



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Curso 2021-2022

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

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

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

Alumno: Fernando Carlos Molina Coaguila

Tutor: Daniel Jove Villares

ÍNDICE

Abreviaturas	3
Supuesto de hecho.....	4
I. CUESTIÓN: ¿Cuál es la calificación jurídica de los hechos realizados por Raquel? ¿Qué consecuencias penales, si las hubiere, podrían llegar a derivarse para Raquel de los hechos descritos en el supuesto?	
1. Calificación jurídica de los hechos realizados por Raquel	6
1.1. Delito de trata de seres humanos (art. 177 bis 1 del CP)	6
1.2. Delito contra los derechos de los trabajadores (art. 312.2 del CP)	9
1.3. Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis1 del CP)	12
1.4. Delito de detención ilegal (art. 163.1 del CP)	13
2. Consecuencias penales para Raquel	15
2.1. Pena abstracta y determinación de pena concreta de cada delito.....	15
2.2. Determinación de la pena en concurso	16
II. CUESTIÓN ¿Qué órgano es competente para conocer del delito cometido por Raquel?	
1. Consideraciones previas.....	18
2. Determinación de la competencia en las causas de Raquel	18
2.1. Competencia objetiva	19
2.2. Competencia funcional	19
2.3. Competencia territorial.....	20
III. CUESTIÓN: ¿Las grabaciones que Alejandra hizo con la cámara del móvil son un medio de prueba válido?	
1. Consideraciones previas.....	22
2. Las grabaciones como medio de prueba.....	22
IV. CUESTIÓN: Cuando José se entera de que tiene un hijo, el menor tiene casi cuatro años. ¿Tiene derecho José a reclamar la paternidad de Juan? ¿Es procedente la solicitud de José sobre la guardia y custodia por períodos anuales en distintos países?	
1. Consideraciones previas.....	25
2. La reclamación de paternidad en supuestos transfronterizos	26
2.1. La determinación de la filiación.....	27
2.2. Guarda y custodia compartida de menores de edad.....	30

<i>2.3. Interés superior del menor en el régimen de guarda y custodia</i>	31
V. CUESTIÓN: ¿Es posible que no consten en las diligencias los datos personales de Alejandra, su domicilio, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación? ¿Sería factible en este caso que Alejandra comparezca utilizando procedimientos que imposibiliten su identificación visual?	
1. Consideraciones previas	34
2. Medidas de protección para víctima	34
<i>2.1. El ocultamiento de datos personales de la víctima</i>	35
<i>2.2. Procedimientos para imposibilitar la identificación visual</i>	37
VI. CUESTIÓN: ¿Podría ser constitutivo de delito el hecho de que Alejandra sacara al menor de Nicaragua sin autorización de José, aunque no estuviera establecida la filiación extramatrimonial?	
1. Consideraciones previas	39
2. Delito de sustracción de menores en España	40
Conclusiones finales	42
Bibliografía	44
Apéndice jurisprudencial	47
Apéndice legislativo	49

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CH 80	Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980
EDV	Estatuto de la Víctima
ET	Estatuto de los Trabajadores
FD	Fundamento de derecho
FGE	Fiscalía General del Estado
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPTYP	Ley Orgánica de Protección de Testigos y Peritos
MF	Ministerio Fiscal
RAE	Real Academia Española
RD	Real Decreto
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJPI	Sentencia de Juzgado de Primera Instancia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derecho Humanos
UE	Unión Europea

SUPUESTO DE HECHO

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

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

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

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

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

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

para que los deporten si decide irse o dejar de trabajar para ella, haciéndole ver que tendría que pagar un monto aun mayor por haberse quedado en el país como ilegal y que le quitarían a su hijo.

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

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

I. CUESTIÓN: ¿CUÁL ES LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS REALIZADOS POR RAQUEL? ¿QUÉ CONSECUENCIAS PENALES, SI LAS HUBIERE, PODRÍAN LLEGAR A DERIVARSE PARA RAQUEL DE LOS HECHOS DESCRITOS EN EL SUPUESTO?

1. Calificación jurídica de los hechos realizados por Raquel

La calificación jurídica de los hechos realizados por Raquel exige previamente la clarificación de estos. En primer lugar, debemos considerar que el supuesto se desenvuelve principalmente entorno al hecho por el cual Raquel contacta con Alejandra para que viniese a trabajar a España, donde tendría acceso a un “trabajo bien remunerado” (de 1200 euros mensuales), con el cual mejoraría su situación económica y la ayudaría a paliar sus necesidades. Para esto, Raquel le enviaría el billete del viaje, el cual posteriormente le sería reembolsado.

En segundo lugar, habiendo llegado Alejandra a España, Raquel le impone la realización de tareas domésticas y de jardinería durante más de 16 horas diarias, sin disfrutar de descansos, sin recibir comidas durante su jornada y sin recibir salario alguno por dichas actividades. El pretexto de Raquel para justificar esta situación es que, con el salario, se cubrirían los gastos de alojamiento, manutención, así como el pago de los servicios de la niñera que cuidaba al hijo de Alejandra, con el que se trasladó a España.

Finalmente, en el contexto del desarrollo de estas actividades, Raquel no permitía salir del inmueble a Alejandra, indicándole que, si lo hacía, llamaría a la Policía para que la deporten, que tendría que pagar un monto de dinero por permanecer en condición de ilegal y que le quitarían a su hijo.

En atención a este relato de hechos, se aprecia la posible comisión de cuatro delitos, a saber: Delito de trata de seres humanos (art. 177 bis 1 del Código penal, en adelante CP), delito contra los derechos de los trabajadores (art. 312.2 del CP), delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 1 del CP) y delito de detención ilegal (art. 163.1 del CP).

1.1. Delito de trata de seres humanos (art. 177 bis 1 del CP)

En el caso se ha visto que Raquel estableció contacto con Alejandra y le hizo una propuesta de trabajo de tal manera que consiguió su aceptación. Además, Raquel le pagó el billete de avión para que llegara a España y, posteriormente, le dio alojamiento en su domicilio.

Tales hechos justifican el estudiar la posible concurrencia de un delito de trata regulado en el art. 177 bis, apartado 1, del CP¹, específicamente en lo referido a las acciones de captar, trasladar y acoger. En ese sentido, consideramos oportuno desarrollar brevemente la tipicidad objetiva y subjetiva de este delito, direccionando el mismo a dichas acciones.

¹ Único artículo en el Título VII BIS del CP español, denominado “De la trata de seres humanos”, que fue introducido por el art. 39 de la Ley Orgánica núm. 5/2010, de 22 de junio. En dicho artículo el legislador ha incorporado una serie de conductas típicas, finalidades, medios empleados para su comisión, entre otros, como agravantes, atenuantes, y demás; todo lo cual ha generado una amalgama de posibilidades situacionales que pueden dar lugar a la configuración delictiva a través de múltiples relaciones.

En cuanto a la tipicidad objetiva, la trata de seres humanos en su modalidad básica que se configura como un delito común², en tanto que el precepto normativo no prescribe cualidad alguna en el sujeto activo para la configuración este delito. Es decir, “el sujeto activo del delito puede ser cualquiera” (Pérez Cepeda, 2018, p. 243), en este caso sería Raquel. Situación similar se produce en lo referente al sujeto pasivo, que también puede ser cualquier persona, sin importar la nacionalidad³, en este caso, sería Alejandra.

Respecto de la conducta típica, el art. 177 bis 1 CP⁴ requiere la concurrencia de tres elementos. De una parte, exige la existencia de una acción desplegada por el actor, consistente, entre otras conductas, en captar, trasladar, acoger, a la víctima. Por otra parte, el empleo de un medio para conseguir que se produzca la acción. Este puede consistir en el uso de la violencia, intimidación o engaño, así como en el abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima y, en tercer lugar, la finalidad en la conducta desplegada, que puede ser la explotación u otra enumerada en el tipo, la cual no necesariamente tiene que llegar a ejecutarse.

En el caso que nos ocupa, Alejandra, quien residía en Nicaragua y carecía de un empleo que le permitiese a ella y a su hijo menor sostenerse, concierta por Skype una reunión con Raquel, quien estaba en busca de una persona que quisiera viajar a España para trabajar en el servicio doméstico de su domicilio. Raquel le hace una propuesta de trabajo con un salario de 1200, que Alejandra acepta.

Con este hecho, Raquel consigue la aceptación de Alejandra. Esto es, logra captarla⁵, una de las varias acciones típicas con las que se llega a configurar el delito de trata de personas. Esta acción significa “atraer hacia sí algo o alguien, lograr el convencimiento para participar en una actividad determinada” (García Sedano, 2020, p. 43). En este caso, la acción desplegada por Raquel consiguió la aceptación de Alejandra para venir a España y realizar actividades domésticas en su domicilio, con lo cual, se ha cumplido la acción típica, captar.

En lo relativo al desplazamiento de Alejandra desde su lugar de residencia en Nicaragua hasta España, es evidente que se trata de una forma de traslado, el cual también ha sido contemplado como conducta típica por el art. 177 bis 1 CP. Se prefiere el término “traslado” y no el de “transporte”, porque, pese a que según la RAE significan exactamente lo mismo⁶, consideramos que lo más adecuado en este caso es hablar de traslado, en tanto que el transporte está referido a la “utilización de un medio de tracción que no es exigible al traslado” (García Sedano, 2020, p. 47). En este sentido, recordemos que Raquel no ha utilizado directamente un medio para transportar a Alejandra, si no que le ha comprado billetes en un vuelo comercial. Con esta precisión en mente, puede

² Delito común es aquél que puede ser cometido por cualquier persona, es decir, no se requiere alguna cualidad especial en el sujeto activo; a diferencia del delito especial, que sí requiere dicha cualidad en el sujeto activo, v. gr., el delito de malversación previsto en el art. 432 CP sólo podrá ser cometido por una autoridad o funcionario público.

³ El referido precepto normativo especifica que la víctima puede ser “nacional o extranjera”. No obstante, si bien se deja ver claramente que la norma también incluye expresamente a personas extranjeras (creemos que, en atención a su alta incidencia de víctimas, en comparación con personas nacionales), tal precisión resulta “innecesaria” (García Sedano, 2020, p. 30), dado que bastaba con referirse al sujeto pasivo como una víctima.

⁴ Estas conductas son: Captar, transportar, acoger o recibir, incluido el intercambio o transferencia del control sobre las víctimas.

⁵ Según el Diccionario de Lengua de la Real Academia Española (en adelante, RAE) “captar”, entre otros, significa: “Atraer a alguien o ganar su voluntad o afecto”.

⁶ Según el Diccionario de la Lengua de la RAE, “transportar” y “trasladar” tiene el mismo significado “Llevar a alguien o algo de un lugar a otro”.

afirmarse que concurre otra acción típica del delito previsto en el art. 177 bis 1 CP, trasladar.

Una vez Alejandra está en España, Raquel la acoge en su domicilio. Esta actuación pudiera comportar la producción de otra conducta típica en el marco de este delito, acoger. En este caso, el acto se consuma desde momento en que Raquel proporciona refugio a Alejandra, pero siempre conservando el denominador común de la finalidad del delito de trata: someterla a algún tipo de explotación, a la extracción de órganos o a la celebración de matrimonios forzados, como lo prevé el propio art. 177 bis 1.

Por otro lado, en cuanto a los medios comisivos, en principio, Raquel recurre al engaño, como medio para lograr obtener la aceptación de Alejandra de venir a España. Se afirma esto porque le hace una oferta de trabajo con unas condiciones que posteriormente no se van a cumplir. Así, Raquel le indica que se trata de un “trabajo bien remunerado”, por el que obtendría un salario de 1.200 euros mensuales y le hace ver que, de aceptar el trabajo, mejoraría su situación económica, situaciones que posteriormente -al llegar a España Alejandra- no se dan, puesto que no recibe ningún pago (bajo la justificación se éste se encuentra cubriendo el hospedaje, alimentación, el billete de ida, y los pagos a la niñera de su menor hijo) ni mejora su situación económica.

Sobre el particular, el Tribunal Supremo (en adelante, TS) refirió, que “el engaño consiste en utilizar datos total o parcialmente falsos para hacer creer a la víctima algo que no es cierto y que generalmente se traduce en ofertas de trabajo legítimo, bien en el servicio doméstico, bien en establecimientos fabriles o comerciales, o incluso como modelos, y en general en ofrecer a personas desvalidas unas mejores condiciones de vida” (Sentencia del Tribunal Supremo -en adelante, STS-, 1229/2017, de 29 de marzo, FD 15º)⁷.

En el caso se incide en que la situación de Alejandra en Nicaragua era la de una persona desempleada que tenía a su cargo un niño de 3 años a quien mantener. Asimismo, se indica que no tienen ningún tipo de contacto con sus familiares, ni con el padre del niño, y que además su país atravesaba una crisis. Todas estas circunstancias trasladan la imagen de que Alejandra se encontraba en situación de necesidad. Esta condición también está contemplada como un medio comisivo. Así, “existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso” (art. 177 bis 1 CP).

Al respecto, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, STSJ) de Galicia 4439/2021, de 11 de junio, FD 3º, se indicó que “en relación con el delito de trata, ya no es exigible, en la actual redacción, violencia e intimidación, siendo suficiente el engaño, abuso de superioridad o de una situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima [...] [Entendiendo que era] evidente la situación de grave necesidad de la víctima con tres hijos a su cargo y careciendo de medios en su país buscando mejores perspectivas en España, si bien a cambio de quedar a merced de los acusados, al encontrarse en situación irregular, sin recursos y con la necesidad de abonar la deuda contraída por el coste del viaje”.

En este sentido, la definición de “situación de vulnerabilidad o necesidad”, al contener conceptos jurídicos indeterminados, como el qué entender por una alternativa real o aceptable, da lugar a que algunas situaciones sean consideradas como de necesidad y otras no. Como apunta Pérez Cepeda, “esta nueva definición, que depende de las capacidades abstractas de respuesta de una persona en un determinado contexto, continúa pareciendo

⁷ En la misma línea: STS 2636/2020, de 23 de julio, FD 8º.

demasiado abstracta al CGPJ, según se deduce de su informe al Anteproyecto de LO de modificación del CP de 2012” (Pérez Cepeda, 2018, p. 242).

En cuanto a la tipicidad subjetiva⁸, “por la relación contenida de los medios así como por la definición de las finalidades perseguidas, queda patente que este delito se configura como un delito doloso siguiendo lo ordenado por el art. 5.1 del Protocolo de Palermo y el art. 18 del Convenio del Consejo de Europa” (De Vicente Martínez, 2015, p. 467).

Entonces, el delito de trata de seres humanos es admisible únicamente en la modalidad dolosa y debe estar presente tanto en la acción, como en alguna de las finalidades de explotación que se exige para la configuración del delito (García Sedano, 2020, 77). Es decir, a diferencia de otros en los que el elemento subjetivo se agota con el dolo en la acción típica, este tipo penal, al incluir una finalidad que se persigue con la acción, hace suponer la exigencia del dolo también en dicha finalidad.

En el supuesto de hecho propuesto, respecto de la conducta típica, se tiene que Raquel, desde el principio, actuó con voluntad de captar, trasladar y, finalmente, acoger a Alejandra. Sus actuaciones así lo acreditan, puesto que le ofreció una propuesta de trabajo, le compró un billete de viaje y puso a su disposición un lugar en su domicilio para que allí se estableciera. Consecuentemente, puede concluirse, razonablemente, que su conducta fue dolosa.

Respecto al dolo en la finalidad, parece evidente que Raquel pretendía someter a Alejandra a la realización de actividades domésticas y de jardinería en condiciones de explotación en su domicilio. Finalidad que, efectivamente, llegó a ejecutar, como se desprende del hecho de que, entre otras circunstancias, le obligase a realizar dichas actividades durante más de 16 horas diarias. De este modo, se constata la correlación entre las actuaciones de Raquel y la finalidad contenida en el apartado a) del art. 177bis 1 del CP “a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad”.

Si bien es cierto que, como se indicó anteriormente, no es necesario que se llegue a producir tal extremo para que se perfeccione el delito de trata. Para entenderlo consumado bastaba con que Raquel obrara con tal finalidad. De hecho, la ejecución/consecución de la conducta daría lugar a otro delito⁹. Esto es, si, por ejemplo, se llegara a ejecutar la explotación laboral, posiblemente podría a llegar a configurarse un nuevo delito contra los derechos de los trabajadores, delito con el cual concurriría en concurso. Este último asunto se desarrolla en el siguiente epígrafe.

1.2. Delito contra los derechos de los trabajadores (art. 312.2 del CP)

El supuesto de hecho refiere que Alejandra realizaba diversas tareas domésticas y de jardinería durante más de 16 horas diarias, que tenía que empezar a su jornada a las 5:00 horas y esta se prolongaba hasta pasadas las 00:00 horas del día siguiente, sin disfrutar

⁸ Zaffaroni, Raúl se refiere al elemento dolo como tipo subjetivo e indica que “el momento del dolo debe coincidir con el de la realización de la acción” (Zaffaroni, 2006, p. 410). A su turno, Quintero Olivares respecto a los delitos dolosos, refiere que a la parte subjetiva de estos “corresponde todo aquello que pertenece a la dirección de voluntad del autor y a su conocimiento de los elementos objetivos tipo” (Quintero Olivares, 2010, p 351).

⁹ “El delito de trata se configura así como un delito mutilado en dos actos, al exigir que la conducta llevada a cabo a través de los medios comisivos mencionado en el tipo penal se realice con la finalidad de llevar a cabo una segunda conducta siendo ésta la explotación de la víctima, cuya ejecución da lugar a otro delito” (Pérez Cepeda, 2018, p. 245).

de descanso ni comida. Esto nos traslada al ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores regulado en el Título XV del CP, concretamente al artículo 312, apartado 2.

Dicho precepto, respecto de la vulneración de derechos trabajadores extranjeros, señala que serán castigados con pena de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses “quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”. Vicente Martínez, citando al TS¹⁰ refiere que “este tipo penal sanciona la explotación laboral” (Vicente Martínez, 2015, p. 846)¹¹.

Al respecto, la STS 1908/2017, de 17 de mayo, FD 3º, es bastante ilustrativa en cuanto al tratamiento de este delito (art. 312.2 del CP). Así, señala que “el tipo previsto en el art. 312 describe fundamentalmente situaciones de explotación de los trabajadores por cuenta ajena, que integran ilícitos laborales criminalizados, justificándose la intervención del derecho penal por la mayor lesividad que la infracción de normas laborales conlleva para el bien jurídico protegido”.

En efecto, la protección los derechos de los trabajadores, como es evidente, tiene su sede natural en el ámbito del Derecho Laboral, dejando espacio para la intervención del Derecho Penal solo en aquellos casos en que los actos supongan una mayor lesividad en los derechos del trabajador, que son las conductas reguladas en citado Título XV del CP.

En esa misma línea, la Fiscalía General de Estado (en adelante, FGE) , en la Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, haciendo referencia a la Jurisprudencia del TS, ha señalado que “para comprender el sentido y alcance de los artículos 311.1 y 312.2 CP, es necesario partir de la idea de explotación laboral que solo comprende las situaciones de vulneración dolosa de las normas imperativas reguladoras de las relaciones laborales”.

Al respecto, el art. 4.1, apartado f, del Estatuto de los Trabajadores¹² (en adelante, ET) refiere que los trabajadores tienen derecho “a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida”, remuneración que Alejandra no recibía. Asimismo, sobre la jornada de trabajo¹³, el art. 34.1 ET establece que “la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual” y, en el apartado 4, refiere que cuando “la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos”. Como es fácilmente contrastable, estas condiciones no se daban en el supuesto de hecho objeto de análisis, pues Raquel obligaba a trabajar a Alejandra por más de 16 horas diarias y sin descansos, vulnerándose, por tanto, sus derechos como trabajadora.

Ahora, en cuanto al sujeto pasivo, el TS, en la precitada sentencia 1908/2017, continúa

¹⁰ Auto del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2006.

¹¹ “El Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes [...] Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho. De ahí que se diga que también que el Derecho penal tiene carácter “subsidiario” frente a las demás ramas del Ordenamiento jurídico” (Muñoz Conde, y García Arán, 2007, p. 70).

¹² Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

¹³ De la interpretación del art. 34 del ET se infiere que la jornada laboral es la cantidad de horas en las que el trabajador presta sus servicios.

desarrollando el tipo penal y refiere que, cuando “se trata de la contratación de inmigrantes ilegales, esto es, aquéllos que carecen permiso de trabajo y de residencia en España que, aunque no se hallan incluidos en el art. 35 de la Constitución que reconoce a “todos los españoles” el derecho al trabajo y el deber de trabajar, tal derecho se ejercita frente a los poderes públicos y solo frente a ellos, sin que pueda constituir una patente de impunidad cuando concierne a personas no españolas conscientes de su situación ilegal. No cabría en estos casos imponer condiciones atentatorias a la dignidad humana” (FD 3°).

Consecuentemente, “considerar solo sujeto pasivo de este derecho al trabajador legal y no al inmigrante clandestino llevaría a una concepción que crearía unas situaciones inaceptables de desigualdad social, porque el empleador podría imponer a los trabajadores ilegales las condiciones laborales más discriminatorias sin riesgo alguno de infracción legal, a pesar de resultar severamente comprometidos valores inherentes a la persona, que como la dignidad del art. 10 CE, no conoce fronteras” (STS 1908/2017, de 17 de mayo, FD 3°).

Con lo cual, pese a que en el ámbito laboral la normativa esté orientada a regular relaciones entre empleadores y trabajadores nacionales o extranjeros con estancia legal en España, se entiende que los derechos laborales, para efectos del delito establecido en el artículo 312.2 del CP, se extienden a los extranjeros en condiciones de irregularidad, en este caso a Alejandra.

En cuanto al elemento subjetivo, este delito “es eminentemente doloso pero no se requiere ninguna intención o finalidad concreta, sino que basta el dolo consistente en el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, la existencia de una relación de empleo, que se trata de un súbdito extranjero, que carece de permiso de trabajo y que las condiciones de trabajo no respetan sus derechos laborales” (Vicente Martínez, 2015, p. 847).

Finalmente, en cuanto al concurso de delitos, debemos reseñar que, en el delito de trata de seres humanos no es exigible la ejecución de alguna de las finalidades establecidas en el art. 177 bis 1 CP. Sin embargo, en la realidad, es muy frecuente encontrar que éstas se lleguen a producir, por ejemplo, que las personas que hayan sido movilizadas de un lugar a otro para desarrollar actividades en condiciones de explotación finalmente lo sean, con lo cual, se configuraría un caso de concurso de delitos. Es el caso de Alejandra, que fue captada, trasladada y acogida para, finalmente, ser explotada laboralmente.

Cabe anotar que la FGE, en la mencionada Circular 5/2011, del 2 de noviembre, en referencia a la actividad desarrollada por el esclavo, el siervo y los trabajos obligatorios, ha referido que éstas “de llevarse a efecto podrían integrar además, en concurso con el delito de trata de seres humanos, un delito contra los derechos de los trabajadores tipificados en los artículos 311.1 o, en su caso, 312.2 CP”.

A su turno, el propio artículo 177 bis numeral 9 del CP refiere que las penas previstas para el delito de trata de seres humanos se impondrán sin perjuicio de las que correspondan a los demás delitos efectivamente cometidos, “incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación”. Este es el caso del delito que estamos tratado, el previsto en el art. 312.2, referido a los delitos contra los derechos de los trabajadores.

En ese sentido, atendiendo a que la relación entre uno y el otro delito es de medio a fin; es decir, el propósito del sujeto activo es cometer el delito del art. 177 bis 1 CP para, posteriormente, dar lugar a la configuración del otro delito, el del art. 312.2 CP, se

produce un concurso medial¹⁴, pues es necesaria la comisión del primero para la consumación del segundo. En la práctica judicial es frecuente encontrar esta figura, v. gr., en la sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, SAP) de Sevilla 1677/2021, de 26 de noviembre¹⁵ y en la STSJ de Galicia 4439/2021, de 11 de junio¹⁶.

1.3. Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 1 del CP)

En el caso propuesto, Raquel fue la persona que compró los billetes de viaje para que Alejandra pudiese venir a España. En efecto, una vez que los obtuvo se los envió a Alejandra por correo electrónico, y esta última pudo ingresar como turista. Esta sucesión de hechos conecta con el delito tipificado en el art. 318 bis 1 CP. Conforme a este precepto, quien intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea (en adelante, UE) a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros¹⁷, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año¹⁸.

El bien jurídico protegido en este tipo penal “son los derechos y libertades reconocidos a todo extranjero por el Ordenamiento Jurídico español, por lo tanto, sujeto pasivo sólo puede ser un extranjero sin que se requiera en él la condición de trabajador” (De Vicente Martínez, 2015, p. 882). Cabe destacar que “el número de sujetos pasivos es indiferente, basta con una sola persona pero si son varias las personas afectadas, la dimensión colectiva del bien jurídico determina la existencia de un solo delito¹⁹” (ibídem, p. 883).

En el caso propuesto, está claro que el sujeto pasivo es Alejandra, sin embargo, se manifestó que Raquel también compró y envió un billete de viaje para Juan, hijo de Alejandra, con lo cual, este también tendrá la condición de sujeto pasivo, pues la ayuda prestada no sólo recae sobre la madre, sino también respecto del menor.

“El ejemplo más frecuente de este delito, en la jurisprudencia española, es facilitar un billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en España, para que puedan entrar como turistas -sin serlo-” (Mestre Delgado, 2021, p.

¹⁴ “El concurso medial se produce cuando un delito se considera medio para cometer otro” (Quintero Olivares, 2010, p. 814).

¹⁵ En esta sentencia se menciona la concurrencia del delito de trata de seres humanos del art. 177 bis 1.a) CP, en concurso medial del art. 77.1 y 3, con el delito de explotación laboral del art. 312.2 CP.

¹⁶ En esta sentencia se menciona la concurrencia del delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual del artículo 177 bis 1 b del CP en concurso medial (art 77), con el delito de explotación de la prostitución del artículo 187.1 párrafo 2º del CP.

¹⁷ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

¹⁸ Este artículo, desde su incorporación al CP mediante la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, mediante un nuevo Título, el XV bis, denominado “De los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, ha sufrido una serie de modificaciones, siendo la última, la efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en cuyo Preámbulo se justifica dicha reforma en los siguientes términos: “se hacía necesario revisar la regulación del artículo 318 bis con una doble finalidad: de una parte, para definir con claridad las conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea, es decir, de un modo diferenciado a la trata de seres humanos, como establece la Directiva 2002/90/CE; y, de otra, para ajustar las penas conforme a lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/946/JAI, que únicamente prevé para los supuestos básicos la imposición de penas máximas de una duración mínima de un año de prisión, reservando las penas más graves para los supuestos de criminalidad organizada y de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante” (De Vicente Martínez, 2015, p. 883).

¹⁹ En el mismo sentido, vid. STS de 19 de enero de 2016.

631).

En un caso similar, la AP de Sevilla en la sentencia 1677/2021, de 26 de noviembre, FD 8º, manifestó que concurrieron en la conducta de la acusada “todos los requisitos subjetivos y objetivos que exige el injusto típico, consistente en organizar, favorecer o participar de manera directa y consciente en la llegada a España de las testigos sin cumplir con la normativa reguladora de la entrada en el territorio de la Unión Europea”. Consecuentemente, concluyó que la autoría de la procesada “fluye sin esfuerzo de la abrumadora prueba practicada [...] y de su propia declaración, pues vino a reconocer que efectivamente organizó la venida a España de las testigos con carácter permanente y que, con objeto de que pudieran eludir los controles aduaneros, las hizo pasar por turistas. Para ello, les entregó determinadas sumas de dinero y les procuró billetes de avión”.

Más recientemente, la Audiencia Provincial (en adelante, AP) de Alicante en la sentencia 5/2022, de 25 de enero, FD 2º, citando la sentencia a STS 882/2021, de 21 de noviembre, refirió lo siguiente: “el delito incluye como tráfico ilegal la utilización de fórmulas autorizadas de ingreso transitorio en el país (visado turístico por ejemplo) con fines de permanencia, buscando o incumpliendo las normas administrativas que la autoricen en tales condiciones [...] y así se reputa delito de inmigración clandestina el hecho de entrar en España bajo la condición de turista con el propósito de permanecer trabajando, tratándose de personas que carecen de permiso de trabajo y de residencia en España”.

Por tanto, en este caso, la compra y entrega de los billetes de viaje para Alejandra y su hijo, al haber permitido su ingreso a España en calidad de turistas, cuando en realidad la finalidad era quedarse a residir en el país a sabiendas que de que carecían permiso para ello, ha constituido la conducta típica por parte de Raquel, consistente en ayudar a una persona que no sea ciudadano de un Estado miembro de la UE a entrar en territorio español, vulnerando la legislación sobre la entrada de extranjeros.

1.4. Delito de detención ilegal (art. 163.1 del CP)

En el supuesto de hecho, Raquel le retiró el pasaporte a Alejandra apenas llegó a España. Transcurridos 5 meses sin haber recibido salario alguno, Alejandra le comunica a Raquel que ya no quiere seguir trabajando en esas condiciones, ante lo que Raquel le advirtió que, si lo dejaba, la iba a denunciar a la Policía. Ante esta situación, Alejandra empezó a grabar con su móvil las amenazas que le hacía Raquel, quedando registradas tanto las llamadas de atención de Raquel, como la negativa a poder salir del domicilio. Luego de dos semanas, aprovechando la ausencia de Raquel, Alejandra logra salir y llegar a una comisaría de Policía, en la cual hace saber los hechos acaecidos.

Todo lo anterior nos obliga a plantear la posible existencia de un delito de detenciones ilegales, que se encuentra regulado en el art. 163.1 del CP. Este precepto establece que será castigado con pena de prisión el particular que encierre o detenga a otro, privándole de su libertad. Por su parte, el apartado 3 del art. 163 CP, establece que, cuando el encierro o detención haya durado más de 15 días, este tipo delictivo habrá de calificarse en su modalidad agravada.

“El bien jurídico protegido por los delitos de detenciones ilegales y secuestros es la libertad ambulatoria o de movimientos, que consiste en la libertad de trasladarse de un lugar a otro según la voluntad del sujeto” (Blanco Cordero, 2015, p. 279). Asimismo, en

cuanto al tipo subjetivo se refiere, puede afirmarse que “la detención ilegal es una modalidad delictiva eminentemente dolosa” (Prats Canut, 2008, p. 198).

En el caso propuesto, Raquel infligía amenazas contra Alejandra al haberle indicado, en más de una oportunidad que, si se iba, la denunciaría a la Policía. Tal situación, pone de manifiesto la voluntad de conseguir que Alejandra se quedase en su domicilio, sin poder trasladarse a otro lugar, con lo cual se advierte la presencia del dolo en su conducta.

Ahora, en cuanto a la privación de la libertad en sí, “en el delito de detención ilegal basta cualquier conducta que cause el resultado típico, sin limitaciones en la modalidad de acción”²⁰ (Mirat Hernández, 2001, p. 163). Así, además de la utilización de la fuerza física para conseguirla, el TS ha aceptado la intimidación como medio para obtener la detención de la víctima (STS 8281/2004, de 20 de diciembre, FD 9º)²¹.

Cabe precisar, que el tipo delictivo puede llegar a consumarse aunque la víctima pueda realizar salidas o disponga de cierto margen de libertad ambulatoria, siempre que el sujeto activo tenga control permanente sobre ella (STS 1751/2006, de 20 de marzo, FD 5º)²².

Con respecto al caso concreto, el relato señala que luego de haber sido amenazada en varias oportunidades, Alejandra consigue salir del domicilio aprovechando la ausencia de Raquel. De esta situación resulta posible concluir que, en su presencia, Alejandra estaba impedida de trasladarse a otro lugar. Es decir, las amenazas infligidas fueron de tal entidad que doblegaron la voluntad de salir de Alejandra.

En todo caso, aunque el supuesto de hecho indica que Raquel no permitía salir del inmueble a Alejandra, pudiera ser posible que ésta última, en algún momento, haya salido o tenido posibilidad de salir. Sin embargo, ello no enerva la circunstancia por la cual Raquel era quien tenía el control permanente sobre sus movimientos, ya que tenía su documentación (su pasaporte) e imprimía sobre ella reiteradas amenazas para que no se fuera, como se acredita posteriormente con las grabaciones de audio y video que se entregan a la Policía.

Del relato de los hechos surge una incógnita en cuanto a la duración real de la privación de libertad a la que Alejandra se ha visto sometida. Parece claro que, como mínimo, ha estado detenida por catorce días, pues se nos señala, expresamente que “dos semanas más tarde”, Alejandra logró salir e ir a denunciar su situación. Por consiguiente, podemos concluir que, como mínimo, han concurrido los elementos para determinar la

²⁰ Precisa la autora que “es un delito de los denominados resultativos, o prohibitivos de causación, en los que la ley no hace mención a los medios determinados, en los que la descripción legal acota exactamente modalidades que puede revestir la manifestación de voluntad, como, por ejemplo, en el robo con fuerza en las cosas, donde la descripción legal hace que para el delito se consume se tiene que producir una de las formas de fuerza previstas en el tipo” (Mirat Hernández, 2001, p. 163).

²¹ Dicha sentencia refiere: “En efecto la detención ilegal puede cometerse aunque la privación de libertad deambulatoria no fuese absolutamente estricta o que los medios para ejecutarla no sean de violencia física bastando la mecánica meramente intimidatoria” (STS 8281/2004, de 20 de diciembre, FD 9º).

²² “En tal caso ha de estarse por la existencia de un delito de detención ilegal, autónomo. En relación al delito de prostitución, tal autonomía puede existir en casos en los que las personas que explotan la prostitución ajena tienen un control permanente sobre su víctima, compatible con una mínima capacidad ambulatoria que no es libertad ambulatoria *strictu sensu* por referirse a personas extranjeras que se encuentran en la situación que se ha relatado” (STS 338/2006, de 20 de marzo, FD 5º).

En el mismo sentido, Bolea Bardón, citando STS 1047/06 de 9 de octubre, F 3, recuerda que el TS apreció “detención ilegal agravada en un supuesto en el que se traen mujeres del extranjero para ejercer la prostitución, pese a no existir “un encierro absoluto, directa y estrictamente físico” pues considera que “sí se ha privado a personas de los medios para ejercer la facultad de alejarse de un determinado espacio, lo que implica privación de la libertad deambulatoria” (Bolea Bardón, 2015, p. 150).

configuración del delito de detención ilegal en su modalidad básica, contemplada en el art. 163, apartado 1, del CP.

Ahora bien, cabría la posibilidad de que se plantease que estemos ante una situación donde se aprecie la concurrencia del delito de detención ilegal en su modalidad agravada (art. 163.3 CP). Para ello, en lugar de tomar en consideración exclusivamente las dos semanas, en las que existía una amenaza manifiesta para Alejandra en caso de que abandonase el domicilio, habrían de valorarse las posibilidades reales de Alejandra para ejercitar su derecho a la libertad ambulatoria durante los cinco meses en que ha estado privada de su pasaporte.

En principio, en ausencia de mayor información, y en la medida en que durante esos meses no parecía existir un condicionamiento efectivo a la capacidad de actuación y movimiento de Alejandra, no podemos afirmar con seguridad que se den los requisitos necesarios para apreciar la comisión del delito de detención ilegal en su modalidad agravada.

2. Consecuencias penales para Raquel

Las consecuencias penales para Raquel vienen determinadas por la imposición de una pena por la comisión de cada delito en el que haya sido declarada responsable, dicha pena, en principio, está prevista por la Ley en la descripción de cada tipo penal.

Respecto de la determinación de la pena, Muñoz Conde y García Arán refieren que “en el caso español, el legislador establece para cada delito un *marco penal genérico* -también denominado “pena abstracta”-, limitado por un máximo y un mínimo, y proporciona en la Parte General del Código una serie de reglas destinadas a concretarlo en un margen de penas más reducido o *marco penal concreto*, dentro del cual, finalmente, el juez o tribunal elegirá la pena que debe imponerse al condenado y que debe tratarse de una pena fija, con duración determinada en la sentencia” (Muñoz Conde y García Arán, 2007, p. 524). En otros términos, “determinar la pena consiste en fijar cuáles han de ser las consecuencias de debe producir un injusto penal, fijación que tendría que hacer el juez teniendo en cuenta la gravedad del hecho, su naturaleza y las condiciones que concurren en el autor” (Quintero Olivares, 2015, p. 646)

En el caso propuesto, entonces, en primer lugar, corresponde indicar la pena abstracta de cada delito existente y, en seguida, establecer la pena concreta.

Como se ha apuntado, en el supuesto de hecho podría existir un concurso de delitos. Respecto del mismo, los citados autores, refieren que “bajo la rúbrica “Reglas especiales para la aplicación de las penas”, la Sección 2º del Capítulo II del Título III del Libro I (arts. 73 y ss.) recoge una serie de reglas destinadas a determinar la pena [...] El tratamiento continuado de esas figuras corresponde al estudio de la unidad y pluralidad de delitos” (ibídem, p. 536). Por lo que, posteriormente, corresponderá calcular las penas en virtud de tales reglas.

2.1. Pena abstracta y determinación de pena concreta de cada delito

Para el delito de trata de seres humanos (art. 177bis. 1 CP), la pena legal abstracta, en su modalidad básica, está comprendida entre los cinco y ocho años de prisión.

En cuanto al grado de ejecución, se trata de un delito consumado, por lo que no corresponde imponer una pena inferior en uno o dos grados, como lo prevé el art. 62 del

CP, para casos de tentativa. Asimismo, respecto al grado de participación, Raquel ha intervenido en calidad de autora, en consecuencia, se le castiga con la pena prevista para el tipo penal, de conformidad con lo establecido en el art. 61 del CP y, en cuanto a las circunstancias modificativas de responsabilidad penal, no se advierte la concurrencia de ni de atenuantes ni agravantes.

Por tanto, a Raquel, por la comisión del delito de trata de seres humanos previsto en el art. 177 bis.1, podría serle impuesta la pena mínima prevista en el tipo penal, cinco años de prisión (pena concreta).

Cabe añadir que, de conformidad con el art. 56.1 apartado 2º del CP, al ser la pena inferior a 10 años, corresponderá imponer a Raquel una pena accesoria²³, esta sería la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y duraría cinco años, el mismo tiempo que dure la condena de prisión

Para el delito contra los derechos de los trabajadores (art. 312.2 del CP), la pena legal abstracta prevista para este tipo penal está comprendida entre los dos y los cinco años de prisión y multa de seis a doce meses.

En cuanto a las reglas destinadas a concretar la pena, al igual que en el anterior delito, no se advierten circunstancias en el supuesto de hecho que permitan establecer una pena más o menos gravosa. Por lo tanto, por la comisión de este delito se impondría a Raquel la pena mínima prevista en el tipo penal, dos años de prisión y seis meses de multa.

Asimismo, de las penas accesorias posibles, considero, por su mejor adecuación a la realidad de los sujetos intervinientes, que se le impondría la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de sufragio por el tiempo de 2 años.

Por el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 1 del CP), la pena legal abstracta prevista para este tipo penal puede ser multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

En cuanto a las reglas destinadas a concretar la pena, al igual que en el anterior delito, no se advierten circunstancias en el supuesto de hecho que determine una pena más o menos gravosa. Así, por la comisión de este delito se impondría a Raquel la pena mínima prevista en el tipo penal, tres meses de prisión. Asimismo, se le impondría la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de sufragio por el tiempo de tres meses.

En lo referente al delito de detenciones ilegales (art. 163.1), la pena legal abstracta prevista para este tipo penal, en su modalidad básica, está comprendida entre los cuatro y los seis años de prisión.

En cuanto a las reglas destinadas a concretar la pena, en este caso tampoco no se advierten circunstancias en el supuesto de hecho que determine una pena más o menos gravosa. Por lo tanto, por la comisión de este delito se le impondría a Raquel la pena mínima prevista en el tipo penal, cuatro años de prisión. Asimismo, se le impondría la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de sufragio por el tiempo de cuatro años.

2.2. Determinación de la pena en concurso

Para acumular las penas que le corresponden a una persona, el CP ha establecido una serie de reglas. Así, en primer lugar, refiere que: “al responsable de dos o más delitos o faltas

²³ De acuerdo al art. 56 CP podría imponérsele también como pena accesoria “la suspensión de empleo o cargo público”, “la inhabilitación especial para el empleo o cargo público”, entre otros. Sin embargo, al no estar vinculadas a la naturaleza del caso propuesto, considero improbable que sean aplicadas.

se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas” (art. 73 del CP).

Dicho artículo desliza la posibilidad del cumplimiento simultáneo de las penas por parte del condenado, siempre y cuando la naturaleza y efectos de las penas lo permitan. En este caso, a Raquel le corresponden cuatro penas de prisión, por lo tanto, éstas no se pueden cumplir en simultáneo. Si se puede, sin embargo, en el caso de la multa impuesta por el delito del art. 312.2 del CP.

Centrándonos en las penas de imposible cumplimiento simultáneo, es preciso acudir a lo previsto en el art. 75 del CP. Este artículo establece que “cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible”. Por lo tanto, en el caso propuesto, en principio, tendría que cumplirse primero la pena correspondiente al delito de trata de seres humanos (art. 177 bis 1 CP) para que, finalmente, se cumpla la determinada para el delito contra el derecho de los ciudadanos extranjeros (art. 318.1 CP). Esto supondría la suma de todas las penas.

No obstante, para el caso del concurso medial que concurre entre los delitos de trata de seres humanos del art. 177 bis 1 y delito contra los derechos de los trabajadores del art. 312.2, ambos del CP, rige la regla contenida en el art. 77.3 del CP. Conforme a este precepto, “se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos”.

En nuestro caso, de los dos delitos que concurren en concurso medial, la pena que habría correspondido por la infracción más grave es de cinco años (por el delito del art. 177 bis 1). Entonces, según el referido art. 77.3 CP, el límite mínimo de la pena procedente por el concurso debe ser superior, es decir, cinco años más un día. En cuanto al límite máximo, este no puede exceder de la suma de las dos penas concretas, en este caso serían siete años (cinco años de delito por art. 177 bis 1 y dos años por delito del art. 312.2 del CP). Por lo tanto, la pena que corresponde aplicar por el concurso medial está comprendida entre cinco años más un día y siete años. En consecuencia, al no encontrar circunstancias que supongan la agravación de la pena, se le impondría la pena en su límite mínimo, 5 años más un día.

En ese orden de ideas, y por hacer una recapitulación, las penas que se le impondrían a Raquel serían las siguientes:

- Por el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis 1 del CP) en concurso medial con el delito contra los derechos de los trabajadores (art. 312.2 del CP), la pena de cinco años más un día de prisión.
- Por el delito de detenciones ilegales (art. 163.1 del CP), la pena de cuatro años de prisión.
- Por el delito de contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 1 del CP), la pena de tres meses de prisión.

En definitiva, la suma de las penas de prisión asciende a nueve años, tres meses y un día, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. A los que habría que adicionar la pena de seis meses de multa por el delito contra los derechos de los trabajadores (art. 312.2 del CP)

Finalmente, cabe indicar que, en atención a lo previsto en el art. 76.1 del CP, la pena impuesta no podrá exceder de los veinte años ni del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido. En este caso, la pena impuesta es de nueve años y tres meses más un día. Como puede comprobarse, no excede del límite de 20 años, ni el triple de la pena más grave, que es quince años, por lo tanto, no corresponde que se declare extinguida ninguna parte de la pena.

II. CUESTIÓN ¿QUÉ ÓRGANO ES COMPETENTE PARA CONOCER DEL DELITO COMETIDO POR RAQUEL?

1. Consideraciones previas

Para la determinación del órgano competente para el conocimiento de los delitos cometidos por Raquel resulta conveniente, previamente, hacer alusión a tres cuestiones: la potestad jurisdiccional, la competencia y la improrrogabilidad de la jurisdicción criminal.

“La potestad jurisdiccional consiste, según definición constitucional, en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y se atribuye a los juzgados y tribunales (art. 117.3 CE), que la ostentan en toda su plenitud. Como potestad del Estado y atributo de la soberanía “la jurisdicción es única”, según establece el art. 3.1 LOPJ. Sin embargo, esto se refiere solamente a la *jurisdicción como potencia* y no supone, como es natural, que exista o deba existir un único tribunal; si así fuera, no cabría siquiera plantear el estudio de la competencia, porque a ese único tribunal se le habría de encomendar el conocimiento de todos y cada uno de los asuntos que se pudieran suscitar” (Moreno Catena, 2015, p. 67).

Cuestión distinta, es la competencia que “puede definirse como el conjunto de procesos en que un tribunal puede ejercer, conforme a ley, su jurisdicción o, desde otra perspectiva, la determinación del tribunal que viene obligado, con exclusión de cualquier otro, a ejercer la potestad jurisdiccional en un concreto asunto” (ibídem, p. 68). Asimismo, apunta Gómez Colomer, que “la competencia en el orden penal no presenta ninguna variación en cuanto al concepto de la misma estudiado para el proceso civil” (Gómez Colomer, 2019, p. 56).

Finalmente, es importante precisar que “la jurisdicción criminal es siempre improrrogable”, así lo ha establecido la LECrim, aprobada por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882²⁴.

2. Determinación de la competencia en las causas de Raquel

La determinación del órgano jurisdiccional al que le corresponde la investigación y conocimiento de las causas de Raquel pasa, necesariamente, por saber qué delitos le son atribuidos. Así, como se indicó anteriormente, los hechos expuestos en el caso concreto pueden dar lugar a la configuración de los siguientes delitos: delito de trata de seres humanos (art. 177 bis 1 del CP), delito contra los derechos de los trabajadores (art. 312.2 del CP), delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 1 del CP) y delito de detención ilegal (art. 163.3 del CP).

²⁴ “En el proceso civil, recuérdese, es disponible generalmente la competencia territorial, pudiendo prorrogarse por las partes, pero en el proceso penal esto no sucede, porque el art. 8 LECRIM afirma expresamente que es improrrogable” (Gómez Colomer, 2019, p. 68).

2.1. Competencia objetiva

“La competencia objetiva puede definirse como la distribución que hace el legislador entre los distintos tipos de órganos que se integran en el orden penal, para el enjuiciamiento en única o primera instancia de los hechos por los que procede” (Moreno Catena, 2015, p. 72). Nótese que este primer punto se orienta a determinar cuál es el órgano encargado del enjuiciamiento.

Para determinar esta competencia se recurren a criterios personales²⁵, materiales²⁶ o el tipo del delito y la cuantía de las penas. De ellos, el que nos interesa, por aplicarse al caso propuesto, es el último (el tipo de delito y la cuantía de las penas). Al respecto, tomaremos como referencia lo dispuesto en el art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim). En él se regula, entre otras, la competencia del Juez de instrucción, Juez de lo penal y Audiencia provincial tomando el tipo del delito y la cuantía de las penas.

Así, el art. 14.3 de la LECrim refiere que el Juez de lo penal de la circunscripción donde el delito fue cometido es competente “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”. Agrega el art. 14.4 de la LECrim que “para el conocimiento y fallo de las causas en los demás casos” será competente la Audiencia provincial de la circunscripción donde el delito se haya cometido.

Por lo tanto, para los delitos con pena de cinco años, o una inferior, serán competentes los Juzgados de lo penal y, para aquellos que superen dicha pena, la Audiencia Provincial. Ahora, el legislador no ha sido explícito al momento de indicar a qué pena se refiere, si a la pena abstracta o la concreta. Sin embargo, el TS ha tenido a bien pronunciarse al respecto disipando toda duda, así, en la sentencia 7796/1998 de 21 diciembre ha emitido el fallo “acordando que la competencia para el enjuiciamiento ha de fijarse en consideración a la pena abstracta señalada al delito objeto de la acusación”.

En el caso que nos ocupa, considerando las penas abstractas para cada uno de los delitos que se han abordado en la I. Cuestión, Raquel sería juzgada por el Juez de lo Penal por los delitos cuya pena es inferior a cinco años y por la Audiencia Provincial por los delitos cuya pena sea superior a la misma. No obstante, como se indicará más adelante, es posible que opere un criterio de conexidad entre ellos que determine, finalmente, que sean conocidos en un solo proceso y por mismo un órgano, la Audiencia Provincial.

2.2. Competencia funcional

“Las reglas relativas a la competencia funcional permiten determinar, con toda precisión, qué órgano judicial ostenta la competencia para conocer de las distintas fases del procedimiento o de cada concreto acto procesal. Las reglas sobre la competencia

²⁵ Este criterio tiene en cuenta la cualidad especial de la persona, por ejemplo, de acuerdo con el art. 57.1, apartado 1º, de la LOPJ, el Tribunal Supremo será competente para “la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional”.

²⁶ Este criterio se refiere a la reserva que hace el legislador para que el tratamiento de algunos delitos sea conocidos por determinados órganos jurisdiccionales, así por ejemplo, según el art. 65.1, apartado b), de la LOPJ, la Audiencia Nacional será competente para conocer los delitos de “falsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajero falsos, siempre que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales”.

funcional permiten concretar el órgano judicial competente para el conocimiento de: la instrucción de las causas penales, el conocimiento de los recursos, la resolución sobre las cuestiones de competencia” (Pérez-Cruz Martín, 75).

Esta competencia se determina en función de la competencia objetiva, es decir, en función del órgano encargado del conocimiento y fallo de una causa²⁷. Así, en cuanto a la fase de instrucción, el art. 87.1 apartado a) de la LOPJ establece que los Juzgados de instrucción conocerán en el orden penal “de la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal, excepto de aquellas causas que sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”.

En el caso que nos convoca, como se acaba de apuntar en el epígrafe anterior, el órgano competente para la celebración del juicio contra Raquel sería la Audiencia provincial, en consecuencia, a tenor de la precitada disposición legal (art. 87.1 LOPJ), en la fase de instrucción la competencia recaería sobre el Juzgado de Instrucción.

2.3. Competencia territorial

“Las normas reguladoras de la competencia territorial permiten concretar los órganos judiciales, que ostentando jurisdicción y competencia objetiva, tiene atribuida la competencia por razón del territorio, es decir, qué órgano jurisdiccional en concreto [...] es el específicamente competente (Audiencia Provincial de A Coruña, por ejemplo)” (Pérez-Cruz Martín, 2010, p. 109).

En esa línea, Beltrán Miralles señala que “la regla general en materia de competencia territorial en el orden penal es la de la atribución de la competencia al Juzgado del lugar de comisión del hecho delictivo” (Beltrán Miralles, 2011, p. 169), se está refiriendo pues al *fórum commissi delicti*. Dicha regla se refleja en el art. 14.2 de la LECrim, que refiere que, “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”.

En el supuesto de hecho que nos ocupa, a Raquel se le atribuye la responsabilidad por cuatro delitos, es decir, se produce lo que se denomina “pluralidad de hechos delictivos”. Esto, en principio, podría hacernos pensar que se tendrían que iniciar cuatro procesos, en los cuales se lleven a cabo la investigación y enjuiciamiento de cada delito; sin embargo, el legislador ha establecido criterios para que estos sean objeto de un solo proceso.

Así, en el art. 17.1, el legislador ha dispuesto lo siguiente: “Cada delito dará lugar a la formación de una única causa. No obstante, 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”.

Además, ha establecido en el art. 17.2 del CP los supuestos de conexidad y, en referencia a ellos, Moreno Catena refirió que “tiene lugar la conexión entre distintos procesos cuando existan elementos comunes, bien en relación con los encausados (conexidad

²⁷ Salvo que la competencia funcional ya venga específicamente por Ley. Así, por ejemplo, el referido art. 57.1, apartado 1º, de la LOPJ, señala que el Tribunal Supremo conocerá tanto la instrucción como el enjuiciamiento en las causas contra las autoridades y funcionarios que allí se indican.

subjetiva), bien en relación con los hechos delictivos (conexidad objetiva)” (Moreno Catena, 2021, p. 94).

En lo que concierne al caso propuesto, el apartado 3º del art. 17.2 del CP refiere que se considerarán delitos conexos “los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución”. Este sería el caso de Raquel en lo referente al delito de trata de seres humanos del art. 177 bis 1 del CP con el delito contra los derechos de los trabajadores (art. 312.2 del CP).

Asimismo, el art. 17.3 del CP refiere que “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, podrán ser enjuiciados en la misma causa, a instancia del Ministerio Fiscal, si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes”.

Cabe anotar que, el TS, en la sentencia 349/2014 del 21 de enero, FD 1º, ha señalado que, “la [...] interpretación de tales normas, se viene manifestando en una doble dirección: a) En primer lugar, con un criterio amplio en cuanto a la clase de los delitos a acumular (*«ratione materiae»*), interpretando la conexión desde perspectivas sustantivas, alejadas del criterio de la conexión procesal de los arts. 17 y 300 LECrim, de tal forma que, en consideración a las razones humanitarias que constituyen el fundamento de estas normas, la clase concreta de delito cometido no ha de ser obstáculo que pueda impedir su aplicación”. Siguiendo esa línea en la STS 4145/2020 del 27 de noviembre, FD 2º, ha indicado que el “Tribunal Supremo ha ido matizando su jurisprudencia gradualmente para flexibilizar los requisitos exigibles en toda acumulación, en especial la conexidad, que se interpreta como presupuesto exclusivamente relacionado con el momento de comisión de los hechos delictivos”.

Ahora bien, en cuanto a los principios de la conexión, Pérez-Cruz Martín señaló que “la conexión, como pone de relieve la jurisprudencia del TS, obedece a tres principios:

1º El de economía procesal, ya que es más barato, no sólo en dinero sino en tiempo y en actividad, que se tramite un solo procedimiento para todos los delitos conexos que no un procedimiento distinto para cada uno de ellos.

2º El de impedir que en hechos análogos puedan recaer resoluciones contradictorias, y

3º El de facilitar la aplicación de las normas materiales que establecen los supuestos de concurso de delitos y los límites de las penas se hayan de imponer (arts. 69, 69 bis y 70 CP; no del 71 -concurso ideal- pues el hecho es único, no cabría por tanto la apertura de varios procesos)” (Pérez-Cruz Martín, 2010, p. 112)

Ahora bien, en cuanto a la competencia en los casos de delitos conexos, el art. 18 establece que son jueces y tribunales competentes para conocer estos delitos:

“1.º El del territorio en que se haya cometido el delito a que esté señalada pena mayor.

2.º El que primero comencare la causa en el caso de que a los delitos esté señalada igual pena”.

Cabe indicar que estas reglas son de mayor uso para casos en los que se hayan iniciado procesos judiciales ante diferentes órganos jurisdiccionales, por eso el apartado 2º hace alusión al que “primero comencare la causa”. Sin embargo, en este caso, entenderemos que el proceso se iniciará ante el mismo órgano jurisdiccional, el del lugar donde se cometieron los delitos.

Los delitos por los que se juzgaría a Raquel tuvieron lugar en el municipio de Santiago de Compostela que, a su vez, constituye un partido judicial ubicado dentro la jurisdicción de la Audiencia Provincial de A Coruña. Por consiguiente, ésta será el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa. Siendo el Juzgado de Instrucción de Santiago de Compostela el competente para la instrucción.

III. CUESTIÓN: ¿LAS GRABACIONES QUE ALEJANDRA HIZO CON LA CÁMARA DEL MÓVIL SON UN MEDIO DE PRUEBA VÁLIDO?

1. Consideraciones previas

En el caso propuesto, Alejandra, frente al trato hostil que recibía por parte de Raquel, decidió realizar grabaciones con su móvil, unas de audio y otras de video, que posteriormente fueron aportadas junto con la denuncia ante la policía. En ellas, se constata que Raquel le recriminaba por sentarse a descansar y la negativa a poder salir del domicilio, las llamadas de atención por sentarse a comer algo e, incluso, las amenazas reiteradas de denunciarle a la Policía si intentaba irse o si seguía preguntando cuando iba a cobrar el salario.

Lo que corresponde, entonces, es analizar si tales elementos -las grabaciones- constituyen un medio de prueba válido o no, pues de ello depende si pueden ser utilizados en el proceso, de tal manera que la parte pueda demostrar los hechos y el Juez pueda considerarlos verdaderos²⁸.

2. Las grabaciones como medio de prueba

En primer lugar, el análisis de las grabaciones como medio de prueba válido nos remite a los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar²⁹, así como al derecho al secreto de las comunicaciones³⁰, contemplados en el artículo 18 de la Constitución Española (en adelante, CE), apartados 1 y 3 respectivamente, con el carácter de derechos fundamentales.

Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos³¹ (en adelante, CEDH), en su art. 8 refiere que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia” (apartado 1) y, a renglón seguido, apunta que, “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad

²⁸ Sobre el particular, Rivera Morales, citando a Michele Taruffo, refirió que “la prueba es el instrumento que le proporciona al juez la información que necesita para establecer si los enunciados sobre los hechos se fundan en bases cognitivas suficientes y adecuadas para ser considerados verdaderos” (Rivera Morales, 2011, p.36).

²⁹ “El derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida” (STC 144/1999, de 22 julio, FJ 8).

³⁰ El art. 18.3 de la CE refiere que “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”, al respecto, ha de considerarse que “el secreto es el medio por el que se puede hacer efectivo el derecho a la privacidad en el ámbito de las comunicaciones” (De Urbano Castrillo, 2007, p. 248). A su turno, Casanova Martí refiere que “se trata de una garantía de uno de los aspectos esenciales de la vida privada” (Casanova Martí, 2014, p. 44).

³¹ Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás” (apartado 2).

Sobre el particular, Torres Morato y De Urbano Castillo refieren que “el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades [...] en su artículo 8 reconocen el derecho a la vida privada y familiar, y es justamente aquí donde se ubica el derecho al secreto de las comunicaciones” (Torres Morato y De Urbano Castillo, 2007, p. 248).

En esa línea, la normativa interna, en concreto la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), dispone que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales” (art. 11.1 LOPJ).

Sobre este asunto, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), en la sentencia (en adelante, STC) 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7, ha manifestado, respecto al secreto de las comunicaciones, que, este derecho, “rectamente entendido, [...] consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así -a través de la imposición a todos del “secreto”- la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -con conocimiento o no del mismo- o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo)”.

La trascendencia de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) radica en que con ella se “introdujo en nuestro sistema legal la prohibición de utilizar pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales [...] [La] consecuencia de esta sentencia fue el artículo 11.1 Ley Orgánica del Poder Judicial que prohíbe expresamente la valoración de dichas pruebas, que puedan surtir efectos en el proceso y sirvan para basar en ellas una sentencia condenatoria” (Costa Torné, 2012, p. 137).

Más recientemente, la STC 99/2021, de 10 de mayo (FJ 3), refirió que: “entre los derechos fundamentales que la norma constitucional reconoce se encuentra la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), y el derecho al secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial (arts. 18.3 CE). Este último derecho, en su vertiente positiva pero implícita [...] consagra la libertad de las comunicaciones y explícitamente su reserva. Por lo tanto, el concepto jurídico de lo secreto, visto desde tal perspectiva, tiene un carácter formal y abstracto en consecuencia, ya que “se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”. En definitiva, se pretende garantizar la “impenetrabilidad de la comunicación” por terceros con eficacia *erga omnes*, tanto para los ciudadanos de a pie [...] como para los agentes de los poderes públicos”.

Por otra parte, “es doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10.1 CE, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana” (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10).

En ese orden de ideas, podemos ir concluyendo que los medios de prueba consistentes en grabaciones que hayan sido obtenidas violentando el derecho a la vida privada y familiar o el derecho al secreto de las comunicaciones, no surtirán efecto.

No obstante, en los casos en los que en la grabación toma parte uno de los intervinientes, como es el caso de Alejandra, Torres Morato y De Urbano Castrillo -citando la STS 17 de junio del 1999³²- refieren que “no hay vulneración de la intimidad cuando el que realiza la grabación en vídeo es el destinatario de los actos y manifestaciones grabadas” (Torres Morato y De Urbano Castillo, 2007, p. 339). Asimismo, respecto a las grabaciones de la comunicación verbal señalan que “tal conducta puede realizarse por uno de los que interviene en la conversación, en cuyo caso [...] no se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones” (ibídem, p. 343).

Sobre este asunto, el TS ha concluido que:

“1º) La utilización en el proceso penal de grabaciones de conversaciones privadas grabadas por uno de los interlocutores, no vulnera en ningún caso el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones.

2º) Tampoco vulnera el derecho constitucional a la intimidad, salvo casos excepcionales en que el contenido de la conversación afectase al núcleo íntimo de la intimidad personal o familiar de uno de los interlocutores”.

Respecto a que una grabación podría quedar incurso, además, en la infracción del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), agregó que:

“3º) Vulneran el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y en consecuencia incurren en nulidad probatoria, cuando las grabaciones se han realizado desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad o superiores jerárquicos) para obtener una confesión extraprocesal arrancada mediante engaño, salvo los supuestos de grabaciones autorizadas por la autoridad judicial conforme a los art 588 y siguientes de la LECrim.

4º) No vulneran el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, cuando se han realizado en el ámbito particular” (STS 1551/2018, de 8 de mayo, FD 2)³³.

En esa línea, creo importante destacar lo manifestado en la STS 4168/2021 de 15 noviembre, que analiza un asunto de ilicitud probatoria en un caso en el que, quien efectúa la grabación, es un coimputado que “actuó [...] al servicio de los agentes que asumieron el escalón inicial de la investigación”. El TS refiere que “aceptar sin reservas una declaración obtenida en esos términos supone abrir una inédita y peligrosa vía que permitiría a la investigación penal esquivar los perturbadores límites que imponen las garantías de nuestro sistema constitucional. De atribuir normalidad a un escenario en el que la obtención de un testimonio incriminatorio puede lograrse por los agentes optando entre la legitimidad jurisdiccional de la injerencia o la grabación subrepticia y clandestina facilitada por un coimputado, estaríamos contribuyendo a una irreparable erosión de las garantías y derechos que limitan el ejercicio del *ius puniendi*” (FD. 2º).

³² En este asunto, se la grabación había sido realizada por un menor y, en ella, se dejaba constancia de los hechos de que fue víctima. “Lo que grabó el menor fue lo que le exhibió y dijo el acusado, es decir, lo que vio con sus ojos y lo que oyó con sus oídos” (STS 4300/1999, de 17 de junio, FD 1º).

³³ Se trata de un asunto en el que se cuestionaban la vulneración de derechos fundamentales con unas grabaciones practicadas por un particular.

A continuación manifiesta, consideramos que acertadamente, que “el proceso penal permite a los investigadores, desde luego, valerse de un agente encubierto. Pero su intervención no puede hacerse depender del incontrolado interés en obtener a cualquier precio pruebas incriminatorias. Por el contrario, ha de ajustarse a las previsiones del art. 282 bis de la LECrim”³⁴ .

En el caso que nos convoca, Alejandra efectuó varias grabaciones, en las que ella intervenía como interlocutora con Raquel, por lo tanto, siguiendo lo manifestado por la doctrina y jurisprudencia, serían válidas en tanto no vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones ni la intimidad personal o familiar y fueron realizadas en el ámbito particular, sin intervención de algún agente o autoridad.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos recordar que nuestro sistema no admite la prueba tasada, por el contrario, se sostiene en el principio de libre valoración de la prueba³⁵. Así la Ley refiere que “el Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio [...] dictará sentencia” (art. 741.1 de la LECrim), con ello quiere decirse que las grabaciones no van a constituir el elemento único para fundar un eventual fallo condenatorio, siendo necesaria la concurrencia de otros elementos de prueba que, analizados en conjunto, corroboren los hechos que contienen dichas grabaciones y lleguen a crear convicción en el Juez respecto de los mismos.

IV. CUESTIÓN: CUANDO JOSÉ SE ENTERA DE QUE TIENE UN HIJO, EL MENOR TIENE CASI CUATRO AÑOS. ¿TIENE DERECHO JOSÉ A RECLAMAR LA PATERNIDAD DE JUAN? ¿ES PROCEDENTE LA SOLICITUD DE JOSÉ SOBRE LA GUARDIA Y CUSTODIA POR PERÍODOS ANUALES EN DISTINTOS PAÍSES?

1. Consideraciones previas

En el supuesto de hecho de este trabajo se refiere que José le exige a Alejandra que, de confirmarse la paternidad mediante la utilización de las pruebas de ADN, regrese al menor a Nicaragua; de ello se desprende que José se encuentra residiendo en dicho país.

Con estos datos, corresponde ahora determinar si José tiene o no derecho a reclamar la filiación de paternidad respecto de Juan y, en segundo lugar, para el caso de que se declarase la filiación, analizar la procedencia o no del establecimiento de un régimen compartido de guarda y custodia.

³⁴ La investigación por “agente encubierto”, en la medida en que puede afectar derechos y garantías en el marco de un proceso penal, se encuentra regulada por Ley y su adopción requiere control jurisdiccional. Así, el art. 282 bis 1 de la LECrim preceptúa que, “cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta”.

³⁵ En la STS 4145/2021, de 21 de enero, FD 4º, el TS refiere que “en los procesos judiciales normalmente se ponderan pruebas distintas, de naturaleza diferente y con un peso incriminatorio también distinto. Las pruebas, además, pueden ser contradictorias entre sí, y acreditar hechos también contradictorios, y el juez o tribunal debe apreciar las pruebas, optar entre unas u otras, darles mayor o menor relevancia para llegar a una conclusión final sobre la culpabilidad o inocencia”. Asimismo, manifestó que “el principio de libre valoración probatoria corresponde al juez o tribunal de instancia de forma que debe comparar, valorar, dar más o menos crédito a cada prueba y decidir”.

2. La reclamación de paternidad en supuestos transfronterizos

Al residir José en Nicaragua, nos encontramos ante un caso de determinación de la filiación en supuestos transfronterizos. En ellos, la presencia del elemento de extranjería³⁶ incide en la relación privada. Esta particular situación exige, antes del análisis de la norma sustantiva, el estudio la competencia judicial internacional y de las normas que determinan cuál es el Derecho aplicable a la situación jurídica privada objeto de controversia.

La presencia del elemento de extranjería “con independencia de su exacta naturaleza y de su número convierte directamente a una situación en internacional y, consecuentemente, en objeto de análisis por parte del DIPr” (Espugles Mota, 2021, p. 95). Ello comporta que, no podrá aplicarse directamente el derecho español para la resolución de este caso.

En el caso concreto, se expone que tanto Juan y Alejandra se encuentran residiendo en España y, pese a que no se indica expresamente, sí se desliza la idea de que ambos tienen nacionalidad nicaragüense. Además, se apunta que José tendría su residencia fijada en dicho país. Ambos elementos son razones suficientes para entender que la resolución del caso ha de realizarse conforme a las condiciones establecidas por el DIPr.

Por lo tanto, a la hora de determinar la jurisdicción competente para resolver la reclamación de paternidad efectuada por José, deberá tomarse en consideración, en principio, la competencia judicial internacional pues la resolución de todo conflicto o incertidumbre jurídica exige un tribunal competente (por lo menos, cuando lo que se debate son derechos no disponibles)³⁷.

Así, “para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles hay que atenerse a los Convenios internacionales aplicables en la materia y, en su defecto, a las normas de producción interna del ordenamiento jurídico español” (Castellanos Ruiz y Rodríguez Rodrigo, 2006, p. 4).

En este caso, al no encontrarse regulado el asunto relativo al reconocimiento de la filiación paterna en convenio internacional alguno suscrito por España³⁸, corresponde acudir a lo establecido en la norma interna. Cabe precisar que, el Reglamento (CE) N° 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental avoca su contenido a algunos temas de familia; sin embargo, su ámbito de aplicación excluye “a la determinación y a la impugnación de la filiación” (art. 1.3. apartado a).

En ausencia de normativa internacional aplicable, procede acudir a la normativa interna, en este caso, el precepto a considerar sería el art. 22 quater letra d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), que establece lo siguiente:

“En defecto de los criterios anteriores, los Tribunales españoles serán competentes:

[...]

³⁶ Según la tesis del elemento extranjero “una situación manifiesta carácter “internacional” cuando presenta, al menos, un “elemento extranjero” [...] cualquiera que sea dicho elemento” (Calvo Caravaca y Carrascosa Gonzales, 2018, p.20)

³⁷ Los conflictos sobre derechos disponibles, por ejemplo, reclamaciones patrimoniales, pueden ser resueltos no solo en la vía judicial. Al respecto, refiere San Cristóbal Reales que “para materias disponibles, junto a la jurisdicción, los particulares pueden utilizar otros mecanismos de resolución de controversias, que pueden ser autocompositivos, o heterocompositivos” (San Cristóbal Reales, 2013, p. 42).

³⁸ “Descartada la aplicación de una norma de origen europeo o convencional, la determinación de la competencia judicial internacional de los Juzgados y Tribunales españoles en materia de filiación por naturaleza se regula en la LOPJ)” (Herranz Ballesteros, 2016, p. 512).

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

Al respecto, debemos recordar que, cuando José se entera del nacimiento, Juan y Alejandra llevaban residiendo en España más de 7 meses, lo cual permite atribuir la competencia sobre el asunto de la determinación de la filiación a los tribunales de España. Pues parece razonable considerar que es en dicho país donde tienen su residencia habitual³⁹.

En lo relativo al derecho aplicable a este caso, la norma de conflicto⁴⁰ referente a la filiación se encuentra contenida en el art. 9, apartado 4, del CC, conforme al cual, “la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación”⁴¹. Por tanto, en la posible duda acerca de si aplicar la ley española o la nicaragüense, será de aplicación al supuesto planteado la ley española y no la ley nacional⁴², dado que Juan reside en España.

2.1. La determinación de la filiación

La filiación se encuentra regulada en el Título V del Código Civil (en adelante, CC). En él no se contempla una definición, sin embargo, sí se establece su clasificación, al indicarse que esta “puede tener lugar por naturaleza y por adopción” (art. 108 CC). En cuanto a la filiación por naturaleza, esta “puede ser matrimonial y no matrimonial [...] [Será] matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí” (art. 108 CC).

³⁹ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, el TJUE), en la sentencia de 22 de diciembre del 2010, (FD 47) señaló que el concepto de residencia habitual “debe interpretarse en el sentido de que dicha residencia se corresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar”. A su turno, la FGE en la Circular 6/2015, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, manifestó que en cuanto a la determinación de la residencia habitual “se trata de una cuestión que habrá de decidir en cada caso el órgano jurisdiccional ante el que se plantee la solicitud de retorno”, no obstante indicó que “para determinar su habitualidad habrá de tenerse en cuenta su duración, su continuidad y cualquier otro hecho que revele lazos estables entre una persona y un lugar”.

En el caso propuesto, el menor lleva junto a su madre más de 7 meses en España y de manera continuada, con quien vino por motivos de trabajo sin advertirse en algún momento voluntad de retorno a su país por parte de la madre. En ese sentido, es plenamente posible considerar que el menor estaba integrado en un entorno familiar (si bien monoparental) y tenía cierta integración a la sociedad, por el tiempo que lleva en España.

⁴⁰ “Por su propia naturaleza, las situaciones jurídico-privadas internacionales aparecen vinculadas a más de un ordenamiento jurídico. La norma de conflicto tiene como objeto especificar en cuál de entre estos diversos ordenamientos se localiza la concreta situación o relación jurídica a debate y, por lo tanto, cuál será el derecho aplicable a la misma” (Espugles Mota, 2016, p. 320).

⁴¹ Conviene apuntar que “a falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española” (art. 9.4 CC); es decir, la determinación del ordenamiento jurídico aplicable a un caso concreto se resuelve de acuerdo a un criterio de subsidiariedad, tomando en cuenta, en primer lugar, la residencia del hijo que determinará la residencia; y a falta de esta, se aplica la ley nacional del Hijo, y en defecto de ambas, se aplica la ley española.

⁴² “La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad” (art. 9.1. del CC).

Podemos decir, por tanto, que las relaciones de filiación por naturaleza son aquellas que tienen como fundamento los vínculos que se crean entre la madre y la persona nacida de ella y el padre que intervino en la concepción y esa nueva persona. Son relaciones que se generan por el hecho de la procreación (Gete-Alonso y Calera, 2021, p. 18). Por otra parte, tal y como establece el CC, la relación de filiación también puede originarse a partir de un procedimiento jurídico (la adopción) entre las personas que serán madre, padre, hija, hijo, ambas o sólo una (ibídem, p. 20).

En supuesto de hecho expuesto, José reclama la filiación de paternidad sosteniendo su reclamo en que la relación con Juan estaría determinada por un componente biológico, con lo cual estaríamos frente a un caso de filiación por naturaleza.

Esta reclamación nos aproxima a los principios que rigen las relaciones de filiación: 1. El de veracidad o de verdad biológica que se traduce en la libre investigación de la paternidad/maternidad, 2. El principio de igualdad entre todo tipo de filiación, y 3. El principio de *favor filii* (ibídem, p. 21). De estos, considerando la reclamación de José, corresponde referirnos prioritariamente, al primero y al tercero.

En cuanto al principio de veracidad, se encuentra reconocido normativamente en el art. 39, apartado 2, de la CE el cual que establece que “La ley posibilitará la investigación de la paternidad”. En armonía con dicho precepto, el legislador en el art. 767.2 de la LEC dispuso que “en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas”. En la práctica judicial, tales pruebas biológicas vienen siendo utilizadas al momento de determinar la existencia o no de la relación de filiación (Sentencia del Juzgado de Primera Instancia -en adelante SJPI- de Navarra, 185/2022, de 18 de enero; SJPI de La Rioja 2539/2021, de 22 de noviembre y SJPI de Navarra 1536/2021, de 27 de setiembre).

Cabe anotar que el Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) en la sentencia 8/1992, de 6 julio (FD 3), ha señalado que “en materia de investigación de la relación paterno-filial o materno-filial el principio que debe prevalecer es el de veracidad material en su vertiente de verdad biológica, procurando hacer coincidir la filiación jurídica con la real”.

En lo relativo, al principio de *favor filii*, sirve para orientar un supuesto hacia “la primacía del interés de la persona menor, tanto por lo que afecta a la determinación de la relación (completa) de filiación como en su contenido. Un principio que, al menos en inicio, tiene carácter prioritario sobre cualquier otro interés legítimo” (Gete-Alonso y Calera, 2021, p. 23).

De otro lado, la acción de reclamación, regulada en el Capítulo III, de las acciones de filiación, del Título V del CC señala que “cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado” (art. 131 del CC). A falta de esta, cuando se trate de filiación no matrimonial -dado que José y Alejandra no están casados-, la acción de reclamación podrá ser ejercitada por “los progenitores en el plazo de un año contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación” (art. 133.2 del CC).

El mencionado art. 133 del CC ha sufrido diversas reformas a lo largo del tiempo, sin embargo, en lo que concierne al presente caso, el cambio más importante se produjo en el año 2015, con la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En ella se introdujo el apartado 2 de dicho artículo, en el cual que se concede legitimidad activa a los progenitores para reclamar la filiación, cuando no haya posesión de estado.

Anteriormente, cuando no había posesión de estado⁴³, la potestad de accionar la reclamación de filiación solo estaba reservada para el hijo, no así a los padres. Esta situación cambió, en gran medida, a raíz del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por parte de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, respecto del contenido y adecuación del art. 133 a lo constitucionalmente establecido. El TC declaró “inconstitucional el párrafo primero del art. 133 del Código civil, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en cuanto impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado” (STC 273/2005, de 27 de octubre)⁴⁴. La motivación de esta decisión radica en que, “el legislador ha ignorado por completo el eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial. En efecto, la opción del 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 [...] En suma, la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado no resulta compatible con el mandato del art. 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción” (FJ 7).

En este caso, José no tenía estado de posesión sobre Juan. Sin embargo, tanto la ley (art. 133.2 CC) como la jurisprudencia⁴⁵ han indicado que, en los supuestos en los que no exista posesión de estado, el progenitor aún tiene el derecho de acción de reclamación de filiación, el cual debe ser ejercido dentro del plazo de un año. En este sentido, José sí podría incoar la acción de reclamación dentro de dicho plazo, el cual empezaría a computarse desde el momento en que toma conocimiento de la existencia de Juan y que él podría ser su padre; es decir, desde cuando la amiga de Alejandra le trasladó tal hecho.

Ahora bien, José pretende utilizar una prueba biológica, el análisis de ADN, como mecanismo para demostrar la relación paterno filial, la cual es admisible, de acuerdo con lo establecido en el art. 767.2 de la LEC, y muy común en este tipo de procedimientos dado que es un “medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho” (Sillero Crovetto, 2017, p. 6).

Sin embargo, debe tenerse en consideración que el TS ha señalado que la negativa a practicarse la prueba de ADN debe ser valorada en relación con la base probatoria existente en el procedimiento, y que ésta no puede ser interpretada como una *facta confessio* (STS 110/2017, de 17 de enero)⁴⁶. Siguiendo esa línea, además ha referido que la “negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad

⁴³ Posesión de estado es la situación de hecho a través del cual se puede inferir la existencia de una relación de filiación. Así, el TS en la sentencia 1617/2018, de 9 mayo (FD Segundo), señala que la presencia de los hechos concretos que integren los diversos elementos de la posesión de estado (*nomen, tractatus, fama*) deban constar en “hechos públicos repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación”.

⁴⁴ En esa misma línea, en la STC 52/2006, de 16 de febrero de 2006, el TC estimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto al art. 133 del CC reiterando que sea el legislador quien “regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado, con inclusión, en su caso, de los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la filiación, siempre dentro de límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)”.

⁴⁵ Vid. SSTC 273/2005 y 52/2006.

⁴⁶ Normalmente, este criterio está relacionado con la negativa por parte del padre cuando interviene como demandado; sin embargo, nada obsta para que pueda ser aplicado a casos la negativa por parte de la madre o la representación del hijo.

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” (STC 177/2007, de 23 de julio, FJ 4).

Por tanto, el ofrecimiento de la prueba de ADN por parte de José no debe ser el único, sino que debería acompañarlo de otros medios de prueba que contribuyan a concluir que mantenía una relación Alejandra en el momento de la concepción de Juan. De este modo, en caso de no realizarse la prueba de ADN, se podría declarar igualmente la filiación en atención a esos otros elementos probatorios. Al respecto, es preciso anotar que la Ley establece 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” (art. 767.1 de la L.E.C.), es decir, el órgano jurisdiccional realiza un control previo de viabilidad de la demanda, pudiendo rechazar aquella en la que no se presente un principio de prueba de los hechos.

Finalmente, cabe reseñar que todo este procedimiento podría evitarse si los progenitores tuviesen predisposición a hacerlo. Así, este asunto podría solventarse con el reconocimiento voluntario de la paternidad ante encargado del Registro Civil mediante la declaración del padre y el consentimiento expreso de la madre (art. 44.7 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil).

2.2. Guarda y custodia compartida de menores de edad

El supuesto plantea que José, de demostrarse la paternidad respecto de Juan, solicitará el establecimiento de guarda y custodia compartida con la madre por periodos anuales entre Nicaragua y España.

Sobre esta figura jurídica, Javier Martínez, citando a Helena Diez García, refiere que la guarda y custodia, si atendemos al significado gramatical, está relacionada con la protección, cuidado y vigilancia (Martínez Calvo, 2019, p. 40) y que, cuando se debate sobre ella, “se están planteando dos cuestiones: quién va a convivir con el menor y ejercer el cuidado directo sobre el mismo, y quién irá adoptando las decisiones diarias de menor importancia que requieran dicho cuidado” (ibídem p. 44).

Al respecto, el CC se refiere a la guarda y custodia compartida en algunos apartados del art. 92. Respecto de ellos, el Tribunal Supremo los ha precisado tanto desde un punto de vista procesal como sustantivo⁴⁷. A su vez, la doctrina ha venido precisando las implicaciones y alcance de la interpretación jurisprudencial, indicando que el Juez está facultado para acordar el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en dos supuestos:

“a) Cuando sea pedida por ambos progenitores. El art. 92 apartado 5 del CC prevé que estos efectúen la solicitud de guarda compartida al iniciar el procedimiento, en la propuesta de un convenio regulador, o bien durante el transcurso del proceso cuando las partes lleguen a un acuerdo.

b) Excepcionalmente, y fuera del supuesto anterior, la guarda conjunta o compartida puede ser acordada por el tribunal cuando únicamente de esta forma sea posible proteger el interés superior del menor, tal y como indica el art. 92.8 del CC” (Flores Martín, 2022, p. 27).

⁴⁷ STS 2572/2017 de 27 junio, (FD 2); STS 335/2016 de 4 febrero, FD 2 y STS 4022/2021 de 27 octubre, FD 7.

Es este último precepto, art. 92.8 del CC, además señala que el juez acordará esta medida a instancia de una de las partes, con el informe preceptivo del MF. Cabe apuntar que, anteriormente, la norma exigía “informe favorable”, aunque no vinculaba al Juez para concederla, sí que eliminaba la posibilidad de que éste la conceda cuando el informe fuera desfavorable.

En ese sentido, el TC, en la sentencia 185/2012, de 17 de octubre de 2012⁴⁸, declaró inconstitucional y nulo el inciso “favorable”, habiendo señalado en el FJ 8 que:

“A juicio de este Tribunal Constitucional, el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional”.

Con esto, resulta claro que aun cuando el Ministerio Fiscal (en adelante, MF) emita un informe desfavorable respecto a conceder la guarda y custodia compartida, en el supuesto que ésta fuera solicitada por una de las partes, el Juez podría ordenarla, dado que el referido informe no le vincula.

Por otro lado, el Tribunal Supremo, en la sentencia núm. 138/2016, de 9 de marzo de 2016, se ha referido a las bondades que otorga el establecimiento de la guarda y custodia compartida, indicando que, con este sistema,

- “1. Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
2. Se evita el sentimiento de pérdida.
3. No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
4. Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia”⁴⁹.

En el caso objeto de estudio, luego de declararse la filiación de paternidad a favor de José, éste tendría la potestad de solicitar en vía judicial el establecimiento de la guarda y custodia compartida. Y, si bien no se discute que esta pueda ser una buena alternativa, en ciertos casos, para situaciones en las que los progenitores no conviven; en este supuesto concreto, ha de tenerse en cuenta también lo que establece la parte final del propio art. 92.8 CC, en el sentido que el Juez ha de adoptar su decisión fundándose y tratando de proteger adecuadamente el interés superior del menor, del que hablaremos a continuación.

2.3. Interés superior del menor en el régimen de guarda y custodia

⁴⁸ Sentencia que resuelve estimando la cuestión de inconstitucionalidad 8912-2006 planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria en relación con el artículo 92.8 del CC.

⁴⁹ En esta sentencia ambos progenitores solicitaron la guarda y custodias de sus dos menores hijos (vía demanda y reconvenición, respectivamente), el a quo resolvió atribuyendo la guarda y custodia favor de la madre y estableciendo un régimen de visitas a favor del padre, los fines de semana y dos días entre semana. La Audiencia Provincial revocó únicamente la parte que los dos días entre semana los niños podrían pernoctar en casa del padre y confirmó la sentencia en todo lo demás. El TS resolvió casar la recurrida y asumiendo la instancia estableció un régimen de guarda y custodia compartida sobre los menores.

Como se indicó, el apartado 8 del art. 92 del CC prescribe que el establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida se base en la preservación del interés del menor⁵⁰.

En esa línea, la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, en el art. 2.1 refiere que, “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

A su vez, el Tribunal Supremo, en la STS 2246/2013, de 29 de abril, falló, declarando como doctrina jurisprudencial, que “la interpretación de los artículos 92.5, .6 y .7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren 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; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.

Y agrega que “la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”⁵¹.

Del mismo modo, el TS en un asunto relacionado a la modificación de medidas, tal como el cambio de sistema de custodia, señala que se exige un cambio “cierto” de las circunstancias y que se adopte en interés de los menores, así, “en el procedimiento analizado, se rechaza el cambio del sistema de custodia por la Audiencia Provincial, al no aportarse un plan contradictorio, al no concretarse que el cambio vaya a beneficiar a los menores y que viene desarrollándose con normalidad el sistema de visitas, acordado en el correspondiente convenio regulador por los padres” (STS 641/2019, de 26 de febrero, FD 2).

Entonces, si bien para la determinación del régimen compartido de la guarda y custodia existen situaciones que viabilizan su establecimiento, deberán tomarse en consideración, para cada caso concreto, otros factores, como pueden ser la voluntad de ambos padres o su capacidad de atención al menor. Estos criterios, si bien pueden permitir una mejor

⁵⁰ Así, el TS viene considerando que “la interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida [...] [Esto es,] debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar” (STS 2197/2020, de 16 de junio, FD 4).

⁵¹ En esta misma sentencia, el TS, respecto a las virtudes de cada progenitor para el ejercicio de la patria potestad, refiere que “lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el artículo 92 como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda”.

justificación de la decisión final, no son determinantes, ya que lo que debe primar en todo momento es el interés del menor.

En esa línea, Flores Martín, en referencia a la STS 283/2016, de 3 de mayo refiere que, si se acude a este régimen de guarda y custodia compartida, “ha de ser para que los menores tengan estabilidad alternativa con ambos progenitores, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares o personales, durante el desarrollo de su vida cotidiana” (Flores Martín, 2022, p. 44).

Ahora bien, en lo que nos concierne, lo que pretende José es el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartido por periodos anuales, según el cual Juan esté un año en Nicaragua con él y un año con la madre en España. Al respecto, el TS ha referido que “una alternancia prolongada ni está proscrita en nuestro ordenamiento, ni se ha demostrado que afecte de manera favorable o desfavorable a la estabilidad de los menores” (STS 5641/2013, de 29 de noviembre, FD 3).

No obstante, la necesaria adecuación a las circunstancias de cada caso concreto hace que no puedan establecerse respuestas generales que sirvan para todos los supuestos. Esto es, lo resuelto en un determinado proceso no implica que la aplicación del referido régimen vaya a ser viable en otro similar. Por lo que, en la práctica jurídica, algunas solicitudes de esta índole no prosperan, optándose por la atribución de la guarda y custodia a favor de uno de los progenitores y el establecimiento de un régimen con amplitud de comunicación y visitas para el otro (STS 1901/2016, de 3 de mayo)⁵². De esta manera, el TS, en la precitada sentencia, refiere que “no se niega el régimen de custodia compartida por ser per se desfavorable para el interés de los menores, sino por no ser favorable para los mismos el plan propuesto y el modo de articular aquella”.

Trasladando esta doctrina al supuesto de hecho, supone que Juan tendría que pasar un año en Nicaragua con su padre -en caso se determine la filiación-, y otro con su madre en España. Tal circunstancia resultaría drástica para él, ya que éste creció solo en compañía de su madre y apartarle de ella de manera repentina y por periodos tan prolongados (un año) podría afectar, en gran medida su estabilidad emocional, como es natural cuando se desprende un niño de una persona a quien tiene apego. Asimismo, la movilidad del menor entre dos países implicaría que las actividades escolares de Juan se vean altamente afectadas en tanto que los periodos lectivos no coinciden entre ambos países⁵³. Finalmente, en cuanto al ámbito personal y social, no va a poder desarrollarse -en condiciones similares a otros niños- en un solo entorno, lo que podría perjudicar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor, como lo refiere la STS 495/2013, de 19 de julio.

En un caso similar, el TS en la sentencia 1414/2018, de 18 de abril, ha resuelto desestimar un recurso de casación en el cual se rechazó el pedido de establecimiento de custodia compartida respecto de dos menores en diferentes países (España – Japón), indicando que: “sigue siendo primordial en todo el entramado normativo nacional o internacional sobre los derechos del niño es el interés superior de los menores que es de orden público y está por encima del vínculo parental, y este interés, conforme resulta de la valoración

⁵² De los antecedentes de hecho se advierte que el padre gozaba de un régimen de visitas a favor de sus dos menores hijos y pretendía la sustitución de un régimen de guarda y custodia compartida, en sustitución del otorgamiento exclusivo a favor de la madre. El Juzgado de primera instancia estimó parcialmente la demanda de modificación de medidas, sobre la guarda y custodia resolvió no modificarla; decisión que fue confirmada por la Audiencia Provincial. Se interpuso recurso de casación, sin embargo, fue desestimado.

⁵³ En Nicaragua el año lectivo escolar empieza en enero. Ver: <https://www.mined.gob.ni/calendario-escolar/> (consultado al 3 de junio 2022). Mientras que en España empieza en septiembre/octubre.

que se ha hecho en ambas instancias de los datos de prueba y de la exploración de Domingo , demanda de un lado, que lo mejor o más conveniente para ellos es que sigan bajo la custodia de su madre en Tokio, en un ambiente que no les es extraño pues allí tuvo su residencia habitual la familia durante algunos años, y descarta, de otro, que, la guarda y custodia sea de forma compartida con alternancia anual en cada país, dado el elevado coste emocional y el perjuicio que dicha solución tiene para su desarrollo, pues se vería afectado” (FD 2).

A lo que agregó que “la distancia existente entre ambos domicilios no solo dificulta, sino que hace inviable, la medida de custodia compartida en la forma interesada, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida de los menores, que precisan de un marco estable de referencia” (FD 2).

En ese sentido, siguiendo esta última línea jurisprudencial, conociendo los hechos expuestos en el supuesto de hecho y aun siendo conscientes de que cada situación es diferente y que no cabe realizar una traslación automática de unos supuestos a otros; parece razonable concluir que, en aras de proteger el interés superior del menor, lo más probable es que no fuese concedida la solicitud del régimen compartido de la guarda y custodia pretendido por José

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

1. Consideraciones previas

Como se ha puesto de manifiesto en apartados anteriores, en el supuesto de hecho -entre otros- se ha cometido un delito trata seres humanos regulado en el art. 177 bis, apartado 1 del CP, del que Alejandra es la víctima. Debido a la naturaleza de los hechos acaecidos, es entendible que exista cierto temor por parte de la víctima frente a las conductas que pueda adoptar su agresora contra ella. Esto nos lleva a estudiar la procedencia o no del ocultamiento de los datos personales de la víctima en las diligencias, así como la utilización de procedimientos que imposibiliten su identificación visual.

2. Medidas de protección para víctima

Una de las normas que marcó un hito importante en materia de protección a la víctima fue la Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. En ella, se puso de manifiesto que era necesario “armonizar las normas y prácticas en lo que respecta al estatuto y a los principales derechos de la víctima” (consideración 8).

En dicha norma, se estableció una definición de la víctima⁵⁴, a quien se le reconoció un conjunto de derechos en el proceso penal y se establecieron lineamientos de actuación de

⁵⁴ Se entenderá como víctima a “la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro” (art. 1.a).

los Estados para garantizar el cumplimiento de tales derechos. Así, respecto de la protección de la víctima se indicó que, “los Estados miembros garantizarán un nivel adecuado de protección a las víctimas [...] por lo que respecta a su seguridad y a la protección de su intimidad, siempre que las autoridades competentes consideren que existe un riesgo grave de represalias o claros indicios de una intención clara de perturbar su vida privada”. En efecto, esta norma, es el antecedente más remoto de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante, EVD), ahora vigente.

Posteriormente, se produce la aprobación de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre, que viene a sustituir a la mencionada Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. En esta Directiva, se establecen normas de carácter mínimo respecto de los derechos de las víctimas que los Estados miembros pueden ampliar con el fin de proporcionar un nivel más elevado de protección (consideración 11).

Todo lo anterior ha contribuido a perfilar la regulación interna actual sobre medidas de protección a la víctima y, en particular, sobre el tema que nos concierne en este apartado: el ocultamiento de datos de identificación de la víctima o la utilización de procedimientos que impidan su identificación.

En ese sentido, debemos comenzar señalando que el ocultamiento de datos de la víctima en las diligencias, así como la implementación de las medidas que sirvan para imposibilitar la identificación visual de la víctima, exigen el estudio de las medidas de protección procesal⁵⁵ de las víctimas, cuya regulación principal se encuentra en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del EDV. Esta norma, pese a que desarrolla con cierta amplitud cuestiones relativas a las víctimas, como pueden ser sus derechos, participación y protección, no incluye, de manera expresa, el ocultamiento de datos personales entre las medidas de protección prevista en su art 25. Sin embargo, sí prevé las actuaciones que han de llevarse a efecto para evitar el contacto entre la víctima y el presunto agresor.

Así, el referido artículo 25, desarrolla una serie de medidas de protección que pueden ser adoptadas tanto durante la fase de investigación, como en la fase de enjuiciamiento, para, finalmente, señalar que, para la protección de las víctimas, también podrán acordarse las medidas de protección a que se refiere el artículo 2 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales (en adelante, la LOPTYP). Es en esta norma donde se contemplan las medidas de protección referidas a la ocultación de datos de identificación.

2.1. El ocultamiento de datos personales de la víctima

El artículo 2 de la LOPTYP, en consonancia con el art. 25 del EVD, establece que el Juez instructor, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, de oficio o a instancia de parte, acordará motivadamente las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos, peritos, y de las víctimas. Entre las medidas reguladas, destaca lo previsto en su letra a), conforme a lo previsto en ella, no constarán “en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave”.

Si se traslada lo previsto en dicha normativa al caso propuesto, vemos que es posible que

⁵⁵ Las medidas de protección procesal son las que pueden comportar un menoscabo del derecho de defensa, a diferencia de las medidas de protección extraprocesales, que se caracterizan por no afectar el desarrollo del proceso (Navarro Villanueva, 2009, p. 106).

los datos personales de Alejandra, como su domicilio u otros que permitan su identificación, pueden no constar en las diligencias del proceso penal. En caso de optar por esta vía, y tal y como se prevé normativamente, se puede asignar un número o clave.

Ahora bien, aunque no cabe duda que el ocultamiento de la identificación de la víctima constituye una medida que contribuye a otorgarle seguridad frente a los potenciales actos de represalia que pudiera adoptar el agresor en su contra, no es menos cierto que la adopción de tales medidas puede afectar al derecho de defensa del acusado, cuestión que ha sido desarrollada ampliamente por la STC 64/1994, de 28 de febrero. Como puede comprenderse, desconocer la identidad del testigo o la persona que le está denunciando, supone no saber a quién se enfrenta en el proceso, lo que va a condicionar la capacidad del acusado elaborar una estrategia de defensa adecuada para, v. gr., contrarrestar el testimonio que se otorgue en su contra o para cuestionar la credibilidad de la persona que lo rinde.

Por esto, la utilización injustificada de la medida de ocultamiento de datos podría devenir en la afectación del derecho del acusado a un proceso equitativo, que comprende, según el artículo 6.3, apartado d), del CEDH, el derecho “a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra”.

En esa línea, el legislador ha referido, en la exposición de motivos de la LOPTYP, que “las garantías arbitradas en favor de los testigos y peritos no pueden gozar de un carácter absoluto e ilimitado, es decir, no pueden violar los principios del proceso penal. De ahí que la presente Ley tenga como norte hacer posible el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares”.

Por otra parte, una vez culminada la fase de instrucción, en la que se ha dictado la medida de ocultamiento de datos personales, el órgano competente para resolver el enjuiciamiento, al recibir las actuaciones del Juez instructor, y por prescripción del art. 4, apartado 1, de la LOPTYP, debe pronunciarse motivadamente acerca del mantenimiento, modificación o supresión de dichas medidas, y las otras que se hubieren adoptado. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha referido que “el juez que preside un juicio es quien se encuentra en una mejor situación para decidir si la revelación o no de pruebas secretas de interés público, tendría como resultado un perjuicio injusto para la defensa” (Sentencia de 19 de junio de 2001, caso Atlan contra Reino Unido)⁵⁶.

A su turno, el TC, en la STC 64/1994, FJ 3, se ha referido a los testigos anónimos -cuya identidad es desconocida por el Tribunal, la defensa o ambos- y a los testigos ocultos señalando que “es la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos de cargo lo que el citado Tribunal considera contrario a las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio; por lo que, por el contrario, en aquellos casos, como el presente, en el que el testimonio no pueda calificarse de anónimo sino, en todo caso, de “oculto” (entendiendo por tal aquel que se presta sin ser visto por el acusado), pero, en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos -tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado- resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias

⁵⁶ En dicha sentencia el TEDH declaró que se ha producido una violación del artículo 6.1 del CEDH, tras haberse observado que el juicio se llevó a cabo con material probatorio (un informador) que la Fiscalía no había revelado, ni trasladado a la defensa.

derivadas del art. 6.3 d) del Convenio y, en consecuencia, también las garantías que consagra el art. 24.2 de nuestra Constitución”.

Sin perjuicio de lo anterior, el apartado 3 del precitado artículo 4 establece que “si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley”.

Esto es, para garantizar los principios que rigen el proceso penal, en particular el principio contradictorio, que debe regir “tanto en la identificación del material probatorio, como en el control en la formación de las pruebas y en el debate procesal sobre las mismas, pues la prueba no se puede obtener unilateralmente, sino respetando la confrontación de las partes” (Moreno Catena, 2021, p. 446). El respeto a este principio “supone también el derecho del acusado de confrontarse con los acusadores, con los testigos y con cualquier persona que rinda declaración inculpativa contra él” (ibídem). Por lo tanto, resulta perfectamente comprensible que se permita al acusado conocer la identidad de la persona que le está incriminando o declarando en su contra.

En congruencia con ello, el art. 4, apartado 3, de la LOPTYP, prevé la posibilidad de que, en los cinco días siguientes a la notificación a las partes de la identidad de los testigos, cualquiera de ellos pueda proponer nueva prueba tendente a acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de su testimonio.

En suma, en atención al grado de riesgo o peligro que corra Alejandra, como víctima, a la luz del proceso penal, es plenamente posible que el juez pueda disponer, motivadamente, la preservación su identidad, manteniendo ocultos sus datos personales en las diligencias.

2.2. Procedimientos para imposibilitar la identificación visual

El artículo 2, apartado b) de la LOPTYP, de aplicación extensiva para las víctimas, refiere que el Juez instructor, cuando lo estime necesario, puede acordar, motivadamente, que los testigos, peritos y víctimas “comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal”, como una medida que preserve su identidad, la cual puede ser mantenida, modificada o suprimida por el órgano judicial competente para el enjuiciamiento (art. 4.1 de la LOPTYP).

Con todo, no se explicitan los elementos materiales que deben ser utilizados para tal fin; por lo tanto, lo serán todos aquellos que resulten adecuados para lograr la finalidad perseguida e impedir la identificación. Así, podrá emplearse entonces “cualquier fórmula que permita el disimulo o la desfiguración del rostro y demás caracteres físicos de la persona protegida, tales como el empleo de antifaces, capuchas, cascos, postizos, pelucas” (Navarro Villanueva, 2009. p. 113), pudiendo optarse, también, por “la colocación de un biombo o de mamparas separadoras, cortinas e incluso la celebración de la declaración a puerta cerrada o en una sala contigua (ibídem, p. 114).

Este conjunto de previsiones, aplicadas al caso que nos ocupa, supone que podrán disponerse las medidas adecuadas y necesarias para imposibilitar la identificación visual de Alejandra en las diligencias. Para ello, bastará con que el juez o la jueza lo dispongan

en una resolución, siempre y cuando lo estimen necesario, y de conformidad con lo previsto en el art. 2.b de la LOPTYP. El único requisito que deberá cumplimentar es que su decisión esté debidamente motivada.

Sin embargo, en circunstancias en las que en la comisión del delito concurre un solo agresor y una sola víctima, con poca o nula intervención de terceros en el desarrollo de las conductas típicas, es entendible que el presunto autor deduzca quién es la persona que le está denunciando. Situación distinta se produciría en el caso que haya pluralidad de víctimas. Ese ese escenario, las medidas adoptadas para imposibilitar su identificación sí serían eficaces, ya que le resultaría realmente difícil al agresor conocer quién le está denunciando.

Finalmente, surgen dos cuestiones próximas a las medidas que imposibilitan la identificación visual de las víctimas. La primera, tiene que ver con el carácter público del trámite de audiencia del juicio⁵⁷. Si bien, con carácter general obedece al principio de publicidad que rige sobre ella, éste puede verse restringido por razones de seguridad u orden público, o para proteger derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima. Con esto quiere señalarse que, el Juez o Tribunal, tiene la potestad para disponer que los actos o las sesiones de un juicio se celebren a puerta cerrada (art. 681.1 de la LECrim).

La segunda de las cuestiones conecta con las situaciones que pueden producirse durante el proceso, de manera específica con las medidas destinadas a evitar el enfrentamiento visual entre víctima y agresor. En efecto, si bien la víctima puede estar identificada, la presencia del agresor en sus declaraciones puede suponer, en algunos casos, una situación real de intimidación para ella. Para tratar de paliar esta situación y los efectos perniciosos que pudiera suponer⁵⁸, el legislador ha establecido que el Juez o Tribunal puede adoptar “a) Medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos” y “b) Medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas” (art. 25, apartado 2, de la EVD). En ambos casos, la utilización de videoconferencias ha cumplido la finalidad de estas medidas⁵⁹.

Sin perjuicio de todo lo referido hasta este momento, en mi opinión, el ocultamiento de la identidad de la víctima en cualquier parte del proceso afecta en mayor o en menor medida el derecho de defensa del procesado. Este debería ser el elemento de referencia,

⁵⁷ El principio de publicidad “atiende, por un lado, a la finalidad de proteger a las partes de una justicia sustraída al control público y, por otro, a la de mantener la confianza de la colectividad en los Tribunales y en su normal funcionamiento” (Sentencia núm. 4550/2016 de 19 octubre, FD 1).

⁵⁸ Refiere Barja de Quiroga que “En ocasiones y por razones diversas, entre ellas, principalmente por temor a las represalias que la declaración testifical puede acarrear al testigo o bien por la imposibilidad psicológica que para la víctima del hecho (testigo) supone encontrarse y verse con el presunto autor (esto es, la confrontación del testigo con el acusado), se ha pensado en establecer algún sistema que evite o palie el inconveniente indicado”. En esa línea, la SAP de Barcelona 338/2010 de 2 marzo, FD 1, respecto a la utilización de una mampara para evitar el contacto visual con el acusado, ha referido “consideramos plenamente fundados los argumentos vertidos por las dos testigos al existir no sólo un potencial peligro psicológico para Bernarda, sino también un riesgo de retraimiento en su declaración y en la declaración de la otra testigo”.

⁵⁹ El TS en la sentencia 1875/2019 de 7 de junio, FD 2, respecto a la declaración de las víctimas en juicio, mediante el procedimiento de videoconferencia, con el fin de no tener un contacto presencial directo con el acusado, ha manifestado que “este procedimiento compatibiliza, por tanto, la tutela de los intereses y derechos del menor con las garantías procesales fundamentales del acusado, al permitir visionar las declaraciones de los testigos de cargo y contradecir al mismo tiempo las defensas las declaraciones testificales inculpativas que expongan, para lo cual formularán las preguntas pertinentes los letrados defensores en el curso del interrogatorio que dirijan a los testigos”.

a partir del que se evalúe el establecimiento de alguna medida que sea adecuada y suficiente para proteger los derechos de la víctima, a fin de otorgarle seguridad.

En el caso planteado, es posible que el proceso penal se lleve a cabo con ocultamiento de los datos personales de Alejandra, así como la utilización de procedimientos para imposibilitar su identificación visual. Sin embargo, la adopción de esta medida debe estar motivada por el órgano jurisdiccional, a fin de garantizar que los derechos del procesado no se vean perjudicados con fundamento en una decisión arbitraria.

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

1. Consideraciones previas

El traslado de un menor que involucra el cruce de fronteras es un indicador que contamos con un elemento extranjero. Como se ha indicado anteriormente -en la IV. Cuestión-, esto nos orienta al plano del derecho internacional privado, con la consecuente entrada en juego de sus previsiones normativas. Sin embargo, somos conscientes que la sustracción de menores está prevista como un delito en el CP, art. 225 bis, con lo cual, la sustracción de un menor podría tener consecuencias penales. Es decir, este supuesto de hecho puede verse comprendido dentro de dos órdenes jurisdiccionales, el civil y el penal.

Así, de forma breve, se señalarán, en primer lugar, los aspectos relacionados con la jurisdicción civil. La sustracción internacional de menores⁶⁰ se encuentra regulada en el Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante, CH 80)⁶¹, cuya finalidad es “garantizar la restitución inmediata de los menores de 16 años trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante” (González Vicente, 2005, p. 54). A su turno, en el ámbito comunitario, este tema es abordado en el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia y de responsabilidad parental⁶².

Del CH 80, cabe destacar lo que refiere el art. 3 apartado a), en el sentido de que el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos “cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención”.

Por otro lado, se cuestiona si la conducta de Alejandra (trasladar al menor de Nicaragua a España sin autorización de José) es constitutiva de delito, considerando que no se

⁶⁰ Es definida como “la acción de traslado ilícito de un menor a un país distinto de aquel donde tiene su residencia habitual, siendo el sujeto activo de dicha acción una persona que forma parte del círculo familiar del menor, por lo general, uno de sus progenitores” (Pías García, 2005, p. 27).

⁶¹ Del cual España y Nicaragua son países contratantes, como puede constatarse en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>, (consultado el 10/06/2022).

⁶² El Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre será sustituido con la entrada en vigencia del Reglamento (UE) 2019/1111, del Consejo, de 25 de junio, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, a partir del 1 de agosto de 2022.

encontraba establecida la filiación de paternidad. Dado que lo que esta cuestión plantea es determinar si la conducta de Alejandra tiene contenido delictivo, nos obliga a analizar el caso desde la perspectiva penal. Cabe anotar que, respecto al principio de la aplicación penal, el art. 8 del CC refiere que, “las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español” y el art. 23.1 de la LOPJ concreta que, “en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español [...] sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte”. De lo anterior, se colige que “la leyes penales españolas se aplican a los delitos cometidos en territorio español, con independencia de la nacionalidad del autor” (Gil Gil, 2015, 72).

Muñoz Conde y García Arán además indican que “la ley penal es territorial, lo que supone que cualquier ciudadano extranjero que cometa un delito con arreglo a las leyes del país en el que se encuentra, puede ser perseguido y sancionado, aunque los hechos no constituyan delito en su país de origen” (Muñoz Conde y García Arán, 2007, p. 151).

2. Delito de sustracción de menores en España

El delito de sustracción de menores se encuentra regulado en el art. 225 bis del CP, dentro del capítulo III, del Título XII, referido a los delitos contra las relaciones familiares. Este precepto dispone, en su apartado 1, que “el progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años”.

A continuación, en relación a la conducta punible, el apartado 2 del citado precepto refiere que por sustracción debe considerarse tanto el traslado como la retención de una persona menor de edad, en los siguientes términos:

“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”.

De estas previsiones puede deducirse que los requisitos para la configuración del delito de sustracción de menores exigen que el hecho sea cometido por el progenitor y que lo haga sin causa justificada. Al respecto, debemos mencionar que no corresponde realizar un análisis pormenorizado de los elementos del tipo penal, pues primero deben concretarse las implicaciones que la ausencia del establecimiento de la filiación (entre José y Juan) pueda tener en la concurrencia del tipo penal. Elemento determinante para poder ofrecer una solución jurídica razonada en el caso propuesto.

En este caso, la cuestión que se plantea es analizar si la conducta de Alejandra al “sacar” a Juan de Nicaragua, sin autorización de José, es constitutiva de algún delito. Este enfoque nos aproxima de forma más precisa a la sustracción como traslado del menor, el cual se encuentra regulado el apartado 2 del citado art. 225 bis 1, que establece que la sustracción se puede configurar de dos maneras, mediante el traslado y la retención.

Respecto a las personas que pueden cometer este ilícito penal, en todos los supuestos previstos en el art. 225 bis CP, incluido en la sustracción como traslado, se señala que “sólo pueden ser los progenitores (apartado 1) así como los ascendientes del menor y los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (apartado

5)” (Rodríguez Núñez, 2021, p. 315). Es decir, parece necesaria la existencia de algún tipo de vínculo familiar para poder considerar a una persona como sujeto activo de este tipo penal.

En lo que respecta al sujeto pasivo, “es el menor y el progenitor con el que convive habitualmente o la persona o institución a la que ha sido encomendado” (ibídem, p. 315). Lo anterior se entiende desde que el apartado 1º del referido art. 225 bis 1 preceptúa que se considera sustracción el traslado del menor “sin el consentimiento del otro progenitor”.

En referencia a las dos acepciones que comprende la sustracción (traslado o retención de una persona menor), la jurisprudencia he venido entendiendo que “la interpretación de ambos apartados permite inferir que la norma presupone una situación en la que un menor se encuentra bajo la custodia de uno de los progenitores o de una tercera persona o de una institución, en virtud de lo establecido por una resolución judicial o administrativa, y el otro progenitor, o cualquiera de ellos, si el menor está confiado a una tercera persona o a una institución, se lo lleva (“lo traslada”) de su lugar de residencia, ocultando el punto al que el menor ha sido conducido, o, aprovechando la oportunidad de tenerlo en su compañía, no lo devuelve (“lo retiene”) cuando y donde tenía el deber de hacerlo, de forma tal que revela su propósito de convertir en definitiva la convivencia que había de ser meramente temporal” (SAP de Girona 735/2017, del 10 de julio, FD 1º)⁶³.

Es cierto que, dicho pronunciamiento judicial hace referencia a la preexistencia de una resolución judicial o administrativa que determine el régimen de guarda y custodia⁶⁴. Sin embargo, lo relevante para el caso propuesto y que permite dar respuesta a la cuestión planteada, es que hay que tener en cuenta algo que resulta incluso más evidente que la propia resolución que determina guarda y custodia. Nos referimos al hecho de que el precepto se refiere a “los progenitores”, uno que sustrae al menor y otro que lo tenía en su compañía antes de la sustracción.

En ese sentido, en tanto el presunto progenitor no tenga establecida la relación de filiación con el menor, no será posible que se le considere sujeto pasivo en el marco del delito de sustracción de menores. Por consiguiente, como José no tenía la reconocida la condición de progenitor en el momento en que se produce el traslado de Juan hacia España, no será posible considerarle como sujeto pasivo, elemento básico para la configuración del tipo penal. En consecuencia, no se producirá el delito contemplado en el art. 225 bis del CP, sobre sustracción de menores.

⁶³ En este proceso, la Audiencia Provincial, considerando -en esencia- que no existía resolución judicial o administrativa que determine el régimen de guarda y custodia, resolvió desestimando el recurso de apelación interpuesto en contra de un auto por el que se dispuso el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones sobre delito de sustracción de menores. En el mismo sentido y, en esencia, por el mismo fundamento, la AP de Madrid emitió el auto 13499/2007, de 29 de octubre.

⁶⁴ Este asunto es discutido en la doctrina, así por ejemplo, el profesor Muñoz Conde refiere, sobre la sustracción en la modalidad de traslado, que: “La primera modalidad no exige necesariamente una decisión judicial previa sobre a quién corresponde la custodia del hijo; el delito se puede cometer también cuando se traslada al menor sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente” (Muñoz Conde, 2013, p. 318). Postura diferente sostiene Rodríguez Núñez quien, haciéndose eco de la jurisprudencia, señala que “no existe la sustracción si no hay una situación de conflicto familiar que lleve aparejada la regulación de un régimen de guarda y custodia o de visitas [...] O si hay conflicto éste no ha sido resuelto judicialmente”. Cabe precisar que, el TS, en la sentencia 1403/2021 de 23 de abril, fija un importante precedente, pues ha señalado que “la definición sustracción ilícita no exige resolución judicial o administrativa previa que atribuya el derecho de custodia” (FD 3).

CONCLUSIONES FINALES

1. En el ámbito transfronterizo es posible encontrar que el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis 1 CP) confluya con otros, como el delito contra los derechos de los trabajadores (art. 312.2 CP), delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 1 CP) y delito de detención ilegal (art. 163.1 CP).
2. El delito de trata de seres humanos (art. 177 bis 1 CP) exige, para su configuración, la concurrencia de una conducta típica, la utilización de un medio para realizar dicha conducta y persecución de una finalidad de explotación, de comercialización de órganos, o de matrimonio forzado. En el caso propuesto, Raquel utilizó como medio el engaño y el aprovechamiento del estado de necesidad en que se encontraba Raquel para llevar a cabo las conductas de captación, traslado y acogimiento, con la finalidad de explotación laboral.
3. Raquel impuso a Alejandra la realización de actividades domésticas y de jardinería en su domicilio por más de 16 horas, sin descansos, y sin salario alguno. Tal hecho, a tenor del art. 312.2 CP, constituye delito contra los derechos de los trabajadores, que sanciona a quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual, en ese caso, en el Estatuto de los Trabajadores.
4. El delito de trata de seres humanos (art. 177 bis 1 CP) ha sido cometido por Raquel con la finalidad de explotación laboral, la cual, finalmente, se ha materializado dando lugar a la comisión del delito contra los derechos de los trabajadores (art. 312.2 CP), dicha situación ha supuesto concurso medial de delitos, que en términos de la doctrina y jurisprudencia implica la comisión de un delito como medio para la comisión de otro.
5. Raquel ha enviado unos billetes de avión a Alejandra con la finalidad de que se traslade hasta España en calidad de turista. Esto ha dado lugar a la configuración del delito contra los derechos de los extranjeros (art. 318.1 bis CP), en tanto que éste sanciona a quien ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la UE a entrar en territorio español, o transitar sobre él, vulnerando la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros. Es importante anotar que la jurisprudencia ha venido entendiendo como vulneración a la referida legislación, el hecho de ingresar en territorio español simulando la condición de turista.
6. Raquel, quien se encontraba en posesión de la documentación personal de Alejandra, realizaba diversas amenazas a esta última con la finalidad de que no se fuera de su domicilio, lo que, durante un tiempo, logró. Finalmente, Alejandra pudo escapar. Esto, de acuerdo con lo establecido en el art. 163.1 CP, constituye un delito de detención ilegal y, al no ser mayor ésta mayor a 15 días, opera en su modalidad básica. La jurisprudencia entiende la libertad ambulatoria, que se protege con este tipo penal, puede verse afectada no solo con la privación estricta de la movilidad, sino que puede verse afectada también con el control que el agresor realiza sobre los movimientos de la víctima.
7. Las consecuencias penales para Raquel vienen determinadas por la imposición de una pena global que ha sido obtenida luego de seguir las reglas establecidas la normativa penal, según las cuales primero se ha determinado la pena abstracta,

luego la pena concreta y la aplicación de reglas sobre concursos, para posteriormente, sumar las penas, cuando no puedan ser cumplidas de forma simultánea.

8. La competencia está representada por la cualidad de los jueces o tribunales de ejercer funciones jurisdiccionales sólo en determinadas causas. En este caso, la competencia para conocer los delitos que habría cometido Raquel, según los criterios para la determinación de la competencia objetiva, funcional y territorial, recae sobre la Audiencia Provincial de Coruña para el juzgamiento y en el Juzgado de Instrucción de Santiago de Compostela para la instrucción.
9. Las grabaciones pueden ser un medio de prueba inválido si fueron obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales como el derecho a la intimidad personal y familiar, al secreto de las comunicaciones y a no declararse culpable; *contrario sensu*, pueden ser consideradas válidas si no vulneran derechos fundamentales. Al respecto, la jurisprudencia ha establecido que cuando el que efectúa la grabación es uno de los interlocutores, no se vulnera el derecho al secreto a las comunicaciones, ni el derecho a la intimidad personal y familiar, salvo que se afecte el núcleo íntimo de ese derecho de alguno de los interlocutores, asimismo, no se vulnera el derecho a no declararse culpable cuando la comunicación se da entre particulares.
10. De acuerdo con las normas del Derecho internacional privado, respecto a la reclamación de paternidad, es de aplicación al supuesto de hecho la ley nacional española, según la cual José sí tendría derecho de reclamar la paternidad respecto de Juan; sin embargo, el plazo para ejercitar este derecho es de un año desde que tomó conocimiento del hecho que dio lugar a su reclamación.
11. La guarda y custodia compartida, según la jurisprudencia, puede significar una buena alternativa, en algunos casos, para que los menores tengan estabilidad con ambos progenitores; no obstante, el asunto primordial para su determinación es la protección del interés superior del menor.
12. El delito de trata de seres humanos y los delitos que le circundan exigen una respuesta más allá de una sanción punitiva y una acción frente a circunstancias que puedan representar riesgos contra represalias o intenciones de perturbar la vida privada de las víctimas, así, el juez puede dictar medidas de protección a su favor consistentes en el ocultamiento de datos personales, así como la utilización de procedimientos para imposibilitar su identificación visual.
13. El art. 225 bis CP, de aplicación también a casos en los cuales los menores son sustraídos con destino en España, más allá de regular la importancia de las conductas delictivas consistentes en “trasladar” o “retener” al menor, establece que como presupuesto general que la sustracción se da entre progenitores, uno que sustrae y otro que tiene fácticamente tiene privado en acceso al menor, el cual no se cumple en el caso que nos convoca habida cuenta que al momento de la sustracción, José no tenía reconocida la filiación de paternidad. Por lo tanto, Alejandra no habría cometido delito de sustracción de menores.

BIBLIOGRAFÍA

- BOLEA BARDÓN, C., (2015), “IV. Detenciones ilegales. Secuestro”, en CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), *Manual de Derecho Penal Parte Especial. Tomo I*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 146-162.
- BELTRÁN MIRALLES, S., (2011), “Jurisdicción y competencia de los órganos jurisdiccionales penales”, en SOSPEDRA NAVAS, F. J. (Coord.), *Proceso Penal. Tomo I*, Cizur Menor: Thomson Civitas, pp. 135-294.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., (2018), *Derecho internacional privado*. Granada: Editorial Comares, S.L.
- CASANOVA MARTI, R., (2014), *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. España: Bosh Editor.
- CASTELLANOS RUIZ, E. y RODRÍGUEZ RODRIGO, J., (2006), “Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil. De la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles (arts. 36 a 39 LEC)”, *INDRET: Revista para el análisis del Derecho*, Nº 3, pp. 1-23.
- COSTA TORNÉ, M.C., (2012), “La prueba ilícita por violación de derechos fundamentales y sus excepciones”, *Revista de Derecho UNED*, Nº 11, pp. 137-161.
- DE URBANO CASTILLO, E. y TORRES MORATO, M.A., (2007), *La prueba ilícita penal*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, SA.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., (2015), “Art. 177 bis”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal tomo II*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi, SA., pp. 463-469.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., (2015), “Artículo 312”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal tomo III*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, SA., pp. 843-848.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., (2015), “Artículo 318 bis. En GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal tomo III*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, SA., pp. 881-886.
- ESPUGLES MOTA, C., (2021), “Derecho internacional privado: Características generales”, en ESPUGLES MOTA, C., *Derecho internacional privado*, Valencia: Tirant lo Blanch. pp. 91-109.
- ESPUGLES MOTA, C., (2016), “Determinación del Derecho aplicable a las situaciones jurídico-privadas internacionales aspectos generales”, en ESPUGLES MOTA, C., *Derecho Internacional Privado*. Valencia: Tirant lo Blanch. pp. 319-330.
- GARCÍA SEDANO, T., (2020), *El delito de trata de seres humanos: El artículo 177bis del Código Penal*. Madrid: Editorial R, SA.
- GETE-ALONSO y CALERA, M.C., y SOLÉ RESINA, J., (2021), *Actualización del derecho de la filiación repensando la maternidad y la paternidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GIL GIL, A., (2015), “La aplicación de la ley penal en el espacio, cooperación internacional y Derecho penal internacional”, en GIL GIL, A., *Curso de Derecho penal parte general*. Madrid: Editorial Dykinson, SL., pp. 69-94.

- GÓMEZ COLOMER, J. L., (2019), “Lección segunda. La competencia penal”, en MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional III Procesal penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 53-70.
- HERRANZ BALLESTEROS, M., (2016), “Tema XIX Filiación por naturaleza y adoptiva”, en ABARCA JUNCO, A.P., *Derecho internacional privado*, Madrid Librería UNED, pp. 509-537.
- MARTÍNEZ CALVO, J., (2019), *La guarda y custodia*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- MESTRE DELGADO, E., (2021). “Tema 15. Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *DELITOS. La parte especial del Derecho penal*. Madrid: Editorial Dykinson, SL, pp. 613-638.
- MIRAT HERNANDEZ, M.P., (2001), *Detenciones ilegales (Artículo 163 el Código penal)*. Madrid: Instituto de criminología de Madrid y Editoriales de Derecho Reunidas, SA.
- MORENO CATENA, V. y CORTES DOMINGUEZ, V., (2021). *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, F., (2013), *Derecho penal especial parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. (2007), *Derecho penal parte general*. Valencia: Tirant to Blanch.
- NAVARRO VILLANUEVA, C., (2009), “Protección a testigos y peritos”. *Justicia. Revista de derecho procesal*, N° 3-4, pp. 87-118.
- PÉREZ CEPEDA, A. M., (2018), “Lección X. La trata de seres humanos”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.), *Nociones fundamentales de Derecho penal parte especial*. Madrid: Editorial Dykinson, SL. pp. 239-252.
- PEREZ-CRUZ MARTIN, A.J., (2010), “Jurisdicción y competencia, II”, en PÉREZ-CRUZ MARTIN, A.J., *Derecho Procesal Penal*. Cizur menor: Editorial Aranzadi, S.A.U., pp. 109-124.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., (2020), “Tema 3: La jurisdicción como presupuesto del proceso; límites de la jurisdicción penal ordinaria. Competencia objetiva y funcional. Aforamiento y privilegios procesales. Inmunidad de jurisdicción”, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., (Coord.), *Derecho procesal penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 61-83.
- PÍAS GARCÍA, E., (2005), “El papel de la Autoridad Central española en la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de menores”, en ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. *La sustracción interparental de menores*. Madrid: Editorial Dykinson, SL.
- PRATS CANUT, J. M., (2008), “Título VI Delitos contra la libertad”, en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código Penal*. Cizur menor: Editorial Aranzadi, SA., pp. 187-234.
- QUINTERO OLIVARES, G., (2010), *Parte general del derecho penal*. Cizur menor: Editorial Aranzadi, S.A.U.

- QUINTERO OLIVARES, G., (2015), *Parte general del derecho penal adaptada al programa de ingresos en las carreras judicial y fiscal*. Cizur menor: Editorial Aranzadi, S.A.U.
- RIVERA MORALES, R., (2011), *La prueba un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales
- RODRIGUEZ NUÑEZ, A., (2021), “Tema 12. Delitos contra las relaciones familiares”, En LAMARCA PEREZ, C. (Coord.). *DELITOS. La parte especial del Derecho penal*. Madrid: Editorial Dykinson, SL., pp. 277–352.
- SAN CRISTOBAL REALES, S., (2013), “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: Negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, Nº 46, pp. 39–62.
- SILLERO CROVETTO, B., (2017), “La conducta obstruccionista del presunto progenitor ¿es suficiente por sí sola para determinar la paternidad?”, *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, vol. 17, pp. 1-14.
- ZAFFARONI, E. R., (2006), *Manual de Derecho penal parte general*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora Comercial Industrial y Financiera.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJ de 22 de diciembre de 2010. Barbara Mercredi contra Richard Chaffe. (ECLI:EU:C:2010:829).

España, Tribunal Constitucional

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

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

STC 144/1999, de 22 julio (ECLI:ES:TC:1999:144).

STC 70/2002, de 3 de abril (ECLI:ES:TC:2002:70).

STC 273/2005, de 27 de octubre (ECLI:ES:TC:2005:273).

STC 177/2007, de 23 de julio (ECLI:ES:TC:2007:177).

STC 99/2021, de 10 de mayo (ECLI:ES:TC:2021:99).

España, Tribunal Supremo

STS 4300/1999, de 17 de junio (ECLI:ES:TS:1999:4300).

STS 7796/1998, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:1998:7796).

STS 8281/2004, de 20 de diciembre, (ECLI:ES:TS:2004:8281).

STS 1751/2006, de 20 de marzo, (ECLI:ES:TS:2006:1751).

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

STS 5641/2013, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2013:5641).

STS 349/2014 del 21 de enero (ECLI:ES:TS:2014:349).

STS 335/2016, de 4 febrero (ECLI:ES:TS:2016:335).

STS 4550/2016 de 19 octubre (ECLI:ES:TS:2016:4550).

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

STS 110/2017, de 17 de enero (ECLI:ES:TS:2017:110).

STS 348/2017, de 17 de mayo, (ECLI:ES:TS:2017:1908).

STS 2572/2017, de 27 junio (ECLI:ES:TS:2017:2572).

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

STS 1551/2018, de 8 de mayo (ECLI:ES:TS:2018:1551).

STS 1617/2018, de 9 mayo (ECLI:ES:TS:2018:1617).

STS 641/2019, del 26 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:641).

STS 1875/2019 de 7 de junio (ECLI:ES:TS:2019:1875).

STS 2197/2020, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2020:2197).

STS 4145/2020, de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:4145).

STS 4145/2021, de 21 de enero (ECLI:ES:TS:2020:4145).

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

STS 4022/2021, de 27 octubre (ECLI:ES:TS:2021:4022).

STS 4168/2021, de 15 noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4168).

España, Tribunal Superior

STSJ de Galicia 4439/2021, de 11 de junio (ECLI:ES:TSJGAL:2021:4439).

España, Audiencia Provincial

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

AAP de Girona 735/2017, del 10 de julio (ECLI:ES:APGI:2017:735A).

SAP de Sevilla 1677/2021, de 26 de noviembre (ECLI:ES:APSE:2021:1677).

SAP de Alicante 5/2022, de 25 de enero (ECLI:ES:APA:2022:5).

España, Juzgado de lo Penal

SJPI de Navarra 1536/2021, de 27 de setiembre (ECLI:ES:JPI:2021:1536).

SJPI de La Rioja 2539/2021, de 22 de noviembre (ECLI:ES:JPI:2021:2539).

SJPI de Navarra 185/2022, de 18 de enero (ECLI:ES:JPI:2022:185).

APÉNDICE LEGISLATIVO

- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Gaceta de Madrid. 17 de setiembre de 1882.
- Constitución Española de 1978. Boletín Oficial del Estado. 29 de diciembre de 1978.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Instrumento de ratificación de España de 26 de setiembre de 1979. Boletín Oficial del Estado. 10 de octubre de 1979
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado. 2 de julio de 1985.
- Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, hecho en La Haya. Instrumento de Ratificación de España de 24 de agosto de 1987. Boletín Oficial del Estado. 24 de agosto de 1987
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado. 25 de julio de 1889.
- Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. Boletín Oficial del Estado. 24 de diciembre de 1994.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado. 24 de noviembre de 1995.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Boletín Oficial del Estado. 12 de enero de 2000.
- Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia y de responsabilidad parental. Diario Oficial de la Unión Europea. 23 de diciembre de 2003.
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Boletín Oficial del Estado. 28 de abril de 2015.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de Trabajadores. Boletín Oficial del Estado. 24 de octubre de 2015.
- Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. Diario Oficial de la Unión Europea. 2 de julio de 2019.