



**UNIVERSIDADE DA CORUÑA**

**Grado en Derecho**

**Trabajo de Fin de Grado**

**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**

Alumno: Pablo Deus Seoane

Tutor: Rafael Colina Garea

# Índice sumario

<b>I. CONSIDERACIONES PREVIAS</b> .....	5
<b>II. ¿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?</b> .....	6
<b>1. Sobre la calificación jurídica de los hechos</b> .....	6
<i>A) Delito de trata de seres humanos</i> .....	6
<i>B) Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros</i> .....	8
<i>C) Delito de tráfico ilegal con mano de obra</i> .....	10
<i>D) Delito de detención ilegal</i> .....	12
<i>E) Delito de empleo ilegal</i> .....	13
<i>F) Delito contra la integridad moral</i> .....	13
<b>2. Sobre las consecuencias penales a las que se enfrenta Raquel</b> .....	14
<i>A) Análisis aislado de las consecuencias penales</i> .....	14
<i>B) Análisis de las circunstancias concursales</i> .....	16
<b>III. ¿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?</b> .....	17
<b>1. Sobre el órgano competente para conocer de los hechos</b> .....	17
<i>A) Jurisdicción</i> .....	17
<i>B) Competencia</i> .....	18
<i>C) Conexión de delitos</i> .....	19
<b>2. Sobre la validez como prueba de las grabaciones que realizó Alejandra</b> .....	20
<i>A) El derecho a la prueba</i> .....	20
<i>B) Concepto de prueba tecnológica</i> .....	20
<i>C) Análisis de la validez de la prueba</i> .....	21
<b>IV. ¿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?</b> .....	22
<b>1. Sobre la posibilidad de que no consten datos personales en las diligencias</b> .....	22
<i>A) Limitaciones al ejercicio de la acción penal</i> .....	22
<i>B) Referencias especiales a las víctimas de trata</i> .....	22
<b>2. Sobre la alternativa para que Alejandra disfrute de un documento de identificación</b> .....	23
<i>A) Obtención del permiso de residencia extraordinario</i> .....	23
<i>B) Obtención de la Tarjeta de Identificación de Extranjero. Consecuencias</i> .....	24

<b>3. Sobre la posibilidad de comparecencia utilizando procedimientos que imposibiliten la identificación visual.....</b>	<b>25</b>
<i>A) Derecho internacional.....</i>	<i>25</i>
<i>B) Derecho interno.....</i>	<i>25</i>
<b>V. 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? .....</b>	<b>28</b>
<b>1. Sobre el derecho a reclamar la paternidad.....</b>	<b>28</b>
<i>A) Cuestiones relativas a la filiación.....</i>	<i>28</i>
<i>B) Cuestiones relativas a la acción de reclamación de paternidad.....</i>	<i>30</i>
<b>2. Sobre la procedencia de la solicitud de guardia y custodia por períodos anuales.....</b>	<b>33</b>
<i>A) Cuestiones relativas a los derechos del menor.....</i>	<i>33</i>
<i>B) Concepto de interés superior del menor.....</i>	<i>33</i>
<b>VI. ¿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? .....</b>	<b>35</b>
<b>1. Sobre la posibilidad de que este hecho sea constitutivo de delito.....</b>	<b>35</b>
<b>2. Sobre la posibilidad de recurrir a otras vías fuera del ámbito penal.....</b>	<b>36</b>
<b>VII. CONCLUSIONES.....</b>	<b>38</b>
<b>VIII. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>39</b>
<b>IX. JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>40</b>
<b>1. Tribunal Constitucional: .....</b>	<b>40</b>
<b>2. Tribunal Supremo:.....</b>	<b>40</b>

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

<b>AP</b>	-	Audiencia Provincial
<b>Art.</b>	-	Artículo
<b>CC</b>	-	Código Civil
<b>CE</b>	-	Constitución Española
<b>CP</b>	-	Código Penal
<b>LEC</b>	-	Ley de Enjuiciamiento Civil
<b>LECrim</b>	-	Ley de Enjuiciamiento Criminal
<b>LOPJ</b>	-	Ley Orgánica del Poder Judicial
<b>Nº</b>	-	Número
<b>P.</b>	-	Página
<b>STC</b>	-	Sentencia del Tribunal Constitucional
<b>STS</b>	-	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>TS</b>	-	Tribunal Supremo

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Se presenta ante nosotros el relato de los hechos, en el que será protagonista Alejandra, de 26 años y nacionalidad Nicaragüense. Como consecuencia de la crisis que atraviesa su país, decide aceptar una propuesta de trabajo como servicio doméstico en España, ya que le ofrecía facilidades para el desplazamiento e incluso le adelantaba dinero que ella podría ir devolviendo cómodamente con posterioridad. Alejandra, dada la situación de vulnerabilidad que atraviesa, acepta este trabajo, aunque vaya a tener lugar en condiciones irregulares, ya que viajará a España como turista y se instalará y trabajará allí sin permiso de trabajo ni de residencia.

Sin embargo, las labores que va a desempeñar no presentarán las condiciones que ella aceptó, ya que se verá obligada a trabajar en horarios inhumanos y bajo condiciones deplorables, a lo que hay que sumarle el trato degradante al que será sometida por parte de Raquel, su empleadora, que incluso la amenaza con denunciar a la policía su situación irregular si decide irse de la casa o resistirse.

Por tanto, Alejandra decide ponerle fin diciéndole a Raquel que no quiere continuar trabajando en su casa, quien por supuesto se niega y la amenaza. Ante esta situación, Alejandra decide grabar con su teléfono móvil conversaciones en las que constan estos abusos y humillaciones y logra escapar de la casa en un momento en el que Raquel no estaba, presentándose ante una comisaría de policía para denunciar los hechos.

Posteriormente, le será concedido un permiso de residencia y trabajo que le permitirá empezar a trabajar y gozar de cierta estabilidad cuando José, su expareja, le comunica que cree que es el padre del menor que la acompaña, y solicita que se realicen pruebas de ADN para que, en el caso de que sea él el padre, pueda disfrutar de la guarda y custodia o al menos de un régimen de visitas.

En el supuesto de hecho presentado tienen lugar situaciones muy diversas a las que habrá que dar soluciones de una forma multidisciplinar. Se puede mencionar, en primer lugar, la ejecución de diversos hechos a los que habrá que dar calificación desde el punto de vista penal y averiguar las consecuencias que se deriven para su actor.

En segundo lugar, habrá que estar a lo dispuesto en materia de Derecho Procesal de cara a dar con los órganos competentes para el conocimiento de los hechos y para la posibilidad de que se recurra a los vídeos grabados por Alejandra como prueba para la resolución del proceso judicial. De la misma forma, será necesario ver si es posible que tenga lugar el proceso sin que consten los datos identificativos de Alejandra o si podrá comparecer a través de medios que imposibiliten su identificación visual.

También influirá el Derecho de Familia de cara a analizar la posibilidad de entablar diversas acciones relativas a la paternidad o a la guarda y custodia en relación con José, quien dice ser padre del menor.

En último lugar, se consulta si el hecho, por el cual Alejandra abandona su país con el menor, podría constituir algún tipo de delito, a lo que se añade alguna posibilidad desde el punto de vista de más disciplinas del derecho.

## **II. ¿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?**

### **1. Sobre la calificación jurídica de los hechos.**

De los hechos expuestos en el caso a analizar se desprende que Raquel llevó a cabo un delito de trata de seres humanos, un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, un delito de tráfico ilegal con mano de obra, un delito de detención ilegal, un delito de empleo ilegal y un delito contra la integridad moral.

#### *A) Delito de trata de seres humanos.*

El primer delito que se analizará será el de trata de seres humanos, el cual se puede localizar en el artículo 177 bis CP. De acuerdo con PÉREZ MACHÍO, “la trata se observa como un fenómeno transnacional y un negocio global que se ha adaptado, perfectamente, a las exigencias del mercado globalizado y que, en el sentido mencionado anteriormente, se sustenta sobre las grandes desigualdades económicas entre el Norte y el Sur; la liberación económica y la deuda externa de los países no industrializados, la inestabilidad política, la pobreza, la discriminación de género, las falsas expectativas de mejores condiciones de vida en otros Estados y los avances tecnológicos que amplían la posibilidad de contacto entre tratantes y víctimas”<sup>1</sup>.

#### a) Sujeto activo y pasivo.

En el análisis de este extenso precepto va a ser protagonista el sujeto activo, que será quien capte, transporte, traslade, acoja, reciba, intercambie o realice una transferencia. En este caso, quien realiza dichas conductas es Raquel, que facilita el transporte a Alejandra comprándole los billetes de avión e incluso es quien recibe a Alejandra en el aeropuerto y posteriormente la acoge en su casa, por lo que encaja plenamente como sujeto activo en el relato de los hechos en relación con este delito.

En cambio, el sujeto pasivo estará encarnado por Alejandra, que es la víctima en el presente caso. Es Alejandra quien sufre el engaño en su país de origen y quien decide en base a una información dolosamente manipulada venir a España a trabajar con Raquel en unas condiciones que nada tienen que ver con las reflejadas en el contrato inicial.

#### b) Acciones previstas en la conducta típica.

Las acciones previstas en la conducta típica son captar, transportar o trasladar, acoger o recibir e intercambiar o realizar una transferencia. Tal y como destaca POMARES CINTAS, no se requiere un desplazamiento transfronterizo de la víctima ya que el delito de trata puede cometerse en territorio español<sup>2</sup>. De la misma forma, se trata de un delito

---

<sup>1</sup> PÉREZ MACHÍO, A. I. “Trata de personas: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la víctima inmigrante irregular a partir de las dinámicas actuariales.” *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, junio 2016, p. 390.

<sup>2</sup> POMARES CINTAS, E. “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 13-15, diciembre 2011, p. 7.

llevado a cabo en un proceso continuo, en el que se comprenden varias fases: reclutamiento o captación, transporte y entrada y por último la explotación. Atendiendo a los hechos expuestos, Raquel realiza varias de estas conductas, ya que hace posible el traslado de Alejandra desde Nicaragua, que no habría tenido lugar sin su aportación. Además, acoge y recibe a Alejandra, por lo que sus conductas encajan en las acciones previstas en el tenor literal del precepto objeto de análisis.

c) Medios comisivos.

La trata de seres humanos es un delito de mera actividad cuyo objetivo es la explotación humana, pero se consuma con el uso de los medios comisivos para realizar una de las acciones previstas. Deberá, por tanto, apreciarse violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad y la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima. En este caso cabe apreciar varios de estos medios comisivos, ya que no cabe duda de que existió un engaño sobre las condiciones de su relación laboral y el supuesto préstamo que iría devolviendo Alejandra poco a poco. De la misma forma, se da una situación de abuso de necesidad, ya que la circunstancia determinante para que Alejandra aceptase una oferta con tan pocas garantías como esta es la necesidad de obtener un sueldo para ella y su hijo, debido a la crisis que atraviesa su país de origen. En esta misma línea, debido a que la ayuda comprando los billetes de avión se puede entender esta conducta como un pago para lograr el consentimiento, por lo que la conducta que Raquel llevó a cabo encaja con la exigida en el Código.

d) Tipo subjetivo del delito.

El tipo subjetivo del delito será la explotación en forma de trabajos o servicios forzados, la esclavitud, servidumbre, mendicidad, explotación sexual, realización de actividades delictivas, extracción de órganos corporales y matrimonios forzosos. Cabe apreciar también ciertos hechos descritos en el relato que encajan con estas conductas, debiendo considerarse como trabajos forzados los realizados por Alejandra de carácter físico durante más de 16 horas diarias, siendo recriminada al tomarse descansos cuando le eran necesarios. La situación es más crítica, si cabe, teniendo en cuenta que Alejandra no percibió salario alguno en 5 meses, pasados los cuales su situación empeoró.

e) Bien jurídico protegido.

En cuanto al bien jurídico protegido, debe ser objeto de mención que no existe consenso en la doctrina, discutiéndose si debe ser la dignidad, la integridad moral, la libertad, la puesta en peligro de los bienes jurídicos que pueden ser lesionados en la posterior explotación, el control administrativo de flujos migratorios o la seguridad del menor. Incluso se baraja la opción de que sea un delito pluriofensivo, ya que, en palabras de POMARES CINTAS, “se lesiona la integridad moral por la reducción a objeto del sujeto pasivo. Pero también se lesionan los bienes jurídicos posteriores.”

Conviene pararse sobre los principales, comenzando por la dignidad, destacada por la Declaración Universal de Derechos Humanos, en donde la Comunidad Internacional se comprometió a defender la dignidad de todos los seres humanos. Se consagra, por tanto, como la base de todos los bienes jurídicos personalísimos. Debe entenderse lesionada la dignidad de Alejandra, cuyo trato recibido por parte de Raquel fue totalmente inhumano e inaceptable en cualquier relación entre personas.

Sobre la integridad moral, representa el núcleo de la dignidad humana y, tal y como expresa PÉREZ MACHÍO, “la dignidad está conectada con la integridad moral pero la integridad moral es la representación de la dignidad como bien jurídico”. Por tanto, se puede comprobar que, tratándose de dos bienes jurídicos relacionados, existe una lesión de la integridad moral de Alejandra. En cambio, si la dignidad o la integridad moral se lesionan con la reducción a objeto mercantil del sujeto pasivo, con los medios comisivos (engaño, libertad de autodeterminación, violencia o intimidación) se lesiona la libertad de la persona, tanto de decisión como de obrar y ambulatoria. Esto merece una especial mención, ya que debido a las condiciones que ofrece Raquel en primer lugar y a las circunstancias en las que se encuentra Alejandra, puede parecer que no tiene más opciones, suponiendo esto la mencionada lesión a la libertad de la persona. De la misma forma, no se puede entender que Alejandra tenga libertad de decisión o ambulatoria mientras que se encuentra las 24 horas del día en casa de Raquel, sometida a un constante sentimiento de vulnerabilidad, que unido a las constantes amenazas, constituyen una razón más que evidente para comprender que Alejandra no pudiese elegir y tomar decisiones sobre su situación.

Sobre las cuestiones referentes a temas concursales y tipos agravados, serán analizadas las de todos los delitos posteriormente en el examen de las consecuencias penales a las que se enfrenta Raquel como consecuencia de sus actos.

#### f) Consentimiento.

Estamos ante un delito en el que se proclama expresamente la irrelevancia del consentimiento, o incluso ineficacia, ya que no es posible entender que cuando las circunstancias son manipuladas el consentimiento es libre y voluntario. Debería, en cambio, ser importante en los casos en los que no concurren los medios comisivos y el sujeto pasivo consienta libre y válidamente para trasladarse y posteriormente ser explotado, impidiendo en tal caso la puesta en peligro del bien jurídico protegido.<sup>3</sup>

#### B) Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

El siguiente delito objeto de análisis es el que tiene lugar contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, recogido en el art. 318 bis del Código Penal.

#### a) Sujeto activo y pasivo.

En este delito, el sujeto activo será quien 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 vulnerando la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros.

Será considerado como sujeto pasivo de este delito toda aquella persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, pudiendo ser por tanto sujeto pasivo en este supuesto Alejandra, ciudadana de Nicaragua.

---

<sup>3</sup> DÍAZ MORGADO, C. V. *El Delito de Trata de Seres Humanos. Su Aplicación a la Luz del Derecho Internacional y Comunitario*. Tesis doctoral de 13 de mayo de 2014, Universitat de Barcelona. p. 191. <http://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/55268>

b) Bien jurídico protegido.

El bien jurídico protegido lo constituyen los flujos migratorios. Sin embargo, se debe ir más allá, ya que lo que este delito pretende proteger es el cuidado y el respeto de los derechos y la dignidad de los extranjeros<sup>4</sup>. Lo que se intenta evitar, por tanto, es el peligro abstracto de que dichos ciudadanos sean tratados como objetos, de una forma clandestina y lucrativa. Se observa en el presente supuesto un incumplimiento de la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, ya que Alejandra entra en España como turista sin serlo realmente y se queda a trabajar sin el debido permiso. De esta forma, concurre en este caso la violación del bien jurídico protegido por el precepto objeto de análisis.

c) Las acciones previstas en la conducta típica.

Las acciones previstas en la conducta típica son promover, favorecer o facilitar la entrada en España de personas provenientes del extranjero, la salida de alguien desde España hacia el extranjero y el tránsito en España, de un punto a otro del territorio. En este caso, como se puede apreciar, se da el primer supuesto, en donde Alejandra entra en España desde Nicaragua. Sin embargo, conviene aclarar que las infracciones administrativas sobre inmigración clandestina no necesariamente son delictivas, ya que para que esta actividad encuentre protección penal es necesario que se vulneren los derechos de los ciudadanos extranjeros.

A lo que se refiere el precepto con promover, favorecer o facilitar, según el Tribunal Supremo en su STS 569/2006, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2006:3139), es “al favorecimiento del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina”. Sin duda es lo que tiene lugar en este supuesto, en donde Raquel le compra los billetes de avión a Alejandra y le deja quedarse en su casa sin que ella tenga ningún tipo de permiso para establecerse en el país. Debe entenderse, por tanto, que las acciones que lleva a cabo Raquel suponen un favorecimiento de la inmigración clandestina, teniendo en cuenta además lo dispuesto en la STS 153/2007, de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:1464), “la conducta penal descrita en el art. 318 bis.1 es cualquier acción que se desarrolle en el ciclo emigratorio o migratorio en condiciones de ilegalidad [...]. Confluyen en este tipo dos clases de interés complementarios: por un lado, el interés del Estado de controlar los flujos migratorios evitando que éstos sean aprovechados por grupos de criminalidad organizada; y por otro, evitar situaciones de explotación que atentan a los derechos y seguridad de las personas”, respaldando la línea argumental expuesta hasta el momento.

Sobre la inmigración clandestina, dice la STS 52/2006, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2006:324) que “deben considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas”. Se corresponde lo expuesto con las circunstancias concurrentes en este caso, ya que conviene recordar que Alejandra y su hijo entran en España como turistas cuando en realidad venían con un contrato de trabajo.

---

<sup>4</sup> CLIMENT DURÁN, C. *Código Penal con jurisprudencia sistematizada*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia 2010, p. 1498.

d) Tipo subjetivo.

Con relación al tipo subjetivo, debe apreciarse dolo en cuanto a que las conductas realizadas pretendan alcanzar los fines expuestos de promoción, favorecimiento o facilitación del desplazamiento. De la misma forma, es necesario que exista ánimo de lucro, sin duda presente en este caso, en donde Raquel se beneficia de la situación de Alejandra e incluso la amenaza con ponerse en contacto con la policía para que la deporten, por lo que la situación en la que Alejandra entra en nuestro país supone un beneficio para Raquel, creando una relación de dependencia que no existiría de no darse el caso en estas circunstancias.

e) Consumación.

Por último, conviene hacer un análisis de la consumación en este delito, en donde debe recordarse que se trata de un delito de mera actividad y que, por lo tanto, la consumación se producirá con la mera actuación de promoción, favorecimiento o facilitación, aunque el desplazamiento efectivo no llegue a realizarse. Sin duda debe entenderse la concurrencia de esta circunstancia en el marco de los hechos relatados, en donde incluso se llegó a realizar el desplazamiento efectivo, ya que conviene recordar que Raquel fue quien compró los billetes de avión y facilitó e incluso se puede decir que hizo posible el desplazamiento.

*C) Delito de tráfico ilegal con mano de obra.*

A continuación, debe tratarse el delito de tráfico ilegal con mano de obra, recogido en el art. 312.2 CP.

Antes de comenzar con el análisis de este delito debe traerse a colación lo dispuesto en la STS 372/2005, de 17 de marzo (ECLI:ES:TS:2005:1704), que sobre este delito dispone que “conviene señalar que este tipo penal no converge en modo alguno con el 318 bis CP, en tanto que en éste, como delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, se castiga cualquier tráfico ilegal o inmigración clandestina, sin que sea precisa su condición de trabajador. Ahora bien, la conducta que se describe en el cuestionado art. 312 CP, sanciona la explotación laboral, en cualquier actividad, al contratarse a trabajadores extranjeros, que no cuentan con permiso de trabajo, y además, para ser distinguido este comportamiento de la sanción administrativa, la ley penal anuda un desvalor especial que se traduce en que las condiciones impuestas deben ser notoriamente perjudiciales para el trabajador, de modo que se originen situaciones de explotación en el trabajo”.

a) Sujeto activo y pasivo.

Pasando entonces con el sujeto activo, será en este caso quien tenga aptitud legal para llevar a cabo la contratación de empleados, actuando como tal en este caso Raquel, que contrata a Alejandra para que lleve a cabo tareas domésticas en su casa.

Por su parte, el sujeto pasivo se entiende que debe ser el conjunto de los trabajadores, debiendo manejarse un concepto amplio de trabajador que comprenda también tanto a los trabajadores como los que pretenden serlo, a pesar de que no sea posible por no tener permiso de trabajo. En este caso Alejandra será el sujeto pasivo ya que es quien pretende alcanzar un puesto de trabajo en España a través de la oferta que realiza Raquel y que le llega a través de una tercera persona.

## b) Acciones previstas en la conducta típica.

Sobre las acciones previstas en la conducta típica, serán reclutar o determinar a una persona a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o emplear a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones perjudiciales. A este efecto, y en relación con el aspecto objetivo, dice el Tribunal Supremo en su STS 1471/2005, de 12 de diciembre (ECLI:ES:TS:2005:7591), que “el precepto exige que se trate de un súbdito extranjero y que carezca de permiso de trabajo. Además, que las condiciones en las que se realiza el contrato, siendo indiferente que sea escrito o verbal, perjudiquen, supriman o restrinjan sus derechos laborales. Esta última exigencia típica supone que los efectos perjudiciales para los derechos del trabajador a los que se refiere no son los que necesariamente se derivan del hecho de que el súbdito extranjero carezca de permiso de trabajo, sino que es preciso algo más, es decir, que han de tener su origen en las condiciones del contrato, con independencia de que éstas sean expresas o tácitas”. Sin duda se cumplen estos requisitos en el supuesto objeto de análisis, donde Alejandra, además de no tener permiso de trabajo, sufre unas condiciones laborales absolutamente perjudiciales y lesivas de sus derechos.

La misma Sentencia destaca cuestiones relevantes sobre el aspecto subjetivo, ya que recoge que “no se requiere ninguna intención o finalidad concreta, sino que baste el dolo consistente en el conocimiento e los elementos del tipo objetivo, es decir, la existencia de una relación de empleo, que se trata de un súbdito extranjero, que carecer de permiso de trabajo y que las condiciones de la relación no respetan sus derechos laborales”. No cabe pretender en ningún caso que Raquel no sea conocedora de la lesividad de su conducta, ya que en este caso no estamos hablando de una violación de un precepto, ya que lo que en este supuesto se produce es prácticamente una vulneración de los más básicos derechos inherentes a la personalidad y a la propia condición humana.

Además, de acuerdo con HORTAL IBARRA, “ha de mediar una relación de imputación objetiva entre la proposición falsa de condiciones y la decisión del trabajador de acceder a dicho ofrecimiento”<sup>5</sup>, sin duda presente en este caso, en donde las supuestas facilidades que le iba a brindar Raquel para el viaje fueron determinantes para que Alejandra aceptara su oferta. Por último, relata el mismo autor que “pese a la utilización del plural trabajadores, no es necesario que tal ofrecimiento se realice a varias personas”, lo cual facilita la apreciación del delito en este caso, en donde la circunstancia de que sólo se le ofreciese a Alejandra podía suponer una dificultad.

## c) Consumación.

Respecto a la consumación, conviene recordar que el presente se trata de un delito que no se apreciará si no se advierte ningún quebrantamiento de los derechos laborales. Por tanto, estamos ante un delito de resultado que se consume cuando se perjudiquen, supriman o restrinjan los concretos derechos de los trabajadores.

---

<sup>5</sup> HORTAL IBARRA, J. C. *Derecho penal económico y de empresa. Parte general y parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*. Tomo 2. M. Corcoy Bidasolo y V. Gómez Martín (directores). Ed. Tirant lo blanch. Valencia 2020, p. 614.

#### *D) Delito de detención ilegal.*

El siguiente delito objeto de análisis será el delito de detención ilegal, recogido en el art. 163.1 CP.

##### a) Sujeto activo y pasivo.

El sujeto activo en este delito será quien encierre o detuviere a otro, privándole de su libertad. Es lo que ocurre en este caso, en donde, de acuerdo con el relato de los hechos, Raquel impide que Alejandra salga de su casa, limitando su libertad ambulatoria amenazándola con llamar a la policía si se resistía.

Por su parte, el sujeto pasivo será quien tenga capacidad suficiente para trasladarse y vea limitada su libertad ambulatoria, siendo en este caso Alejandra, quien, de acuerdo con lo expuesto con anterioridad, es forzada a quedarse en casa de Raquel contra su voluntad

##### b) Bien jurídico protegido.

El bien jurídico protegido lo conformará en este caso la libertad ambulatoria, o lo que es lo mismo, la capacidad de la persona de fijar por sí misma su situación en el espacio físico.

##### c) Tipo objetivo.

El tipo objetivo en este caso consiste, de acuerdo con lo recién expuesto, en privar al sujeto pasivo de la posibilidad de determinar por sí mismo su situación en el espacio físico a través del encierro y la detención, siendo indiferente los medios utilizados. De esta forma, de acuerdo con la STS 1425/2005, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2005:7485), se reconoce que el delito de detención ilegal "puede cometerse aunque la privación de la libertad deambulatoria no sea absolutamente estricta o los medios para ejecutarla no sean de violencia física, bastando la mecánica meramente intimidatoria". Sin duda, debe entenderse que en el caso objeto de análisis se priva de esta libertad a Alejandra, ya que ella se quiere ir pero Raquel la fuerza a no moverse de su casa, amenazando con llamar a la policía en el caso de hacerlo y manteniéndola en un estado de humillación y vulnerabilidad suficiente para estar segura de que no se iba a resistir.

##### d) Tipo subjetivo.

En relación con el tipo subjetivo, se requiere que la conducta dolosa esté orientada a impedir a alguien el empleo de su libertad ambulatoria. De acuerdo con MUÑOZ CONDE, "las detenciones ilegales no requieren ningún elemento subjetivo específico además del dolo".<sup>6</sup> Concorre tal circunstancia en este caso, en donde las amenazas y la constante tortura física y emocional que lleva a cabo Raquel tienen el objetivo de que Alejandra no salga de su casa para que pueda continuar sometida a sus reglas, sabiendo que no conoce a nadie en España y que por tanto, dada su vulnerable situación y la circunstancia de tener a su hijo con ella, no podría hacerle frente.

---

<sup>6</sup> MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal: parte especial*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia 2021, p. 162

e) Consumación.

El delito de detención ilegal se consuma cuando se produce la privación de libertad, pudiendo por tanto alargarse en el tiempo y tratarse de un delito permanente. De esta forma, en virtud de la STS 594/2006, de 16 de mayo (ECLI:ES:TS:2006:6163), “el delito de detención ilegal se consuma desde el mismo momento en que la víctima queda privada de libertad. El tiempo es un elemento de importancia a los efectos de valorar la trascendencia de la acción, pues las detenciones que, por sus propias características y por su finalidad se agotan en sí mismas en un brevísimo espacio temporal, pueden no presentar la suficiente relevancia a efectos penales si se trata de conductas socialmente aceptadas. Cuando la acción consistente en detener o encerrar presenta vocación de una cierta permanencia temporal, el delito de consuma desde el inicio de la privación de libertad”. Se debe entender entonces que en el presente caso el delito se consumó desde el momento en que Alejandra le comunica a Raquel su voluntad de no seguir trabajando, ya que es ahí en donde comienzan las amenazas.

*E) Delito de empleo ilegal.*

Recogido en el art. 311 bis CP, dicho precepto castiga a quien de forma reiterada, emplee o dé ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo, o emplee o dé ocupación a un menor de edad que carezca de permiso de trabajo. Conviene destacar que no se castigará por este artículo cuando los hechos estén castigados con una pena más grande en otro precepto del Código Penal. Será, por tanto, subsidiario del 318 bis.2 y del 311.2. CP.

*F) Delito contra la integridad moral.*

Por último, se analizará el delito contra la integridad moral, recogido en el art. 173.1 CP.

a) Bien jurídico protegido. Concepto de integridad moral.

Como aspecto más importante en este delito, conviene destacar el concepto de integridad moral como bien jurídico protegido, entendida como el derecho de la persona a ser tratada conforme a su dignidad, sin ser humillada o vejada, cualesquiera que sean las circunstancias en las que se encuentre y la relación que tenga con otras personas. Además de darle autonomía a este delito, también puede actuar agravando en otros hechos punitivos.

Se trata de un derecho fundamental, ya que se localiza en el art. 15 CE, que prohíbe la tortura, los tratos inhumanos o degradantes que supongan una vulneración de la integridad física y moral. A este efecto, la STC 120/1990, de 27 de junio (ECLI:ES:TC:1990:120) se ha encargado de definir la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, recogiendo que se tratan de “nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente”.

Dispone sobre el trato degradante DE LA MATA BARRANCO que “la provocación de humillación o envilecimiento -la degradación- y la cosificación del sujeto pasivo -a quien se instrumentaliza como mero objeto en manos del autor del trato degradante-, y aun cuando en ocasiones surjan como consecuencia de comportamientos que doblegan la

voluntad de la víctima, son las notas que dotan de autonomía a un no tan complejo concepto que no encuentra pleno acomodo, a nivel de desvalor, en ningún otro precepto del Código Penal”.<sup>7</sup>

Sin duda es el caso presente, no pudiendo calificarse la conducta que lleva a cabo Raquel de otra forma que no sea degradante hacia Alejandra. Además, atendiendo a los hechos que describe el relato, es imposible que Alejandra no sufriese padecimientos físicos o psíquicos dada la brutalidad de las condiciones a la que estaba sometida en la casa de Raquel.

Deben encuadrarse, por tanto, las conductas descritas en el art. 173 CP. Dicho precepto exige, por un lado, trato degradante, y por el otro, un menoscabo grave. Concretamente, se puede considerar que concurren estos dos requisitos cuando Alejandra no tiene descansos en el trabajo, cuando se tiene que alimentar de trozos de pan y sobras de la cocina o cuando Raquel la humillaba cuando no realizaba las cosas como ella deseaba.

A pesar de que concurren en el caso las circunstancias expuestas y exigidas para que se reconozca el trato degradante, conviene destacar que, aunque no fuese apreciado, el art. 173 CP contempla la misma pena para los que en el ámbito de cualquier relación laboral y prevaleciéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima. Si de la conducta de Raquel ya cabe apreciar trato degradante hacia Alejandra, se deberá considerar implícito en las conductas que recoge el relato de hechos el calificativo de acto hostil o humillante, situado en un grado inferior de lesividad hacia la víctima.

## **2. Sobre las consecuencias penales a las que se enfrenta Raquel**

En este apartado, la cuestión radica en averiguar las consecuencias penales para Raquel de los hechos descritos en el supuesto. Con carácter previo, conviene precisar que sí que habrá consecuencias legales, ya que los delitos en los que se encuadran las conductas que Raquel llevó a cabo incluyen penas privativas de libertad de varios años, por lo que en el caso de que el tribunal apreciase la concurrencia de dichos delitos Raquel ingresaría en prisión.

### *A) Análisis aislado de las consecuencias penales.*

Para el análisis de las consecuencias para Raquel conviene comenzar tratando las penas que le corresponderían de acuerdo con las circunstancias expuestas en el relato.

#### a) Delito de trata de seres humanos.

Comenzando con el delito de trata de seres humanos, el art.177 bis CP contempla una pena de cinco a ocho años de prisión para el que lleve a cabo las actividades delictivas contempladas en el mismo. Por otra parte, cabe traer a colación el apartado 4 de este art., que introduce circunstancias agravantes de la pena para el caso en que se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito o cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad. De la misma forma,

---

<sup>7</sup> DE LA MATA BARRANCO, N. J. “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal”. *Revista Penal*, nº 15, abril 2005, p. 28.

concluye dicho apartado diciendo que si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

Realizando un análisis de lo expuesto en relación con los hechos descritos, cabe apreciar la concurrencia de ambas circunstancias agravantes. Se debe considerar que la integridad física o psíquica de Alejandra corrió peligro debido a los horarios interminables de trabajo a los que estuvo sometida. En relación con esto, hay que tener en cuenta que realizando labores, entre otras, de jardinería, resulta especialmente peligroso llevar a cabo esfuerzos tan prolongados, ya que se maneja maquinaria especialmente peligrosa para el caso de un accidente, en donde podría haber consecuencias fatales.

De la misma forma, debe entenderse que Alejandra se encuentra en una situación especialmente vulnerable, que le lleva a tener que soportar la situación descrita. El hecho de encontrarse sin trabajo en un país en crisis como Nicaragua ya supone cierta vulnerabilidad, circunstancia que aumenta exponencialmente si se tiene en cuenta que es madre soltera de un niño a quien tiene que mantener. Todas estas circunstancias, además del hecho de que entre en España sin los debidos permisos, hacen que se encuentre en una situación muy vulnerable y delicada, que es aprovechada por Raquel, quien sabe que Alejandra no tiene la opción de oponerse a lo que le ofrece.

La pena que corresponderá por el delito de trata de seres humanos será por tanto la resultante de aplicar la pena superior en grado de 5 a 8 años. Según el art. 70.1.1º CP, “la pena superior en grado se formará partiendo de la cifra máxima señalada por la ley para el delito de que se trate y aumentando a ésta la mitad de su cuantía, constituyendo la suma resultante su límite máximo. El límite mínimo de la pena superior en grado será el máximo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, incrementado en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer”. Conviene recordar que deberá ser aplicada en su mitad superior.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, corresponderá por el delito de trata de seres humanos una pena de prisión de a 10 años y un día a 12 años.

#### b) Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Con relación al delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, contempla el art. 318 bis.2 una pena de prisión de tres meses a un año. Debido a que no concurre ninguna de las circunstancias agravantes recogidas en el precepto, la pena de 3 meses a un año será la que corresponda por este delito.

#### c) Delito de tráfico ilegal con mano de obra.

Por su parte, el art. 312.2 CP recoge una pena de prisión de dos a cinco años para el delito de tráfico ilegal con mano de obra, sin contemplar dicho precepto circunstancias agravantes ni atenuantes, por lo que constituye la pena definitiva.

#### d) Delito de empleo ilegal.

En relación con el delito de empleo ilegal, resulta conveniente destacar que el art. 311 bis declara que los hechos no serán castigados por el cauce legal que en el mismo se contempla cuando en otro precepto los hechos estén castigados con una pena más grave, tratándose del caso presente. Por tanto, la pena que en él se contiene no será de aplicación al caso.

e) Delito de detención ilegal.

A continuación, el art. 163.1 contempla una pena de prisión de cuatro a seis años para quien lleve a cabo una detención ilegal. En este caso, a pesar de que no se hace constar explícitamente, debe entenderse que la detención ilegal dura más de quince días, ya que se produce en el seno de una relación laboral que dura más de cinco meses, en la que cabe presumir que la negativa a salir del domicilio se da desde sus comienzos. Por tanto, se apreciará la circunstancia agravante que refleja el apartado 3 con pena de prisión de cinco a ocho años de prisión.

f) Delito contra la integridad moral.

Por último, se lleva a cabo, según los hechos descritos, un delito contra la integridad moral, para el que el art. 173.1 CP recoge una pena de prisión de seis meses a dos años, sin que deba apreciarse ninguna circunstancia atenuante o agravante.

*B) Análisis de las circunstancias concursales.*

Sin embargo, la solución en este caso no pasa por realizar una suma de las penas expuestas, ya que habrá que estar a las circunstancias concursales que correspondan. De esta forma, ha de entenderse que los hechos descritos en el relato fueron llevados a cabo como medio para realizar otros, constituyendo por tanto un concurso medial de delitos. Sobre este tema, el art. 77 CP recoge que cuando uno de los hechos sea medio necesario para cometer el otro se impondrá una pena superior a la que habría correspondiendo, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el art. 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.

Sobre el concurso medial dispone GUINARTE CABADA que existe una división en la doctrina en relación con la consideración de este concurso como una especie del real o del ideal. Sin embargo, la doctrina mayoritaria se inclina por estimar que el concurso medial es en realidad un supuesto de concurso real. Declara el autor que el correcto enfoque de la cuestión “requiere tener presente que es la unidad de hecho o pluralidad de hechos la piedra de toque que permite discernir las dos especies del concurso de delitos. Pues bien, así las cosas, se hace preciso exponer que se entiende, o que puede entenderse a la luz de nuestro derecho por hecho, en la regulación del concurso de delitos”<sup>8</sup>. A este efecto, considera que existe un único hecho en el caso de que tanto la conducta como el resultado empírico sean único y existirá pluralidad de hechos cuando el sustrato material de la conducta no sea único o cuando se realice la producción dolosa de varios resultados materiales típicos, aun cuando sea mediante una sola conducta.

Por tanto, de acuerdo con el art. 77 se parte desde la pena más grave, siendo en este caso la de trata de seres humanos, de 10 años y un día a 12 años.

Una vez localizada la mayor pena, la que corresponde será una que se halle intermedia entre esta y la suma de todas las demás. En este caso, la suma de todas da lugar a una pena de prisión de 17 años, 9 meses y 1 día a 28 años. Sin embargo, no se debe ignorar

---

<sup>8</sup> GUINARTE CABADA, G. “El concurso “medial” de delitos”. *Revista de estudios penales y criminológicos*, nº 13, 3 de enero de 1990, p. 160.

lo dispuesto en el art. 77.3 CP, de acuerdo al cual la pena no podrá exceder del límite de duración previsto en el art. 76 del mismo cuerpo legal, establecido en 20 años.

Por tanto, la pena de prisión a la que puede enfrentarse Raquel sería la que determine el tribunal entre 12 y 20 años de cumplimiento.

### **III. ¿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?**

#### **1. Sobre el órgano competente para conocer de los hechos.**

Para responder a esta pregunta conviene analizar cuestiones relativas a la jurisdicción y competencia, para así finalmente encontrar el órgano competente para conocer del delito:

##### *A) Jurisdicción*

De esta forma, se comenzará por la jurisdicción, de cara a determinar si los tribunales españoles deben ser conocedores del asunto. A tal efecto, el art. 23.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, consagra el principio de territorialidad y recoge que “en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte”. Por tanto, por aplicación de dicho precepto serán conocedores los tribunales españoles del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, del delito de tráfico ilegal con mano de obra, del delito contra la integridad moral y del delito de detención ilegal.

Del tenor literal del precepto no se desprende ningún tipo de dudas, si no fuese porque nos encontramos ante delitos que se pueden llevar a cabo fuera del territorio español y desplegar consecuencias dentro de nuestro territorio. Sin embargo, nos aclara el art. 177 bis CP que será actor del delito de trata de seres humanos el que realice las conductas típicas “en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella”. Por tanto, ya no cabrían dudas respecto al delito de trata de seres humanos, sobre el que podía no estar tan claro que nuestros tribunales tuviesen jurisdicción.

En la línea argumental expuesta, conviene traer a colación el principio de jurisdicción universal, recogido en el art. 23.4.m LOPJ, el cual recoge que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, en el caso de la Trata de seres humanos, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España.

A pesar de que en este precepto se contienen más previsiones, no es necesario continuar, ya que se cumplen todos los requisitos exigidos para el fin pretendido, siendo Raquel ciudadana nicaragüense afincada en España.

Por tanto, a modo de conclusión, le corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento del delito de trata de seres humanos, en virtud del art. 23.4.m LECrim, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Respecto a los demás delitos corresponde concluir que serán conocidos por la jurisdicción española en virtud del principio de territorialidad consagrado en el art. 23.1 LOPJ.

## *B) Competencia*

Una vez resueltas las cuestiones en relación con la jurisdicción procede comenzar con la competencia, en relación con la cual se analizará la competencia objetiva, funcional y territorial.

### a) Competencia objetiva.

En primer lugar, de acuerdo con el art. 14.2 LECrim, “fuera de los casos que expresa y limitadamente atribuyen la Constitución y las leyes a jueces y Tribunales determinados, serán competentes para la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido”. Por tanto, de la instrucción de los delitos expuestos se encargará un Juzgado de Instrucción del partido judicial de Santiago de Compostela, localidad en la que tienen lugar los hechos objeto de análisis.

En segundo lugar, ya con relación al conocimiento y enjuiciamiento de los hechos, conviene mencionar que le corresponderá a la Audiencia Provincial. Esto es así en virtud del art. 82.1 LOPJ, según el cual “las Audiencias Provinciales conocerán en el orden penal 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”. Se puede comprobar que la competencia de los casos en relación con este tribunal se hace mediante una exclusión de los temas para los que tienen competencias otros tipos de órganos.

Por tanto, para llegar a la conclusión de que le corresponde el conocimiento del caso a la AP es necesario analizar la competencia de los juzgados y tribunales con los que podría haber conflicto. En primer lugar, en relación con los Juzgados de lo Penal, recoge el apartado 89 bis LOPJ que “los Juzgados de lo Penal enjuiciarán las causas por delito que la ley determine”. Es necesario por tanto acudir al art. 14.3 LECrim, que determina que “para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como por delitos leves, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión del delito leve o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos, el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido”.

No le corresponderá, por tanto, el conocimiento sobre el supuesto objeto de análisis, ya que la duración de la pena de prisión en este caso es superior a cinco años.

Otro Tribunal con el que podrían existir dudas sería la Audiencia Nacional, cuyos temas de competencia están recogidos en el art. 65 LOPJ. De realizar una lectura a dicho precepto se extrae que ninguno de los supuestos recogidos en el mismo guarda relación con los presentes en el caso, por lo que tampoco le corresponderá el conocimiento de los hechos.

Tampoco se encuentra la materia objeto de estudio entre las enumeradas por la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, por lo que es correcta la afirmación realizada conforme a la cual la competencia objetiva le corresponde a la AP.

#### b) Competencia funcional.

Con relación con la competencia funcional, conviene recordar que el proceso aún no ha sido dilucidado, por lo que deberán conocer del caso los órganos encargados en primera instancia, es decir, la AP.

Una vez sea dictada la sentencia por la AP, en virtud del art. 73.3.b) LOPJ, conocerá la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia del recurso frente a dicha resolución. Finalmente, si procediese, en virtud del art. 57 LOPJ, cabría recurso en casación al TS.

#### c) Competencia territorial.

Por último, en relación con la competencia territorial, resulta conveniente volver al art. 14.4 de la LECrim, según el cual será conocedora la AP de la circunscripción donde el delito se haya cometido, por lo que se puede concluir, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, que será conocedora la AP de Coruña, por ser la correspondiente a la circunscripción de Santiago de Compostela.

#### C) *Conexión de delitos*

Analizando los hechos descritos hay diversas cuestiones que, aunque no necesariamente guardan relación con la competencia por parte de los tribunales, podrían dar lugar a conflicto, como la circunstancia de que no todos los delitos expuestos anteriormente se cometen al mismo tiempo. Podría formularse entonces una reflexión en torno a la posibilidad de que todos los hechos sean conocidos y dilucidados en un mismo proceso, ya que el art. 17 LECrim prevé que cada delito dará lugar a la formación de una única causa.

Sin embargo, el segundo párrafo de este precepto dispone que “los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso”. Se deberán calificar por tanto como conexos los dispuestos por el art. 17.2 LECrim, entre los que se encuentran los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución en su epígrafe 3.º. Podría por tanto resolverse sobre este caso en un mismo proceso, suponiendo además enormemente beneficioso, ya que resultaría ridícula la existencia de varios procesos teniendo en cuenta que quien lleva a cabo los delitos y quien lo sufre son las mismas personas.

Por tanto, además de lo expuesto se contiene otra previsión, tal y como expone ETXEBARRIA ZARRABEITIA, “podrán ser enjuiciados en la misma causa, a instancia del Ministerio Fiscal, los delitos que no sean conexos, pero hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí, cuando sean de la competencia del mismo órgano judicial, si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación en el proceso”.<sup>9</sup> Sin duda, tal y como ya se dijo, sería beneficioso en este caso que todos los hechos se dilucidaran en el mismo proceso, ya que facilitaría la investigación y la prueba, además

---

<sup>9</sup> ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X. *Práctica procesal penal*. Ed. Dykinson. Madrid 2020, p. 142.

de que se sumarían complicaciones e incomodidades indebidas e innecesarias para el caso en que no se apreciase esta opción.

## **2. Sobre la validez como prueba de las grabaciones que realizó Alejandra.**

### *A) El derecho a la prueba.*

Se plantea en el caso la posibilidad de que las grabaciones que Alejandra hizo con el móvil se puedan constituir como prueba válida. Antes de responder a dicha pregunta, conviene tratar de una forma más general el derecho a la prueba, definido por PICÓ I JUNOY como “aquel que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”<sup>10</sup>. No se trata por tanto de una cuestión superflua, sino que se puede considerar uno de los derechos vertebradores del proceso penal. De esta forma, el derecho a la prueba se constituye como una de las garantías que a todos reconoce el art. 24.2 CE, de forma que una denegación de pruebas pertinentes podrá justificar la interposición de un recurso de amparo si de tal hecho se deriva indefensión o alteración del resultado del proceso.

Otro aspecto determinante en relación con el derecho a la prueba lo constituye el hecho de que, como todos los demás derechos, se trata de un derecho limitado. Así lo declaró el Tribunal Constitucional en su STC 11/1981, de 8 de abril (ECLI:ES:TC:1981:11), en donde se recoge que “ningún derecho constitucional, sin embargo, es un derecho limitado”. De este hecho va a resultar una cuestión fundamental en el caso objeto de análisis, ya que la posibilidad o no de que los vídeos grabados con el móvil se puedan constituir como pruebas va a depender del punto en donde se considere que se encuentran estos límites.

### *B) Concepto de prueba tecnológica.*

Para realizar un acercamiento a la cuestión planteada conviene tratar el concepto de prueba tecnológica, que presenta unas características especiales y que, en palabras de VELASCO NÚÑEZ, “debe empezar por no afectar derechos fundamentales del investigado, o de hacerlo, debe hacerse conforme y sólo de la manera que la ley misma valida: esto es, mediante el consentimiento del afectado (que puede llegar a ser tácito en ciertos casos), o mediante la autorización inmisiva que otorgue un mandamiento judicial, si se hace *ex ante*, o una convalidación, *ex post*, para el caso de urgencia inexcusable”.<sup>11</sup>

Principalmente, el exceso en la apreciación de este tipo de prueba va a provocar una injerencia en los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, proclamados en el art. 18 CE. A este efecto, es de importancia para el caso que tanto la voz como la imagen se consagran como datos personales protegidos por el art. 18.4 CE.

El art. 588 quater LECrim permite la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se

---

<sup>10</sup> PICÓ I JUNOY, J. *Estudios sobre prueba penal. Volumen I*. X. Abel Lluch y M. Richard González (directores) Ed. La Ley. Madrid, 2010, p. 29.

<sup>11</sup> VELASCO NÚÑEZ, E. *Delitos tecnológicos. Cuestiones penales y procesales*. Ed. La Ley. Madrid 2021, p. 372.

mantengan por el investigado, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados.

Una cuestión totalmente distinta se suscita de la captación subrepticia, desconocida y no autorizada de la voz y la imagen de cualquier sospechoso, lo cual sí que supone una intromisión de los derechos recogidos en el art.18 CE. De esta forma, las grabaciones cuya validez se pretende tienen que presentar ciertos requisitos de cara a que se puedan constituir como válidas y tendrá que superar el beneficio que se obtenga de ellas a la injerencia que provoquen, ya que su aprobación tiene como consecuencia la vulneración de un derecho fundamental, tratándose esta de una cuestión muy delicada.

Sobre esta prueba dice VELASCO NÚÑEZ que “para evitar su proliferación, debe entenderse que no es una medida legítima y que tampoco puede ser usada como prueba, salvo buena fe y flagrancia delictiva, ya que además de no contar con cobertura legal, pasa por encima de la garantía de la autorización judicial a quien se hurta su carácter de intérprete de la defensa de los derechos fundamentales de terceros afectados”<sup>12</sup>.

De la misma forma, la STC 12/2012 (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2012, páginas 17 a 27), de 30 de enero, no permite afirmar que siempre y en todo caso la cámara oculta vulnera los principios y derechos del proceso penal, ya que, añade el Tribunal, debe realizarse un 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. Además, resulta conveniente traer a colación la STS 793/2013, de 28 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5249), en donde, para un caso igual que el presente, en donde quien graba forma parte del proceso de comunicación, se niega que exista una violación del derecho al secreto de las telecomunicaciones, ni tampoco del derecho a la intimidad.

Debe realizarse una interpretación flexible de los preceptos que limiten la práctica de la prueba en este supuesto, ya que nos encontramos en un ámbito con enormes dificultades a efectos de investigación. Así lo declara MARTÍN ARADILLA cuando dice que “son las mujeres las que suelen ser explotadas en la industria textil y como servicio doméstico, ya sea como cuidadoras de personas mayores o como asistentes. La dificultad para controlar, contabilizar y para denunciar la posible explotación radica en la privacidad que suelen tener estas actividades, siendo especialmente delicada la situación si el trabajo se produce en un domicilio privado”.<sup>13</sup>

### *C) Análisis de la validez de la prueba.*

Por tanto, si concurre o no la validez de las pruebas que quiere aportar Alejandra se desprende de la valoración que realice el juzgado sobre la relación entre injerencia y motivación judicial de las grabaciones realizadas. A título personal, considero que se deberían aprobar como válidas las pruebas propuestas, ya que en ningún caso debería entenderse más gravosa la injerencia provocada en los derechos recogidos en el art. 18 CE que los sufridos por Alejandra, que suponen tanto para ella como para su hijo una verdadera tortura física y psicológica que se prolonga durante más de cinco meses. Es de

---

<sup>12</sup> VELASCO NÚÑEZ, E. *Delitos tecnológicos. Cuestiones penales y procesales*, cit. p. 453.

<sup>13</sup> MARTÍN ARADILLA, L. “La Protección Internacional y las Víctimas de Trata”. *Revista de estudios fronterizos del estrecho de Gibraltar*, nº 8, 2020, p. 8.

vital importancia por tanto que sean válidas esas pruebas, ya que constituyen la única forma de hacer constar el régimen al que estaba sometida Alejandra.

**IV. ¿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?**

**1. Sobre la posibilidad de que no consten datos personales en las diligencias.**

Se plantea en el supuesto si es posible que se lleven a cabo diligencias sin los datos personales de Alejandra. Para resolver dicha cuestión se analizarán diversos preceptos sobre la capacidad para iniciar activamente un proceso penal y, por tanto, la posibilidad de que existan limitaciones relativas a la falta de identificación de la víctima. Además, será necesario hacer un análisis conjunto con disposiciones más específicas destinadas a las víctimas de trata de seres humanos.

*A) Limitaciones al ejercicio de la acción penal.*

Comenzando con el art. 102 LECrim, en él se ven reflejados los casos en los que no se podrá ejercitar la acción penal, siendo tales en los que no se goce de la plenitud de los derechos civiles o se haya sido condenado dos veces por sentencia firme como reo del delito de denuncia o querrela calumniosas. Tampoco podrá el Juez o Magistrado. De una lectura a su tenor literal, se desprende que el caso presente no se puede encuadrar en ninguno de los que en dicho precepto se contienen, por lo que a priori no debe entenderse que exista una limitación al ejercicio de la acción penal debida a la falta de identificación de la víctima.

*B) Referencias especiales a las víctimas de trata.*

A continuación, se traerán a colación disposiciones orientadas hacia las víctimas de estos delitos, como el art. 10 del Convenio del Consejo de Europa, sobre la lucha contra la trata de seres humanos, que contiene en su primer apartado previsiones en relación con la identificación de la víctima a efectos de que no se vean perjudicados sus derechos. Así, declara que cada Parte dotará a sus autoridades competentes de personas formadas y cualificadas en la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y en la identificación y asistencia a las víctimas. Además, obliga a que las distintas autoridades colaboren entre ellas y con las organizaciones responsables de prestar asistencia, con el fin de permitir la identificación de las víctimas.

De la misma forma, se obliga a cada Parte a adoptar las medidas legislativas u otras medidas que sean necesarias para identificar a las víctimas con la colaboración, en su caso, de otras Partes y de las organizaciones responsables de prestar asistencia. Este apartado además dice que las Partes se asegurarán de que no se traslade a las potenciales víctimas de trata de seres humanos hasta que las autoridades competentes hayan finalizado el proceso para su identificación como víctima.

A continuación, dispone el art. 3 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima, que toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal. Del tenor literal de lo

expuesto no se desprende ninguna limitación para el ejercicio de participación activa en el proceso penal, además de realizar una inclusión absoluta al hablar de toda víctima, por lo que debe entenderse que no existe tal limitación.

De lo expuesto no se extrae ninguna limitación para entablar la acción penal, por lo que no debe entenderse que exista. Además, observando lo dispuesto en estos preceptos se aprecia que hacen referencia a la situación en la que existe una víctima que ya ha iniciado el procedimiento penal antes de que se haya llevado a cabo la respectiva identificación, por lo que no tiene sentido que exista tal limitación a la posibilidad de ejercer la acción penal.

Es posible, por tanto, que no consten en las diligencias sus datos a efectos de identificación, ya que, además de no haberse encontrado una disposición en la que se recoja tal limitación, según lo expuesto, los Estados Parte deberán llevar a cabo las acciones necesarias para la identificación de la víctima, que ya podrá haber iniciado el procedimiento gracias a los mecanismos habilitados para las víctimas de trata de personas.

## **2. Sobre la alternativa para que Alejandra disfrute de un documento de identificación.**

Existe una forma de que no sea relevante en este caso la posibilidad o no de poder iniciar un procedimiento sin la debida identificación. De acuerdo con lo que se expone a continuación, para tal efecto será necesaria la obtención del permiso de residencia, que de la forma en que se expone a continuación implicaría la obtención de un documento que supondrá su identificación en la forma requerida. En ese caso, llegaría con tomar parte en un procedimiento extraordinario de solicitud de permisos de residencia para casos de trata de seres humanos, que tal y como se expone en el relato de los hechos, es la decisión que toma Alejandra, ya que se menciona que se le concede. Este procedimiento, que será expuesto a continuación y resulta de vital importancia para la cuestión planteada, será en virtud del cual Alejandra podría obtener un modo de identificación válido a efectos de iniciar el procedimiento mencionado.

### *A) Obtención del permiso de residencia extraordinario.*

En primer lugar, es necesario hacer mención del art. 7 del Protocolo de Palermo, en donde se recoge la posibilidad de que los Estados parte consideren adoptar medidas legislativas u otras apropiadas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando proceda. De esta forma, el precepto citado supone un inicio de cara al fin pretendido, ya que se trata de una plasmación en abstracto de esta posibilidad para que los Estados puedan llevar a cabo las actuaciones que consideren.

De la misma forma, el art. 14 del Convenio del Consejo de Europa Sobre la Lucha Contra la Trata de Seres Humanos del 2005 contempla previsiones a este efecto.

En la línea argumental expuesta hasta el momento, en el art. 59 bis de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social se observan cuestiones relevantes en relación a este fin.

A continuación, conviene traer a colación la Directiva 2004/81/CE, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países

que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. En esta directiva se definen las condiciones para la concesión de permisos de residencia de duración limitada a nacionales de terceros países que cooperen en la lucha contra la trata de seres humanos o contra la ayuda a la inmigración ilegal. De la misma forma, vienen recogidas definiciones acerca de conceptos importantes para el caso en su art. 2, tales como nacional de tercer país, acción de ayuda a la inmigración legal o permiso de residencia, entre otros.

A pesar de que pueda no parecer una de las cuestiones más relevantes, es necesario para que se puedan llevar a cabo las acciones que contiene la directiva que se cumpla con el ámbito de aplicación contenido en su art. 3, en virtud del cual los Estados miembros podrán aplicar la Directiva a los nacionales de terceros países que sean o hayan sido víctimas de delitos relacionados con la trata de seres humanos, siendo exactamente el caso presente. A continuación, se recoge que los Estados miembros podrán aplicar la Directiva a los nacionales de terceros países que hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, tratándose, por tanto, del caso expuesto en el relato de hechos. Por último, su tercer apartado recoge que se aplicará a los nacionales de terceros países que hayan alcanzado la mayoría de edad, teniendo en cuenta que Alejandra tiene 26 años. Se puede apreciar, por tanto, que se cumple el ámbito de aplicación.

De la misma forma, conviene traer a colación el art. 8, que permite la expedición del permiso de residencia para el caso en que concurran los requisitos expuestos en el mismo artículo, como la conveniencia que presenta la prórroga de la estancia de dicha persona en su territorio a efectos de investigaciones o de acciones judiciales, la voluntad de cooperación de la persona o si ha roto todas las relaciones con los presuntos autores de los hechos. Sin duda, se cumplen los requisitos expuestos, ya que Alejandra presenta una denuncia e información que, tal y como comprueba la policía posteriormente, es correcta, de donde se extrae que Alejandra puede ser una fuente de información fundamental para el caso. Además, se recoge en el relato de los hechos que pasados 7 meses Alejandra ya estaba establecida en España y con un trabajo estable, de lo que se desprende que perdió el contacto con Raquel.

Cabe apreciar, por tanto, como una posibilidad que se le conceda a Alejandra un permiso de residencia, ya que concurren los requisitos expuestos.

#### *B) Obtención de la Tarjeta de Identificación de Extranjero. Consecuencias.*

Una vez analizada la posibilidad de que sea concedido un permiso de residencia a Alejandra, es necesario comprobar el porqué de su importancia en relación con esta pregunta.

La respuesta se encuentra en que, de acuerdo con lo expuesto en la página web del Ministerio del Interior<sup>14</sup>, esta autorización provisional tendrá eficacia desde el momento de la notificación de su concesión y hasta que se dicte resolución sobre la solicitud de autorización. Sin embargo, lo verdaderamente relevante es que el titular de la autorización provisional habrá de solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjero, que será el documento en virtud del cual podrá ser identificada Alejandra en territorio español durante un tiempo limitado.

---

<sup>14</sup> <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria/regimen-general/residencia-temporal/#Residencia%20temporal%20por%20circunstancias%20excepcionales>.

De hecho, es incluida en el art. 25.2 de la Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, relativo a los requisitos para la entrada en territorio español, como excepción a la necesidad de visado para tal fin cuando el extranjero se encuentre provisto de la tarjeta de identidad de extranjero. Además, su art. 29 dispone que se podrá acreditar por medio de este documento la situación del extranjero en España. Resulta conveniente destacar las facultades otorgadas a este documento, en donde incluso se contempla como alternativa al visado o pasaporte.

Se constituye esta tarjeta, en virtud de lo expuesto, como un verdadero documento de identificación del extranjero. Tanto es así, que habilita al extranjero a disfrutar de situaciones como las expuestas anteriormente. En este caso, su extraordinaria relevancia se consagra sobre todas las demás expuestas, ya que deja el análisis sobre la procedencia, discutida en el primer apartado de esta pregunta, en un segundo plano, ya que lo recién expuesto supone verdaderamente una superación de la cuestión que en dicho apartado se planteó.

### **3. Sobre la posibilidad de comparecencia utilizando procedimientos que imposibiliten la identificación visual.**

#### *A) Derecho internacional.*

Existen normas supranacionales con disposiciones referidas a este tema, como lo dispuesto en el Protocolo de Palermo contra la trata de personas, concretamente en su art. 6.1, que recoge con relación a la asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas que “cuando proceda y en la medida que lo permita su derecho interno, cada Estado Parte protegerá la privacidad y la identidad de las víctimas de la trata de personas, en particular, entre otras cosas, previendo la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a dicha trata”. Sin duda este instrumento supone un acercamiento a lo pretendido, ya que despliega un abanico de posibilidades para el juez, que tendrá mayor facilidad para llevar a cabo las medidas expuestas con una disposición de este tipo.

De la misma forma, se encuentra otra posibilidad en el Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, en donde su art. 11.1 dispone que “cada Parte protegerá la vida privada y la identidad de las víctimas. Los datos personales de éstas se almacenarán y utilizarán en las condiciones previstas en el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal”. Lo dispuesto en este precepto supone una mayor protección al fin pretendido en relación con los datos personales de Alejandra, de cara a que no sufra una mayor victimización y por tanto un mayor sufrimiento totalmente innecesario en el proceso de enjuiciamiento.

#### *B) Derecho interno.*

Realizando un ejercicio de inmersión en nuestra legislación, conviene traer a colación la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima, en cuyo cuerpo legal el art. 23.1 dispone que “la determinación de qué medidas de protección, reguladas en los artículos siguientes, deben ser adoptadas para evitar a la víctima perjuicios relevantes que, de otro modo, pudieran derivar del proceso, se realizará tras una valoración de sus circunstancias particulares”.

De esta forma, y de acuerdo con lo expuesto anteriormente, la importancia de las medidas a adoptar radica en evitar en la víctima sufrimientos mayores e innecesarios en el proceso

judicial, teniendo en cuenta que se trata de una persona que llega al proceso tras sufrir la comisión de numerosos delitos especialmente humillantes y vejatorios, de ahí el especial tratamiento comprobado por tantas normas expuestas hasta el momento, que suponen una excepción a la relación habitual con la víctima en los delitos.

Continuando con el precepto en cuestión, se recoge en el epígrafe a) de su segundo apartado que en la valoración que se debe realizar se tendrá especialmente en consideración las características personales de la víctima y en particular, adaptando el tenor literal del artículo a las necesidades del caso presente, si existe una relación de dependencia entre la víctima y el supuesto autor del delito o si concurren en la víctima factores de especial vulnerabilidad. Sin duda alguna deben ser objeto de análisis estas circunstancias, ya que serán las que hagan necesaria la adopción de medidas anteriormente comentadas.

Por su parte, el epígrafe b) recoge la necesidad de valoración de la naturaleza del delito y la gravedad de los perjuicios causados a la víctima, así como el riesgo de reiteración del delito. Además, añade que se valorarán especialmente las necesidades de protección de las víctimas, de acuerdo con el punto 5º, en delitos de trata de seres humanos. A pesar de que ya se reflejó con anterioridad, se reitera en lo dispuesto la línea argumental en virtud de la cual teniendo en cuenta la enorme lesividad del delito que sufre Alejandra, es necesario que se tomen medidas de protección en el ámbito del enjuiciamiento.

Por último, dispone el apartado c) que se deben tener en cuenta las circunstancias del delito, en particular si se trata de delitos violentos, cuestión sin duda relevante, aunque no está del todo claro si puede darse en este supuesto.

A continuación, el art. 24 recoge cuestiones que guardan relación con la competencia y procedimiento de evaluación, como que la valoración de las necesidades de la víctima y determinación de las medidas de protección corresponden durante la fase de investigación del delito al Juez de Instrucción o durante la fase de enjuiciamiento, al Juez o Tribunal al que corresponda el conocimiento de la causa. De la misma forma, se contienen en el artículo más cuestiones de relevancia, como el hecho de que la resolución que se adopte deberá ser motivada y reflejará cuáles son las circunstancias que han sido valoradas para su adopción e incluso la necesidad de valoración de las medidas que hayan sido manifestadas por la víctima o la posibilidad de la misma para renunciar a las medidas de protección que hubieran sido acordadas.

Se debe considerar de relevancia este artículo, ya que relata detalladamente cuestiones de suma importancia para la adopción de las medidas que se proponen en el caso y ofrece información de utilidad con relación a dichas medidas.

El artículo de mayor relevancia para el caso en cuestión es el 25, ya que en él se recogen las medidas de protección que podrán ser adoptadas. A este efecto, se contempla en su primer apartado que durante la fase de investigación se pueda recibir declaración en dependencias especialmente concebidas o por profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima. De la misma forma, se contempla que todas las tomas de declaración sean realizadas por la misma persona cuando convenga.

A continuación, el segundo apartado se dedica a la protección de las víctimas durante la fase de enjuiciamiento. A este efecto, se recoge que se podrán tomar medidas que eviten

el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos, incluso durante la práctica de la prueba; medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas; medidas para evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia con el hecho delictivo enjuiciado o celebración de la vista oral sin presencia de público.

En este apartado reside la importancia anteriormente mencionada del precepto, ya que las medidas que en él se contemplan constituyen verdaderamente una ayuda de cara a que se imposibilite su identificación visual. De esta forma, dicha identificación visual no será posible si, de acuerdo con el epígrafe a) o b), comparece usando tecnologías de comunicación. Además, ayudaría de gran forma al fin pretendido que en la vista oral no hubiese presencia de público.

Sin embargo, a pesar de que en lo expuesto se contienen previsiones de gran utilidad para el caso, el apartado tercero del art. 25 recoge que, asimismo, también podrá acordarse, para la protección de las víctimas, la adopción de alguna o algunas de las medidas de protección a que se refiere el art. 2 de la Ley 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos.

Acudiendo, por tanto, al art. 2 de la Ley de Protección a Testigos y Peritos, en él se dispone que el Juez instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado. A continuación, se menciona la posibilidad de que no consten en las diligencias que se practiquen nombre, apellidos, domicilio o demás datos de la víctima, o incluso que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente.

Sin embargo, el precepto clave a la hora de responder a la cuestión planteada va a ser el apartado b) del art. 2, ya que mientras en los preceptos expuestos anteriormente se contenían medidas que podía ayudar a conseguir el fin pretendido, en este caso se responde directamente a la pregunta que se realiza en el caso.

De esta forma, dispone que se podrá adoptar la decisión de “que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal”. Es determinante la concurrencia de este precepto, pues será en virtud del cual se pueda decidir directamente la aplicación de esta medida indiscutiblemente necesaria para el transcurso del proceso judicial sin más sufrimientos que los debidos para Alejandra, así como para responder a la cuestión planteada.

Existe, por tanto, la posibilidad de aplicar directamente esta medida, que podrá ser aplicada por el Juez o Tribunal si aprecia que puede favorecer el curso del proceso judicial o disminuir el sufrimiento que el mismo pueda suponerle a Alejandra. A título personal no tengo ningún tipo de duda, más si cabe teniendo en cuenta que de la apreciación de esta posibilidad no se desprende ninguna limitación en los derechos de la otra parte o en el ejercicio de la prueba. Es más, en el caso de que la hubiese, sería muy complicado que la injerencia a la que diese lugar fuese mayor que el beneficio que pudiese encontrar Alejandra en su concurrencia.

**V. 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?**

**1. Sobre el derecho a reclamar la paternidad.**

*A) Cuestiones relativas a la filiación.*

Con carácter previo a la respuesta a tal pregunta, es necesario exponer ciertas notas referentes a la filiación que ayuden a comprender el trasfondo del asunto. Conviene realizar una primera distinción entre filiación matrimonial, sucedida dentro del matrimonio, y extramatrimonial, que será aquella que tenga lugar dentro de una situación legal no basada en la institución matrimonial. En el caso objeto de estudio, Alejandra y José no están casados, e incluso por los hechos descritos se intuye que actualmente no mantienen ningún tipo de relación, por lo que el tipo de filiación que concurre en este caso será la extramatrimonial.

Teniendo en cuenta que la cuestión planteada gira en torno a la relación de filiación con José, quien se intuye que es su padre, se deberá realizar un análisis relativo a la filiación paterna extramatrimonial.

Sobre la filiación no matrimonial dispone el art. 120 CC que “quedará determinada legalmente:

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

Del relato de los hechos se desprende que entre el hijo de Alejandra y José no está determinada la relación de filiación por ninguna de estas vías.

Además, ambos progenitores pueden realizar un reconocimiento conjunto de la filiación extramatrimonial, pero, tal y como establece el art. 122 CC, cuando un progenitor hiciera el reconocimiento separadamente, no podrá manifestar en él la identidad del otro a no ser que esté ya determinada legalmente. Tampoco cabe apreciar esta posibilidad sin que se encuentre expresamente recogida en el relato de los hechos, por lo que la filiación no debe entenderse determinada por esta vía.

Debido a que la relación de filiación no está determinada por ninguno de los medios expuestos, se deberá recurrir a la decisión judicial para la determinación de la filiación. En estos procesos están admitidos todos los medios de prueba, aunque predominan las de tipo biológico.

Conviene traer a colación el art. 767 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que en su primer apartado declara que en ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde. Además, hace posible en los juicios sobre filiación que sea admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas. De la misma forma, aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación. Por último, 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.

Se verán por tanto vertebrados este tipo de procedimientos en torno a este artículo, fundamental al disponer las distintas vías posibles de cara a la designación judicial de la filiación.

De acuerdo con ACEVEDO BERMEJO, “es indudable que en ocasiones no será fácil armonizar el legítimo derecho de quien reclama con razón la filiación de un nuevo ser contra su presunto progenitor con el derecho de éste a preservar su intimidad, máxime teniendo en cuenta el interés informativo que dicha reclamación puede generar”. De la misma forma, dispone que “parece acertada la previsión legal de exigir que el relato fáctico que contiene la demanda en la que se ejercite una acción de filiación, lleve el acompañamiento de ese principio probatorio que evidencie que entre demandante y demandado ha existido algún tipo de relación personal que haya podido conducir a la procreación de un nuevo ser”<sup>15</sup>.

Sin duda debe entenderse de esta forma, ya que la no existencia de garantías en una acción de este tipo puede dar lugar a intereses más allá de la propia declaración de filiación, que de forma clara desvirtuarían el fin pretendido de la acción y complicarían el procedimiento. A pesar de que no guarda relación directa con el caso objeto de análisis, era necesario realizar estas matizaciones ya que se constituirán como verdaderas limitaciones al ejercicio de este derecho.

No deben pasarse por alto los efectos de la filiación antes de avanzar a la siguiente cuestión, ya que estarán presentes en el caso en el que declare esta relación entre el menor y José. De esta forma, la filiación comportará el establecimiento de la relación de parentesco entre el padre y el hijo; la potestad a su favor, ya que en este caso se trata de un menor; se tendrá que tratar el asunto de los apellidos del niño y, por último, habrá que estar a los derechos que se disponga en materia de sucesiones y demás que establecen las leyes.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> ACEVEDO BERMEJO, A. *Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad*. Ed. Tecnos. Madrid, 2013, p. 45 y 46.

<sup>16</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M. DEL C. *Filiación y potestad parental*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia 2014, p. 116

## *B) Cuestiones relativas a la acción de reclamación de paternidad.*

A continuación, procederá llevar a cabo un acercamiento a la cuestión planteada, en la que se tratará la acción de reclamación de paternidad.

Como punto de partida, el art. 764 LEC expone que podrá pedirse de los tribunales la determinación legal de la filiación, así como impugnarse ante ellos la filiación legalmente determinada, en los casos previstos en la legislación civil.

Con relación a la acción de reclamación de paternidad conviene hacer una aclaración, ya que será relevante para el caso la situación de hecho previa a la reclamación. De esta forma, la situación registral en el momento de la acción va a jugar un papel muy importante en este caso, ya que puede facilitar o entorpecer el ejercicio de la acción.

Por tanto, puede pasar que en la inscripción registral no conste ninguna filiación paterna, supuesto que provoca que la acción se pueda emprender con relativa facilidad, ya que no será necesario modificar ninguna situación registral existente cuando se lleve a cabo la resolución por el órgano judicial. Podría entenderse que estamos ante este caso en el supuesto de hecho, ya que desde luego no consta inscripción de filiación paterna. Además, teniendo en cuenta que Alejandra y su hijo viajaron desde Nicaragua a España, tratándose por tanto de un viaje internacional, tuvieron que ser requeridos para presentar la correspondiente documentación a efectos de identificación, por lo que debe entenderse que consta el nacimiento del niño.

En cambio, puede suceder que en la inscripción registral conste una filiación paterna, debido al sistema de presunción de paternidad del varón casado o por un reconocimiento de la paternidad. En este caso, el problema reside en que la resolución que se dicte con relación al proceso puede dar lugar a una situación contradictoria. Por tanto, la acción de reclamación de la paternidad deberá ir acompañada de una acción de impugnación de la filiación del art. 134 CC.

Otro supuesto es aquel en el que en el Registro Civil no consta inscripción alguna del nacimiento del hijo. No parece entenderse que deba haber algún obstáculo en este caso.

Por último, puede pasar que en la inscripción del Registro Civil conste una filiación paterna declarada por sentencia firme. Lo que pasará en este caso es que no es posible ejercer la acción, ya que, en virtud del art. 764 LEC “los tribunales rechazarán la admisión a trámite de cualquier demandan que pretenda la impugnación de la filiación declarada por sentencia firme, o la determinación de una filiación contradictoria con otra que hubiere sido establecida también por sentencia firme. Si la existencia de dicha sentencia firme se acreditare una vez iniciado el proceso, el tribunal procederá de plano al archivo de éste”. No deja ningún lugar a duda este precepto, por lo que no cabrá acción de reclamación en este caso.

El mencionado 764 LEC nos conduce al art. 131 CC, que dispone que cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Debe entenderse en este caso que se tratará tanto de filiación matrimonial como extramatrimonial.

No debe dejarse pasar la institución de la posesión de estado, clave para resolver este caso. Se refiere a esto la STS 267/2018, de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2018:1617), al decir

que “la apreciación del concepto que establece la ley como presupuesto para la legitimación de cualquier interesado requiere la presencia de hechos concretos que integren los diversos elementos de la posesión de estado (*nomen, tractatus, fama*), de modo que conformen una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus facultades y deberes, una apariencia de una relación de filiación manifestada por la posesión del estado de filiación. Es preciso, por tanto, que consten hechos públicos repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación”.

Resulta de relevancia para el caso concreto lo que dispone a continuación, ya que reconoce que “hay que admitir que resulta posible la acreditación de la posesión de estado aun en ausencia de alguno de sus tres elementos clásicos. En particular, puesto que se trata de reclamar una filiación extramatrimonial no determinada, no sería exigible el *nomen* en el sentido estricto de que el supuesto hijo usara los apellidos del progenitor, pero sí resulta absolutamente imprescindible el *tractatus*. Es decir, actos del progenitor que den credibilidad a la situación posesoria, actos de atención y asistencia al hijo, actos que comporten el cumplimiento de la función propia de un progenitor. E igualmente es necesario que concurra la fama, entendida como notoriedad y reflejo de la naturaleza del fenómeno posesorio.”

Lo dispuesto en esta sentencia se constituye como información indispensable para la resolución del caso, por lo que será necesario lo que en ella se dispone de cara a precisar si concurre en este caso posesión de estado o no.

A pesar de que no se expone expresamente en el relato de los hechos, no debería entenderse que existe el *nomen*, es decir, el niño de Alejandra no tiene el apellido de José, aunque no sea un requisito fundamental, tal y como expuso el TS. Sin embargo, lo verdaderamente relevante en este caso es que José ni siquiera sabe que es padre hasta unos meses después de que haya nacido, estando además el bebé en un país distinto y especialmente alejado. No es posible por tanto que concurren hechos que comúnmente conformen una apariencia de filiación, e incluso es muy probable que nunca haya visto al bebé. Serán por tanto inexistentes los requeridos actos de facultad y deberes, teniendo en cuenta que no existió en ningún caso convivencia con el niño.

No existe, de la misma forma, *tractatus*, ya que hasta el momento no se vieron reflejados en los hechos que constituyen el supuesto actos que se puedan entender como propios de un progenitor. No existirá por tanto posesión de estado.

Continuando con los preceptos en los que se contiene la acción de reclamación en el Código Civil, el art. 132 del mismo cuerpo legal manifiesta que a falta de la correspondiente posesión de estado, la acción de reclamación de la filiación matrimonial, que es imprescriptible, corresponde al padre, a la madre o al hijo. No será de aplicación por tanto esta disposición al caso concreto, en donde se discute acerca de una filiación extramatrimonial.

Por último, se ocupa el art. 133 de la acción de reclamación de filiación no matrimonial, que cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponderá al hijo durante toda su vida. Su segundo apartado incluye la posibilidad para ejercitar la presente acción de filiación a los progenitores en el plazo de un año contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación. Este será, en principio, el precepto en el que nos deberemos de detener, por referirse a la filiación extramatrimonial sin posesión de estado, que tiene lugar en el caso objeto de análisis.

Sobre el segundo apartado de este artículo conviene pararse, ya que ha sido fruto de modificaciones. El régimen que recogía el art. 133 en su anterior redacción negaba la legitimación al progenitor que no tuviese posesión de estado. Sin embargo, este precepto fue criticado por la STC273/2005, de 27 de octubre (Ref: BOE-T-2005-19626), que declaró sobre él que “en la ponderación de los intereses en presencia, el legislador ha optado por otorgar prevalencia al del hijo, pero ha ignorado por completo el eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial; y, en efecto, la opción el legislador cercena de raíz al progenitor no matrimonial la posibilidad de acceder a la jurisdicción cuando falte la posesión de estado, impidiéndole así instar la investigación de la paternidad; esto es, en la ponderación de los valores constitucionales involucrados realizada por el legislador se ha anulado por completo uno de ellos, sin que la eliminación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, guarde la necesaria proporcionalidad con la finalidad perseguida de proteger el interés del hijo y de salvaguardar la seguridad jurídica en el estado civil de las personas, con lo que el sacrificio que se impone no resulta constitucionalmente justificado”.

Es por esa razón que se ha dispuesto una nueva redacción para el segundo apartado del art. 133, que añade un plazo de un año contado desde que se hubiera tenido conocimiento de los hechos en que se haya de basar su reclamación. En este caso, declara LLEDÓ YAGÜE que “fundamentales las discrepancias en torno a este concepto jurídico tan indeterminado, como es el momento del conocimiento, supone trasladar al jugador un hecho veraz y cierto en la comprensión debida de tal circunstancia de identificación real en torno a la indiscutible realidad de la veracidad biológica, de ser el progenitor”.<sup>17</sup> De la misma forma, dicho autor no considera que el nuevo texto introducido resuelva una cuestión fundamental, ya que, aún con la nueva redacción, pueden tener lugar situaciones que vulneren la seguridad jurídica o que supongan una descompensación en la balanza de los derechos que se pretenden proteger.

A título personal, estoy de acuerdo con los argumentos que propone, ya que puede darse un caso en que el conocimiento de los hechos tenga lugar muchos años después del nacimiento del hijo, creándose una situación que, desde luego, va a afectar a la estabilidad familiar que tanto pretende defender el legislador. Sin ir más lejos, no parece un disparate que José aproveche lo dispuesto en este artículo para perturbar a Alejandra, pudiendo no tener ningún tipo de interés sobre la declaración de filiación, siendo en teoría el fin último de este artículo realizando un abuso de derecho.

Aplicando lo expuesto al caso, se debe entender que José puede ejercitar la acción de reclamación de paternidad siempre que no haya pasado un año desde que haya tenido conocimiento del hecho a partir del cual se desprende que puede ser padre. Analizando los hechos objeto de análisis resulta complicado entender cuáles pueden ser los que le hayan hecho ver dicha posibilidad que no conociese con anterioridad, teniendo en cuenta que debe tratarse de un hecho veraz y cierto. Es fundamental esta circunstancia, ya que será la que dote a la solicitud de fuerza y credibilidad y haga posible la efectiva declaración que se pretende con el ejercicio de este cauce legal.

---

<sup>17</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. Ed. Dykinson. Madrid 2018, p. 449.

## **2. Sobre la procedencia de la solicitud de guardia y custodia por períodos anuales.**

José pretende que se determine un régimen de guardia y custodia compartida por períodos anuales, debiendo determinarse en el análisis que se realizará a continuación si eso es posible.

### *A) Cuestiones relativas a los derechos del menor.*

A tal efecto, el art. 9.3 de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 recuerda que los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

El Código Civil, por su parte, declara en su art. 92 que la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. Además, dispone que el Juez velará por el cumplimiento del derecho a ser oídos de los menores y emitirá una resolución motivada en el interés del menor. En este precepto se recogen muchas más previsiones en relación con la custodia compartida en general destinadas a garantizar el interés superior del menor.

Entre las obligaciones de los padres respecto a los hijos debe mencionarse la patria potestad, cuyo contenido, de acuerdo con GARCÍA PRESAS, es flexible. Dice la autora que “no es necesariamente igual en todos los supuestos o para todos los titulares. En situaciones especiales puede reducirse, e incluso se llega a admitir su redistribución, sin perjuicio de que su contenido siga siendo irrenunciable e intransmisible”<sup>18</sup>.

Sobre la patria potestad dispone el Código Civil en su art. 154 que “se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

- 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- 2.º Representarlos y administrar sus bienes.
- 3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial”.

De relevancia para este caso es el art. 156 CC, que contempla para casos en los que los progenitores viven separados que “la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva”.

### *B) Concepto de interés superior del menor.*

Resulta indispensable comprender el alcance de este concepto jurídico, ya que es fundamental para la resolución del caso. A tal efecto se contempla en el art. 2.2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la

---

<sup>18</sup> GARCÍA PRESAS, I. *La patria potestad*. Ed. Dykinson, Madrid 2013, p. 23.

Adolescencia que “a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a- La protección del derecho a la vida supervivencia y desarrollo del menor ya la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b- La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c- La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse de una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido reparado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d- La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.”

Se puede comprobar que esta institución jurídica se constituye estableciendo una ponderación de intereses y derechos con una estructura verdaderamente compleja, en la que influirán muchos factores, ya que será el concepto vertebrador en torno al que girarán las medidas que se pretendan tomar. Además, recoge el apartado 3 de este mismo precepto que todos estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta la edad y madurez del menor, la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente o aquellos otros elementos de ponderación que sean considerados pertinente. Sin duda se pueden considerar abarcados todos los aspectos necesarios para el correcto desarrollo del menor.

La medida que pretende solicitar José será pertinente en cuanto se adecúe al interés superior del menor, por lo que habrá que hacer un examen de los criterios y ponderaciones recién expuestos. Además, será en virtud de este principio por el que se dispone en el art. 9 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, que se reconocerá el derecho del menor a ser oído en los procedimientos que le afecten en la esfera familiar, personal o social. De la misma forma, el art. 92.6 del Código Civil permite que, antes de acordar el régimen de la guarda y custodia de los menores de edad, el Juez escuche a los menores que tengan suficiente juicio, es decir, cuando tengan la capacidad de comprender las consecuencias que va a producir la situación en su conjunto. Por último, en relación con este tema, dispone ROCA TRÍAS que “la comparecencia del menor debe producirse en cualquier procedimiento

relativo a la crisis matrimonial de los padres”<sup>19</sup>. Esta cuestión, a pesar de no tener excesiva relevancia en este caso, debe ser expuesta, ya que resulta fundamental en los procedimientos en los que se puede acudir a dicha audiencia.

De la misma forma, cita la STS 623/2009, de 8 de octubre (ECLI:ES:TS2009:5969), que “del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales 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 y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.

Por tanto, una vez llegados al examen acerca de la procedencia o no de esta medida propuesta por José, no se constituye como una opción compatible con el interés del menor y por tanto no debería ser posible que se llevase a cabo. No debe entenderse compatible con dicho interés una medida que supone para un menor con unas capacidades emocionales y una personalidad por desarrollarse un cambio entre países tan lejanos cada año, además de la pérdida de posibles amistades, cambio de centro escolar, de ambiente, de casa, etc. Resultaría muy conflictivo el desarrollo de este menor en estas condiciones totalmente carentes de estabilidad, tan necesaria en ciertas edades en las que ya de por sí ciertos aspectos como la convivencia con sus progenitores o la relación con la gente puede volverse complicada. Sin duda esta medida dificultaría las circunstancias del menor, que tendría que adaptarse a una vida totalmente distinta cada año durante toda su infancia.

A lo expuesto hay que sumarle la enorme dificultad en las condiciones actuales de establecer un régimen de visitas, necesario en la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida como el que se pretende en este caso.

De esta forma, no debería contemplarse de acuerdo con las condiciones actuales la adopción de la medida que propone José, sin perjuicio de que ante un cambio de circunstancias se puedan analizar las posibilidades que brinda cada caso concreto, que en este supuesto de hecho y para la propuesta de José son prácticamente inexistentes.

## **VI. ¿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?**

### **1. Sobre la posibilidad de que este hecho sea constitutivo de delito.**

Se comenzará analizando la posibilidad de encuadrar este hecho en alguno de los delitos recogidos en el Código Penal.

---

<sup>19</sup> ROCA TRÍAS, E. *Crisis matrimoniales*. Ed. Francis Lefebvre, Madrid 2019, p. 72.

Un delito sobre el que pueden existir dudas es el de sustracción de menores, recogido en el art. 225 bis CP, que castigará al “progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor”. El mismo artículo considerará como sustracción:

“1.º El traslado de una persona menor de edad de su lugar de residencia habitual sin consentimiento del otro progenitor o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

2.º La retención de una persona menor de edad incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.”

No debe entenderse cometido este delito, ya que José no tiene confiada la guarda o custodia del niño ni existe una resolución judicial o administrativa en la que se contemplen deberes en relación al menor. Ser progenitor custodio, de acuerdo con lo expuesto, será la circunstancia fundamental de cara a poder entablar la acción penal por un delito de sustracción, ya que en caso de no disfrutar de la guarda o custodia será el único progenitor que la ostente el que podrá llevar a cabo todos los actos que considere apropiados de acuerdo con el interés del menor, sin necesidad de autorización del otro.

Tampoco se cumple, por el mismo motivo, el ámbito de aplicación que abarca el art. 3 del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en donde se contempla que el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido o cuando este derecho se ejercía de forma efectiva.

Además, tal y como declara la STS 1404/2021, de 23 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1404), “más difícil, es la posibilidad de subsumir en el tipo legal, los supuestos también excluidos del ámbito del Convenio de la Haya, de traslado del menor por el progenitor que tiene la custodia en exclusiva”.

Se puede comprobar por tanto que resulta muy complicado que se aprecie la existencia de este delito en los casos en los que solo conste la filiación respecto a un progenitor o no se hayan determinado responsabilidades judicialmente. Es por esta razón que no debe concurrir para este supuesto el delito de sustracción.

## **2. Sobre la posibilidad de recurrir a otras vías fuera del ámbito penal.**

Teniendo en cuenta que no es posible la comisión de otro delito por tal hecho en este caso, conviene realizar un análisis a las posibles vías legales en otros ámbitos jurídicos.

Ya fuera del ámbito penal, se puede acudir al art. 156 CC, que declara que serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. Destaca DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que “las decisiones determinantes en la vida del menor y que se vinculan a la titularidad de la patria potestad, deben ser tomadas por ambos progenitores y, en caso de desacuerdo, es el juez el que atribuye la facultad de decidir. Es el caso de:

- Decisiones relativas a la salud (tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas, vacunación).
- Decisiones relativas a la educación (elección o cambio de colegio, actividades extraescolares, elección de estudios optativos).

- Decisiones relativas a la elección del lugar de residencia que comporten un alejamiento de su entorno habitual.
- Decisiones relativas a la administración de sus bienes.
- Decisiones relativas a su formación religiosa/espiritual<sup>20</sup>.

Se puede comprobar que dentro del grupo de posibilidades de decisión Alejandra toma casi todas estas decisiones sin la previa autorización de José, por lo que podría entenderse que vulnera el art. 156.

Sin embargo, hay un matiz que se constituye como nota fundamental en estos casos, y es que, tal y como relata la misma autora, “estas decisiones no corresponden al titular de la guarda y custodia; les corresponden a los dos titulares de la patria potestad (responsabilidad parental) con independencia del modelo de guarda (exclusiva, distribuida o compartida)”. Sin duda esta característica despeja todo tipo de dudas sobre la posible vulneración de este artículo, ya que José no ostenta la patria potestad del menor, y por tanto, no tiene poder para decidir sobre las cuestiones determinantes.

Otra posible vía dentro del ámbito civil sería la de la indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos, introducida por la STS 512/2009, de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2009:4450). En esta sentencia se interpreta que concurre una indemnización extracontractual por impedir de manera efectiva las relaciones con el padre del menor, a pesar de que no le había sido atribuida a éste la guarda y custodia en la sentencia citada. Se abre por tanto una nueva línea jurisprudencias que reconoce el daño moral por impedir que el otro progenitor se relacione con el hijo menor. De acuerdo con MARÍN GARCÍA, “el bien jurídico comprendería el desarrollo de las relaciones personales entre el progenitor y el hijo, además del interés del menor”<sup>21</sup>.

Sin embargo, esta vía no debe entenderse de aplicación a nuestro caso, ya que sirve frente a infracciones realizadas por un progenitor del marco que rige las relaciones paterno-filiales tras la ruptura de la convivencia. No es de esta forma la situación objeto de análisis, en donde en ningún caso hubo convivencia ni nada que se asemeje. De hecho, ni siquiera hay un cambio en las relaciones paterno-filiales, ya que en ningún momento hubo ningún tipo de relación entre padre e hijo.

Por último, podría analizarse la posibilidad de que concurriese una posible indemnización por daños morales al haberle ocultado a José que estaba embarazada y que, por tanto, iban a tener a un hijo. Sin embargo, la STS 3700/2018, de 13 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3700), niega que este daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil.

---

<sup>20</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. *Crisis matrimoniales*. Ed. Francis Lefebvre, Madrid 2019, cit. p. 131.

<sup>21</sup> MARÍN GARCÍA, I. “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo”. *Revista InDret*, nº 2, abril 2010, p. 20.

## VII. CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Teniendo en cuenta que la trata de seres humanos, presente a lo largo de la historia en sus múltiples formas, ha sido objeto de múltiples tratados que obligan a que sea tipificada, llama la atención que no se encontrase recogida en nuestro ordenamiento jurídico. Por esta razón, debe considerarse acertada su inclusión en nuestro art.177 bis CP.

**SEGUNDA.-** De la misma forma, es impactante el grado de vulnerabilidad al que están expuestas las víctimas en este delito, normalmente provenientes de países pobres con mecanismos poco efectivos para perseguir estos fenómenos. Esta vulnerabilidad se traduce, de la misma forma, en la creación de una situación de dependencia con los autores de estos delitos, quienes suelen ser los únicos contactos en los países receptores.

**TERCERA.-** Guardando cierta relación con la vulnerabilidad de las víctimas, llama la atención la enorme dificultad presente en el descubrimiento e investigación de estos delitos, normalmente ejecutados de forma oculta, privada y con cierta complacencia de las víctimas, ya que en algunos casos se verían igualmente perjudicadas si se descubren los hechos.

**CUARTA.-** Las desproporcionadas penas para el delito de trata, que en sus tipos agravados llegan a los 10 años e incluso más en supuestos en los que concurren circunstancias concursales. Es comprensible la voluntad represiva del legislador, pero, a mi juicio, las penas contempladas son excesivas.

**QUINTA.-** Parece razonable que conozcan de estos asuntos los estados receptores de trata, en donde los sistemas penales suelen ser más eficaces y tienen más poder a la hora de investigar los hechos. Además, las víctimas suelen venir de países empobrecidos en donde o no hay recursos para luchar contra esta lacra o incluso no existe una verdadera voluntad de perseguirla.

**SEXTA.-** Me parece conveniente destacar la situación de desprotección en la que se encuentran aquellos padres respecto a los cuales no consta ni relación paterno-filial determinada ni gozan de guardia o custodia. En este caso puede parecer que si no existe la oportunidad de realizar las debidas pruebas que reflejen su relación, esta será inexistente sin que quepa otro tipo de mecanismo que les favorezca.

**SÉPTIMA.-** La necesidad de una interpretación flexible de los preceptos que limitan la práctica de la prueba en este ámbito, más si cabe teniendo en cuenta el carácter oculto y privado de estos delitos, que mayormente se producen dentro de casas o locales a los que no tiene acceso la población general. Es por eso que será más difícil conseguir pruebas al uso que demuestren los hechos constitutivos de delitos.

**OCTAVA.-** Resulta conveniente y acertado que algo tan importante como las medidas en relación con el menor en el ámbito familiar se hagan depender de su adecuación a un concepto indeterminado como el interés superior del menor, pues la restricción de cualquier tipo de posibilidad o el establecimiento de un sistema de *numerus clausus* excluiría ciertas necesidades, cuyas medidas deben adecuarse al completo al caso concreto.

**NOVENA.-** De la misma forma, deberían limitarse por todos los medios posibles los casos de abuso de derecho en relación con las acciones de reclamación de paternidad, ya que se trata de un tema muy delicado que suele despertar mucho interés, sobre todo de la opinión pública. Esta circunstancia, sumada a que se produzca con ciertas personas podría provocar una vulneración de su intimidad aún mayor de la que cabría entenderse por el hecho mismo de entablar una acción de ese tipo.

**DÉCIMA.-** Es necesario promover la toma de medidas que limiten al máximo el sufrimiento a las víctimas de los procesos judiciales, sobre las que existe un cierto grado de vulnerabilidad, que incluso se puede ver enormemente agravado por los juicios paralelos o por medidas que tiendan a la victimización, pudiendo causar un aumento desproporcionado e innecesario del sufrimiento.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO BERMEJO, A. *Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad*. Ed. Tecnos. Madrid, 2013.
- CLIMENT DURÁN, C. *Código Penal con jurisprudencia sistematizada*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia 2010.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J. “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal”. *Revista Penal*, nº 15, abril 2005.
- DÍAZ MORGADO, C. V. *El Delito de Trata de Seres Humanos. Su Aplicación a la Luz del Derecho Internacional y Comunitario*. Tesis doctoral de 13 de mayo de 2014, Universitat de Barcelona. <http://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/55268>
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. *Crisis matrimoniales*. Ed. Francis Lefebvre, Madrid 2019.
- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X. *Práctica procesal penal*. Ed. Dykinson. Madrid 2020.
- GARCÍA PRESAS, I. *La patria potestad*. Ed. Dykinson, Madrid 2013.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. DEL C. *Filiación y potestad parental*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia 2014.
- GUINARTE CABADA, G. “El concurso “medial” de delitos”. *Revista de estudios penales y criminológicos*, nº 13, 3 de enero de 1990, p. 160.
- HORTAL IBARRA, J. C. *Derecho penal económico y de empresa. Parte general y parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*. Tomo 2. M. Corcoy Bidasolo y V. Gómez Martín (directores). Ed. Tirant lo blanch. Valencia 2020.
- LLEDÓ YAGÜE, F. *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. Ed. Dykinson. Madrid 2018.

- MARÍN GARCÍA, I. “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo”. *Revista InDret*, nº 2, abril 2010.
- MARTÍN ARADILLA, L. “La Protección Internacional y las Víctimas de Trata”. *Revista de estudios fronterizos del estrecho de Gibraltar*, nº 8, 2020.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal: parte especial*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia 2021.
- PÉREZ MACHÍO, A. I. “Trata de personas: la globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la víctima inmigrante irregular a partir de las dinámicas actuariales.” *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, junio 2016.
- POMARES CINTAS, E. “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 13-15, diciembre 2011.

## **IX. JURISPRUDENCIA**

### **1. Tribunal Constitucional:**

- Sentencia 11/1981, de 8 de abril (ECLI:ES:TC:1981:11).
- Sentencia 120/1990, de 27 de junio (ECLI:ES:TC:1990:120).
- Sentencia 273/2005, de 27 de octubre (Ref: BOE-T-2005-19626).
- Sentencia 12/2012, de 30 de enero (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2012, páginas 17 a 27).

### **2. Tribunal Supremo:**

- Sentencia 372/2005, de 17 de marzo (ECLI:ES:TS:2005:1704).
- Sentencia 1425/2005, de 5 de diciembre (ECLI:ES:TS:2005:7485).
- Sentencia 1471/2005, de 12 de diciembre (ECLI:ES:TS:2005:7591).
- Sentencia 52/2006, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2006:324).
- Sentencia 569/2006, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2006:3139).
- Sentencia 594/2006, de 16 de mayo (ECLI:ES:TS:2006:6163).
- Sentencia 153/2007, de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:1464).
- Sentencia 512/2009, de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2009:4450).
- Sentencia 623/2009, de 8 de octubre (ECLI:ES:TS2009:5969).
- Sentencia 793/2013, de 28 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5249).

- Sentencia 267/2018, de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2018:1617).
- Sentencia 3700/2018, de 13 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3700).
- Sentencia 1404/2021, de 23 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1404).