductas, bajo mi criterio, son subjetivamente suficientes y efectivas para causar el resultado buscado, ya que consigue que Alejandra permanezca cinco meses en estas condiciones abusivas acatando las órdenes dadas, y también son susceptibles de ser calificados como coacciones.

Por último, Pomares Cintas considera que es más complicado determinar la existencia de una situación de abuso de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, ya que la situación abusiva debe ser lo suficientemente grave como para que ocasione en la víctima un dominio similar al ejercido mediante las demás vías comisivas mencionadas previamente²¹.

¹⁹ STS de 9 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1502).

²⁰ V.gr., STS de 21 de mayo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:3283).

²¹ POMARES CINTAS, Esther. “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, nº 13-15, págs. 9-10.

La jurisprudencia ha detectado en la SAP de Pontevedra de 1 de Julio de 2015 esas situaciones de superioridad reflejadas en las “*miserables condiciones de vida y de su familia en su país de origen*”, en aquellas situaciones en las que se ofrece “*alojamiento en una de las habitaciones del hotel, a sabiendas de la situación de abuso y vulnerabilidad en la que se encontraba y pese a estar indocumentada y en situación ilegal en España*” y cuando “*carecía de otra alternativa, desconocía el idioma español y no tenía a quién acudir, estando además bajo la presión psicológica del vudú*”²².

El concepto de vulnerabilidad se asocia con una situación en la cual la víctima no tiene otra alternativa real, y puede estar relacionada con cuestiones emocionales o familiares, sociales o económicas, físicas y psicológicas. Incluso implica situaciones de inseguridad generadas por la dependencia económica, la ilegalidad del sujeto pasivo o la salud frágil²³.

Por último, es apreciable la condición de superioridad por parte de Raquel, ya que vive en un país más desarrollado, posee una situación económica estable y abusa de dichas ventajas sometiendo a Alejandra a condiciones de trabajo injustas e ilegales.

También se aprovecha de la situación desesperada de Alejandra, que no tiene trabajo, ni personas cercanas que le ayuden y necesita mantener a su hijo. La situación de superioridad puede producirse de diferentes maneras: “*jerárquica, docente, laboral, dependencia económica, convivencia doméstica, parentesco, amistad o vecindad*”²⁴.

Es importante destacar que, si la víctima es menor de edad, no será preciso el empleo de alguno de los medios típicos para que el delito se entienda realizado²⁵²⁶.

En cuanto a las finalidades del delito, existen tres: la explotación sexual de la víctima, someterla a trabajos forzados o esclavitud o prácticas similares y la extracción de sus órganos corporales. Si no se producen ninguna de ellas, la conducta no será constitutiva de delito²⁷.

La regulación comunitaria recogida en la Directiva 2011/36/UE del Parlamento y del Consejo, de 5 de abril 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 admite la adopción ilegal como una posible conducta de trata, siempre que estén presentes los elementos constitutivos de dicho delito.

También, el artículo 2.3 de la anterior Directiva incorpora una nueva modalidad de explotación de la víctima que es “*la explotación para realizar actividades delictivas*”.

En el presente caso se aprecia un delito de trata con la finalidad de someter a la víctima a trabajos forzados, esclavitud o prácticas similares. El CP define la finalidad de

²² SAP de Pontevedra de 1 de Julio de 2015 (ECLI:ES:APPO:2015:1239).

²³ V.gr., SAP de Madrid de 3 de febrero de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:1232).

²⁴ V.gr., STS de 9 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1380).

²⁵ ICAM. *Trata de seres humanos: Artículo 177 bis del Código Penal*. Madrid: Área procesal penal, 2016, pág. 14.

²⁶ Tal y como establece el art.177 bis en su segundo apartado.

²⁷ TERRADILLOS BASOCO, Juan M., “Trata de seres humanos”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. (dir.) y GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, pág. 3.

explotación laboral como “*la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o mendicidad*”²⁸.

Ha incorporado en esta definición una serie de términos muy confusos, derivados de la normativa internacional y que no forman parte de ningún tipo penal específico, por ello para poder determinar de una manera precisa su significado es necesario recurrir a dichas normativas internacionales.

El objetivo común de todas estas conductas es conseguir la completa disponibilidad de la víctima, explotando su trabajo e imponiendo la condición de esclava, sierva o de trabajadora forzada²⁹.

La definición de esclavitud proviene de la Convención de Ginebra sobre la Esclavitud, de 25 de septiembre de 1926. Se entiende por esclavitud la apropiación ilícita del trabajo de la víctima, unido a la existencia de una disponibilidad total que conlleva arrebatarse su condición de persona³⁰.

Tanto la servidumbre como los trabajos o servicios forzados son sinónimos de la esclavitud. La servidumbre, concretamente la servidumbre por deudas, se define en la Convención de Ginebra sobre la Esclavitud, de 25 de septiembre de 1926, como un estado del deudor, el cual, como garantía de deuda, ofrece sus servicios personales cuya naturaleza no está definida y sin límites de duración³¹. Por ejemplo, obligar a una persona extranjera a trabajar en labores del hogar sin percibir ninguna remuneración económica y con la finalidad de pagar una deuda inexistente³².

Como se observa en la redacción del caso, Alejandra se ve obligada a trabajar más de 16 horas al día para devolver la deuda contraída por el traslado a España, la cual oscila entre 5.500 y 9000 euros, además de los 150 euros mensuales que deberá pagar a la persona encargada de cuidar a su hijo, todo ello con los respectivos intereses que aumentan cada mes.

En cuanto a los trabajos forzados, existe una clara relación entre la esclavitud y la explotación laboral a través del trabajo forzoso. El trabajo forzado se define en el art. 2.1 del Convenio nº 29 de la Organización Internacional del Trabajo sobre el Trabajo Forzoso de 1930: “*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*”.

La diferencia entre servidumbre y trabajos forzados reside en el empleo de medios coactivos o intimidatorios para doblegar la voluntad de la persona, aunque parte de la doctrina argumenta que en la práctica esta diferencia es discutible, ya que habitualmente se suelen producir ambas situaciones a la vez. Además, también comparte con la servidumbre la apropiación ilícita del trabajo de la víctima³³.

²⁸ Letra a) del primer apartado del art. 177 bis.

²⁹ POMARES CINTAS, Esther. “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, nº 13-15, pág. 15.

³⁰ DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. “Delimitación del fenómeno. Exigencias y necesidades de incriminación”. *El delito de trata de seres humanos*. El art. 177 bis CP. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, pág. 8.

³¹ DÍAZ MORGADO, Celia V, 2014. *El delito de trata de seres humanos. Su aplicación a la luz del derecho internacional y comunitario*. Tesis doctoral, Universidad de Barcelona. Pág. 131.

³² SAP de Madrid de 13 de diciembre de 2002 (ECLI:ES:APM:2002:14659).

³³ POMARES CINTAS, Esther. “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, nº 13-15, pág. 15.

En cuanto a la mendicidad, no se aprecia en el caso que Alejandra lleve a cabo la actividad de pedir limosna como forma de trabajo forzoso u obligatorio.

Una vez que hemos determinado la existencia del delito de trata de seres humanos, argumentando la presencia de los diferentes requisitos establecidos en la conducta tipificada, es necesario señalar que las letras a) y b) del apartado 4 del artículo 177 bis CP agravan el tipo básico indicando que “*Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito*” y también cuando “*la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad*”.

En cuanto al apartado a), todo delito incluido en el Título VII, por consenso doctrinal, tiene como bien jurídico protegido la integridad moral. La mayoría de la doctrina actualmente establece una gran diferencia entre integridad física e integridad moral³⁴.

El Tribunal Constitucional³⁵ (en adelante, TC) mantiene que en la integridad física el objetivo es defender el derecho a “*no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento*”. Supone un extra de afectación si posteriormente la conducta coactiva genera en el cuerpo sensación de malestar o un daño para la salud, pero no es una condición *sine qua non*.

En consecuencia, pretende evitar todo tipo de acto externo que provoque lesiones exteriores en el cuerpo, dolencias y deficiencias psíquicas que perjudiquen la salud. Es evidente que trabajar 16 horas seguidas sin descanso, no poder alimentarse en numerosas ocasiones y recibir continuas amenazas por parte de Raquel, podría causar con probabilidad cualquier tipo de menoscabo a su salud, tanto físico como psíquico.

Por lo tanto, puede concluirse que en este caso en concreto no se aplicará el delito de lesiones en el tipo básico del primer apartado del art. 177 bis, sino en el tipo agravado regulado en el cuarto apartado del art. 177 bis, como causa del probable deterioro de la salud de la víctima.

En lo referente al apartado b), para impedir que se quebrante el principio del *non bis in idem* a través de una doble valoración, es necesario que para poder aplicar la agravante se den situaciones de vulnerabilidad diferentes a las que formen parte del tipo básico. Considero que las situaciones de vulnerabilidad apreciadas en el supuesto se engloban dentro de las tipificadas en el apartado 1 del art. 177 bis CP³⁶.

IV.1.2. Del delito de inmigración clandestina. Elementos de la conducta típica y concurrencia con el delito de trata de seres humanos.

Se regula de manera concreta la concurrencia del delito de trata de seres humanos con otros en el apartado 9 del artículo 177 bis CP, indicando que la pena será aplicable sin perjuicio de las que puedan corresponder por otros delitos, entre los que se encuentra el recogido en el artículo 318 bis.

³⁴ DÍAZ MORGADO, Celia V, 2014. *El delito de trata de seres humanos. Su aplicación a la luz del derecho internacional y comunitario*. Tesis doctoral, Universidad de Barcelona. Págs. 102-120.

³⁵ En la STC de 22 de enero de 1997 (ECLI:ES:TC:1996:207).

³⁶ LLORIA GARCÍA, Paz. “El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una Ley Integral”. *Estudios penales y criminológicos*. 2019, vol.39, pág. 387.

Por ello, además del delito tipificado como trata de seres humanos, también es preciso analizar el delito calificado jurídicamente como inmigración clandestina recogido dentro del título de “*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*” en el artículo 318 bis del CP.

Es necesario porque tal y como afirma la doctrina: “*Cuando la conducta de trata conculque también el bien jurídico relativo al control estatal del flujo migratorio por favorecer la entrada o permanencia ilegal de extranjeros en territorio español, se planteará un concurso de delitos con el art. 318 bis CP*”³⁷.

La Ley castiga en su primer apartado del artículo 318 bis al 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*”.

Sin embargo, en su segundo apartado hace referencia a la permanencia del extranjero: “*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*”³⁸.

El Estado controla la existencia de inmigrantes ilegales a través de mecanismos administrativos y penales. Al contrario que las personas autóctonas del Estado, los extranjeros encuentran una serie de limitaciones que impiden el libre disfrute del derecho a la libre circulación, el derecho de residencia o de acceso al puesto de trabajo. Las condiciones exigidas a los extranjeros están asociadas a una serie de requisitos sociales y económicos.

Se entiende por inmigración clandestina aquella que incumple los cauces legales no solo respecto a la entrada, sino también respecto a la falta de requisitos para trabajar. Incluso podría valorarse aquella que transcurre legalmente, pero que encubre la verdadera finalidad del traslado para la cual no se tiene autorización³⁹.

Asimismo, se establece que la conducta recogida en este artículo no solo exige la concurrencia de inmigración quebrantando la normativa reguladora, sino que es necesaria la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo, hecho muy común en los conocidos “*inmigrantes sin papeles*”⁴⁰.

Existe una línea jurisprudencial, que exige que el sujeto activo haya favorecido la permanencia o el paso del inmigrante por España, ya que en caso de no realizarlo no se

³⁷ POMARES CINTAS, Esther. “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, nº 13-15, pág. 13.

³⁸ Tal y como indica el término intencionadamente, sólo es posible su comisión dolosa. SAP de Madrid de 3 de febrero de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:1232).

³⁹ POMARES CINTAS, Esther, “Las incongruencias del Derecho Penal de la inmigración ilegal. Especial referencia al delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España (art. 313.1 CP)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (dir.) y PÉREZ ALONSO, Esteban J. (coord.). *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, págs. 2-4.

⁴⁰ V.gr., STS de 22 de noviembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:7378).

estará promoviendo la inmigración clandestina, sino solamente favoreciendo la inmigración.

Se trata de “*prestar cooperación*” independientemente de la forma en la que se realice⁴¹, al contrario que el delito de trata en el cual se exigen ciertas formas de autoría⁴².

La principal diferencia según el TS entre el delito tipificado antiguamente en el art. 313 y su actual tipificación en el art. 318 bis, es la distinción entre el bien jurídico que se protege, ya que en el primero se trata del control por parte del Estado de flujo migratorio sin distinguir a los emigrantes. El segundo defiende los derechos de los que poseen la condición de trabajadores, castigando a aquellos que promueven su traslado de forma clandestina⁴³.

Es importante destacar que se trata de un delito, que al contrario que el tipificado en artículo 177 bis CP, sólo existe en la modalidad transnacional, ya que el sujeto pasivo es una persona no nacional. Se incluye dentro de los ciudadanos autóctonos a los ciudadanos de Estados miembros de la Unión Europea, ya que no pueden ser jurídicamente considerados como extranjeros ni clandestinos⁴⁴. Otra de las diferencias respecto del delito de trata, es que existe consentimiento por parte de la víctima.

El bien jurídico protegido en este caso es “*la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios*”. La importancia de la regulación penal de este delito se encuentra en la condición de inmigrante-ilegal del sujeto, y en el incumplimiento de las normas reguladoras de la migración relativas a la entrada o permanencia en territorio nacional o de la Unión Europea⁴⁵.

Entiende la jurisprudencia⁴⁶, que todos aquellos hechos realizados con la finalidad de que ciudadanos extranjeros accedan al territorio nacional, con independencia de la finalidad, sin concurrir en ellos los requisitos básicos administrativos⁴⁷, estarán facilitando la inmigración clandestina.

Teniendo en cuenta lo expuesto, puede establecerse que en el caso concreto estamos ante un delito de inmigración clandestina cometido por Raquel Benítez, ya que se cumplen tanto los requisitos definidos en el tipo legal, como aquellos establecidos por la jurisprudencia.

⁴¹ POMARES CINTAS, Esther, “Las incongruencias del Derecho Penal de la inmigración ilegal. Especial referencia al delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España (art. 313.1 CP)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (dir.) y PÉREZ ALONSO, Esteban J. (coord.). *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, págs. 4-15.

⁴² V.gr., SAP de Madrid 3 de febrero de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:1232)

⁴³ V.gr., STS de 22 de noviembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:7378).

⁴⁴ POMARES CINTAS, Esther, “Las incongruencias del Derecho Penal de la inmigración ilegal. Especial referencia al delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España (art. 313.1 CP)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (dir.) y PÉREZ ALONSO, Esteban J. (coord.). *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, pág. 2.

⁴⁵ POMARES CINTAS, Esther. “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, nº 13-15, págs. 7-11.

⁴⁶ V.gr, SAP de Ceuta de 10 de marzo de 2010 (ECLI:ES:APCE:2010:34).

⁴⁷ Los requisitos básicos están regulados en el artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, SAP de Ceuta de 10 de marzo de 2010 (ECLI:ES:APCE:2010:34).

Concurre por parte de Raquel la colaboración para la permanencia en España de Alejandra, víctima que destaca por su condición de vulnerabilidad⁴⁸, incumpliendo los requisitos legales de entrada en el país. Todo ello con la finalidad de lucrarse de dicha situación, sometiéndola posteriormente a condiciones laborables indignas y reclamándole una cuantía desmesurada por el traslado.

En el presente supuesto, no son aplicables las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. La única que podría encajar es el abuso de superioridad regulado en el artículo 22.2 CP, pero este es uno de los requisitos descritos en la conducta típica del delito regulado en el artículo 177 bis⁴⁹.

IV.1.3. Del delito de detención ilegal del art. 163 CP.

Como hemos visto anteriormente, establece la doctrina la posible concurrencia del delito de trata con otros delitos. Cuando se produce la prohibición del traslado y continuos controles de vigilancia por parte del sujeto activo, es preciso analizar la posible comisión del delito de detención ilegal.

Así, recoge el art. 163.3 CP lo siguiente: “*Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días*”.

Cuando el delito de trata de seres humanos se produce al mismo tiempo que el delito de detención ilegal⁵⁰, y este no queda subsumido, dará lugar a un concurso real o medial según el caso.

Quedaría absorbido por el delito de trata de seres humanos, cuando se produzcan reducidas restricciones de la libertad o movilidad utilitariamente necesarias para el desarrollo de la actividad, que en este caso serían actividades domésticas y de jardinería.

Es necesario hacer un examen individualizado del caso, pero será apreciable el delito cuando se produzca la privación física de libertad de las víctimas, descartando así la posibilidad de que la víctima tome decisiones acerca de donde prefiere permanecer o a donde quiere trasladarse⁵¹.

También cuando la intimidación por parte del sujeto activo va unida a circunstancias como la falta de dinero, de pasaporte, a la situación administrativa irregular...las víctimas se convierten en rehenes⁵²⁵³.

⁴⁸ Entre las causas de la vulnerabilidad se encuentran: su desconocimiento de la cultura y normativa, su situación de ilegalidad y su precaria situación económica.

⁴⁹ Hay que evitar una doble valoración en virtud del principio *non bis in idem* (MARTÍNEZ DE CAREAGA GARCÍA, Clara, SÁEZ RODRÍGUEZ, M^a Concepción, MARTÍNEZ TRISTÁN, Gerardo y DÍAZ ABAD, Nuria. *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos*. Madrid: CGPJ, Comisión de Igualdad, 2018, pág. 98).

⁵⁰ Art. 163 CP.

⁵¹ La jurisprudencia ha establecido en la STS de 15 de octubre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:7029) que “*La conducta típica del delito de detención ilegal consiste en encerrar o detener a otro privándole de su libertad, por lo que exige bien un encierro o internamiento en un lugar del que a la víctima no le es posible salir por sí misma, o bien una detención o inmovilización más o menos duradera*”.

⁵² Así sucede en la STS de 19 de noviembre de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:8985).

⁵³ *Vid.* FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular de la FGE 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, 2011, págs. 33-36.

La STS de 6 de marzo de 2018⁵⁴ establece que cuando se detenga o encierre al padre o madre, representante legal o guardador de hecho junto con el menor, en contra de su voluntad o sin ella, se estará imposibilitando el disfrute de la libertad de ambos. De esta manera se cometerán dos vulneraciones al afectar a dos bienes personalísimos.

En el presente supuesto no solo se somete a la víctima a una jornada laboral de dieciséis horas, sino que también se prohíbe su salida del inmueble en todo momento. Además de las continuas amenazas, el sujeto pasivo no tiene medios económicos para sobrevivir si huye del domicilio.

Lo anterior coarta la libertad deambulatoria de Alejandra⁵⁵ durante más de cinco meses. Finalmente consigue huir, aprovechando una ausencia de Raquel, y llegar a una comisaría cercana, en la que narra los hechos acontecidos. El delito de trata de seres humanos no subsume este tipo de comportamientos, por lo tanto, también podría apreciarse un delito de detención ilegal.

En consecuencia, es aplicable en el supuesto analizado una agravante del tipo básico derivada de la prolongada retención en el tiempo del sujeto pasivo, en concreto durante más de cinco meses, superando así el límite de quince días establecido en el art. 163.3 CP.

IV.1.4. De los delitos contra los derechos de los trabajadores (Arts. 311.1 y 312.2 CP).

La doctrina ha establecido que otro de los delitos con los que puede confluir la trata de seres humanos es el delito contra los derechos de los trabajadores, regulado en los arts. 311.1 y 312.2 CP.

Este delito no implica la exigencia de la prestación de trabajo al contrario que el delito de trata de seres humanos. Sin embargo, vulnera los derechos laborales o sociales de los trabajadores⁵⁶, mientras que la trata atenta contra la dignidad y libertad de las personas. Por lo tanto, el bien jurídico protegido no es el mismo, y en virtud del principio de legalidad penal, es necesario que se tipifiquen aquellas conductas de explotación laboral significativas derivadas de la comisión del delito de trata de seres humanos⁵⁷.

Es importante especificar que el delito de trata de seres humanos tiene una estructura activa, mientras que el delito contra los derechos de los trabajadores destaca por su carácter omisivo⁵⁸.

Así, en la STS de 5 de junio de 2006⁵⁹, se condena al sujeto activo por un delito contra los derechos de los trabajadores debido a que *“es evidente que carecían tales personas de cualquier derecho laboral, no obstante estar empleadas en un local de hostelería, sin descanso laboral, seguridad social, posibilidades de reclamar ante las*

⁵⁴ STS de 6 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:788).

⁵⁵ También atenta contra la libertad del menor, pero no es cuestión de análisis en este proceso ya que nos hemos centrado en Alejandra como sujeto pasivo.

⁵⁶ En la STS de 9 de octubre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:7936), se atenta contra los derechos laborales de las mujeres extranjeras que trabajan para el club en el cual ejercían la prostitución.

⁵⁷ LÓPEZ RODRÍGUEZ, Josune y ARRIETA IDIAKEZ, Francisco. “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*. 2019, nº 107, pág. 21.

⁵⁸ *Vid.* FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular de la FGE 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, 2011, pág. 42.

⁵⁹ STS de 5 de junio de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:3794).

arbitrarias multas económicas que describe el "factum", con un poder de disposición de los pasaportes de las perjudicadas".

Sin embargo, en la anterior sentencia no se aprecia un concurso de delitos con el de trata de seres humanos. Además, realizada la pertinente búsqueda no consta que exista alguna sentencia que avale la tesis doctrinal, por lo tanto, no analizaremos la concurrencia del delito contra los derechos laborales en este concreto supuesto.

IV.1.3. Determinación de las penas.

Tras haber calificado penalmente los hechos delictivos cometidos por el sujeto activo del presente caso, es necesario determinar las penas que se han de imponer. Para establecer la pena concreta dentro de los límites regulados en el CP, hay que tomar en cuenta el grado de ejecución, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el grado de participación. El juez deberá atender a las concretas circunstancias del supuesto de hecho y del autor del delito sin basarse en ninguna norma predeterminada⁶⁰.

- Por el delito de trata de seres humanos agravado, regulado en el apartado 4 del art. 177 bis CP.

La pena regulada en el propio artículo para el tipo penal mencionado es de entre cinco y ocho años de prisión. Considerando la puesta en peligro de la salud física y psíquica del sujeto pasivo y el probable menoscabo causado, considero conveniente la aplicación de la agravación recogida en la letra a) del apartado 4 del art. 177 bis.

Debido a lo anterior, será pertinente calcular la pena superior en grado a la mencionada previamente, siendo el resultado de esto una pena variable entre 8 años más un día y doce años.

- Por el delito de inmigración clandestina regulado en el apartado 2 del art. 318 bis CP.

La pena prevista en el segundo apartado del art 318 bis es la de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

No podrá aplicarse en este caso ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, debido a que solo es posible la concurrencia del tipo básico del delito de inmigración clandestina con el delito de trata de seres humanos en cualquiera de sus modalidades. Esta exigencia se establece en virtud del principio de *non bis in idem*^{61,62}.

- Por el delito de detención ilegal regulado en el art. 163.3 CP.

⁶⁰ STS de 14 de abril de 2020, FJ 18º (ECLI:ES:APB:2020:1507).

⁶¹ La aplicación de los agravantes supondría una doble calificación, por ello cualquiera de los subtipos agravados del delito de trata es incompatible con un subtipo del delito de inmigración ilegal (MARTÍNEZ DE CAREAGA GARCÍA, Clara, SÁEZ RODRÍGUEZ, Mª Concepción, MARTÍNEZ TRISTÁN, Gerardo y DÍAZ ABAD, Nuria. *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos*. Madrid: CGPJ, Comisión de Igualdad, 2018, pág. 98).

⁶² Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular de la FGE 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, 2011, pág. 66.

La pena prevista en el art. 163.3 CP es la prisión entre cinco y ocho años. Como se ha indicado previamente, en el respectivo apartado, corresponde imponer el tipo agravado del delito, debido a que la detención se prolonga durante más de 15 días.

En conclusión, Raquel ha cometido tres delitos que serán enjuiciados en un mismo proceso penal⁶³, tal y como establece el art. 17.3 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim).

En busca de la determinación de la relación existente entre los delitos, hemos encontrado respecto a la convergencia del delito de trata de seres humanos y el delito de inmigración ilegal, una corriente doctrinal que opina que entre ambos es aplicable un concurso de delitos, fundamentándose en la diferencia del bien jurídico protegido y en la cláusula concursal del artículo 177 bis, que defiende que se apliquen las penas del delito de trata con independencia de las de otros delitos, haciendo especial referencia al delito de inmigración clandestina.

Sin embargo, otra corriente apoya que no es tan sencillo descartar la existencia del concurso de leyes, ya que a pesar de tener bienes jurídicos diferentes se trata de conductas coincidentes. Argumenta que en la descripción de la conducta típica del delito de trata no se descarta la captación, traslado, recepción... de una persona extranjera introducida ilegalmente en el país, por lo tanto, podría absorber la conducta del artículo 318 bis CP, especialmente si la característica de “inmigrante ilegal” se considera una forma de vulnerabilidad⁶⁴.

Continuando con el primer argumento doctrinal⁶⁵, pueden darse múltiples supuestos concursales en relación con el delito de trata. Si concurren otros delitos que supongan los propios medios comisivos del delito de trata, normalmente dirigidos a controlar a la víctima, se consumirán en la propia acción típica de este delito. En el caso de no quedar subsumidos se aplicará concurso real, medial o ideal dependiendo del caso concreto⁶⁶.

Tras la jurisprudencia analizada⁶⁷, y a pesar de sus continuas contradicciones, podríamos concluir que nos encontramos ante un concurso real⁶⁸ de delitos⁶⁹, ya que varias acciones del sujeto activo han dado lugar a varios tipos delictivos.

Con relación al delito de detención ilegal y su concurrencia junto al delito de trata de seres humanos y de inmigración clandestina, también es apreciable la existencia de un concurso real⁷⁰ entre ellos.

⁶³ Es relevante destacar que la suma de las penas no podrá superar el límite establecido en el art. 76.1 CP.

⁶⁴ DÍAZ MORGADO, Celia V, 2014. *El delito de trata de seres humanos. Su aplicación a la luz del derecho internacional y comunitario*. Tesis doctoral, Universidad de Barcelona. Pág. 350.

⁶⁵ En el cuál se basan las posteriores conclusiones, debido a que es en gran medida empleada por la jurisprudencia.

⁶⁶ LLORIA GARCÍA, Paz. “El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una Ley Integral”. *Estudios penales y criminológicos*. 2019, vol.39, pág. 393.

⁶⁷ V. gr., SAP de Madrid de 3 de febrero de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:1232), en la cual se aplica un concurso real entre el delito de inmigración clandestina y el delito de trata de seres humanos, siendo enjuiciados en un mismo proceso.

⁶⁸ El art. 73 CP establece que en el concurso real deberán sumarse las penas de cada delito cometido.

⁶⁹ El apartado 9 del art. 177 bis mencionado previamente, deja las puertas abiertas a la existencia de un concurso entre el delito de trata y otros (Martínez de Careaga et al., 2018).

⁷⁰ Tal y como se aprecia en la STS de 6 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:788).

Para finalizar, es necesario hacer referencia a las penas accesorias.

En virtud del art. 55 CP⁷¹, corresponde imponer a Raquel la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. No es procedente aplicar la privación de la patria potestad, desarrollada en el presente artículo, debido a que en primer lugar no tenemos conocimiento de que Raquel sea madre, y en segundo lugar el delito cometido no está directamente relacionado con este derecho.

El art. 57.1 CP establece un *numerus clausus* de delitos, entre los que se encuentra la trata de seres humanos y los delitos contra la libertad, y otorga al juez la posibilidad de imponer una o varias de las prohibiciones del art. 48 CP.

Una vez analizada múltiple jurisprudencia⁷², considero conveniente imponer la prohibición de aproximarse a menos de 200 metros o comunicarse con la víctima y su hijo menor. La duración de esta condena será de entre uno y diez años más que la duración de la pena de prisión⁷³.

IV.2. SEGUNDA CUESTIÓN

**¿Qué órgano es competente para conocer del delito cometido por Raquel?
¿Las grabaciones que Alejandra hizo con la cámara del móvil son un medio de prueba válido?.**

IV.2.1. Jurisdicción y competencia.

Para establecer el órgano competente para el conocimiento de la causa, es necesario comenzar analizando la jurisdicción.

En función del principio de territorialidad, tal y como se regula en el art. 23.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) y en los arts. 14 y 15 de la LECrim, en un primer momento el conocimiento de los hechos punibles cometidos en territorio del Estado español corresponde a los órganos judiciales españoles en el orden penal, independientemente de la nacionalidad del sujeto activo y del bien jurídico protegido.

Es importante tener en cuenta que las acciones típicas del delito lo son cuando se cometen en territorio español, pero también desde, en tránsito, o con destino a España. Además, basta con que una de estas acciones se realice en territorio nacional.

Serán los órganos judiciales españoles los responsables de la persecución de los delitos de trata, pero no se extiende dicha responsabilidad a aquellos delitos que se encuentran en concurso con la trata, pero que se han cometido en territorio extranjero⁷⁴.

El principio de jurisdicción universal, regulado en el art. 23.4, letra m de la LOPJ, establece que los órganos judiciales españoles podrán conocer aquellos hechos delictivos, tipificados como delito de trata de seres humanos en el CP español, cometidos tanto por

⁷¹ A pesar de que no conocemos el cálculo exacto de la pena, es evidente que esta superará los diez años de prisión.

⁷² V.gr., STS de 6 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:788).

⁷³ Tal y como establece el art. 57.1 CP.

⁷⁴ MARTÍNEZ DE CAREAGA GARCÍA, Clara, SÁEZ RODRÍGUEZ, M^a Concepción, MARTÍNEZ TRISTÁN, Gerardo y DÍAZ ABAD, Nuria. *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos*. Madrid: CGPJ, Comisión de Igualdad, 2018, pág. 133.

españoles como por extranjeros fuera del territorio nacional, siempre que cumplan una serie de condiciones⁷⁵.

Como todos los hechos del supuesto se han cometido en territorio español, concretamente en Santiago de Compostela, es más que evidente que será la jurisdicción española la conocedora del proceso penal.

Respecto a la competencia, se diferencia la objetiva, la funcional y la territorial. La competencia objetiva corresponde a los Juzgados de Instrucción para todos los procesos seguidos por el delito de trata.

En cuanto a la competencia funcional, se atribuye de nuevo a los Juzgados de Instrucción. Los Juzgados Centrales de Instrucción sólo serán conocedores de los delitos de trata de seres humanos cometidos fuera del territorio español, tal y como establecen los apartados d) y m) del art. 23.4 de la LOPJ, todo ello sin perjuicio de los que establezcan los Tratados Internacionales de los que forme parte España⁷⁶.

En este sentido, señala la STS de 27 de septiembre de 2017⁷⁷ que *“la referencia territorial que se contiene en el tipo básico del art. 177 bis del Código Penal supone que el delito de trata de seres humanos puede ser cometido tanto en territorio español, como desde España, en tránsito o con destino a ella”* y en nuestro caso en concreto la jurisdicción viene atribuida no por el art. 23.4 de la LOPJ, sino por el 23.1 de la LOPJ, ya que el delito se comete en territorio español.

El art. 14.2 LECrim, establece el *forum delicti commissi* como criterio de atribución de competencia territorial en la fase de instrucción⁷⁸, indicando que será competente el Juzgado de Instrucción del partido judicial en que el delito se haya cometido, en el caso en concreto será el Juzgado de Instrucción al que le correspondiere por turno, dentro de los ubicados en Santiago de Compostela⁷⁹.

En la fase intermedia dependerá de si se trata de un proceso ordinario o sumario, en dicho caso la competencia se le atribuye a la Audiencia Provincial (en adelante, AP); o si se trata de un procedimiento abreviado, en cuyo caso corresponderá al Juzgado de Instrucción o al Juzgado Central de Instrucción.

Además, establece la jurisprudencia: *“Esta Sala sigue el criterio de que los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la especializada deben resolverse interpretando restrictivamente las normas aplicables, siendo la competencia de la Audiencia Nacional de carácter excepcional”*⁸⁰.

⁷⁵ En el concreto supuesto no afecta dicho principio ya que los hechos ocurren en territorio nacional.

⁷⁶ MARTÍNEZ DE CAREAGA GARCÍA, Clara, SÁEZ RODRÍGUEZ, M^a Concepción, MARTÍNEZ TRISTÁN, Gerardo y DÍAZ ABAD, Nuria. *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos*. Madrid: CGPJ, Comisión de Igualdad, 2018, págs. 138-140.

⁷⁷ STS de 27 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:9208A).

⁷⁸ Se establece el principio de ubicuidad como principio rector en materia de atribución de competencia, se regula este principio en varias sentencias entre las que se encuentra la STS de 23 de enero de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:128).

⁷⁹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Audiencias Provinciales de Galicia. Año 2011*. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Galicia/Organos-judiciales/Organos-judiciales-en-Galicia/Audiencia-Provincial/> [consultado el 10/05/2022].

⁸⁰ STS de 3 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1275).

Por lo tanto, la competencia pertenecerá a las Audiencias Provinciales⁸¹, siempre que no se trate de un supuesto incluido en el art. 23.4 m LOPJ o de aquellos regulados en el art. 65 LOPJ, el cual atribuye la competencia a la Audiencia Nacional (en adelante, AN)⁸². Concretamente, en el presente supuesto la competencia pertenecerá a la sección 6ª de la AP Civil-penal de A Coruña, que se encuentra desplazada en Santiago de Compostela.

Un claro ejemplo de esta atribución de competencias es la SAP de Coruña de 29 de Julio de 2016⁸³. En dicho caso los hechos delictivos transcurren en Culleredo⁸⁴ y los órganos concedores de la causa fueron la AP de A Coruña sección 2 y el Juzgado de Instrucción N° 2 de A Coruña.

IV.2.2. Admisibilidad y efectos de las grabaciones como medio de prueba.

Respecto a la validez de la grabación como prueba, la captación y grabación de conversaciones mantenidas de forma oral a través de dispositivos electrónicos, puede suponer una intromisión en ciertos derechos fundamentales.

Dicha grabación puede comprometer el derecho al secreto de las comunicaciones⁸⁵, el derecho a la intimidad y la propia imagen⁸⁶, e incluso en el caso de ser grabadas en el interior del domicilio el derecho a la inviolabilidad domiciliaria⁸⁷. Además, el contenido de la conversación puede también afectar al derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra uno mismo⁸⁸.

Debemos diferenciar las imágenes captadas por un agente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el cual precisa de autorización judicial, y aquellas grabadas en una conversación que estamos presenciando. Dentro de este segundo tipo, es preciso distinguir entre las grabaciones realizadas por uno de los interlocutores y las grabaciones realizadas por personas ajenas a dicha conversación⁸⁹.

En cuanto a las conversaciones entre particulares que han sido grabadas, la jurisprudencia ha admitido en reiteradas ocasiones que *“la aportación al proceso de grabaciones de conversaciones particulares realizadas por uno de sus protagonistas no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones, pues este derecho no puede esgrimirse frente a los propios intervinientes en la conversación”*, matizando que la difusión de dichas grabaciones sí que podría ir en contra del derecho a la intimidad⁹⁰. En

⁸¹ Tal y como indica el art. 14.4 de la LECrim en la cual se le atribuye a las Audiencias provinciales la competencia del enjuiciamiento y fallo de aquellos delitos que impliquen penas privativas de libertad superiores a 5 años entre otros. El art. 82 de la LOPJ también atribuye a las Audiencias Provinciales la competencia para conocer *“De las causas por delito, a excepción de los que la Ley atribuye al conocimiento de los Juzgados de lo Penal o de otros Tribunales previstos en esta Ley.”*

⁸² MARTÍNEZ DE CAREAGA GARCÍA, Clara, SÁEZ RODRÍGUEZ, Mª Concepción, MARTÍNEZ TRISTÁN, Gerardo y DÍAZ ABAD, Nuria. *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos*. Madrid: CGPJ, Comisión de Igualdad, 2018, págs. 139-140.

⁸³ SAP de Coruña de 29 de Julio de 2016 (ECLI:ES:APC:2016:1948).

⁸⁴ Municipio perteneciente a A Coruña.

⁸⁵ Recogido en el art. 18.3 de la Constitución Española (en adelante, CE).

⁸⁶ Art. 18.1 CE.

⁸⁷ Art. 18.2 CE.

⁸⁸ Art. 24.2 CE.

⁸⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular de la FGE 3/2019, de 6 de marzo, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos*, 2019, págs. 3-6.

⁹⁰ STC de 29 de noviembre de 1984 (ECLI:ES:TC:1984:114).

conclusión “no puede vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones quienes son destinatarios de las mismas”⁹¹.

La admisión de estas grabaciones no necesita una autorización judicial, pero tal y como establece la jurisprudencia, es necesario “un riguroso juicio de ponderación entre los derechos a la intimidad y a la propia imagen y la posible existencia de un fin legítimo, atendiendo siempre a los principios de proporcionalidad, necesidad y racionalidad”⁹².

No pueden recibir el mismo tratamiento las lesiones accesorias que aquellas que afectan directamente al núcleo de un derecho fundamental⁹³. El objetivo de la jurisprudencia no es sobreproteger al delincuente, que está siendo procesado bajo el respaldo de unas pruebas obtenidas por uno de los sujetos de la conversación, que mientras actuaba no pretendía elaborar elementos de carga utilizables en procesos posteriores⁹⁴.

En función del art. 741 de la LECrim son competentes los Tribunales de instancia para realizar la valoración de la prueba. El Tribunal de casación será competente sólo ante la imposición de un recurso de casación, y deberá comprobar si existe un mínimo de actividad probatoria racional y de cargo practicada, y que haya sido practicada según las formalidades legales.

Respecto a la vulneración del derecho a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia, afirma la FGE que habrá que tener en cuenta las declaraciones realizadas por las personas que formaron parte de la conversación. Si la grabación recoge la comisión del hecho delictivo será válida, sin embargo, si en ella un sujeto realiza manifestaciones inculpatorias servirá como *notitia criminis*⁹⁵.

El TS⁹⁶ señala la licitud de la grabación por parte de uno de los particulares intervinientes en la conversación, siempre que se trate de un encuentro libre y voluntario. El problema surge cuando la conversación se organiza de manera premeditada, a través de argucias, con el fin de que declare hechos que después se emplearán en su contra.

Es preciso distinguir de nuevo entre si es grabada por un particular o por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En el primer caso, dicha planificación no impide la validez de la prueba⁹⁷.

Sin embargo, en el segundo caso, se estaría buscando una “*confesión extraprocesal*” desde una posición de superioridad institucional, por lo tanto, tal y como establece la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)

⁹¹ STS de 15 de Julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3585).

⁹² STS de 28 de octubre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5249).

⁹³ STS de 7 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:358).

⁹⁴ STS de 19 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:128).

⁹⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular de la FGE 3/2019, de 6 de marzo, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos*, 2019, pág.3.

⁹⁶ Por ejemplo, en la STS de 4 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:7129).

⁹⁷ “Pueden vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías, cuando la persona grabada ha sido conducida al encuentro utilizando argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que pudieran ser utilizados en su contra, en cuyo caso habrán de ponderarse el conjunto de circunstancias concurrentes.” STS de 15 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3585).

habría que investigar sobre la importancia del interés público en dicha cuestión, el grado de compulsión empleado y la pena en cuestión para dicho delito⁹⁸.

La espontaneidad y la buena fe son requisitos condicionantes a la hora de la valoración de la prueba, en una conversación forzada el interlocutor no se expresará de manera voluntaria⁹⁹. Pero, es importante tener en cuenta que cuando la grabación se manifiesta como una necesidad de mantener una conversación, con el propósito de que en un momento posterior aporte credibilidad a las manifestaciones realizadas, esta será lícita¹⁰⁰.

En el caso tratado, Alejandra lleva a cabo la grabación de unas conversaciones en las cuales interviene, con el fin de que en un futuro cuando acuda a la policía, éstas apoyen los hechos declarados. De modo que no vulnera ningún derecho fundamental y supone un medio de prueba válido.

Por lo tanto, la grabación será admitida sin necesidad de una autorización judicial previa y probará la comisión del hecho delictivo.

Asimismo, se excluye la responsabilidad penal de las víctimas del hecho delictivo regulado en el art. 177 bis CP¹⁰¹ siempre que se haya cometido el delito cuando se encontraban sometidas a la explotación del sujeto activo. Para ello, es necesaria una relación directa y proporcional entre las conductas de violencia, intimidación o engaño y el delito cometido¹⁰².

Lo anterior implica que en los sucesos en que dicha grabación supusiera un hecho delictivo, cuestión que no apreciable en el presente caso, Alejandra posiblemente estaría exenta de toda responsabilidad penal por haber grabado las imágenes mientras era sometida a las consecuencias del delito de la trata de seres humanos.

IV.3. TERCERA CUESTIÓN

¿Es posible que no consten en las diligencias los datos personales de Alejandra, su domicilio, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación? ¿Sería factible en este caso que Alejandra comparezca utilizando procedimientos que imposibiliten su identificación visual?.

IV.3.1. Introducción. Protección de la víctima en el proceso penal.

Hoy en día se regula la protección de todas las víctimas de delitos en el proceso penal a través del Estatuto de la víctima del delito, pero previamente ya existían normas reguladoras, tanto a nivel nacional como internacional, que ofrecían un tratamiento específico a las víctimas de trata dentro del proceso penal debido a su delicada situación¹⁰³.

⁹⁸ STC de 7 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TC:2022:11).

⁹⁹ V.gr., STS de 8 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1551).

¹⁰⁰ V.gr., STS de 19 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3906).

¹⁰¹ Así se regula en el apartado 11 del art. 177 bis CP.

¹⁰² STS de 29 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1229).

¹⁰³ HERNÁNDEZ RUEDA, M^a Dolores. *La posición de las víctimas en el delito de TSH en el proceso penal*. Madrid: CGPJ, 2018, págs. 3-7.

Es necesaria la protección de las víctimas del delito en todas las fases del procedimiento para evitar de esta manera una victimización secundaria¹⁰⁴, por ello se regula de manera detallada diferenciando la fase de instrucción, la fase de juicio oral y la fase de ejecución¹⁰⁵.

Las normas reguladoras de este método de protección, entre las que se encuentra el Protocolo Marco de protección de víctimas de trata de seres humanos, comprenden una serie de medidas desde la fase de detección y primeras actuaciones, el ofrecimiento de información facilitada de forma comprensible a las víctimas extranjeras, las medidas de protección a la víctima, el acceso a recursos asistenciales, la elaboración del atestado, la actuación del Fiscal, el período de reflexión y restablecimiento si se trata de víctimas extranjeras en situación irregular y el Derecho de retorno¹⁰⁶.

Se trata de una competencia preservadora que aporta un espacio de seguridad para las víctimas. La necesidad de evitar nuevas situaciones peligrosas ha llevado a incluir dichos medios jurídicos en el plano normativo, previniendo conductas de riesgo por parte del sujeto activo¹⁰⁷.

Destacar que se trata de derechos que no se adquieren de manera automática, sino que es necesario vincular a la víctima con uno de los casos regulado en la ley, detallando el nivel de protección ofrecido¹⁰⁸.

IV.3.2. Regulación en el ámbito internacional.

En el plano internacional, encontramos el Reglamento N° 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil y la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección. Ambas normas son complementarias, y garantizan que la protección ofrecida a una persona física perteneciente a un Estado miembro se mantenga en otro Estado miembro.

El objetivo principal de la Directiva anteriormente mencionada es evitar que se cometan actos delictivos que puedan poner en peligro la vida, la dignidad o libertad personal o la integridad física, psicológica o sexual. Es decir, previenen nuevos hechos delictivos y disminuyen las consecuencias de los ya cometidos.

¹⁰⁴ Victimización secundaria: “*Victimización secundaria: Se fija en las relaciones de la víctima con el sistema judicial, incluido el policial. Las víctimas que no son escuchadas, atendidas, informadas y protegidas por el sistema de Justicia penal, sufren todavía más efectos negativos que los producidos por la propia victimización primaria. Esta victimización es de una gran importancia para nuestro estudio*” (GÓMEZ COLOMER, Juan L. “Víctimas de trata: Declaraciones y protección en el proceso penal”. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*. 2021, n° 64/2021, pág. 10).

¹⁰⁵ GÓMEZ COLOMER, Juan L. “Víctimas de trata: Declaraciones y protección en el proceso penal”. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*. 2021, n° 64/2021, pág. 26.

¹⁰⁶ HERNÁNDEZ RUEDA, M^a Dolores. *La posición de las víctimas en el delito de TSH en el proceso penal*. Madrid: CGPJ, 2018, pág.8.

¹⁰⁷ V.gr., SAP de Gipuzkoa de 18 de junio de 2019 (ECLI:ES:APSS:2019:629A).

¹⁰⁸ Vid. DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. *¿Qué información podemos dar a las víctimas de trata sobre sus derechos? Año 2020*. https://violenciagenero.igualdad.gob.es/otrasFormas/trata/queHacer/pdf/DERECHOSdeLasVictimasDeTrata_2020.pdf [consultado el 16/05/2022].

También se hace referencia en ella a la necesidad de tener presentes los intereses de la persona protegida, ocultando si es necesario los datos personales, de contacto y su domicilio en la notificación de la orden europea de protección al sujeto activo del delito.

La propia Directiva alude a la Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación judicial en materia penal.

En el art. 3.1 de la Decisión se establece que las autoridades sólo pueden recabar los datos personales de la víctima cuando exista un fin concreto y legítimo asociado a sus funciones. El tratamiento de dichos datos no debe ser desmesurado, sino que debe adecuarse a los fines preestablecidos. En su art. 4.2 se afirma que cuando desaparezca el propósito para el cual fueron recogidos dichos datos, estos se suprimirán¹⁰⁹.

IV.3.3. Protección de los datos personales de las víctimas.

Dentro de los diversos mecanismos de protección, encontramos algunos relativos a los testimonios de las víctimas. El TC diferenció en la STC de 28 de febrero de 1994¹¹⁰ entre aquellos testimonios en los cuales se desconocen los datos personales e identificativos del testigo, siendo así un testigo anónimo, y aquellos testimonios en los que sí se conocen los datos, pero el testigo declara total o parcialmente oculto, considerándose un testigo oculto.

En este apartado se estudiará la posibilidad de considerar a Alejandra un testigo anónimo, mientras que en el siguiente se analizará si es aplicable la condición de testigo oculto.

Respecto a la competencia, el art. 4.1 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales establece que el órgano judicial competente para el enjuiciamiento, en este caso la AP, “*se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción, así como si procede la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate*”.

El Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante, LEVID), supone la primera norma que regula de una manera completa la protección de las víctimas y, además, no sólo hace referencia al ámbito procesal.

En su art. 20 LEVID regula de una manera genérica la protección de la víctima por parte de los órganos y entidades concededoras del proceso en todas las fases de éste, especialmente en el momento de recibir declaración o testificar en juicio, con el objetivo de evitar de nuevo su victimización.

De una manera más específica se regula en el art. 22 LEVID la protección del derecho a la intimidad de la víctima, indicando que todos los organismos y autoridades intervinientes deberán adoptar las medidas necesarias con el fin de salvaguardar la intimidad del sujeto pasivo y sus familiares, y sobre todo evitar la identificación de

¹⁰⁹ MALMSTRÖM, Cecilia. *Los derechos de las víctimas de la trata de seres humanos en la UE*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2013, pág. 7.

¹¹⁰ STC de 28 de febrero de 1994 (ECLI:ES:TC:1994:64).

aquellas víctimas que necesitan una mayor protección, entre las que se encuentran las víctimas menores de edad o con discapacidad.

En los arts. 25.1 y 25.2 LEVID se regulan las medidas de protección, diferenciando las aplicadas durante la fase de investigación y las aplicadas durante la fase de enjuiciamiento.

Respecto a la primera fase¹¹¹, no existe ninguna medida que haga una referencia específica a la ocultación de los datos personales, domiciliarios o de cualquier tipo de dato que permita la identificación de la víctima.

En el apartado 2 del artículo¹¹² regulador de la segunda fase, tampoco se alude de una manera concreta a la protección de los datos de la víctima, ya que se centra más en impedir su identificación visual. Pero su apartado c) introduce medidas para evitar que se formulen preguntas sobre la vida privada de la víctima que no sean relevantes para juzgar el hecho delictivo, salvo que sean imprescindibles para el Juez o Tribunal.

La anterior norma puede evitar el conocimiento de datos personales o identificativos de la víctima que no son necesarios para la valoración de los hechos. Además, al final del apartado, se indica que esta medida también es aplicable durante la fase de instrucción.

Por último, el apartado 3 del art. 25 LEVID remite al art. 2 de Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. El apartado a) de dicho artículo¹¹³ establece “*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*” y el apartado c) “*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.*”

Además de las medidas mencionadas, también existen medidas de protección policial encaminadas también a evitar la identificación de la víctima¹¹⁴.

Establece la jurisprudencia del TEDH en numerosas sentencias¹¹⁵, que para la validez de la prueba de cargo realizada a través de declaraciones anónimas se establecen como requisitos ineludibles, además de la necesidad de protección de la víctima, que dicha situación se contrarreste con un interrogatorio de la defensa donde sea apreciable la veracidad de sus declaraciones. Es fundamental destacar que la anterior prueba no es suficiente para fundamentar la condena, son necesarias más pruebas de cargo¹¹⁶.

Las normas tratadas anteriormente son aplicables a las víctimas de trata, dado que su objetivo principal es ofrecer protección cuando se presente una situación de grave peligro para una persona, su libertad o bienes, los de sus familiares o personas unidas por

¹¹¹ Regulada en el art. 25.1 LEVID.

¹¹² Art. 25.2 LEVID.

¹¹³ Art. 2 de Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

¹¹⁴ Art. 3 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

¹¹⁵ Entre ellas la resolución del TEDH de 26 de marzo de 1996 (Doorson c. Países Bajos) (Hernández, 2018).

¹¹⁶ V.gr., STS de 27 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1069).

análoga relación de afectividad¹¹⁷. La trata de seres humanos es un delito grave que supone una manifiesta violación de los derechos humanos, por ello sus víctimas precisan de una especial protección y asistencia¹¹⁸.

En conclusión, sí que es posible que no consten los datos personales, domiciliarios o cualquier dato identificativo sobre Alejandra en las diligencias realizadas, dado que se considera una víctima de trata que precisa de una especial protección durante el proceso penal.

IV.3.4. Medidas para evitar la identificación visual de la víctima.

El art. 20 LEVID regula de manera específica el “*Derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor*”, indicando que se adaptarán las dependencias en las cuales tiene lugar el acto del procedimiento penal, en todas las fases del proceso, impidiendo así dicho contacto.

Me remito de nuevo al artículo 25 LEVID mencionado en el apartado anterior. El art. 25.1 LEVID regula para la fase de investigación una serie de medidas entre las que se encuentran la adaptación de las dependencias en las cuales se recibe declaración, medida ya citada anteriormente en el art. 20 LEVID.

El art. 25.2 LEVID introduce tres medidas que imposibilitan la identificación visual de la víctima¹¹⁹. La primera de ellas fomenta el uso de los medios tecnológicos con el fin de obstaculizar la visualización de la víctima por parte del supuesto autor en todo momento¹²⁰. La segunda reitera el uso de la tecnología para que se pueda oír al sujeto pasivo sin estar presente en la sala de vistas. Por último, regula la ausencia de público durante la celebración de la vista oral¹²¹.

Finalmente, cabe mencionar de nuevo la remisión del art. 25.3 LEVID al art. 2 b) de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, que establece “*Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal*”.

Para impedir dicha identificación puede emplearse el biombo¹²², pero se trata de una técnica un tanto anticuada y poco efectiva, que ha sido sustituida por el empleo de medios tecnológicos, como por ejemplo la videoconferencia¹²³.

Todas estas medidas que impiden o limitan la identificación de la víctima se adoptan con la finalidad de preservar su seguridad, colaborar en su recuperación y evitar la reiteración del delito¹²⁴.

¹¹⁷ Art. 1 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

¹¹⁸ MALMSTRÖM, Cecilia. *Los derechos de las víctimas de la trata de seres humanos en la UE*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2013, pág. 3.

¹¹⁹ Art. 25.2 a) LEVID.

¹²⁰ Art. 25.2 b) LEVID.

¹²¹ Art. 25.2 d) LEVID.

¹²² El acuerdo del Pleno de la Sala 2ª del TS de 6 de octubre de 2000, permitió el uso del biombo para impedir la visualización del testigo.

¹²³ ROSALES PEDRERO, Silvia Mª. *La protección de testigos en el proceso penal*. Las Palmas de Gran Canaria: FICP, 2017, pág. 4.

¹²⁴ MALMSTRÖM, Cecilia. *Los derechos de las víctimas de la trata de seres humanos en la UE*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2013, págs. 7-22.

La reserva acerca de la identidad debe ser compatible con los derechos del acusado, ya que dicha medida compromete algunos de ellos como, por ejemplo, el derecho de defensa. Por ello es necesario que el órgano judicial lleve a cabo un juicio de ponderación entre ambas, atendiendo por un lado a las razones alegadas y por otro a la especial vulnerabilidad de la víctima y su voluntad de mantener la identidad en secreto¹²⁵¹²⁶.

El artículo 4.3 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, permite la revelación de la identidad del testigo, pero la jurisprudencia subraya la necesidad de una petición motivada.

Así, lleva a cabo la jurisprudencia en la STS de 5 de mayo de 2016¹²⁷ una crítica acerca del artículo 4.3 considerando que desvelar la identidad de los testigos protegidos siempre que se elabore una solicitud motivada es una interpretación inadecuada y poco razonable. Los argumentos que emplea son, que el Tribunal debe valorar la motivación, así como su suficiencia y razonabilidad.

También, se regula en los arts. 448 y 449 de la LECrim la posibilidad de que la víctima pueda ausentarse del juicio gracias a una prueba pericial preconstituida¹²⁸¹²⁹, en aquellos casos en los que no pueda acudir al juicio¹³⁰¹³¹.

La jurisprudencia del TS afirma en la STS 96/2009, de 10 de marzo, que será válida la preconstitución probatoria cuando esté el letrado de la víctima protegida presente para intervenir, permitiendo así la contradicción de las partes.

En el caso de los delitos de trata, puede plantearse la imposibilidad de asistencia de la víctima por motivos de seguridad, pero es necesario haber realizado el interrogatorio previamente en la fase de instrucción, debido a la especial relevancia de la declaración de la víctima. Sin embargo, es esencial para su validez que se haya producido la declaración de la víctima una vez el investigado se haya personado en el proceso, amparando de esta manera el derecho de defensa¹³².

¹²⁵ Entre otras STC de 28 de febrero de 1994 (ECLI:ES:TC:1994:64) y STS de 28 de noviembre de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:7207).

¹²⁶ HERNÁNDEZ RUEDA, M^a Dolores. *La posición de las víctimas en el delito de TSH en el proceso penal*. Madrid: CGPJ, 2018, págs. 21-23.

¹²⁷ STS de 5 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1941).

¹²⁸ “*Su diferencia con la anticipada está en que en la preconstituida la práctica de la prueba no tiene lugar ante el Tribunal Juzgador sino ante el Juez de Instrucción, con lo cual la inmediación desaparece al menos como inmediación espacio temporal, y queda reducida a la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y refleje*” STS de 10 de marzo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:1804).

¹²⁹ Se establece en sentencias como la STS de 3 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1889) los requisitos que debe poseer la prueba preconstituida para admitir su validez.

¹³⁰ La imposibilidad de concurrencia no se refiere exclusivamente a la imposibilidad material (fallecimiento o imposibilidad física) sino también a la imposibilidad moral o psíquica (HERNÁNDEZ RUEDA, M^a Dolores. *La posición de las víctimas en el delito de TSH en el proceso penal*. Madrid: CGPJ, 2018, pág. 24).

¹³¹ HERNÁNDEZ RUEDA, M^a Dolores. *La posición de las víctimas en el delito de TSH en el proceso penal*. Madrid: CGPJ, 2018, págs. 23-26.

¹³² HERNÁNDEZ RUEDA, M^a Dolores. *La posición de las víctimas en el delito de TSH en el proceso penal*. Madrid: CGPJ, 2018, págs. 31-32.

Finalmente, tras la normativa y jurisprudencia analizada, considero posible y adecuado el empleo de procedimientos que imposibiliten la identificación visual de Alejandra, víctima de trata, durante el proceso penal.

IV.4. CUARTA CUESTIÓN

Cuando José se entera de que tiene un hijo, el menor tiene casi cuatro años. ¿Tiene derecho José a reclamar la paternidad de Juan? ¿Es procedente la solicitud de José sobre la guardia y custodia por períodos anuales en distintos países?.

IV.4.1. Introducción.

El menor se ve inmiscuido en numerosos conflictos en los que forma parte de manera indirecta, como pueden ser por ejemplo la reclamación de la filiación, la separación de hecho de los progenitores y la determinación de la custodia, entre otros.

Para paliar la desventaja e indefensión que genera su incapacidad procesal, la cual deriva de su incapacidad de obrar, se ha creado tanto a nivel nacional como internacional, numerosa legislación con el objetivo de proteger el interés superior del menor¹³³.

Al margen de lo anterior, es relevante tener en cuenta que serán competentes los Tribunales españoles en virtud del apartado d) del art. 22 quáter LOPJ, que establece que: *“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”*.

Juan, hijo de Alejandra, es residente español en el momento en que se interpone la demanda por parte de José, ya que ambas autorizaciones de residencia fueron concedidas previamente, por ello conocerán del supuesto los Tribunales españoles.

IV.4.2. Reclamación de la filiación.

Se regula en el art. 131 y sigs. del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante, CC) las acciones relativas a la reclamación de la filiación. El art. 131 CC establece que *“cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado”*¹³⁴.

Lo anterior implica que hoy en día se puede establecer la filiación no sólo a través del nexo biológico, sino también a través de un vínculo social y cultural. En el caso expuesto no es aplicable la filiación por posesión de estado, porque José no ha convivido en ningún momento con el menor, ni si quiera conocía su existencia, por lo que el reclamante carece de autorización para ejercerla¹³⁵.

¹³³ CONTRERAS ROJAS, Cristian. “La capacidad procesal de niños, niñas y adolescentes: hacia su reconocimiento amplio y efectivo”. *Revista jurídica sobre familia y menores*. 2017, nº 13, pág. 1.

¹³⁴ “El concepto de posesión de estado es una *quaestio iuris* y también lo es por tanto la valoración y calificación jurídica de los concretos hechos probados en la instancia, es decir, la determinación de si los hechos acreditados son constitutivos o no del concepto de posesión de estado” STS de 9 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1617).

¹³⁵ MIZRAHI, Mauricio L., “La posesión de estado constituye una causa para otorgar la filiación jurídica”, en LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (coord.), DONADO VARA, Araceli (coord.) y MORETÓN SANZ,

En el art. 132 CC introduce la reclamación de la filiación matrimonial. No haremos referencia a ella porque en el presente supuesto no nos concierne, debido a que Alejandra y José no estaban casados.

Es el art. 133 CC el que regula la filiación no matrimonial, que podrá reclamarse cuando no exista la posesión de estado, y dicha acción sólo puede ejercerla el hijo durante toda su vida. En su segundo apartado¹³⁶ establece que también podrán los progenitores ejercer la acción, en el plazo de un año desde que tienen conocimiento del hecho en el que basen la solicitud de la filiación.

De la redacción del artículo deduce la jurisprudencia que “*la reclamación de filiación extramatrimonial, sólo la puede instar el padre cuando goce de la posesión constante de estado*”. Pero posteriormente argumentó en varias sentencias, conformándose así una doctrina firme, en la que prevalece una interpretación más flexible ante una versión “literalista”, permitiendo al padre biológico la reclamación de la filiación extramatrimonial en ausencia de la posesión de estado¹³⁷.

Lo anterior es debido a que muchas veces la falta de posesión de estado no concierne exclusivamente al progenitor, sino que puede verse privado de ella.

Quicios Molina¹³⁸ basa sus argumentos en la búsqueda de la verdad biológica como objetivo principal en las acciones de filiación, apoyándose en el art. 39.2 CE¹³⁹ que fomenta y apoya la investigación de la paternidad. También se apoya en que el art. 134 CC¹⁴⁰ legitima al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, por ello el art. 133 CC no debe tener una interpretación más restrictiva que este, motivo por el cuál extiende la legitimación al progenitor.

A su vez, la legitimación del progenitor no se trata de un fundamento absoluto ya que esta puede restringirse en virtud de la defensa de los intereses del hijo y de la conservación de la paz familiar.

Tal y como afirma la Carta Europea de los Derechos del Niño¹⁴¹, todos tendrán derecho a conocer su identidad y orígenes biológicos; a disfrutar de sus padres, y en su ausencia, de las personas o entidades que vayan a sustituirlos; a mantener un contacto estable y duradero con ambos progenitores en caso de separación, de hecho, separación

María F.(coord.). *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI*. Sevilla: Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, 2004, pág. 1.

¹³⁶ Art. 133.2 CC.

¹³⁷ V.gr., STS de 22 de marzo de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:2094).

¹³⁸ QUICIOS MOLINA, Susana. “Legitimación activa del progenitor para reclamar la filiación no matrimonial según el Código Civil (Comentario a la STS de 9 de mayo de 1997)”. *Revista Derecho Privado y Constitución*. 2021, nº 39, pág. 14-16.

¹³⁹ Art. 39.2 CE: “*Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad*”.

¹⁴⁰ Art. 134 CC: “*El ejercicio de la acción de reclamación, conforme a los artículos anteriores, por el hijo o el progenitor, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria*”.

¹⁴¹ Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE nº C 241, de 21 de septiembre de 1992).

legal, divorcio o nulidad de matrimonio de los padres y; también a ser ¹⁴²oídos en todas cuestiones que les afecten y siempre que su edad y madurez lo permitan¹⁴³.

Respecto al derecho a ser oído, es necesario que la edad o la madurez del niño permitan suponer que tiene un juicio suficiente, y en cualquier caso los que tengan más de doce años deben ser oídos. La valoración de la madurez del niño debe realizarse por personal especializado, y la resolución de dicha cuestión debe ser motivada¹⁴⁴.

Según el art. 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales¹⁴⁵, aunque se trata de un derecho del menor, la audiencia no es una obligación absoluta, deberán valorarse las exigencias ligadas al interés superior de los niños en cada caso¹⁴⁶¹⁴⁷.

Por lo tanto, será la jurisprudencia la que deba hacer una ponderación de los diferentes intereses de las partes, especialmente los del niño. En el caso expuesto, deberían valorar si la admisión de la filiación extramatrimonial afectaría negativamente a la paz familiar y a las preferencias del menor, siendo lo más probable que en este caso no pueda ser escuchado por su corta edad y su probable falta de madurez, pero esta cuestión será analizada y valorada por el Juez.

Si el Juez y el Tribunal tras el análisis realizado lo consideran conveniente, admitirán la demanda de José, siempre que se reúnan los requisitos comentados a continuación.

El Capítulo III de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LECiv) nombrado “*De los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad*” introduce en su art. 764.1 LECiv la posibilidad de solicitar a los tribunales la determinación de la filiación y también, en los casos regulados en la legislación civil, la capacidad de impugnar la filiación establecida mediante medios legales.

Posteriormente, recoge en su art. 767 LECiv las cuestiones relativas a la prueba y el procedimiento de la siguiente manera:

1. *“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.*
2. *En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.*
3. *Aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia*

¹⁴² Desarrollado en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁴³ PARLAMENTO EUROPEO. *Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE n° C241)*. Estrasburgo, 1992, págs. 3-4.

¹⁴⁴ V.gr., STS de 20 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:413).

¹⁴⁵ Art. 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: “*En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial*”.

¹⁴⁶ V.gr., STJUE de 22 de diciembre de 2010 (ECLI:EU:C:2010:828).

¹⁴⁷ FORCADA MIRANDA, Francisco J., *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111: competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*. Sepin, Madrid, 2020, pág. 184.

con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo.

4. *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”*

Tal y como establece en su primer apartado, para que una demanda sea admitida, es necesario que vaya acompañada de un principio de prueba, en caso contrario el Juez deberá inadmitirla. Debido a la gran dificultad del objeto de la prueba en estos procesos, el legislador decide otorgar un valor probatorio absoluto al que derive de cualquier medio de prueba¹⁴⁸.

Son admitidas una gran variedad de pruebas, es suficiente con que acrediten la posibilidad de la filiación, puesto que su proveniencia se discutirá posteriormente. Entre las diferentes pruebas admisibles se incluyen el reconocimiento tácito o expreso del demandante, la convivencia con la madre durante la época de concepción... Se trata, tal y como ha establecido el TS en numerosas sentencias, de una interpretación “*espiritualista*” para facilitar el acceso al proceso¹⁴⁹.

Se admiten de manera expresa las pruebas biológicas. Se trata de una prueba pericial que se regula en el art. 631 LECiv, y a pesar de que su práctica conlleva numerosas dificultades, es de gran fiabilidad ya que su resultado aporta una certeza significativa.

Si dicho resultado confirma la posibilidad de la filiación, el Juez deberá completar su argumento con otras pruebas presentadas, pero no podrá dudar sobre la veracidad de dicha prueba, debido a la exactitud del resultado.

Sin embargo, este tipo de prueba suscita una gran cantidad de problemas relativos a la negativa a practicarla, que analizaremos pormenorizadamente más adelante

Respecto a su tercer apartado, la norma permite deducir la filiación cuando se den las siguientes circunstancias:

- a. *“Del reconocimiento expreso o tácito”*. Se trata de una declaración de voluntad, manifestada de manera firme, en la que se confirman los hechos. Por ejemplo, el reconocimiento de haber mantenido relaciones sexuales con la madre durante la época de concepción.
- b. *“De la posesión de estado”*. Como ya se ha comentado, en el presente supuesto no es apreciable, pero es importante destacar que dicha posesión es equivalente a la inscripción en el Registro Civil.

¹⁴⁸ BUSTO LAGO, José M. “Precisiones constitucionales sobre la investigación de la paternidad. La valoración de la prueba biológica (A propósito de la STC 29/2005, de 14 de febrero. La doctrina jurisprudencial y constitucional “ortodoxa”)”. *Revista de Derecho Privado y Constitución*. 2005, nº 19, págs. 43-48.

¹⁴⁹ RONCESVALLES BARBER, Cárcamo, “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2017 (460/2017): La simple relación de conocimiento, junto a la negativa del demandado a la prueba biológica, permite determinar la paternidad”, en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Dykinson, Madrid, 2017, pág. 9.

- c. “De la convivencia con la madre en la época de la concepción”¹⁵⁰. Es precisa la existencia de una relación afectiva, de la cual puede deducirse la presencia de relaciones sexuales extendidas durante un cierto período de tiempo.
- d. “De otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo”. Nos encontramos con un *numerus apertus*, el cual permite al juzgador aplicar su propia valoración de los hechos que no están tipificados cuando halle en ellos certeza y cierta similitud con los que se han redactado de manera expresa.

Por ejemplo, en la SAP de Málaga de 30 de octubre de 2002¹⁵¹, admiten una prueba documental que recoge ciertos ingresos a favor de la madre y pruebas testificales en las cuales se alega la relación afectiva existente entre ambos.

En relación con las pruebas biológicas anteriormente introducidas, estas pueden ser solicitadas tanto por el demandante, en orden a acreditar la filiación, como por el demandado, con el objetivo de demostrar lo contrario. Se descarta la posibilidad de que un tercero pueda exigirla, pero sí que podrá el Juez solicitarla *ex officio* tal y como recoge el párrafo segundo del art.752.1 de la LECiv y el art. 339.5 LECiv, en donde permite al Juez designar un perito, cuando sea preciso, en casos de filiación, paternidad y maternidad.

A pesar de que sea una prueba que el Juez pueda solicitar, no puede exigirla coactivamente ya que atenta contra los derechos a la libertad personal y a la integridad física¹⁵², pero la no ejecución implica una serie de consecuencias negativas que son decisivas en la resolución¹⁵³¹⁵⁴.

La negativa sólo se considerará legítima cuando como consecuencia de su ejercicio se generen “*gravísimas consecuencias para la salud del que ha de soportarla*”¹⁵⁵ o en el caso de ausencia de otras pruebas que permitan que permitan imputar la conducta al que ha sido demandando.

Argumenta la doctrina jurisprudencial que “*La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios*”.

¹⁵⁰ Se entiende por período legal de concepción “*los ciento veinte primeros días de los trescientos que preceden al nacimiento, salvo prueba de embarazo anormalmente corto o largo*” (BUSTO LAGO, José M. “Precisiones constitucionales sobre la investigación de la paternidad. La valoración de la prueba biológica (A propósito de la STC 29/2005, de 14 de febrero. La doctrina jurisprudencial y constitucional “ortodoxa”)”. *Revista de Derecho Privado y Constitución*. 2005, nº 19, pág. 20).

¹⁵¹ SAP de Málaga de 30 de octubre de 2002 (ECLI:ES:APMA:2002:4237).

¹⁵² Así se afirma en la STC de 17 de Enero de 1994 (ECLI:ES:TC:1994:7).

¹⁵³ En la SAP de Coruña de 28 de mayo de 2003 (ECLI:ES:APC:2003:1244), se advierte a la madre de las consecuencias negativas derivadas del rechazo a practicarle la prueba biológica a su hijo, bajo la fórmula de que dicha prueba “*podrá ser determinante a la hora de declarar la paternidad reclamada por el actor Pedro Enrique sobre el referido niño*”.

¹⁵⁴ BUSTO LAGO, José M. “Precisiones constitucionales sobre la investigación de la paternidad. La valoración de la prueba biológica (A propósito de la STC 29/2005, de 14 de febrero. La doctrina jurisprudencial y constitucional “ortodoxa”)”. *Revista de Derecho Privado y Constitución*. 2005, nº 19, págs. 16-29.

¹⁵⁵ Así lo establece la STC 55/2001 de 26 de febrero (Boletín Oficial del Estado, 2001).

Esos otros indicios no se recogen en una lista cerrada, sino que ha establecido la jurisprudencia, que sólo son hechos ejemplificativos y por lo tanto puede extenderse a supuestos diferentes a los expresamente citados.

Entre ellos se encuentran: la acreditación de que en el momento de la concepción existía una relación afectiva entre ambos progenitores, la existencia de relaciones sentimentales en ambientes pueblerinos en los que los habitantes fuesen conscientes de dicha relación¹⁵⁶, la inscripción en el Registro Civil de la parte actora¹⁵⁷, la existencia de un parecido morfológico entre el progenitor y el hijo¹⁵⁸...¹⁵⁹.

Concluyendo, José debe presentar una demanda reclamando la filiación en el plazo de un año desde que tiene conocimiento de la existencia del menor¹⁶⁰, es decir, desde que se produce la manifestación del hecho por parte de su amiga. Dicha demanda debe ir acompañada de un principio probatorio, que puede ser, por ejemplo, el simple reconocimiento expreso o tácito de la filiación, argumentado junto con los hechos conocidos a través de la amiga de ambos progenitores.

Como demandante podrá solicitar la realización de las pruebas biológicas, tal y como le comenta a Alejandra en el correo que le envió. En caso de que Alejandra acepte, y el resultado de la prueba sostenga la filiación, el Juez deberá valorar junto a esta prueba otras como por ejemplo el reconocimiento expreso o tácito por parte del progenitor, la convivencia o la existencia de una relación afectiva con Alejandra en la época de la concepción... pero obtenido dicho resultado, lo más probable es que el fallo sea favorable.

En el caso de que Alejandra, como tutora legal de su hijo, se niegue a practicarle la prueba biológica sin argumentar una razón legítima, esta oposición injustificada será valorada por los órganos jurisdiccionales, pero por sí sola no es determinante de la declaración de paternidad.

Por ejemplo, en la SAP de Coruña de 28 de mayo de 2003¹⁶¹, la madre afirma que no está dispuesta a practicarle al niño la prueba biológica, advirtiéndole el órgano judicial que dicha negativa supone un indicio de indudable valor.

En cuanto a las excusas admitidas por la jurisprudencia ante la negativa a la práctica de la prueba biológica, la inexistencia de otros indicios que apoyen la paternidad de José no es aplicable, debido a que como hemos visto anteriormente, sí que existen otras circunstancias de las que se puede inducir el vínculo.

¹⁵⁶ “Y en la valoración de la prueba testifical practicada a instancia de la parte actora, y, más en concreto de la declaración de doña Paloma C. G., a la sazón, Asistente Social en la localidad de San Martín de Trevejo durante el año 1989 y parte del año 1990, quien declaro ser cierto que, con ocasión del desempeño de su trabajo tuvo conocimiento del embarazo de doña María del Sol B. M., así que el mismo era fruto de las relaciones mantenidas entre ésta y don Juan A. M.” SAP de Cáceres de 29 de marzo de 2001 (ECLI:ES:APCC:2001:281).

¹⁵⁷ En la STC de 31 de mayo de 1999 (ECLI:ES:TC:1999:95) se aportaron pruebas documentales como la inscripción en el Registro Civil del progenitor.

¹⁵⁸ Tal y como se aprecia en la SAP de Málaga de 15 de abril de 2002 (ECLI:ES:APMA:2002:1583) “Considera la sentencia recurrida prueba suficiente unas fotografías aportadas de la hija actora a las que atribuye parecido con las fotografías de las hijas del recurrente”.

¹⁵⁹ BUSTO LAGO, José M. “Precisiones constitucionales sobre la investigación de la paternidad. La valoración de la prueba biológica (A propósito de la STC 29/2005, de 14 de febrero. La doctrina jurisprudencial y constitucional “ortodoxa”)”. *Revista de Derecho Privado y Constitución*. 2005, nº 19, págs. 35-43.

¹⁶⁰ Plazo establecido en el art. 133 CC.

¹⁶¹ SAP de Coruña de 28 de mayo de 2003 (ECLI:ES:APC:2003:1244)

Por otro lado, argumentar que la práctica de la prueba causará efectos dañinos en la salud del menor no parece viable en este supuesto, porque con los datos ofrecidos desconocemos que el hijo tenga problemas de salud.

Por lo tanto, si se produce la negativa a la práctica de la prueba, el Juez valorará dicho rechazo junto con otros indicios de paternidad presentes en el caso concreto.

José, tal y como afirma el supuesto, es expareja de Alejandra y además sospecha que, por la edad del menor, el hijo puede ser suyo. Lo anterior implica que los progenitores convivían o mantenían una relación sentimental en las fechas próximas a la concepción del menor. Además, hay un testigo de la existencia de dicha relación, que es la amiga en común que le comenta a José la existencia del hijo de Alejandra, pudiendo suponer por lo tanto una prueba testifical.

Otra manifestación de la paternidad podría ser la inscripción en el Registro Civil de José como progenitor del menor, lo cual es una evidencia de dicha filiación. Pero no se dispone de datos que respalden la anterior afirmación.

Por último, cabe mencionar, que el posible parecido entre el menor y su progenitor también tendría un valor probatorio, pero de nuevo desconocemos la veracidad de esta afirmación¹⁶².

Finalmente, el Juez valorará los hechos mencionados, ponderando los intereses de ambas partes, pero sobre todo en defensa del interés superior del menor. Porque tal y como afirma el apartado d) del art. 2.5 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, es necesario para la búsqueda de ese interés superior *“la adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas”*.

Pero tras el detallado análisis realizado sobre la cuestión, considero que el Juez fallará a favor del demandante, declarando admitida la filiación reclamada por José, apoyándose también en la jurisprudencia que afirma que en virtud del interés del menor es favorable mantener la relación con ambos progenitores.

IV.4.3. Régimen de guarda y custodia.

De nuevo, el interés superior del menor es el principio fundamental que rige en los procesos de guarda y custodia. Esto se debe a que el resultado del proceso debe ser el más beneficioso para el menor, y en caso de que este derecho entre en conflicto con otros, deberán ampararse primordialmente las preferencias de los menores¹⁶³.

Lo primero que debemos analizar respecto a la guarda y custodia, es quien puede determinarla y que tipos de custodia existen.

¹⁶² BUSTO LAGO, José M. “Precisiones constitucionales sobre la investigación de la paternidad. La valoración de la prueba biológica (A propósito de la STC 29/2005, de 14 de febrero. La doctrina jurisprudencial y constitucional “ortodoxa”)”. *Revista de Derecho Privado y Constitución*. 2005, nº 19, págs. 42-43.

¹⁶³ PÉREZ VALLEJO, Ana M. y SAINZ CANTERO CAPARRÓS, Belén, “El principio de coparentalidad y el derecho de los hijos a relacionarse con sus progenitores, paradigmas de los modernos modelos de custodia. El modelo español de custodia”. *Protección de la infancia y marco jurídico de la coparentalidad tras la crisis familiar*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018, págs. 2-3.

En primer lugar, actualmente su regulación se encuentra en el Capítulo IX del CC, concretamente en el art. 92 CC. Es importante destacar que cuando los progenitores no están unidos por una relación matrimonial, pero deciden separarse, en lugar del procedimiento de divorcio se aplicará el procedimiento denominado de guarda y custodia¹⁶⁴.

El régimen de guarda y custodia se puede adoptar mediante mediación familiar, una herramienta que permite el entendimiento entre las partes. Si los progenitores aspiran a alcanzar un acuerdo común y lo consiguen, este deberá ratificarse dando lugar a un convenio regulador.

Por último, es necesaria la aprobación judicial. Los progenitores se someten a ciertas limitaciones en el Derecho de familia, y todos los acuerdos deben someterse al control judicial. El Juez podrá desestimarlos cuando considere, que en virtud del contenido y de las conclusiones obtenidas de las pruebas practicadas, se excedan los límites legales. Así sucede en la SJPII de 21 de enero de 2021¹⁶⁵, en la que se modifican las condiciones de un convenio regulador aprobado previamente, el cual regulaba la guarda y custodia de dos hijos no matrimoniales.

En los casos en los que los progenitores no hayan llegado a un acuerdo, será el Juez quién lo determine. Pero la intervención del Juez tendrá un carácter accesorio, ya que es prioritario el acuerdo entre progenitores¹⁶⁶.

La guarda y custodia puede atribuirse a ambos cónyuges, lo cual se denomina custodia compartida¹⁶⁷, o a un solo cónyuge, denominada custodia monoparental¹⁶⁸.

También puede el Juez otorgar la custodia a un tercero, con el fin de proteger el interés del menor cuando concurren circunstancias suficientemente graves¹⁶⁹. Se puede atribuir la custodia a los abuelos u otros parientes, o a instituciones cualificadas, así se recoge en el art. 103.1 CC y también en la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos¹⁷⁰.

Así, en la SAP de Zaragoza, de 19 de junio de 2007¹⁷¹, la custodia del menor se otorga a la bisabuela paterna debido a que ninguno de los progenitores se hicieron cargo de su hija, y también existe un informe pericial, en el cual, tras analizar minuciosamente

¹⁶⁴ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Concepto y regímenes de guarda y custodia”, en MARTÍNEZ CALVO, Javier (dir.). *La guarda y custodia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, pág.2.

¹⁶⁵ SJPII de Navarra de 21 de enero de 2021 (ECLI:ES:JPII:2021:210).

¹⁶⁶ MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Determinación del régimen de guarda y custodia”, en MARTÍNEZ CALVO, Javier (dir.). *La guarda y custodia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, págs. 7-10.

¹⁶⁷ Recogida en el art. 92.5 CC.

¹⁶⁸ Introducida en el art. 92.4 CC.

¹⁶⁹ Por ejemplo, el abandono o maltrato familiar o en el caso de que ambos progenitores se vean inmersos en los procesos penales detallados en el art. 92.7 CC.

¹⁷⁰ PÉREZ VALLEJO, Ana M. y SAINZ CANTERO CAPARRÓS, Belén, “El principio de coparentalidad y el derecho de los hijos a relacionarse con sus progenitores, paradigmas de los modernos modelos de custodia. El modelo español de custodia”. *Protección de la infancia y marco jurídico de la coparentalidad tras la crisis familiar*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018, pág. 9.

¹⁷¹ SAP de Zaragoza de 19 de junio de 2007 (ECLI:ES:APZ:2007:1156)

el entorno y las condiciones de ambos progenitores, desaconseja la custodia por parte de ambos.

Pero tal y como se establece en la Convención de los derechos del niño, se trata de una medida subsidiaria porque, *“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”*¹⁷².

La custodia compartida se introdujo, pero no de forma prioritaria, con la Ley 15/2005, de 8 de julio que modifica el Código Civil y la LEC en materia de nulidad, separación y divorcio. Pero con el transcurso de los años, la jurisprudencia ha entendido que este sistema es claramente favorecedor para el menor¹⁷³, ya que sitúa en una posición de igualdad a ambos progenitores.

En concordancia con lo anterior, desde 2013 se trabaja con el objetivo de modificar la regulación del CC, de manera que se otorgue prioridad a la custodia compartida y no a la monoparental. Algunas Comunidades Autónomas, como Valencia y Aragón, han considerado este método preferente frente a otros¹⁷⁴.

Para establecer este tipo de custodia, el TS¹⁷⁵ ha determinado que el Juez deberá analizar aspectos como *“la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales”*.

Como se puede observar el interés superior del menor vuelve a ser uno de los principios fundamentales¹⁷⁶ del proceso. Así se establecía en el art. 8 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía¹⁷⁷, que durante el proceso penal se tomarán las medidas necesarias para proteger los derechos e intereses de los niños, considerando sus opiniones y preocupaciones en el transcurso de las actuaciones¹⁷⁸.

Pero tal y como regula el art. 92.7 CC no será posible la coparentalidad de la custodia cuando existan claras sospechas de violencia doméstica o de género, o cuando

¹⁷² UNICEF. *Convención sobre los derechos del niño*. Madrid: UNICEF Comité Español, 2015, pág. 9.

¹⁷³ Así establece el art 92.8 CC que podrá el Juez, de manera excepcional y a petición de uno de los progenitores, establecer la custodia compartida en virtud del interés superior del menor.

¹⁷⁴ PÉREZ VALLEJO, Ana M. y SAINZ CANTERO CAPARRÓS, Belén, “El principio de coparentalidad y el derecho de los hijos a relacionarse con sus progenitores, paradigmas de los modernos modelos de custodia. El modelo español de custodia”. *Protección de la infancia y marco jurídico de la coparentalidad tras la crisis familiar*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018, págs. 10-11.

¹⁷⁵ V.gr., STS de 29 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:2246)

¹⁷⁶ Art. 92.2 CC: *“El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión”*

¹⁷⁷ Así se establece también en el art. 92.2 CC

¹⁷⁸ UNICEF. *Convención sobre los derechos del niño*. Madrid: UNICEF Comité Español, 2015, pág. 42.

alguno de los progenitores esté incurso en un proceso penal “*por cometer delitos contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o hijos*”.

Los Jueces, antes de dictar sentencia, podrán recabar informes del Ministerio Fiscal y solicitar informes de expertos sobre cuál de las diferentes opciones es idónea en el caso concreto. También, considerará la relación que mantengan los progenitores con sus hijos, evaluará las alegaciones de los padres y especialmente oír a los menores que tengan la suficiente madurez¹⁷⁹.

Además de los criterios recogidos en la Ley, la jurisprudencia incluye también otros como el hecho de evitar la separación de los hermanos, observable en la SAP de A Coruña de 24 de mayo de 2002¹⁸⁰, en la que el Juez afirma que el padre mantenga la custodia de ambos hermanos, debido a que están perfectamente integrados, existe un fuerte vínculo con el progenitor y también para evitar la separación de los menores.

Otro de los criterios es la distancia entre los domicilios de los progenitores, el cual vamos a analizar detalladamente, porque al contrario que el anterior, sí que afecta en el concreto supuesto.

La jurisprudencia discrepa sobre la adecuación de la custodia compartida en los casos en los que una gran distancia separa los domicilios de ambos progenitores, especialmente cuando el hijo aún está escolarizado, todo ello en busca del interés superior del menor.

Así lo justifica en la STS de 1 de marzo de 2016¹⁸¹, indicando que “*la distancia no solo dificulta, sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida con estancias semanales, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor máxime cuando está próxima su escolarización. obligatoria, razones todas ella que motivan la denegación del sistema de custodia compartida*”.

Respecto a los km exigidos, en la STS de 19 de octubre de 2016¹⁸², a pesar de que uno de los progenitores reside en Salamanca y otro en Alicante, considera el Juez dicha distancia es incompatible con el sistema de custodia compartida, y añade además que la madre tiene otro hijo de una pareja anterior.

También en la STS de 21 de diciembre de 2016¹⁸³ se argumenta que “*aunque concurran varios de los requisitos que normalmente habrían de dar lugar al establecimiento del régimen de custodia compartida, existe una circunstancia que lo desaconseja por suponer una alteración de la vida normal de la menor, sobre todo cuando ya alcanza edad escolar, ya que ambos progenitores residen en poblaciones que distan entre sí unos cincuenta kilómetros*”.

¹⁷⁹ Lo anterior se recoge en el apartado 6 y 9 del art. 92 CC.

¹⁸⁰ SAP de A Coruña de 24 de mayo de 2002 (ECLI:ES:APC:2002:1311).

¹⁸¹ STS de 1 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:797).

¹⁸² STS de 19 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3724).

¹⁸³ STS de 21 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5532).

Lo anterior es determinante para concluir el presente apartado. Es importante tener en cuenta la falta de conocimiento sobre los intereses de menor, las alegaciones de los padres y las pruebas e informes recabados del caso expuesto.

A pesar de que es favorable la convivencia del menor con ambos progenitores y de que uno de ellos reclama la custodia compartida, la jurisprudencia es clara cuando existe suficiente distancia entre los domicilios de los progenitores.

Por lo tanto, la solicitud de guarda y custodia queda al arbitrio del Juez, pero lo más probable es que no sea procedente, ya que no es aconsejable someter al menor a cambios anuales y nacionales de domicilio.

IV.5. QUINTA CUESTIÓN

¿Podría ser constitutivo de delito el hecho de que Alejandra sacara al menor de Nicaragua sin autorización de José, aunque no estuviera establecida la filiación extramatrimonial?

IV.5.1. Introducción.

La sustracción de menores es un delito que conlleva una gran complejidad debido al componente transfronterizo, la confusión que generan las normas que lo regulan y la delicadeza del principal bien jurídico protegido, que es el interés superior del menor.

En 2018, según datos del Parlamento Europeo, unos 1800 menores fueron sustraídos de su lugar de residencia en Europa. Además de por su complejidad, también destaca por la ignorancia que existe acerca de las consecuencias jurídicas que acarrea y también sobre el concepto en sí¹⁸⁴.

El delito de sustracción de menores supone en primer lugar una conducta antijurídica, ya que transgrede la guarda o custodia establecida por decisión judicial.

Además, la conducta también está tipificada en el CP y será el Juez el que decida, en función de los criterios de política criminal y teniendo en cuenta los principios del Derecho Penal civilizado, si es oportuna la criminalización de la conducta.

Lo anterior es objeto de debate porque parte de la doctrina apoya los aspectos positivos de la criminalización, pero otra parte defiende las inconveniencias que produce¹⁸⁵. Es importante destacar que, en base al principio de intervención mínima, el tipo penal regulado está restringido en comparación con el desarrollado en el Convenio de La Haya de 1980, el cual se ha tomado como referencia junto con el Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el

¹⁸⁴ GÓMEZ MEJÍAS, Ana M. *El laberinto de la sustracción de menores. Año 2018*. https://elpais.com/economia/2018/01/31/mis_derechos/1517396639_640050.html#:~:text=El%20delito%20de%20sustracci%C3%B3n%20de%20menores%2C%20recogido%20en%20el%20art%C3%ADculo,que%20atribuya%20el%20r%C3%A9gimen%20de

¹⁸⁵ DE LA ROSA CORTINA, José M. *El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia*. Madrid: Sede de Estudios Jurídicos, 2017, págs. 2-3.

reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento 1347/2000¹⁸⁶.

Es preciso señalar de nuevo que conocerán los Tribunales españoles de la causa, en virtud del apartado d) del art. 22 quáter LOPJ desarrollado previamente en la cuarta cuestión.

IV.5.2. Cuestiones civiles de la sustracción de menores.

Las cuestiones civiles del delito de sustracción se recogen en el Convenio de la Haya sobre los aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980. El principal objetivo del Convenio es asegurar la restitución inmediata de los menores que hayan sido desplazados ilícitamente y, cerciorarse de que todos los Estados parte respeten los derechos de custodia y visita de cada Estado contratante.

El art. 3 del Convenio de la Haya de 1980, establece cuando la conducta será ilícita, diferenciando dos supuestos. El primero afirma que *“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 que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”*. El derecho de custodia puede derivar de una atribución de pleno derecho, de una resolución judicial o administrativa o de un acuerdo vigente.

El segundo establece otra opción; *“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 el supuesto tratado, en el momento del traslado no existía un derecho de custodia previamente atribuido. Tampoco se ejercía de manera efectiva, ni se hubiese ejercido la custodia en caso de no producirse el traslado, porque el menor llevaba tres años residiendo en el mismo país que el padre y este ni si quiera tenía conocimiento de su existencia.

Para la restitución del menor deben analizarse una serie de cuestiones. En primer lugar, se exige que haya transcurrido menos de un año desde que fue trasladado o retenido hasta que se inicia el proceso ante el órgano judicial.

Pero, se admite en caso de expiración de dicho plazo, que el menor permanezca si se ha integrado en su nuevo entorno. También puede permanecer cuando existe un riesgo inminente asociado a la restitución que ponga en peligro la estabilidad y seguridad del menor, cuando la persona u organismo al que le fue arrebatado no ejercía correctamente la custodia y cuando el menor así lo desee, siempre que tenga suficiente juicio y madurez¹⁸⁷.

¹⁸⁶ GÓMEZ MEJÍAS, Ana M. *El laberinto de la sustracción de menores. Año 2018.* https://elpais.com/economia/2018/01/31/mis_derechos/1517396639_640050.html#:~:text=El%20delito%20de%20sustracci%C3%B3n%20de%20menores%2C%20recogido%20en%20el%20art%C3%ADculo,que%20atribuya%20el%20r%C3%A9gimen%20de.

¹⁸⁷ Así se establece en el Convenio de la Haya sobre los aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980.

En el caso de que, tras el examen del conjunto de elementos necesarios, la resolución no implique la restitución del menor, podrán realizarse revisiones periódicas para modificar la situación del menor si sus intereses lo exigieren. Ello no priva a la resolución del carácter definitivo¹⁸⁸¹⁸⁹.

IV.5.3. El delito de sustracción de menores.

El delito de sustracción de menores se introdujo penalmente en el Ordenamiento Jurídico español a través de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores, y se regula concretamente en el art. 225 bis CP¹⁹⁰.

En su segundo apartado se detalla la conducta ilegal diferenciando dos tipos. El primero implica *“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”*.

La segunda conducta recoge *“La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa”*¹⁹¹.

A pesar de que no se deriva esta conclusión de la redacción del artículo, en la interpretación y aplicación del primer punto del apartado 2 del art. 225 bis CP también se requiere una resolución judicial que atribuya la custodia a un progenitor. Excluir dicho requisito en el primer apartado supondría una extensa interpretación y, además, para atribuir la custodia es precisa una resolución judicial o administrativa¹⁹².

En conclusión, se descartan aquellos supuestos en los que se produce el traslado del menor por parte de un progenitor, sin el consentimiento del otro y, en ausencia de un previo acuerdo de los progenitores acerca de la custodia¹⁹³.

Respecto al bien jurídico protegido, la mayoría de la doctrina defiende que es el interés superior del menor, porque son los principalmente afectados en este tipo de delito. De hecho, una parte de la doctrina afirma que es el único bien jurídico que pretende proteger la norma¹⁹⁴.

Así, en contraste con el anterior criterio, se establece en la SAP de Guadalajara de 27 de enero de 2009, que son primordiales los derechos e intereses del menor, pero

¹⁸⁸ V.gr., STJUE de 1 de julio de 2010 (ECLI:EU:C:2010:400).

¹⁸⁹ FORCADA MIRANDA, Francisco J., *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111: competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*. Sepin, Madrid, 2020, pág. 144.

¹⁹⁰ GARCÍA PÉREZ, Octavio. “El delito de sustracción de menores y su configuración”. *InDret revista para el análisis del Derecho*. 2010, nº 4/2010, pág. 3.

¹⁹¹ Art. 225.2 bis CP.

¹⁹² V.gr., AAP de Madrid de 29 de octubre de 2007 (ECLI:ES:APM:2007:13499A).

¹⁹³ Existen numerosos procesos sobreesidos por la inexistencia de una resolución judicial o administrativa en la cual se atribuya la guarda y custodia del menor: v.gr.,APP de Burgos de 14de marzo de 2017 (ECLI:ES:APBU:2017:166A).

¹⁹⁴ GARCÍA PÉREZ, Octavio. “El delito de sustracción de menores y su configuración”. *InDret revista para el análisis del Derecho*. 2010, nº 4/2010, pág. 3-15.

también se extiende la protección del bien jurídico a los derechos de las personas que se ven dañados por la conducta¹⁹⁵.

Si la retención se realiza sin una causa que la justifique, supone también un “ataque al bien jurídico protegido consistente en la salvaguarda de los derechos y deberes derivados de la necesaria relación personal contra padres e hijos”¹⁹⁶, por lo tanto, también atenta contra el buen funcionamiento de los poderes públicos¹⁹⁷. En conclusión, se trata de un delito pluriofensivo.

El sujeto activo del delito es el progenitor, es decir el padre o la madre. En un principio el vínculo entre la madre y el padre era una cuestión irrelevante, incluso se admitía como típico el delito cometido por un progenitor que no poseyera la custodia¹⁹⁸.

No obstante, la jurisprudencia no considera cometido el delito si el sujeto activo no ha adquirido la custodia del menor previamente. Así, se afirma en la SAP de Valencia de 4 de octubre de 2006¹⁹⁹, que el sujeto activo del delito sólo puede ser el progenitor que no posea la custodia del menor.

Como se puede observar en la redacción del art. 225 bis CP, el legislador alude a la ausencia de una causa justificada en la conducta. El Juez deberá examinar en cada supuesto si concurre esta condición, porque en caso contrario podría atentarse contra el interés superior del menor²⁰⁰.

Así se declara en la SAP de A Coruña de 7 de mayo de 2012²⁰¹, en la cual no concurre causa justificada, tan sólo alegaciones no probadas y realizadas por la recurrente sobre las nefastas condiciones higiénicas en las que convivía la menor.

Es importante destacar que el juez deberá realizar la interpretación en base a los principios rectores del Derecho Penal, entre los que se incluye el principio de intervención mínima, diferenciando de esta manera la conducta en función a su tipo e intensidad²⁰².

Por ejemplo, en la SAP Navarra de 16 de julio de 2014²⁰³, la conducta del padre no revela la intención de alterar el régimen de custodia de manera definitiva. El juez argumenta esta conclusión basándose en conductas como la de advertir a la madre de que el menor se encontraba con él, comunicar a Organismos públicos el maltrato que consideraba que su hijo estaba sufriendo...

¹⁹⁵ El artículo en el cual se tipifica el delito de sustracción se encuentra dentro del Capítulo III “De los delitos contra los derechos y deberes familiares”, SAP de Guadalajara de 27 de enero de 2009 (ECLI:ES:APGU:2009:17) (Monge, 2017).

¹⁹⁶ V.gr., SAP de Córdoba de 23 de diciembre de 2005 (ECLI:ES:APCO:2005:1649).

¹⁹⁷ Actualmente se protege como bien jurídico el buen funcionamiento de los servicios y las funciones públicas, STS de 17 de diciembre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:7247).

¹⁹⁸ GARCÍA PÉREZ, Octavio. “El delito de sustracción de menores y su configuración”. *InDret revista para el análisis del Derecho*. 2010, nº 4/2010, pág. 9-10.

¹⁹⁹ SAP de Valencia de 4 de octubre de 2006 (ECLI:ES:APV:2006:3460).

²⁰⁰ SAP de Sevilla de 25 de junio de 2007 (ECLI:ES:APSE:2007:2032).

²⁰¹ SAP de A Coruña de 7 de mayo de 2012 (ECLI:ES:APC:2012:1413).

²⁰² DE LA ROSA CORTINA, José M. *El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia*. Madrid: Sede de Estudios Jurídicos, 2017, pág. 59.

²⁰³ SAP de Navarra de 16 de julio de 2014 (ECLI:ES:APNA:2014:761).

En conclusión, no se incluyen dentro del delito tipificado aquellos supuestos en los que el progenitor no hubiese adquirido la custodia previamente, es decir, en ausencia de una resolución firme sobre la custodia.

Por lo tanto, no se considera que Alejandra haya cometido el delito de sustracción del menor, porque en el momento del traslado no existía una sentencia que atribuyese la guarda y custodia a los progenitores. Tampoco se había declarado la filiación a favor de José, ni si quiera tenía conocimiento del nacimiento del menor.

Además, la madre podría argumentar una razón lógica para realizar el traslado, porque no tenía recursos económicos y tampoco mantenía el contacto con su familia ni con el padre de su hijo. Por ello decidió viajar a España, tras aceptar una oferta laboral que supuestamente mejoraría las condiciones de vida de su hijo, siendo esta una causa justificada.

El estado de necesidad es considerado una eximente completa si existe una necesidad económica, es decir, en aquellas circunstancias en las que los mínimos asistenciales del menor no estén cubiertos²⁰⁴²⁰⁵.

En la SAP de Madrid de 27 de mayo de 2020²⁰⁶, se desestima la causa iniciada contra la madre, declarando que el padre no convivía con los menores y la madre realizó el traslado porque en el país donde residía no tenía trabajo, es decir, por motivos de subsistencia. Además, no existía una resolución judicial previa que atribuyese la custodia y fuese contravenida.

V. CONCLUSIONES FINALES

- i. Los hechos cometidos por Raquel desde que contacta con Alejandra hasta que esta acude a la comisaría, redireccionan a los tipos penales del art. 177 bis -delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral-, del apartado 1 del art. 318 bis -delito de inmigración clandestina- y del art. 163 -delito de detención ilegal-. Asimismo, cabe mencionar la posible presencia de un delito contra los derechos de los trabajadores, regulado en los arts. 311.1 y 312.2 CP, pero ante la ausencia de una jurisprudencia clara, considero recomendable descartar su concurrencia junto a los otros hechos delictivos.
- ii. Procede condenar a Raquel Benítez como autora de un delito de trata de seres humanos, agravado por la posible concurrencia de un menoscabo físico o psíquico sobre Alejandra, a una pena de prisión variable entre ocho años más un día y doce años. Como autora de un delito de inmigración clandestina a la pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. En este caso no procede la imposición de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en virtud del principio *non bis in idem*. Corresponde también una pena de prisión entre cinco y ocho años, por la comisión de un

²⁰⁴ V.gr., SAP de Jaén de 20 de enero de 2005 (ECLI:ES:APJ:2005:43).

²⁰⁵ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *El delito de sustracción de menores: Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2017, pág. 182.

²⁰⁶ SAP de Madrid de 27 de mayo de 2020 (ECLI:ES:APM:2020:5047)

delito de detención ilegal, agravado por la prolongación del encierro durante más de quince días. Además, se aplicarán las penas accesorias de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y la prohibición de comunicarse y aproximarse a menos de doscientos metros de Alejandra y su hijo menor, durante un período que deberá superar entre uno y diez años la pena de prisión establecida. La concurrencia de los anteriores tipos delictivos constituye un concurso real de delitos, aplicando las reglas de determinación de la pena y los límites regulados, la pena resultante será la de sumar las penas de cada delito.

- iii. Para la instrucción del proceso penal seguido contra Raquel por los delitos cometidos contra Alejandra es competente el Juzgado de Instrucción que le correspondiere por turno, dentro de los que están ubicados en Santiago de Compostela (art. 23.1 LOPJ y art. 14.2 LECrim) y, para su enjuiciamiento, la sección sexta de la AP Civil-penal de A Coruña desplazada a Santiago de Compostela (art. 82 LOPJ y art. 14.4 LECrim).
- iv. Las grabaciones, tanto de audio como de video, realizadas por Alejandra con la cámara del móvil, en las que se mostraban las amenazas diarias de Raquel, suponen un medio probatorio válido. Esta prueba será válida sin autorización judicial previa, y Alejandra podrá aportarla porque ha sido un sujeto interviniente en la conversación, que ha capturado dichas imágenes con el fin de aportar credibilidad a las declaraciones realizadas en la comisaría.
- v. Alejandra podrá declararse un testigo anónimo (en virtud del apartado c) del art. 25.2 y art. 22 LEVID, y el apartado a) del art. 2 de la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales) y un testigo oculto (según los arts. 25.1 y 25.2 LEVID y el apartado 2 del art. 2 de la LO 19/1994 comentada previamente) evitando así que sus datos personales consten en las diligencias e impidiendo su identificación visual durante todo el proceso penal, aportándole así mayor seguridad y evitando su victimización secundaria. Para su validez es necesario haber realizado a Alejandra un interrogatorio durante la fase de instrucción, siempre que el investigado ya se hubiera personado en el proceso, y también que el letrado de la víctima esté presente, permitiendo así la contradicción de las partes.
- vi. José, en virtud de la interpretación jurisprudencial del art. 133 CC, tiene derecho a reclamar la filiación extramatrimonial en el período de un año desde que tiene conocimiento de la existencia del menor, es decir, desde que la amiga en común le comenta el hecho. Para que la demanda sea válida, según el art. 767 LECiv, deberá aportar principios de prueba como la convivencia con Alejandra en el momento de la concepción y podrá solicitar la realización de la prueba biológica.
- vii. La guarda y custodia del menor habrá de atribuirse en exclusiva a Alejandra, en atención a la jurisprudencia, al art. 92 CC y al interés superior del menor. A pesar de que es preferible otorgar prioridad a la custodia compartida, la jurisprudencia es clara cuando hay muchos kilómetros de distancia entre

ambos progenitores, discrepa sobre la adecuación de esta medida y la considera incompatible con el interés superior del menor.

- viii. Alejandra no ha cometido un delito de sustracción de menores, debido a que en el momento del traslado no existe ninguna resolución judicial o administrativa que otorgue la custodia del menor, tal y como exige el apartado dos del art. 225 bis CP, ni tampoco se había declarado la filiación a favor de José. Además, posee una causa de justificación, tal y como se extrae de la redacción del primer apartado del art. 225 bis CP, porque realizó el traslado por motivos de subsistencia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BUSTO LAGO, José M. “Precisiones constitucionales sobre la investigación de la paternidad. La valoración de la prueba biológica (A propósito de la STC 29/2005, de 14 de febrero. La doctrina jurisprudencial y constitucional “ortodoxa”)”. *Revista de Derecho Privado y Constitución*. 2005, nº 19, págs. 7-54.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Audiencias Provinciales de Galicia. Año 2011*. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Galicia/Organos-judiciales/Organos-judiciales-en-Galicia/Audiencia-Provincial/>.

CONTRERAS ROJAS, Cristian. “La capacidad procesal de niños, niñas y adolescentes: hacia su reconocimiento amplio y efectivo”. *Revista jurídica sobre familia y menores*. 2017, nº 13, págs. 1-13.

DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. *¿Qué información podemos dar a las víctimas de trata sobre sus derechos? Año 2020*. https://violenciagenero.igualdad.gob.es/otrasFormas/trata/queHacer/pdf/DERECHOSdeLasVictimasDeTrata_2020.pdf.

DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, “El nuevo delito de trata de seres humanos del art. 177 bis del Código Penal”. *El delito de trata de seres humanos. El art. 177 bis CP*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, págs. 1-93.

DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, “Delimitación del fenómeno. Exigencias y necesidades de incriminación”. *El delito de trata de seres humanos. El art. 177 bis CP*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, págs. 1-41.

DE LA ROSA CORTINA, José M. *El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia*. Madrid: Sede de Estudios Jurídicos, 2017.

DÍAZ MORGADO, Celia V, 2014. *El delito de trata de seres humanos. Su aplicación a la luz del derecho internacional y comunitario*. Tesis doctoral, Universidad de Barcelona.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular de la FGE 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, 2011.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular de la FGE 3/2019, de 6 de marzo, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos*, 2019.

FORCADA MIRANDA, Francisco J., *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111: competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*. Sepin, Madrid, 2020.

GARCÍA PÉREZ, Octavio. “El delito de sustracción de menores y su configuración”. *InDret revista para el análisis del Derecho*. 2010, nº 4/2010.

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

GÓMEZ MEJÍAS, Ana M. *El laberinto de la sustracción de menores. Año 2018*. https://elpais.com/economia/2018/01/31/mis_derechos/1517396639_640050.html#:~:text=El%20delito%20de%20sustracci%C3%B3n%20de%20menores%2C%20recogido%20en%20el%20art%C3%ADculo,que%20atribuya%20el%20r%C3%A9gimen%20de.

HERNÁNDEZ RUEDA, M^a Dolores. *La posición de las víctimas en el delito de TSH en el proceso penal*. Madrid: CGPJ, 2018.

ICAM. *Trata de seres humanos: Artículo 177 bis del Código Penal*. Madrid: Área procesal penal, 2016.

LLORIA GARCÍA, Paz. “El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una Ley Integral”. *Estudios penales y criminológicos*. 2019, vol.39.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, Josune y ARRIETA IDIAKEZ, Francisco. “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*. 2019, nº 107.

MALMSTRÖM, Cecilia. *Los derechos de las víctimas de la trata de seres humanos en la UE*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2013.

UNICEF. *Convención sobre los derechos del niño*. Madrid: UNICEF Comité Español, 2015.

MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Concepto y regímenes de guarda y custodia”, en MARTÍNEZ CALVO, Javier (dir.). *La guarda y custodia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, págs. 1-39.

MARTÍNEZ CALVO, Javier, “Determinación del régimen de guarda y custodia”, en MARTÍNEZ CALVO, Javier (dir.). *La guarda y custodia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, págs. 1-31.

MARTÍNEZ DE CAREAGA GARCÍA, Clara, SÁEZ RODRÍGUEZ, M^a Concepción, MARTÍNEZ TRISTÁN, Gerardo y DÍAZ ABAD, Nuria. *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos*. Madrid: CGPJ, Comisión de Igualdad, 2018.

MINISTERIO DEL INTERIOR. *Policía Nacional y Guardia Civil liberaron a 269 víctimas de trata de seres humanos para su explotación sexual o laboral en 2020. Año 2021*. http://www.interior.gob.es/prensa/noticias//asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/13633186.

MIZRAHI, Mauricio L., “La posesión de estado constituye una causa para otorgar la filiación jurídica”, en LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (coord.), DONADO VARA, Araceli (coord.) y MORETÓN SANZ, María F.(coord.). *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI*. Sevilla: Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, 2004, págs. 1-13.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *El delito de sustracción de menores: Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2017.

ONU. *En el interés superior de los niños migrantes. Año 2016*. <https://www.ohchr.org/es/stories/2016/09/best-interest-migrant-children>.

PÉREZ VALLEJO, Ana M. y SAINZ CANTERO CAPARRÓS, Belén, “El principio de coparentalidad y el derecho de los hijos a relacionarse con sus progenitores, paradigmas de los modernos modelos de custodia. El modelo español de custodia. *Protección de la infancia y marco jurídico de la coparentalidad tras la crisis familiar*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018, págs. 1-45.

POMARES CINTAS, Esther. “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, n° 13-15, pág.6.

POMARES CINTAS, Esther, “Las incongruencias del Derecho Penal de la inmigración ilegal. Especial referencia al delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España (art. 313.1 CP)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (dir.) y PÉREZ ALONSO, Esteban J. (coord.). *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, págs. 1-15.

QUICIOS MOLINA, Susana. “Legitimación activa del progenitor para reclamar la filiación no matrimonial según el Código Civil (Comentario a la STS de 9 de mayo de 1997)”. *Revista Derecho Privado y Constitución*. 2021, n° 39, págs. 419-440.

ROSALES PEDRERO, Silvia M^a. *La protección de testigos en el proceso penal*. Las Palmas de Gran Canaria: FICP, 2017.

PARLAMENTO EUROPEO. *Carta Europea de los Derechos del Niño (DOCE n° C241)*. Estrasburgo, 1992.

RONCESVALLES BARBER, Cárcamo, “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2017 (460/2017): La simple relación de conocimiento, junto a

la negativa del demandado a la prueba biológica, permite determinar la paternidad”, en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Dykinson, Madrid, 2017, págs. 397-411.

RUBIO LARA, Pedro A. y PÉREZ ALBADALEJO, Miriam. “El delito de trata de seres humanos en el derecho penal español: problemas e intentos de solución”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2016, nº 7.

SUSAJ, Gentiana, NIKOPOLOU, Konstantia y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea. *La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*. Madrid: Accem, 2006.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M., “Trata de seres humanos”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco J. (dir.) y GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.). *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, págs. 1-9.

VII. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE de 1 de julio de 2010 (ECLI:UE:C:2010:400).

STJUE de 22 de diciembre de 2010 (ECLI:EU:C:2010:828).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC de 29 de noviembre de 1984 (ECLI:ES:TC:1984:114).

STC de 17 de enero de 1994 (ECLI:ES:TC:1994:7).

STC de 28 de febrero de 1994 (ECLI:ES:TC:1994:64).

STC de 22 de enero de 1997 (ECLI: ES:TC:1996:207).

STC de 31 de mayo de 1999 (ECLI:ES:TC:1999:95).

STC de 7 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TC:2022:11).

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 28 de noviembre de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:7207).

Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª del TS de 6 de octubre de 2000.

STS de 19 de noviembre de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:8985).

STS de 22 de marzo de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:2094).

STS de 22 de noviembre de 2005 (ECLI: ES:TS:2005:7378).

STS de 5 de junio de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:3794).

STS de 9 de octubre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:7936).

STS de 23 de enero de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:128).
STS de 17 de diciembre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:7247).
STS de 10 de marzo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:1804).
STS de 21 de mayo de 2009 (ECLI: ES:TS:2009:3283).
STS de 4 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:7129).
STS de 29 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:2246).
STS de 28 de octubre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5249).
STS de 7 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:358).
STS de 9 de abril de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:1502).
STS de 1 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:797).
STS de 3 de marzo de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:1275).
STS de 15 de Julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3585).
STS de 21 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5532).
STS de 29 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1229).
STS de 3 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1889).
STS de 27 de septiembre de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:9208A).
STS de 19 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3724).
STS de 17 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:11060A).
STS de 6 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:788).
STS de 8 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1551).
STS de 9 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1617).
STS de 14 de abril de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:1507).
STS de 19 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3906).
STS de 9 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1380).
STS de 1 de diciembre de 2021 (ECLI: ES:TS:2021:4542).
STS de 19 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:128).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Cáceres de 29 de marzo de 2001 (ECLI:ES:APCC:2001:281).
SAP de Málaga de 15 de abril de 2002 (ECLI:ES:APMA:2002:1583).
SAP de A Coruña de 24 de mayo de 2002 (ECLI:ES:APC:2002:1311).
SAP de Málaga de 30 de octubre de 2002 (ECLI:ES:APMA:2002:4237).

SAP de Madrid de 13 de diciembre de 2002 (ECLI:ES:APM:2002:14659).
SAP de Coruña de 28 de mayo de 2003 (ECLI:ES:APC:2003:1244).
SAP de Jaén de 20 de enero de 2005 (ECLI:ES:APJ:2005:43).
SAP de Córdoba de 23 de diciembre de 2005 (ECLI:APCO:2005:1649).
SAP de Valencia de 4 de octubre de 2006 (ECLI:ES:APV:2006:3460).
SAP de Zaragoza de 19 de junio de 2007 (ECLI:ES:APZ:2007:1156).
SAP de Sevilla de 25 de junio de 2007 (ECLI:ES:APSE:2007:2032).
AAP de Madrid de 29 de octubre de 2007 (ECLI:ES:APM:2007:13499A).
SAP de Guadalajara de 27 de enero de 2009 (ECLI:ES:APGU:2009:17).
SAP de Ceuta de 10 de marzo de 2010 (ECLI: ES:APCE:2010:34).
SAP de A Coruña de 7 de mayo de 2012 (ECLI:ES:APC:2012:1413).
SAP de Navarra de 16 de julio de 2014 (ECLI:ES:APNA:2014:761).
SAP de Pontevedra de 1 de Julio de 2015 (ECLI: ES:APPO:2015:1239).
SAP de Coruña de 29 de Julio de 2016 (ECLI:ES:APC:2016:1948).
SAP de Madrid de 3 de febrero de 2017 (ECLI: ES:APM:2017:1232).
AAP de Burgos de 14 de marzo de 2017 (ECLI:ES:APBU:2017:166A).
SAP de Gipuzkoa de 18 de junio de 2019 (ECLI:ES:APSS:2019:629A).
SAP de Madrid de 27 de mayo de 2020 (ECLI:ES:APM:2020:5047).

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN

SJPII de Navarra de 21 de enero de 2021 (ECLI:ES:JPII:2021:210).