



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

Trabajo de Fin de Grado, Grado en Derecho, 4º curso

Curso 2021-2022

Autora: Ana Xia Nieto Rubio

Tutor: Carlos Martínez-Buján Pérez

ÍNDICE

ÍNDICE	2
LISTADO DE ABREVIATURAS	3
ANTECEDENTES DE HECHO	4
CUESTIONES	6
1. ¿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?	6
1.1. Delito de inmigración ilegal: art. 318 bis CP	6
1.2. Delito de trata de seres humanos: art. 177 bis CP	10
1.3. Delito de amenazas: 171 CP	13
1.4. Delito contra los derechos de los trabajadores: arts. 311 y 312 CP	16
1.5. Delito de trato degradante: 173 CP	18
1.6 Relaciones concursales:	20
2. ¿Qué órgano es competente para conocer del delito cometido por Raquel? ¿Las grabaciones que Alejandra hizo con la cámara del móvil son un medio de prueba válido?	21
2.1. De la competencia de los Tribunales	21
2.2. Validez de la prueba	26
3. ¿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?	27
4. 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 guarda y custodia por períodos anuales en distintos países?	30
4.1. Sobre la filiación: acción de reclamación de la filiación. Impugnación no matrimonial	30
4.2 Régimen de guarda y custodia de los hijos	32
5. ¿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?	37
5.1. Del delito de la sustracción de menores	37
5.2. Aplicación al caso	38
CONCLUSIONES	40
BIBLIOGRAFÍA	43
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	45
APÉNDICE LEGISLATIVO	47

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
AN	Audiencia Nacional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEVID	Estatuto de la víctima del delito
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPTP	Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales
p.	Página
págs.	Páginas
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CUESTIONES

1. ¿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?

El primer apartado de este trabajo tiene por objeto responder a las siguientes cuestiones:

- Determinar qué calificación jurídica tienen los hechos realizados por Raquel.
- Qué consecuencias penales que se podrían derivar de sus actos.

Pues bien, los hechos realizados por la demandada pueden calificarse jurídicamente como dos delitos: un delito de tráfico ilegal de inmigrantes y un delito de trata de seres humanos, pues si bien podría pensarse que se cometen a mayores los delitos de amenazas, trato degradante o explotación laboral, esto no es así por las razones que expondremos posteriormente.

1.1. Delito de inmigración ilegal: art. 318 bis CP

De acuerdo con lo expresado por Tania García Sedano en el año 2021, “el consentimiento representa uno de los elementos que permiten perfilar la distinción entre los delitos de trata de seres humanos y tráfico ilícito de inmigrantes” (García, 2021, p. 24). Por otro lado, de acuerdo con Esther Pomares Cinta:

El delito de tráfico ilegal de migrantes y ayuda a la inmigración clandestinas son términos equivalentes que giran en torno a la colaboración de terceros en el desplazamiento transfronterizo de personas en condiciones de ilegalidad o irregularidad administrativa o migratoria que pretenden establecerse en el territorio de la Unión Europea (Pomares, 2008, p.4).

Este delito se encuentra legislado en la Unión Europea en la Directiva 2002/90/CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2002 que, de acuerdo con Pomares, sanciona dos modalidades de conductas relacionadas con el tráfico ilícito de personas:

La ayuda a entrar en el territorio de un Estado miembro, o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros (art. 1.1 a). No se exige que estas conductas estén presididas por una finalidad lucrativa. Respecto de estos comportamientos colaboradores, la Directiva permite, como elemento de tregua, no sancionar la ayuda al desplazamiento del inmigrante ilegal “en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate” (art. 1.2).

La ayuda a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros, siempre que esté guiada por ánimo de lucro (art. 1. 1. b).

En todo caso, esta norma de la Unión Europea es muy ambiciosa hasta el punto de que, como dice Pomares:

Ha sobrepasado los objetivos del Protocolo de Naciones Unidas, de 15 de noviembre de 2000, contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional. El Protocolo de 2000 conecta esta colaboración con el fenómeno organizativo y la finalidad lucrativa inherente a él; en cambio, en el ámbito de la Unión Europea se sanciona cualquier ayuda a la operación migratoria ilegal, también la individual, esporádica o no, sin requerir finalidad lucrativa (salvo para la ayuda a la permanencia ilegal), incluso se permite hacerlo frente a la ayuda humanitaria (art. 1 de la Directiva 2002/90/CE).

En España, son numerosas las sentencias que han aplicado el delito de colaboración en la inmigración clandestina sin mediar ánimo de lucro ni red organizativa y siendo conductas esporádicas o aisladas. Véanse, por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo español de 4-5- 2004, de 10-7- 2006; Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga de 12-6-2002, 31-1-2003, 12-2-2003, 31-12-2003, 13-7-2004; de la Audiencia Provincial de Cádiz de 14-3-2001; de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 19-7-2004, de 25-4-2005, etc.

En todo caso, en España, este delito se encuentra legislado en el art 318 bis de la vigente Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal que establece que comete un delito contra los derechos de los extranjeros:

El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

Sobre este delito nos habla también STS 385/2012, de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2012:3293), que establece que:

La doctrina tiene también declarado que debe entenderse por inmigración ilegal la que se produce con infracción de su normativa reguladora, sin que existan razones materiales para negar la punición cuando la entrada se produce con una falsa apariencia de legalidad, pues debe acudir a un concepto amplio de ilegalidad acorde con la normativa europea sobre la materia (Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002), concepto que no ha de limitarse por tanto al carácter oculto o subrepticio de la entrada ni a la utilización de documentación falsificada. Y es que ha de excluirse el error de partida de identificar la inmigración ilegal con la entrada ilegal en nuestro país.

Por su parte, la STS 144/2018 de 22 de marzo de 2018 [STS de 22 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1020)] afirma en su Fundamento de Derecho Tercero punto 5 que:

El tipo penal del art. 318 bis protege ahora el bien jurídico consistente en el interés del Estado -y de la Unión Europea- en el control de los flujos migratorios. Se reconoce así que el bien jurídico se centra actualmente en la legalidad de la entrada, ubicándose así su objetivo en la tutela de un bien colectivo o supraindividual y quedando la tutela de los bienes personales individuales de los migrantes encomendada al nuevo tipo penal del art. 177 bis del texto punitivo, lo

que explicaría la drástica reducción de pena que se percibe en la última redacción del art. 318 bis del CP.

Y en la misma línea resuelve la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (SAP) 1677/2021 de 26 de noviembre [SAP de 26 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:APSE:2021:1677)] cuando establece lo siguiente:

La segunda gran diferencia básica entre la inmigración ilegal y la trata radica en que la primera siempre tiene un carácter transnacional, teniendo por objeto a un extranjero ajeno a la Unión Europea, aun cuando no exija necesariamente la cooperación en el traspaso de fronteras, mientras que la trata de seres humanos puede tener carácter transnacional o no, [...]. Generalmente las víctimas de la trata de personas comienzan consintiendo en ser trasladadas ilícitamente de un Estado a otro exclusivamente para realizar un trabajo lícito (inmigración ilegal), para después ser forzadas a soportar situaciones de explotación, convirtiéndose así en víctimas del delito de trata de personas.

Y una tercera diferencia -según la citada Sentencia 214/2017 - se encuentra en la naturaleza del delito de inmigración ilegal como delito necesitado en todo caso de una heterointegración administrativa. Conforme a lo dispuesto en el art 318 bis, este tipo delictivo, que en realidad tutela la política de inmigración, sin perjuicio de amparar también los derechos de los ciudadanos extranjeros de un modo más colateral, requiere en todo caso la vulneración de la legislación sobre entrada, estancia o tránsito de los extranjeros. Mientras que en el delito de trata de seres humanos esta vulneración no se configura como elemento típico, siendo los elementos relevantes la afectación del consentimiento y la finalidad de explotación (SAP 1677/221, p. 34-35).

Por tanto, nos encontramos que la reforma de 2015 redefinió y reestructuró los comportamientos colaboradores relacionados con la inmigración ilegal de modo que ahora nos encontramos con dos nuevas modalidades en función de si el extranjero se queda en territorio español o si, en cambio, la conducta tiene que ver con la vulneración de la legislación administrativa sobre entrada o tránsito de extranjero, y los elementos del antiguo art. 318 bis CP que se han conservado:

En primer lugar, nos encontramos un tipo básico relativo a la ayuda a un no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar o circular ilegalmente en territorio español (Art. 318 bis. 1). Este tipo básico no requiere que el comportamiento colaborador tenga un afán lucrativo y presenta la estructura siguiente:

- a) Introducción de una excusa absolutoria de la pena: se excluye la aplicación de la pena prevista cuando el objetivo perseguido por quien colabora en la entrada o circulación ilegales fuera “únicamente” prestar “ayuda humanitaria” a la persona de que se trate (Art. 318 bis. 1, párrafo 2º).
- b) Tipo agravado: se aplica la pena prevista en su mitad superior cuando el comportamiento colaborador se haya cometido con “ánimo de lucro” (Art. 318 bis. 1, párrafo 3º).
- c) Tipos hiperagravados (Art. 318 bis. 3). Se aplica la pena de prisión de 4 a 8 años cuando concorra cualquiera de estas circunstancias:
 - a. Cuando el comportamiento colaborador se haya cometido en el seno de una “organización” dedicada a tales actividades. Esta agravación no alcanza al tipo penal relativo a la ayuda a la permanencia ilegal.

- b. Cuando el comportamiento colaborador en la entrada o circulación ilegales haya puesto en peligro la vida o entrañe riesgo de producir lesiones graves a “las personas objeto de la infracción”.

Este delito es uno de resultado material, de acuerdo con Martínez-Buján, pues tras la reforma de 2015 este se concreta en la entrada o tránsito ya que, como y se expuso anteriormente, la permanencia se tipifica en el apartado 2 del art. 318 bis y, por tanto, constituye el segundo tipo básico al que nos referiremos a continuación.

En segundo lugar, un tipo básico relativo a la ayuda a un no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer ilegalmente en territorio español (Art. 318 bis. 2). Este tipo, de acuerdo con Pomares, añade:

De modo separado e independiente, un tipo básico (alternativo) que castiga específicamente la colaboración en la permanencia ilegal en España. La relevancia penal de este comportamiento colaborador se condiciona a la concurrencia de ánimo de lucro en el autor. La pena a aplicar es similar a la prevista en el tipo básico de ayuda a la entrada o circulación ilegales (Pomares, 2015).

Finalmente, nos encontramos elementos de la anterior regulación del art. 318 bis del CP que no se han derogado o modificado.

En este supuesto nos encontramos ante un delito de tráfico ilícito de inmigrantes cumpliendo los dos tipos básicos por ayudar a una persona no nacional de un país no miembro de la UE a entrar en España y por ayudar ese mismo extranjero a permanecer en territorio español. Todo esto es debido a que Raquel traslada a Alejandra a España haciendo caso omiso a lo dispuesto en la legislación relacionada con la entrada, estancia y/o tránsito de extranjeros no comunitarios, acción tipificada en el vigente CP. Así mismo, como mencionamos anteriormente, se comete un delito de tráfico ilícito de inmigrantes aun cuando se produce con una falsa apariencia de legalidad [STS 385/2012 de 10 de mayo de 2010 (ECLI:ES:TS:2012:3293)] que en este caso se manifestó con su entrada en España con un visado de turistas, por lo que la actuación de Raquel era antijurídica.

En cuanto al bien jurídico protegido, de acuerdo con Martínez-Buján Pérez, este es el propio estatus jurídico del extranjero, es decir; los derechos y libertades reconocidos al extranjero por el Ordenamiento jurídico español y “los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios, en sintonía con la legislación administrativa de extranjería” (Martínez-Buján, 2019, p. 947-948).

Además, en este delito el sujeto activo es Raquel por cometer la acción típica del delito y el sujeto pasivo sería Alejandra pues, de acuerdo con Martínez-Buján, el sujeto pasivo en este delito es el ciudadano perteneciente a un país no miembro de la Unión Europea que, además, debe ser ilegal ya que su entrada o permanencia en España tiene que vulnerar las normas de extranjería dictadas en torno a la entrada, tránsito o estancia de extranjeros. Además, no es necesario que exista en el extranjero la condición de trabajador, de acuerdo con lo dispuesto por la STS 22-11-05 (Martínez-Buján, 2019, p. 949).

También podemos afirmar que también es responsable del mismo porque se reflejan en la conducta de Alejandra los tres elementos de la culpabilidad:

En primer lugar, la imputabilidad: Raquel tiene la edad, la madurez psíquica y la capacidad de motivarse suficientemente, por lo que es imputable.

En segundo lugar, el conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido: Raquel sabía que su conducta era ilegítima porque al amenazar a Alejandra con llamar a la policía para que los deporten por haberse quedado en España de forma ilegal, deja ver que sabía que había traído a Alejandra de forma ilegal.

En tercer y último lugar, exigibilidad de un comportamiento distinto: De acuerdo con Muñoz y García, “el cumplimiento de los mandatos normativos es un deber para todos los ciudadanos” si bien el grado de exigencia depende de las circunstancias concretas del comportamiento exigido. Así mismo, “el Derecho no puede exigir comportamiento heroicos o imponer una pena cuando alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la ley penal antes de sacrificar su propia vida o su integridad física” (Muñoz y García, 2019, p. 368-370).

Sin embargo, para que pueda entrar en juego la ausencia de culpabilidad por no existir exigencia de otra conducta, el sujeto activo que comete el acto típico y antijurídico debió estar en una situación extrema que aconseje que no era recomendable imponerle una sanción. Y esto solo ocurre en los casos de miedo insuperable o en los casos de encubrimiento entre parientes. Como en este caso no pueden aplicarse ninguna de estas dos exenciones, Raquel tenía la exigencia de realizar un comportamiento distinto.

Por tanto, y en conclusión, Raquel comete un delito de tráfico ilícito de inmigrantes tipificado en el art. 318 bis del CP cuya consecuencia jurídica es una pena de multa de tres a doce meses o una pena de prisión de tres meses a un año.

1.2. Delito de trata de seres humanos: art. 177 bis CP

El Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio¹ mencionó en su informe *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos* al delito de la trata de seres humanos como “la manifestación más obscena de la delincuencia organizada”, incluyendo a este delito entre uno de los más amenazantes del mundo actual.

En España este delito está tipificado en el art. 177 bis del Código Penal que en su apartado uno dispone que:

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

¹ En noviembre de 2003, el Secretario General Kofi Annan nombró a un panel de 16 políticos y diplomáticos prominentes de distintos países que tuvieron la tarea de identificar las amenazas que afronta la comunidad internacional, evaluar la capacidad de las Naciones Unidas para responder ante estos desafíos y recomendar los cambios pertinentes para que la Organización lidie con el mundo de hoy.

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

Y en caso de recurrir a cualquiera de estos medios, el consentimiento de la víctima de la trata será intrascendente, cosa que es concorde a lo dispuesto en los Convenios Internacionales ratificados por España². Sin embargo, el consentimiento no es irrelevante si este pudo ser prestado de forma voluntaria de forma libre ya que en virtud del art. 1265 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante CC) es válido el consentimiento otorgado sin error, violencia, intimidación o dolo.

En resumidas cuentas, la trata de seres humanos consiste en la existencia de un poder de control sobre la víctima que se ejerce con la finalidad de explotarla.

Ahora bien, ¿cómo se refleja este delito en el supuesto de hecho que estamos analizando? El supuesto de hecho es claramente un ejemplo del artículo 177 bis 1 en su modalidad de la letra “a” que, como se mencionó anteriormente, consistía en traer a la víctima con la finalidad de la imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad. Por tanto, nos encontramos ante un supuesto de explotación laboral. Sin embargo, ¿qué ha establecido el CP en el ámbito de la trata con fines de explotación laboral?

El art. 177 bis establece que la estructura básica del delito consiste en la acción, medios y finalidades del delito. Sin embargo, solo tipifica la trata con finalidad de imponer trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad. No se desarrolla expresamente la trata laboral en sí misma. De este modo, como decía Teresa Rodríguez Montañés en “La trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas”, capítulo “Trata de seres humanos y explotación laboral. Reflexiones sobre la realidad práctica”:

Se tipifica la explotación laboral en sentido amplio a través de los delitos contra los derechos de los trabajadores” teniéndose en cuenta que “esos delitos de explotación laboral, por severa que esta sea, no exigen la imposición de trabajo en sí mismo y la falta de consentimiento en la explotación, por lo que ese plus de desvalor [...] carece de respuesta penal expresa en nuestro ordenamiento jurídico (Rodríguez, 2015, p. 68-69).

Por tanto, para afirmar que existe trata con fines de explotación laboral o imposición de trabajos o servicios forzados, esclavitud y asimilados, tendremos que acudir a instrumentos internacionales³.

² Ejemplos de normas internacionales son el Protocolo de Palermo (art. 3 párrafo b)), el art. 1 párrafo 2 de la Decisión Marco 2002/269/JAI (derogada) o el art. 3 párrafo b) del Convenio de Varsovia.

³ Ejemplos de instrumentos internacionales: Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (A/RES/55/25), Convenio de Varsovia (2005), Directiva 2011/36/UE del parlamento europeo y del consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

En todo caso, y centrándonos en la cuestión que se nos plantea respecto a cómo se refleja el delito de trata en el caso que estamos analizando, podemos afirmar que como se expone en el caso práctico que estamos analizando, Raquel Benítez atrajo a Alejandra Rey con una oferta de trabajo que desde el principio no tenía pensado cumplir pues como se derivan de los hechos probados. Además, nada más llegar le retiró el pasaporte y el dinero que Alejandra logró reunir antes de llegar a España con la finalidad de retenerla. Además, le dijo que tenía una enorme deuda con ella que más que disminuir, solo crecía. En resumen, podemos observar que Raquel:

- Captó y acogió a Alejandra, de modo que realiza una de las acciones tipificadas como delito de trata de seres humanos prevista por el art. 177 bis del CP, cometiendo, en consecuencia, un delito de trata en calidad de actora ya que Raquel fue la que realizó por su cuenta todas las acciones necesarias para la comisión del delito.
- Mantuvo controlada a Alejandra con la finalidad de la imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.
- La captó mediante engaño y la mantuvo bajo su control mediante amenazas cuyo propósito eran la intimidación.

En consecuencia, puede observarse que Raquel realiza la acción típica del delito de trata de seres humanos porque captó, acogió y recibió a Alejandra. Además, por haber realizado el acto típico, es el sujeto activo en el delito, siendo el pasivo Alejandra como víctima.

En cuanto a la antijuridicidad de la conducta realizada por Raquel, esta se manifiesta porque la actuación se opone a lo dispuesto en nuestro Ordenamiento Jurídico (antijuridicidad formal) y porque produce una ofensa al bien jurídico que la norma pretende proteger: la dignidad, la libertad, la integridad moral y los derechos fundamentales de la víctima.

Respecto a la culpabilidad, podemos afirmar la responsabilidad de Alejandra por presentarse en este delito, de nuevo, los tres elementos de la culpabilidad: Raquel es imputable ya que es mayor de edad y plenamente capaz de razonar, sabía que su conducta era antijurídica y existía exigencia de un comportamiento distinto por no tener entrada las eximentes por miedo absoluto o encubrimiento de familiares.

Por lo tanto, Raquel comete un delito de trata de seres humanos con la finalidad de imponer trabajos o servicios forzados, servidumbre, esclavitud o asimilados a la esclavitud. Y, en este caso nos encontramos ante un supuesto de imposición de servidumbre porque de acuerdo con García Sedano, la servidumbre implica la obligación del siervo de proporcionar servicios a otra persona y vivir en la propiedad de esa otra persona, siendo imposible escapar de esa situación [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de junio de 1982. Asunto Van Droogenbriek vs Bélgica. 7906/77 apartado 8 (ECLI:CE:ECHR:1983:0425JUD000790677)].

Esta situación se da en el presente supuesto de hecho ya que Alejandra quedó obligada realizar diversas tareas domésticas y de jardinería, no podía salir del inmueble de Raquel y, por tanto, residía ahí, y porque la situación no podía cambiarse porque en caso de que Alejandra se fuera o dejara de trabajar Raquel la denunciaría a la policía por estar en España ilegalmente. Por tanto, y en conclusión, cometió un delito de trata de seres humanos con fines de imposición de servidumbre.

En cuanto a las consecuencias de este delito de la literalidad del artículo 177 bis se desprende que Raquel será condenada a una pena de 5 a 8 meses de prisión.

Ahora bien, si leemos el supuesto podríamos dudar acerca de si Raquel comete un delito contra los derechos de los trabajadores, tipificados en el Título XV del Código Penal (arts. 311 a 318 CP).

1.3. Delito de amenazas: 171 CP

Gramaticalmente hablando, amenazar consiste en “dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien” (Real Academia Española, s.f., definición 1) y debido a que en este caso el concepto gramatical y jurídico coinciden, se considerará amenazas también el anuncio de causar a tus allegados o familiares algún mal, de modo que los gestos también constituyen amenazas [STS de 25 de enero de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:347)].

Sin embargo, y a pesar de lo mencionado anteriormente, el TS exige también que las amenazas sean sobre un mal injusto, determinado, posible y cuya efectación dependa de la actuación del amenazado, tal y como establece la STS de 2 de julio de 1999 (STS1080/1999) que en sus Fundamentos de Derecho afirma que “el mal anunciado en toda amenaza ha de ser futuro, determinado, posible y dependiente en su realización efectiva de la voluntad del sujeto” (STS 1080/1999 Fundamento Jurídico 2º).

Por otro lado, de acuerdo con la STS de 20 de abril de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:2392) Fundamento de Derecho 3º, “Los distintos delitos de amenazas contemplados en el art. 169 y ss. obedecen en términos generales a unas características que ha venido fijando esta Sala y que poseen plena vigencia”; añadiendo a continuación que las condiciones necesarias para que se cometa el delito son las siguientes:

1. El bien jurídico protegido es la libertad de la persona y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida.
2. Es un delito de simple actividad, de expresión o de peligro, y no de verdadera lesión, de tal suerte que si ésta se produce actuará como complemento del tipo.
3. El contenido o núcleo esencial del tipo es el anuncio en hechos o expresiones, de causar a otro un mal que constituya delito de los enumerados; anuncio de un mal que debe ser serio, real y perseverante, de tal forma que ocasione una repulsa social indudable.
4. El mal anunciado ha de ser futuro, injusto, determinado y posible que dependa exclusivamente de la voluntad del sujeto activo y produzca la natural intimidación en el amenazado.
5. Este delito es eminentemente circunstancial, debiendo valorarse la ocasión en que se profiera, personas intervinientes, actos anteriores, simultáneos y sobre todo posteriores al hecho material de la amenaza.
6. El dolo específico consiste en ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego, dolo indubitado, en cuanto encierra un plan premeditado de actuar con tal fin.

Por tanto, para la comisión de un delito de amenazas será necesario en virtud de todo lo anteriormente expuesto dar a entender a otro con actos o palabras que se le va a ocasionar un mal injusto, determinado, posible, futuro, con apariencia de seriedad y firmeza, el cual no ocurrirá dependiendo de la conducta de la víctima, siempre que este mal no constituya delito.

No obstante, no todas las amenazas son castigadas penalmente del mismo modo. Por tanto, es posible dividir las amenazas en dos grandes tipos: amenazas de un mal constitutivo de delito, que pueden ser condicionales e incondicionales, y las amenazas de mal no constitutivo de delito.

Las amenazas constitutivas de delito son las tipificadas por el art. 169.1º del CP que establece que:

El que amenace a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado

1.º Con la pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años.

Por otro lado, las amenazas de un mal no constitutivo de delito están tipificadas en el art. 171.1 del mismo Código que señala que:

Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior.

Y, finalmente, en su apartado 3, el art. 171 del CP establece que en los supuesto de que la amenaza consista en dar a entender que vas a revelar algún delito que haya sido cometido por la víctima:

El ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere castigado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el juez o tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados.

1.3.1 Aplicación al caso

Expuesto ya el delito de amenazas teóricamente, procede ver cómo se refleja, si ese es el caso, este delito en el supuesto de hecho que se nos presenta.

Como ya mencionamos antes, el delito de amenazas consiste en indicar a alguien mediante palabras o gestos que le vas a infringir un mal injusto, determinado, posible, razonable y futuro, en caso de que haga o no haga una determinada acción. Además, también vimos que cabe distinguir entre dos tipos de amenazas, las de un mal constitutivo de delito y las de un mal no constitutivo de delito.

En este caso, nos encontramos ante una amenaza de un mal no constitutivo de delito ya que Raquel amenaza a Alejandra con denunciarla a la policía si decide irse o dejar de trabajar para ella. Por tanto, vemos que se cumplen los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia para que los hechos sean considerados las amenazas puesto que:

En primer lugar, la conducta realizada por Raquel se encuentra tipificada por el vigente CP en el art. 171.1 del CP puesto que amenaza a Alejandra con denunciarla a la Policía, un mal no constitutivo de delito, y la amenaza estaba condicionada por la condición de que Alejandra dejase de trabajar para Raquel o se fuera. Por tanto, el sujeto activo es Raquel por ser la persona que amenaza y el sujeto pasivo es Alejandra, por ser la persona que recibe el mal (la amenaza).

En segundo lugar, porque la conducta realizada por Raquel es antijurídica porque existe ofensa a un bien jurídico protegido por la norma penal por la realización de su acción, de acuerdo con Muñoz y García (2019) p.285, y en este supuesto en concreto, se vulnera un bien jurídico protegido que es el de la libertad de las personas ya que debe incluirse dentro de este el derecho al sosiego y tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de la vida de cada uno.

En tercer lugar, porque Raquel es responsable del delito ya que se aprecian en su conducta y ella misma todos los elementos de la culpabilidad:

1. En primer lugar, es imputable ya que se presume que Raquel es mayor de edad y tampoco consta que no tenga facultades psíquicas suficientes como para poder ser motivado racionalmente.
2. En segundo lugar, porque Raquel tenía conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido.
3. Finalmente, en tercer lugar, porque existía la exigencia de un comportamiento distinto ya que las leyes son de obligado cumplimiento y al cometer el delito se desvía de la conducta exigible.

Por tanto, y en conclusión, Raquel podría ser condenada por un delito de amenazas del art. 171.1 CP en calidad de autora de un delito consumado doloso por el que sería condenada, en consecuencia, a una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, teniéndose en cuenta la gravedad y circunstancia del hecho.

Sin embargo, como el art. 171.1 bis añade también que si “el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior”, y en este caso, lo consiguió durante dos semanas, podría aplicarse la pena en su mitad superior si así lo considerara el Tribunal, atendidas las circunstancias del caso concreto de Alejandra.

No obstante, a pesar de todo lo anteriormente mencionado, cometiendo el delito de trata de seres humanos se pueden cometer al mismo tiempo otros delitos de modo que de acuerdo con Tania García Sedano, al amparo de la cláusula concursal del art. 177 bis CP se pueden distinguir tres tipos de delitos:

En primer lugar, el delito de tráfico ilícito de inmigrantes, previsto expresamente por el art. 177 bis del CP.

En segundo lugar, los delitos cometidos vinculados con la utilización de los medios comisivos utilizados para doblegar a la víctima. En este caso, y de acuerdo con lo

que afirma García Sedano, pueden pasar dos cosas: que el delito quede subsumido en la conducta típica del delito de trata, o que no queden subsumidos, en cuyo caso se establecería un concurso de delitos real o medial en función del caso.

Finalmente, en tercer lugar se encontrarían los delitos derivados de la explotación correspondiente.

En este caso, como observamos anteriormente, las amenazas fueron realizadas con el fin de obligar a la víctima a que se quedara en casa de Raquel y siguiera trabajando para ella. Por tanto, el delito fue cometido con la finalidad de doblegar a la víctima y queda subsumido dentro de la acción típica del delito de trata de seres humanos ya que, como recordaremos, este se comete cuando el sujeto activo capture, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades previstas por el art. 177 bis.1 empleando para ello violencia, intimidación o engaño.

Como las amenazas constituyen un modo de intimidación, el delito de amenazas queda subsumido dentro del de trata y, por tanto, no procede la aplicación de la pena por este delito de amenazas.

1.4. Delito contra los derechos de los trabajadores: arts. 311 y 312 CP

Como acabamos de mencionar, es posible pensar que Raquel comete un delito contra los derechos de los trabajadores.

De acuerdo con Tania García Sedano, el ordenamiento jurídico español se caracteriza por “una ausencia de tipificación autónoma de las figuras jurídicas enunciadas en el párrafo 1 apartado a del art. 177 bis”. Por lo que delito que entra en concurso con el de la trata será habitualmente el del art. 311 CP o menos frecuentemente, el del art. 312 CP⁴ (García, 2021, p.164).

En virtud del art. 311 del CP, será castigados como responsables de un delito contra los derechos de los trabajadores:

Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

Los que den ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo.

Por otro lado, el art. 312 CP establece que también comete un delito contra los derechos de los trabajadores

Los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.

En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo

⁴ Esto es conforme a la Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado

engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

En este supuesto parece que nos encontramos ante el caso previsto por el art. 312.2 CP ya que Raquel reclutó a Alejandra ofreciéndole un empleo con unas condiciones de trabajo falsas y la empleó como súbdita extranjera suprimiendo y restringiendo los derechos que los trabajadores tienen reconocidos en España por las normas legales, los convenios colectivos o los contratos individuales. Y esto se puede probar en el hecho de que se vulnera el tiempo de la jornada laboral (trabajaba 16 horas seguidas) o en que no le daba descansos. Por lo tanto, Raquel podría estar cometiendo dicho delito. Sin embargo, Raquel no contrató a Alejandra y posteriormente suprimió o restringió sus derechos como trabajadora por lo que no puede aplicarse el art. 312.2 del CP.

Por otro lado, tampoco puede aplicarse el art. 311 del CP porque tampoco impuso Raquel mediante engaño o abuso de situación de necesidad condiciones peores a las previstas por las leyes, convenios colectivos o contratos individuales a sus trabajadores (en este caso, Alejandra) ni ocupó simultáneamente a varios trabajadores sin darlos de alta en las Seguridad Social o sin poseer la correspondiente autorización de trabajo

Además, no es aplicable el art. 312.2 del CP por una sencilla razón: el consentimiento de Alejandra. Como ya se explicó previamente, el consentimiento de la víctima es irrelevante en el delito de trata (177 bis.3 CP). Por tanto, en ningún momento se establece una relación de empleador-trabajador, sino que se le impone a Alejandra la condición de trabajadora, conducta más grave que el delito contra los derechos de los trabajadores, ya que este no cubre el desvalor. De este modo piensa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 26 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:APSE:2021:1677) que en su Fundamento Jurídico quinto afirma que:

El delito de explotación laboral objeto de acusación está tipificado en el artículo 312.2 CP, que, en lo que ahora nos interesa, castiga con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses 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".

La STS, Penal sección 1, núm. 348/2017, de 17 de mayo, nos enseña sobre este delito: " 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. Se trata de la contratación de inmigrantes ilegales, esto es, aquéllos que carecen de 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.

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.

Ha de tratarse de una verdadera relación laboral, es decir prestación de servicios por cuenta ajena, habitualidad en los mismos, dependencia, retribución y jornada legal. Un contrato de trabajo que tendría cabida en el art. 1.1º del Estatuto de los Trabajadores; es indiferente que los trabajadores sean legales o ilegales, que el contrato sea verbal o escrito o que las condiciones de trabajo sean expresas o tácitas. Es necesario que las condiciones del contrato supongan un perjuicio para sus derechos laborales, más allá de los derivados de su situación de ilegalidad, de la que resulta la inexistencia de permiso de trabajo y ausencia de alta en la seguridad social [STS de 17 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1908)].

Por tanto, y a la vista de lo anteriormente expuesto, no comete Raquel un delito contra los derechos de los trabajadores por ser las conductas realizadas por los siguientes motivos: En primer lugar, porque la relación laboral existente entre Raquel y Alejandra surgió como fruto de la deuda de Alejandra con Raquel y sin consentimiento de la primera de esta por ser el consentimiento de la víctima de la trata irrelevante en virtud del art. 177 bis. 3. Y, en segundo lugar, porque lo que se observa en este supuesto no es un caso de explotación laboral, sino un caso de trata de seres humanos con el fin de imponer servidumbre de acuerdo con lo dispuesto por García Sedano.

1.5. Delito de trato degradante: 173 CP

De acuerdo con el art. 173.1 del CP, cometerá un delito de trato degradante el que inflija a otra persona:

Un trato degradante menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

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

Por tanto, el bien jurídico protegido en este caso es la integridad física y moral ya que el trato degradante puede consistir en actos humillantes y hostiles y la acción tipificada será infligir a otro un trato degradante.

En este supuesto parece que nos encontramos ante un delito de trato degradante porque de la lectura del caso práctico se desprende que los actos cometidos por Raquel fueron degradantes y reiteradamente hostiles o humillantes. Y esto es así porque, en primer lugar, las grabaciones realizadas con el teléfono móvil de Alejandra reflejaban “las humillaciones que le hacía (Raquel) cuando esta no realizaba las cosas como quería”. En segundo lugar, porque las mencionadas grabaciones mostraban también la habitualidad de los actos hostiles, las amenazas. Finalmente, el hecho de que Alejandra se debiera

alimentar de trozos de pan y sobras de comida que cogía de la cocina era también humillante por no permitirle comer dignamente.

Sin embargo, el art. 173 exige que se afecte gravemente la integridad moral que de acuerdo con lo dispuesto por Norberto Javier de la Mata Barranco y Ana Isabel Pérez Machío:

La doctrina mayoritaria atribuye a la gravedad la condición de criterio delimitador entre lo delictivo y lo que no queda incurso en el tipo, adoptándose la distinción entre tratos degradantes graves y no graves, que pueden imputarse a título de falta del art. 620 párrafo 1, 2.º como vejaciones injustas de carácter leve. Así, el calificativo de grave no resultará superfluo, pues el injusto del precepto se caracteriza por la causación de una grave humillación o sensación de envilecimiento, que es lo que caracteriza al trato degradante del precepto.

Pero para los órganos internacionales el criterio de la intensidad del sufrimiento soportado, además de la distinción de los diferentes conceptos de trato degradante, inhumano y tortura, asegura que la intervención del Derecho se limite, exclusivamente, a aquellos comportamientos que ostentan una determinada carga de humillación y sufrimiento. De tal forma que no sólo las torturas y los tratos inhumanos, sino también los tratos degradantes, deben ostentar un determinado nivel de intensidad para ser jurídicamente relevantes (De la Mata y Pérez, 2005).

Por otro lado, otra cuestión que podemos plantearnos es la siguiente: de todas las conductas suficientemente graves como para afectar gravemente a la integridad moral, ¿cuáles son a las que se refiere el art. 173?

De acuerdo con Díaz Pita, las conductas a las que se refiere el art. 173.1, son únicamente los tratos degradantes y los tratos inhumanos limitando estos a los comportamientos realizados por los funcionarios para determinados fines pues a pesar de que los postulados internacionales se realicen una escala gradual en base al delito de trato degradante en cuya cúspide se encuentre la tortura, no significa que esas categorías y apreciaciones se deban emplear automáticamente en el ámbito estatal. Lo recomendable sería escoger otros términos sin olvidar lo que establezcan las normas internacionales.

No obstante, para Norberto Javier de la Mata y Ana Isabel Pérez, y también en mi opinión, la respuesta correcta sería la opinión que mantiene un sector minoritario de la doctrina que interpretando el art. 173.1 del CP entiende que:

Tienen cabida los tratos degradantes, los tratos inhumanos y las torturas, siempre entre particulares, admitiendo este concepto al margen de la actuación funcional. Ello es obvio, y aunque de nuevo estemos ante una pura cuestión terminológica, pues no tendría sentido, aun a pesar de la literalidad del precepto, que pudieran sancionarse en el art. 173.1 únicamente las conductas de menor gravedad dentro de la escala de comportamientos lesivos de la integridad moral (De la Mata y Pérez, 2005, p. 30).

Por tanto, en este caso nos encontramos que a pesar de que la conducta realizada por Raquel sea típica, antijurídica por atentar contra el bien jurídico protegido de la integridad física y moral, y de que Raquel sea responsable por ser imputable, saber que su actuación era antijurídica y por no realizar la conducta legalmente exigible; no sería

condenada por un delito de trato degradante tipificado en el art. 173.1 del CP cuya consecuencia penal es la pena de prisión de seis meses a dos años. Y esto es así por dos motivos:

En primer lugar, porque como ocurrió con el delito de amenazas anteriormente expuesto, este delito quedará subsumido dentro del de trata de seres humanos por haber sido cometido con el fin de doblegar a la víctima y porque para cometer un delito de trata es necesario emplear violencia, intimidación o engaño. Y en este caso, el delito de trato degradante fue cometido con el propósito de intimidar a Alejandra.

Y en segundo lugar, porque la conducta realizada por Raquel no afectó tan gravemente la integridad moral de Alejandra.

1.6 Relaciones concursales:

De acuerdo con la literalidad del art. 73 del CP “al responsable de dos o más delitos o faltas se les impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de estas”.

Por tanto, nos encontramos ante un concurso de delitos puesto que nos hallamos ante las penas derivadas del delito de trata de seres humanos y del delito de tráfico ilegal de inmigrantes ya que como se expuso anteriormente, los delitos de amenazas y trato degradante quedaban subsumidos dentro del delito de trata de seres humanos.

En virtud del art. 75 del CP, “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”. Sin embargo, el artículo siguiente establece que:

El máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años.

Si bien este límite máximo de 20 años establecido por el art. 76 podrá ser superior excepcionalmente en las condiciones establecidas por el mismo artículo.

No obstante lo anterior, de acuerdo con el art. 77.1 CP “Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro”.

Y, finalmente, el art. 73 CP dispone que “al responsable de dos o más delitos o faltas se les impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas”. Por tanto, nos encontramos ante la existencia de tres tipos de concursos:

- Concurso real (art. 73 CP)
- Concurso ideal (art. 77.1 y 77.2 CP)
- Concurso medial (art. 77.1 y 77.3 CP)

A este respecto, aplicado al caso, el art. 177 bis. 9 establece que “las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso,

por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación”. Nos encontramos, entonces, que el Legislador ya había previsto un concurso entre estos dos delitos al haber introducido una cláusula concursal entre el delito de trata de seres humanos y cualquier otro delito que en ese proceso de trata haya podido cometerse contra la víctima, mencionando expresamente el delito de tráfico ilegal de inmigrantes.

En este caso nos encontramos ante un concurso medial, que se da cuando, cometiendo un delito, se comete otro, siendo el primero un medio necesario para cometer el segundo o viceversa. Las razones que motivan esto son las siguientes: porque la razón por la que Raquel trajo ilegalmente a Alejandra fue para poder explotarla laboralmente pues, como ya se mencionó al inicio del trabajo, “Raquel Benítez atrajo a Alejandra Rey con una oferta de trabajo que desde el principio no tenía pensado cumplir”, y esto, con el fin de lucrarse ilícitamente del trabajo realizado por Alejandra, la cual no recibía contraprestación alguna. Además, como resulta a todas luces evidente, para poder obligar a Alejandra a trabajar gratuitamente para ella en Galicia, tenía que traerla a Santiago primero, por lo que no podría cometer el delito de trata sin haber cometido previamente el delito de tráfico ilícito de inmigrantes. En resumen, el delito de tráfico ilícito de inmigrantes fue cometido como instrumento para conseguir un fin final, que acabaría por consumarse en un delito de trata de seres humanos.

Por tanto, en virtud del art. 77.3 CP “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. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior”.

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

Una vez determinado cuál es el delito cometido por Alejandra debemos determinar cuál es el tribunal competente para conocer esta cuestión y para ello debemos atender y analizar las distintas competencias.

2.1. De la competencia de los Tribunales

De la literalidad del art. 117 de la Constitución Española de 1978 (CE) se desprende que la Justicia proviene del pueblo y que la jurisdicción, potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado, pertenece a los Jueces y Magistrados que, administrarán la justicia en nombre del Rey.

Como estipula el art. 3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ) “la jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos”. Por otro lado, el art. 9.3 de esta misma ley establece que “los del orden jurisdiccional penal tendrán atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar”. Finalmente, en el art. 23 de la LOPJ el Legislador establece que:

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

Y que también conocerá “los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho”. Así mismo, igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional siempre que sea uno de los delitos previstos en el art. 23.4 de la LOPJ. Entre estos delitos, en la letra m, el art. 23.4 LOPJ prevé al delito de trata, siempre que:

1. El procedimiento se dirija contra un español;
2. El procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;
3. El procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,
4. El delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

Por tanto, de lo analizado podemos concluir que será competente para conocer el delito cometido por Raquel un Tribunal español.

Ahora bien, existen varios Tribunales que podrían ser competentes por lo que para saber cuál de todos ellos sería competente habrá de atenderse a los criterios de atribución, que son los siguientes: un criterio objetivo, un criterio funcional y un criterio territorial:

- Conforme al criterio objetivo se concreta qué tipo de órgano jurisdiccional dentro de un determinado grado es competente para conocer un hecho punible.
- De acuerdo con la competencia funcional se determina qué órgano ostenta la competencia para conocer de las distintas fases del procedimiento o acto procesal.
- Conforme al criterio territorial se decide qué órgano es competente entre los distintos órganos de su misma clase, grado y tipo.

Teniendo en cuenta que estamos ante un caso de jurisdicción penal, es necesario aplicar los distintos criterios de atribución para poder saber qué tribunal es competente.

2.1.1. Competencia objetiva

En virtud de lo dispuesto por Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín, la competencia objetiva determina qué órgano dentro de la jerarquía de los tribunales es competente de resolver y para determinar qué órgano es competente jerárquicamente, de atenderse a los siguientes criterios:

- La mayor o menor gravedad del hecho punible. Este es el criterio ordinario común.
- La cualidad del sujeto encausado. Esta es la competencia *ratione personae*.
- La naturaleza especial del objeto: competencia *ratione materiae*.

Teniendo en cuenta esto, cabe destacar que estos criterios se aplican en un orden determinado: en primer lugar, se aplica el fuero por razón de la persona; en segundo lugar, se aplica el fuero por razón de la materia si el fuero por razón de la persona atrae la competencia objetiva de un órgano judicial superior en el orden jerárquico y, final y subsidiariamente, se aplica el criterio común (Pérez-Cruz 2014, p. 91-92)

La competencia *ratione personae* se basa en los aforamientos, que son una situación jurídica por la que determinadas personas por su condición personal, por el cargo que ocupan o por la función que desempeñan no son juzgadas por los tribunales ordinarios que corresponde, sino por otros. En este caso, no nos encontramos ante ningún aforamiento, por tanto; procede observar si se puede aplicar el criterio que tiene en cuenta la naturaleza especial del objeto.

La competencia *ratione materiae* tiene en consideración la naturaleza del delito cometido para atribuir la competencia objetiva de un asunto a un tribunal en concreto. De este modo, la ley determina que competencias tiene atribuida cada tribunal. Sin entrar en el fondo de la materia, podemos afirmar que, en resumen:

- Corresponde a los Juzgados de Paz conocer en primera instancia de los procesos por faltas que les atribuya la ley, intervenir en actuaciones penales de prevención, o por delegación, y en aquellas otras que señalen las leyes (art. 100.2 LOPJ)
- Corresponde a los Juzgados de Instrucción conocer, entre otros asuntos, los siguientes casos (art. 87 LOPJ):
 - o 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.
 - o De la instrucción de las causas penales que juzgan los Juzgados de lo Penal, las Audiencias Provinciales o el Tribunal del Jurado.
 - o De la apelación contra las sentencias de delitos leves de los Juzgados de Paz.
- Los Juzgados Centrales de Instrucción, por su parte, tienen la competencia de instruir las causas que deben ser juzgadas por los Juzgados Centrales de lo Penal o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 88 LOPJ).
- Corresponde a los Juzgados de lo Penal, debido a la exigencia constitucional del derecho a recurrir, ejecutar las sentencias dictadas en causas por delito grave o menos grave por los Juzgados de Instrucción, conocer de las causas por los delitos a que se refiere el artículo 65 y de los demás asuntos que señalen las leyes, y de ejecutar estas últimas, entre otras potestades (art. 89 bis LOPJ⁵).

⁵ Art. 89 bis:

2. Los Juzgados de lo Penal enjuiciarán las causas por delito que la ley determine. A fin de facilitar el conocimiento de los asuntos instruidos por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y atendiendo al número de asuntos existentes, deberán especializarse uno o varios Juzgados en cada provincia, de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la presente Ley. Corresponde asimismo a los Juzgados de lo Penal la ejecución de las sentencias dictadas en causas por delito grave o menos grave por los Juzgados de Instrucción, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones que impongan sanciones pecuniarias transmitidas por las autoridades competentes de otros Estados miembros de la Unión Europea, cuando las mismas deban cumplirse en territorio español, y los procedimientos de decomiso autónomo por los delitos para cuyo conocimiento sean competentes.
3. En la Villa de Madrid, con jurisdicción en toda España, habrá uno o varios Juzgados Centrales de lo Penal que conocerán, en los casos en que así lo establezcan las leyes procesales, de las causas por los delitos a que se refiere el artículo 65 y de los demás asuntos que señalen las leyes.

- Finalmente, corresponde a las Audiencias Provinciales, órganos jurisdiccionales colegiados organizados en secciones y situados en capitales de provincia, conocer de delitos con pena superior a 5 años (5 a 9 años mediante el procedimiento abreviado) o a 9 años (si es por el proceso ordinario) (art. 82 LOPJ).

En este caso, teniendo en cuenta que, como se mencionó anteriormente, el delito de trata de seres humanos está penado con una pena de 5 a 8 años de prisión (art. 177 bis CP), el Juzgado competente para resolver sería una Audiencia Provincial. Por tanto, el tribunal competente para instruir el supuesto de hecho sería, efectivamente, el Juzgado de Instrucción.

Ahora bien, de entre todos los Juzgados de Instrucción y todas las Audiencias Provinciales que existen en España, ¿cuál sería competente? Para resolver esta cuestión tendremos que analizar la competencia territorial, que será explicada más adelante.

2.1.2. Competencia funcional

En cuanto a la competencia funcional, esta determina, como ya se mencionó previamente, qué tribunal es competente para conocer cada parte del proceso o acto procesal en concreto. Por tanto, define a cuál de las distintas fases que integran el proceso penal compete conocer del asunto en cuestión. Estas fases son:

- La fase declarativa, que a su vez se divide en fase de instrucción, fase intermedia y fase de juicio oral.
- La fase de impugnación.
- La fase de ejecución.

Teniendo en cuenta que en el supuesto que debemos analizar hay que deducir qué tribunal es competente para conocer y resolver del asunto, para ello aplicaremos la LOPJ y el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Podemos afirmar que, en primer lugar; los arts. 14 LECrim, 87 y 88 LOPJ establecen que compete a los Juzgados de Instrucción y a los Juzgados Centrales de Instrucción la instrucción, valga la redundancia, de las causas penales. Por tanto, en este caso nos encontramos que será competencia del Juzgado de Instrucción instruir la causa penal ante la cual nos encontramos ya que en virtud del art. 87 LOPJ:

Los Juzgados de Instrucción conocerán, en el orden penal: a) 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 cuanto a qué Tribunal tiene la competencia de resolver, como ya se mencionó en el apartado anterior, resolverá la Audiencia Provincial por tratarse de un delito con

Corresponde asimismo a los Juzgados Centrales de lo Penal la ejecución de las sentencias dictadas en causas por delito grave o menos grave por los Juzgados Centrales de Instrucción, y los procedimientos de decomiso autónomo por los delitos para cuyo conocimiento sean competentes.

4. Corresponde a los Juzgados de lo Penal la emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley.

pena superior a 5 años (5 a 9 años mediante el procedimiento abreviado) o a 9 años (si es por el proceso ordinario) (art. 82 LOPJ) pues de acuerdo con el art. 82 de la LOPJ:

Las Audiencias Provinciales conocerán en el orden penal: 1º De las causas por delito, a excepción de los que la Ley atribuye al conocimiento de los Juzgados de lo Penal o de otros Tribunales previstos en esta Ley.

Por tanto, conforme al criterio de atribución de la competencia funcional, corresponderá instruir al Juzgado de instrucción y resolver a la Audiencia Provincial porque el delito debe ser enjuiciado por la Audiencia provincial por poseer una pena mayor a cinco años (art. 177 bis.1 CP), por lo que corresponderá la instrucción a un Juzgado de Instrucción.

2.1.3. Competencia territorial

Teniendo ya en claro qué Tribunales tienen la competencia para poder instruir y enjuiciar el caso de Alejandra, toca resolver la cuestión de qué Juzgado de Instrucción y qué Audiencia Provincial de entre todas las que hay en España es competente para instruir y resolver. En el orden jurisdiccional penal el criterio de atribución para determinar el órgano jurisdiccional competente territorialmente es el siguiente:

En primer lugar se aplica el criterio del *forum comissi delicti*, es decir, es competente el tribunal del lugar donde se cometió el delito, si bien este criterio no es de aplicación para aquellos órganos jurisdiccionales penales que tengan competencia en todo el territorio nacional (Audiencia Nacional [AN] o Tribunal Supremo [TS]) (art. 14.2 LECrim); y, posteriormente se aplican los fueros subsidiarios. Este criterio *forum comissi delicti* se fundamenta en la teoría de la consumación del delito, que a su vez se encuentra fundamentada en los art. 23 de la LOPJ y 14.2 de la LECrim. Así mismo, de acuerdo con el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del TS de 3 de febrero de 2005⁶, en relación con el principio de ubicuidad aplicable a la determinación del lugar de comisión del delito, en el supuesto de que el delito se cometa en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa. De este modo, nos encontramos que hay una clara tendencia en el TS a concretar la competencia territorial del órgano judicial en función del lugar de comisión del delito.

En segundo lugar, se aplicarán los fueros subsidiarios, los cuales son de aplicación cuando no se conoce el lugar de comisión del hecho delictivo. Estos son los siguientes y estos se aplican en el orden que se muestra a continuación:

- Será competente el tribunal del lugar donde se hayan encontrado las pruebas materiales del delito.
- En caso contrario, será competente el tribunal del lugar donde se haya detenido al presunto autor.
- Subsidiariamente, será competente el tribunal del lugar de residencia del presunto culpable.

6

<https://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/ACUERDOS%20y%20ESTUDIOS%20DOCTRINALES/FICHERO/20050203%20Acuerdo%20Pleno%20Sala%20general%20TS.pdf>.

- Finalmente, en caso de que ninguno de los anteriores fuera de aplicación, será competente el Tribunal del lugar en que su hubieren tenido noticias del delito.

Por tanto, puede observarse que existe una tendencia en el TS a concretar la competencia territorial en función del lugar de consumación del hecho delictivo

Ya que en este caso sabemos dónde se cometió el delito de trata, que se cometió en Santiago de Compostela, el tribunal competente para instruir será el Tribunal de Instrucción de Santiago que por turno corresponda. Por otro lado, el Tribunal competente para resolver sería la Audiencia Provincial de A Coruña, debido a que Santiago se encuentra en la provincia de A Coruña y las Audiencias Provinciales se encuentran solo en las capitales de provincia en virtud del art. 80.1 LOPJ.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la Audiencia Provincial de la Coruña tiene una de sus secciones localizada en Santiago, no es imprudente deducir que el Tribunal que resolverá finalmente será la sección de la Audiencia Provincial de A Coruña situada en Santiago de Compostela.

2.2. Validez de la prueba

Los avances tecnológicos han permitido el uso generalizado de dispositivos móviles que ofrecen múltiples prestaciones a los que se les puede sacar fácilmente todo su potencial por lo que es importante el uso responsable de estos, ya que se pueden grabar vídeos que podrían vulnerar el derecho a la intimidad⁷, reconocido en el art. 18.1 de la CE. En relación con las grabaciones de audio o de audio y vídeo es necesario destacar que en función de si se trata de una conversación propia o ajena, esta sería lícita o no.

En caso de conversaciones ajenas estas nunca serán lícitas salvo autorización judicial en base al procedimiento fijado en el Capítulo VI del Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrin), relativo a la “Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, pues de hacerlo se incurriría en delito tipificado en el art. 197 CP, relativo al “descubrimiento y revelación de secretos”.

Por otro lado, en caso de tratarse de conversaciones propias no se incurre en ningún delito entendiéndose que quien está siendo grabado consiente de forma voluntaria a conversar con el que esté grabando la conversación y es responsable de las expresiones que utilice y del contenido de lo que comunique. Por tanto, como se entiende que existe un consentimiento tácito, no se vulnera el derecho a la intimidad del grabado⁸.

Ahora bien, de que sea lícito grabar las conversaciones de las que uno es parte a si estas son un medio válido de prueba, normalmente los Tribunales las admiten por considerar que no vulneran el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, nº 3585/2016, de 15 de julio [STS de 15 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3585)], establece en su Fundamento Jurídico Séptimo *in fine* que:

⁷ Grabar diálogos ajenos constituye un delito contra la intimidad: STC 114/1984, de 29 de noviembre (BOE-T-1984-27955).

⁸ STS 2081/2001 de 9 de noviembre de 2001 (ECLIE: ES:TS:2001:8764); STS de 2 de febrero de 2006 (RJ 2008/2006); STS de 28 de octubre de 2009 (STS 1051/2009 de 28 de octubre); STS de 24 de junio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4626); y STS de 13 de marzo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1885).

La aportación al proceso de grabaciones de conversaciones particulares realizadas por uno de sus 3 protagonistas no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones, pues este derecho no puede esgrimirse frente a los propios intervinientes en la conversación (Sentencia del Tribunal Constitucional [STC] 114/1984, de 29 de noviembre y STS de 9 de julio de 1993, entre otras).

Sin embargo, es necesario que se cumplan ciertos requisitos tales como que no haya provocación, engaño o coacción por parte de quien graba o que su contenido no afecte a aspectos que se refieran a la esfera más íntima de la persona en cuestión⁹. Además, no es necesario avisar a la otra persona de que estás grabando la conversación, si bien no se puede revelar el contenido de estas conversaciones a terceros puesto que si no, en ese caso, se incurriría en el delito previsto en el art. 197.3 CP.

Estudiada ya la legalidad de las grabaciones audiovisuales como medio de prueba en un procedimiento penal, nos ocupa ahora estudiar qué tipo de prueba es. Los medios de prueba se regulan en el art. 299 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) que, en particular, prevé los siguientes medios de prueba: Interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos. Además:

También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso (art. 299.2 LEC).

Por tanto, en este caso, la grabación aportada como prueba por Alejandra es válida puesto que:

1. Es una conversación de la que Alejandra es partícipe y, por lo tanto, no es una conversación ajena.
2. No existió engaño, coacción por parte de Alejandra.
3. La conversación no se refería a la esfera personal o íntima de Raquel.
4. Es un medio de prueba previsto por el art. 299 LEC.

**3. ¿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?**

De acuerdo con Ágata María Sanz Hermida, la víctima es el sujeto pasivo del delito, el ofendido o perjudicado por la acción realizada por el que realiza la conducta típica del delito (Sanz, 2008, p. 21) y, como es evidente, la víctima toma parte en el proceso penal.

Sin embargo, en el caso de que la víctima participe en el proceso como testigo, y sobre todo en los supuestos en los que su declaración constituye una prueba de cargo fundamental para la condena, es muy importante que participen sin ser sometidos a una

⁹ En estos casos se trataría de prueba ilícita en cuanto obtenida con violación de derechos fundamentales, en concreto el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

victimización secundaria que, de acuerdo con Sanz Hermida, puede darse por un lado, cuando la víctima se ve obligada a declarar una o varias veces en las distintas fases del juicio ya que es obligada a revivir un hecho potencialmente traumático y, por otro lado, porque también se da cuando las declaraciones de la víctima se realizan en presencia del acusado porque pueden hacer que la víctima tema futuras represalias o se sienta intimidada ante su presencia (Sanz, 2008, p. 69-70).

En la exposición de motivos de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales (en adelante LOPTP), la ley indica que “la experiencia diaria pone de manifiesto en algunos casos las reticencias de los ciudadanos a colaborar con la policía judicial y con la Administración de Justicia en determinadas causas penales ante el temor a sufrir represalias” y que “ello conlleva, con frecuencia, que no se pueda contar con testimonios y pruebas muy valiosos en estos procesos”. Ante esta situación, el Legislador dictó normas cuyo objetivo era proteger a estas personas de esas posibles represalias para que pudieran cumplir con su deber constitucional de colaboración con la Justicia.

En virtud del art. 1 de la LOPTP, el ámbito de aplicación de esta ley se limita a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en procesos penales siempre que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su pareja o su familia. Y en caso de apreciarse estas circunstancias, el art. 2 de la LOPTP añade que:

El Juez instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las siguientes decisiones:

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

Y, posteriormente, el artículo 3 de la LOPTP establece lo siguiente en su primer apartado (art. 3.1 LOPTP):

Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial cuidarán de evitar que a los testigos o peritos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniera esta prohibición. Dicho material será devuelto a su titular una vez comprobado que no existen vestigios de tomas en las que aparezcan los testigos o peritos de forma tal que pudieran ser identificados.

Por otra parte, en virtud de la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante, LEVID), la víctima también tiene derecho a que se evite el

contacto entre ella y el infractor (art. 20), a ser protegida durante la investigación penal (art. 21) y a que su intimidad se vea protegida (art. 22). Además, en virtud del art. 23 hay que realizar una evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección y, en este caso, Alejandra se encuadraría dentro del supuesto previsto por el art. 23.2.b.5^{a10}.

Por tanto, Alejandra también tiene derecho a esta protección porque a la vista de estos artículos se puede afirmar que es posible que no consten los datos personales o identificativos de Alejandra en las diligencias, así como también es posible que Alejandra comparezca utilizando procedimientos que imposibiliten su identificación visual puesto que:

En primer lugar, Alejandra es testigo y víctima del delito de trata de seres humanos con fines de explotación laboral que, como mencionamos anteriormente y de acuerdo con la STS de 3 de diciembre de 2013 (ECLI: ES:TS:2013:5805):

Teniendo en cuenta que se trataba [...] de la víctima de un delito de trata de seres humanos, y que la citada Directiva 2011/36 UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, prevé, sin perjuicio de la salvaguarda de los derechos de defensa, que, cuando se trate de tales delitos, se adopten medidas que eviten el contacto visual entre víctimas y demandados incluso durante la prestación de la declaración.

En segundo lugar, y de acuerdo con la ya citada STS de 3 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5805) Fundamento Jurídico 2º. 1, a pesar de que se ha señalado previamente en otras sentencias que el acusado debe conocer la identidad de los testigos protegidos antes del juicio oral para la no vulneración de su derecho a la defensa, en otras sentencias, como la STS 3 de Febrero de 2021 cita que en la sentencia nº 395/2009 se afirma que "el deber de revelar el nombre y apellidos de los testigos no es, en modo alguno, de carácter absoluto", y en la STS de 14 de julio de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:4124) se admite la posibilidad de realizar una ponderación "... entre los intereses de la defensa y los derivados de la protección del testigo, todo ello puesto en relación con las demás pruebas de cargo disponibles", sin perjuicio de que si no se comunica tal identidad, las declaraciones de esos testigos no deberán constituir la base única o fundamental de la condena, de acuerdo con la STS de 18 de junio de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:3824).

En tercer lugar, porque existe racionalmente un peligro grave para su persona y su familia, de acuerdo con el art. 2 de la LOPTP debido a los siguientes motivos:

1. Por carecer Alejandra de una red de apoyo o arraigo en España.
2. Por no tener Alejandra tampoco medios suficientes para costear el cote jurídico del pleito o mudarse fuera de la casa de Raquel.
3. Por tener la víctima a su cargo a un menor de corta de edad.
4. Por no poderse probar ni descartar que Raquel Benítez no tiene aliados: esto podría fundamentarse en cómo Alejandra descubrió la existencia de Raquel

¹⁰ Artículo 23. Evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección: Esta valoración tendrá especialmente en consideración la naturaleza del delito y la gravedad de los perjuicios causados a la víctima, así como el riesgo de reiteración del delito. A estos efectos, se valorarán especialmente las necesidades de protección de las víctimas de los siguientes delitos: Delitos de trata de seres humanos

pues, de acuerdo con el supuesto de hecho se desprende que en durante la búsqueda de un nuevo trabajo, Alejandra conoce a través de unos vecinos que Raquel estaba buscando a alguien que quisiera viajar a España a trabajar a su casa.

Por tanto, y en conclusión, 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 y que Alejandra comparezca utilizando procedimientos que imposibiliten su identificación visual por todas las razones anteriormente expuestas.

4. 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?

En esta cuestión lo que se nos plantea es una cuestión relacionada con la filiación y el régimen de guarda y custodia de los hijos.

En virtud del art. 39, párrafos segundo, tercero y cuarto de la CE, los poderes públicos tienen el deber de asegurar:

La protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

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

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

En consecuencia, la ley establece a los padres la obligación de cubrir las necesidades jurídicas, personales y patrimoniales de los hijos. Por tanto, lo que aquí y ahora interesa es resolver, como se mencionó anteriormente, acerca de las siguientes cuestiones: filiación extramatrimonial y régimen de guarda y custodia de los hijos.

4.1. Sobre la filiación: acción de reclamación de la filiación. Impugnación no matrimonial

La filiación es la relación jurídica de parentesco que existe entre dos personas, padres e hijos, que puede tener lugar por naturaleza o adopción, pudiendo ser la natural matrimonial o no matrimonial, de acuerdo con lo establecido en el art. 108 del CC. Además, la filiación determina los derechos y obligaciones que se derivan de este vínculo¹¹ y uno de esos efectos sería la patria potestad.

De acuerdo con Javier Martínez Calvo, la patria potestad se basa en la existencia de un vínculo de filiación entre los progenitores y sus hijos no emancipados y puede definirse como “el conjunto de deberes que tienen los padres con respecto a sus hijos,

¹¹ La Ley 11/1981, de 13 de mayo, que desarrolla los principios constitucionales, en concreto en la regulación de la filiación, se inspira en el principio de igualdad de los progenitores y de los procreados, equiparando los derechos y oportunidades de todos los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio.

unido a una serie de derechos que se les atribuyen para cumplir con dichos deberes” (Martínez, 2019, p. 26-27).

La filiación matrimonial, art. 115 CC, quedará determinada legalmente por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres o por sentencia firme, si bien el Legislador establece una presunción de paternidad marital en el artículo siguiente.

La filiación por adopción, por su parte, es la que se constituye por resolución judicial que pone fin al correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria y tiene los mismos efectos que la filiación por naturaleza¹².

Finalmente, la filiación extramatrimonial es la que resulta de los hijos nacidos de padres que no han contraído matrimonio. No se determina nunca por ley, sino por la voluntad de los padres o de uno solo de ellos mediante acto jurídico o por resolución judicial, y el artículo 120 del CC enumera los medios de determinación:

- Por reconocimiento:
 - o En el momento de la inscripción del nacimiento, por declaración conforme del padre en el formulario oficial al que se refiere la ley del Registro Civil (art. 120 1º)
 - o Por reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público (art. 120 2º)
- Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro civil.
- Por sentencia firme.
- Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro civil.

Por otro lado, la acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la posesión de estado, corresponderá al hijo durante toda su vida (art. 133.1 CC), si bien los progenitores también podrán ejercitar esta acción de filiación 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 CC). De este modo, de acuerdo con el art. 136 del CC, el marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil, teniendo en cuenta que el plazo no correrá mientras el padre sea desconocedor del nacimiento (136.1 CC).

Ahora bien, en relación con la inscripción de nacimiento y filiación, el art. 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil establece en su art 44.7 lo siguiente:

El reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción de nacimiento podrá hacerse en cualquier tiempo con arreglo a las formas establecidas en la legislación civil aplicable. Si se realizare mediante declaración del padre ante el encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre y del representante legal si fuera menor de edad o de la persona a la que se reconoce si fuera mayor. Si se tratare de personas con

¹² Así, la Ley 20/2011, de 21 de julio, elimina toda referencia a la filiación no matrimonial, equiparando sus efectos a la matrimonial, justificándose esta equiparación de filiaciones en que ambas proceden de la dignidad humana, intrínseca de todas las personas sea cual sea su origen o cualidades.

discapacidad respecto de las cuales se hubiesen establecido medidas de apoyo, se estará a lo que resulte de la resolución judicial que las haya establecido o del documento notarial en el que se hayan previsto o acordado. Para que sea posible la inscripción deberán concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la legislación civil.

Sin embargo, solo puede inscribirse la filiación mediante expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación.
2. Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.
3. Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Formulada oposición, la inscripción de la filiación sólo podrá obtenerse por el procedimiento regulado en la LEC (art. 764.1).

Por tanto, lo primero que debe hacer José es conseguir un principio de prueba de los hechos en los que quiera basar su demanda sobre la determinación de la filiación. Para ello, las pruebas que podría emplear son fotografías o documentos que acrediten la relación que tuvo José con Alejandra, testigos que conozcan tanto a los progenitores como al entorno del menor y puedan dar a conocer todo aquello que sepan al respecto y las pruebas biológicas. Respecto a esta última, la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad 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 (art. 767.4 LEC).

Por tanto, y en conclusión, en este caso José tiene derecho a reclamar la paternidad de Juan puesto que:

- No pasó más de un año desde que conoció el nacimiento de Juan
- Existen indicios suficientes que fundamentan la sospecha de que Juan podría ser hijo de José por la edad del menor y porque las fechas podrían cuadrar con la época en la que Alejandra y José estuvieron juntos

Ahora bien, que José tenga derecho a reclamar que se establezca un vínculo de filiación entre él y Juan, cuestión distinta es si puede pedir o no el régimen de guarda o custodia compartida.

4.2 Régimen de guarda y custodia de los hijos

En este subapartado analizaremos si realmente procede la solicitud de José de pedir la guarda y custodia por períodos anuales en distintos países. Por tanto, será necesario estudiar en qué consiste el régimen de guarda y custodia de los hijos para luego proceder a la aplicación de la teoría al caso. Sin embargo, antes de analizarlo hay que hacer un pequeño inciso para determinar cuál es la ley aplicable al supuesto.

En virtud del art. 9.4 del CC, “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” y:

La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

Por su parte, el citado Convenio Internacional establece en su art. 5 que serán competentes las autoridades judiciales y administrativas del lugar de residencia habitual del niño.

Por tanto, la ley aplicable será la ley del lugar de residencia habitual del menor, que en este supuesto es la ley civil de España, puesto que el menor reside en Galicia, que está situada en España. Como Galicia no tiene un régimen específico para la guarda y custodia, se aplicará la ley común, es decir; la española.

4.2.1 Sobre la guarda y custodia

En este apartado analizaremos el concepto y régimen jurídico de la guarda y custodia.

De acuerdo con Inmaculada García Presas:

El término custodia hace referencia al conjunto de derechos y obligaciones que surgen para el progenitor que convive con los hijos menores por el mero hecho de convivir. Sin embargo, estos derechos y obligaciones no lo sitúan en una situación de ventaja, sino que ambos progenitores tendrán el mismo estatus, jurídicamente hablando. (Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia, 2008 citado por García 2013).

De este modo, la guarda y custodia consiste en la convivencia, cuidado y asistencia de los hijos menores de edad en los casos en que os progenitores estén en una situación de separación, nulidad o divorcio. Y esto está en consonancia con lo descrito en el art. 92.1 del CC, el cual establece que “la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”.

Así mismo, el art. 92.2 CC establece que cuando el Juez deba decidir sobre las medidas relativas a la custodia, cuidado o educación de los hijos, velará por el cumplimiento del derecho a oír al menor y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión. Es tan relevante el interés del menor que el art. 92.6 CC establece que “antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”. Por tanto, no procederá guarda conjunta en el supuesto de que el juez valore negativamente los criterios establecidos por el anteriormente mencionado art. 92.6 CC.

Así mismo, deberán valorarse los criterios establecidos por la Jurisprudencia para determinar si el régimen de guarda compartida es el adecuada para el menor para el cual se quiera establecer. Estos criterios son los siguientes¹³:

- La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor
- El cumplimiento por parte de los progenitores de los deberes en relación con sus hijos y el respeto mutuo entre padre e hijo en sus relaciones personales
- Resultado favorable de los informes exigidos por ley
- Cualquier otro criterio que pueda permitir determinar si los menores tendrán una vida adecuada

En todo caso, en nuestro ordenamiento jurídico se prevén varios tipos de guarda de los hijos (Delgado, 2020, p. 15):

- Monoparental: Guarda ejercida por solo uno de los progenitores (art. 92.4 CC)
- Compartida: Guarda compartida de los hijos entre los dos progenitores (art. 92.4 CC)
- Partida: Guarda distribuida de los hijos (art. 92.10 CC).
- Ejercida por un tercero: Guarda atribuida a una persona que no es ninguno de los progenitores.

Sin embargo, el Legislador da preferencia a la custodia exclusiva de un solo progenitor pues en virtud del art. 92.5 solo se establecerá la guarda y custodia compartida en el supuesto de que ambos progenitores estén de acuerdo y, así mismo, en el art. 92.8 la ley establece que excepcionalmente el juez podrá establecer la guarda compartida a petición de uno solo de los progenitores si entiende que de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor, contando siempre con el informe favorable del Ministerio Fiscal, si bien este informe ya no es necesario desde la sentencia del Pleno del TC nº 185/2012, de 17 de octubre.

En esta línea de pensamiento también se pronunciaron sendas sentencias del TS como la STS de 18 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1952) que en sus Fundamentos de Derecho, Tercero, establece lo siguiente.

El interés superior de un niño o una niña difícilmente puede concebirse, desde un punto de vista estrictamente general, con abstracción del concreto examen de las circunstancias en las que se manifiesta, por lo que los tribunales habrán de gozar de amplias facultades, que no arbitrarias, para valorarlo y garantizarlo en

¹³ Ejemplos de sentencias: STS de 8 de octubre de 2009 (RJ/2009/4606); STS de 10 de marzo de 2010 (RJ/2010/2329); STS de 11 de marzo de 2010 (RJ/2010/2340); STS de 1 de octubre de 2010 (RJ/2010/7302); STS de 25 de abril de 2014 (RJ/2014/2651); STS de 2 de julio de 2014 (RJ/2014/4250); STS de 16 de octubre de 2014 (RJ/2014/5165); STS de 22 de octubre de 2014 (RJ/2014/5023); STS de 30 de octubre de 2014 (RJ/2014/5268); STS de 18 de noviembre de 2014 (RJ/2014/5718); STS de 16 de febrero de 2015 (RJ/2015/553); STS de 26 de junio de 2015 (RJ/2015/2658); STS de 15 de julio de 2015 (RJ/2015/2778); STS de 9 de septiembre de 2015 (RJ/2015/4179); STS de 14 de octubre de 2015 (RJ/2015/4746); STS de 21 de octubre de 2015 (RJ/2015/4784); STS de 17 de noviembre de 2015 (RJ/2015/5392); STS de 28 de enero de 2016 (RJ/2016/370); STS de 11 de febrero de 2016 (RJ/2016/524); STS de 4 de marzo de 2016 (RJ/2016/1399); STS de 9 de marzo de 2016 (RJ/2016/972); STS de 13 de abril 2016 (RJ/2016/1339); STS de 22 de febrero de 2017 (RJ/2017/650); STS de 28 de febrero de 2017 (RJ/2017/606).

consonancia con el específico contexto de cada conflicto sometido a consideración judicial.

En este sentido, las sentencias 426/2013, de 17 de junio; 660/2014, de 28 de noviembre; 566/2017, de 19 de octubre; 579/2017, de 25 de octubre y 705/2021, de 19 de octubre, proclaman que el interés del menor:

"[...] es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura [...] sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño".

Valorar cuál es el interés del menor constituye pues el principio o consideración primordial que debe inspirar todas las medidas concernientes a los menores (SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4; 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3; 81/2021, de 19 de abril, FJ 2 y 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2), lo que significa que "todos los poderes públicos -incluido el judicial- deben velar por el superior interés y beneficio de los menores de edad" (STC 185/2012, de 17 de octubre, FJ 2; en el mismo sentido, SSTC 127/2013, de 3 de junio, FJ 6; 167/2013, de 7 de octubre, FJ 5; 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 5; así como 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4).

Dicho principio participa de la naturaleza de los conceptos jurídicos indeterminados (SSTS 76/2015, de 17 de febrero; 416/2015, de 20 de julio; 170/2016, de 17 de marzo; 93/2018, de 20 de febrero; 705/2021, de 19 de octubre y 729/2021, de 27 de octubre, así como STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4), que exige, en cada caso concreto, identificar lo que resulta más adecuado al interés de ese menor en sus concretas circunstancias.

Y a continuación, en su Fundamento de Derecho cuarto, el Tribunal Supremo argumentó en la misma sentencia que:

En caso de divorcio de los progenitores, el interés superior de los menores exige adoptar la mejor solución posible para que la ruptura de la unión entre los padres no produzca efectos negativos en los hijos, y puedan éstos disfrutar de una racional adaptación a la nueva situación sin detrimento de sus personalidades en formación [STS de 18 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1952) FJ 4º].

Sin embargo, la Jurisprudencia consideró que, si bien la guarda y custodia compartida ya no era considerada una medida excepcional de acuerdo con las recientes sentencias del Tribunal Supremo, esta medida era recomendable únicamente en el supuesto de que fuera factible atendiendo a las circunstancias concretas del menor. De este modo, la mencionada STS de 18 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1952) establece que:

Se pretende con ello aproximar, en la medida de lo posible, el nuevo *modus vivendi* (modo de vida), derivado de la ruptura de las relaciones personales entre los padres, al previamente existente de convivencia común en el hogar familiar, al tiempo que garantiza a los progenitores la posibilidad de ejercer los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad de la que son titulares, así como

participar, en igualdad de condiciones, en el desarrollo y crecimiento de los hijos, de forma tal que no se pierdan, ni se desvanezcan, los vínculos afectivos y seguros con sus progenitores cara a su ulterior integración en el mundo de los adultos, y la importancia que los modelos paterno y materno tienen para el desarrollo de la personalidad de los niños.

[...] La custodia compartida se halla, pues, condicionada, como todas las medidas referentes a los a los niños y niñas, a la satisfacción de su primordial interés, y es reputada abstractamente beneficiosa, en tanto en cuanto: 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 de los menores (sentencias, 433/2016, de 27 de junio; 526/2016, de 12 de septiembre; 545/2016, de 16 de septiembre; 413/2017, de 27 de junio; 442/2017, de 13 de julio; 654/2018, de 30 de noviembre, 175/2021, 29 de marzo; 870/2021, de 20 de diciembre y 238/2022, de 28 de marzo; entre otras) [STS de 18 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1952) FJ 4º].

Por tanto, y atendiendo a todo lo expuesto anteriormente, procede ahora resolver acerca de si es procedente o no la petición de José atendiendo a las concretas circunstancias del supuesto hecho.

4.2.2. Aplicación al caso

Si bien es posible que José pueda reclamar la guarda y custodia compartida de Juan, no procede su petición de que el menor pase un año con su madre en España y otro año con su padre en Nicaragua. Esto se justifica por los siguientes motivos:

En primer lugar, porque como ya se mencionó previamente, el Legislador otorga preferencia a la guarda monoparental. Y, a pesar de que la Jurisprudencia considere recomendable la guarda y custodia compartida, por las siguientes razones:

- 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 de los menores.

Del mismo que se pueden utilizar estos argumentos para justificar el establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida de los hijos, igualmente se pueden emplear para desaconsejarla, como es en este caso:

- 1) Por obligar al menor a pasar un largo periodo de tiempo sin su madre.
- 2) Por no existir una relación previa entre el padre y el hijo.

En segundo lugar, porque la valoración de los criterios establecidos en el art. 92.6 será probablemente desfavorable debido a que no existe relación entre los padres ni una relación entre el hijo y José.

En tercer lugar, porque la valoración de los criterios establecidos por la jurisprudencia para determinar si el régimen de guarda compartida es el adecuado será desfavorable también porque:

- No hay relaciones previas entre Juan y José, como ya se mencionó anteriormente.
- Porque no hubo cumplimiento por parte de José de los deberes en relación con sus hijos.
- Resultado desfavorable de los informes exigidos por ley.

Y, finalmente, en cuarto lugar, tampoco procedería porque un régimen de guarda y custodia compartida por periodos anuales en distintos países no sería favorable para el interés superior del menor, puesto que supondría separar a Juan de su madre, la única familia que conoce, y romper su vínculo con ella.

Por tanto, si José desea la guarda y custodia compartida de Juan, la única posibilidad que tendría sería la de ejercerla juntamente con Alejandra en España.

5. ¿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?

Para responder a esta última cuestión será necesario analizar el delito de sustracción de menores, o más coloquialmente conocido como delito de secuestro de menores, pues solo así se podrá comprobar si Alejandra comete o no un delito al sacar a su hijo menor, Juan, de Nicaragua sin autorización de su padre José, a pesar de no estar establecida la filiación extramatrimonial entre José y Juan.

5.1. Del delito de la sustracción de menores

El delito de sustracción de menores se encuentra regulado, además de en distintas normas internacionales¹⁴, en el CP. En virtud del art. 225 bis del CP que establece 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.

Considerándose una sustracción a los efectos del citado art. 225 bis de la ya mencionada ley del Código Penal:

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

Además, el art. 225 bis del CP prevé en sus apartados tercero y cuarto las siguientes circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal:

- Una agravante en el supuesto en que el menor sea trasladado fuera de España o sea necesario alguna condición para su restitución (art. 225 bis. 3).
- Una eximente para el caso en que el progenitor que se lleve al menor haya comunicado el lugar de estancia al otro dentro de las 24 horas siguientes a la

¹⁴ Normas internacionales como: el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, o el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (art.7).

sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas (art. 225 bis. 4).

- Una atenuante para hipotético caso de que el progenitor que sustrajere al menor lo restituya dentro de los 15 días siguientes a la sustracción, sin haberle comunicado previamente el lugar de su estadía previamente, en todo caso (art. 225 bis. 4 párrafo segundo).

Finalmente, el art. 225 bis establece una última agravante en el supuesto de que el que sustrajera al menor de edad fueran los ascendientes o los parientes de hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad de los progenitores.

Por tanto, y de acuerdo con lo afirmado por Elena B. Marín de Espinosa, en el delito de sustracción de menores el bien jurídico protegido en este caso es el interés superior del menor y el buen funcionamiento de la Administración. El interés del menor, por un lado, porque se vulneran con este delito los derechos inherentes a la patria potestad, la libertad ambulatoria del menor. Y por otro lado, el del buen funcionamiento de la Administración porque podría afirmarse que la sustracción del menor comparte rasgos con el delito de desobediencia, ya que se desobedece la resolución judicial sobre la guarda y custodia de los hijos, resolución que, evidentemente, es tomada teniendo en cuenta el interés superior del menor (Marín de Espinosa, 2014, p. 22-32). De modo muy parecido opina José Miguel de la Rosa Cortina cuando afirma que cuando el menor es tutelado por una Entidad Pública de Protección de Menores el bien jurídico protegido es el derecho del menor a recibir la protección legalmente prevista para los casos de desamparo (De la Rosa, 2010, p. 334). De modo contrario opina, por otro lado, Antonia Monge pues, a su parecer:

Por razones de Política Criminal y especificidad, puede afirmarse que el delito de sustracción parental de menores, previsto en el art. 225 bis CP, reviste una tipicidad propia y separada de la conducta de desobediencia contemplado en el artículo 556 CP (Monge Fernández, Antonia, 2017, p. 147).

Sin embargo, en este trabajo hemos decidido seguir la línea de pensamiento defendida por De la Rosa Cortina y Marín de Espinosa.

Por otra parte, el sujeto activo sería el progenitor no custodio que se lleve al menor o los otros ascendientes o parientes de hasta segundo grado que sustrajeran al menor, y el sujeto pasivo sería el menor de edad, ya sea hijo, nieto, bisnieto o sobrino del sujeto activo del delito (Marín de Espinosa, 2014, p. 41).

Y, finalmente, en cuanto a la conducta típica, esta consiste en sustraer al hijo menor sin causa justificada, de acuerdo con el art. 225 bis CP.

5.2. Aplicación al caso

En este caso, a pesar de que se pueda pensar que Alejandra está cometiendo este delito, no es así por los siguientes motivos:

En primer lugar, porque la acción realizada por la madre no está tipificada como delito por el art. 225 bis del CP, pues solo se considera que existe sustracción de menores si se traslada al menor de edad de su lugar de residencia habitual sin consentimiento de la otra persona o institución que tenga confiada su guarda o custodia. Como en este caso

José no tenía confiada la guarda o custodia de Juan al no estar determinada la filiación extramatrimonial entre ambos, Alejandra no cometió ningún delito ya que su conducta no se encuentra dentro de las previstas en el art 225 bis. 2.

En segundo lugar, porque en virtud de una interpretación restrictiva del art. 225 bis CP, es determinante que exista una resolución judicial o administrativa que regule la guarda o custodia del menor antes de sustraer al dicho menor, de acuerdo con lo afirmado por Monge Fernández (Monge (2017), p. 148)

En tercer lugar, porque no es culpable de un delito ya que uno de los principios fundamentales del derecho es el de *nullum crimen nulla pena sine lege*, el cual implica que no se pueda castigar a nadie por un delito que no esté tipificado en una ley previa a la comisión del delito (irretroactividad de las normas perjudiciales al reo, art. 2 CP).

Por tanto, y en conclusión, Alejandra no cometió ningún delito por no tener José ningún derecho sobre Juan al no estar determinada la filiación.

CONCLUSIONES

Primera. – En relación con la primera cuestión, la investigada (Raquel) lleva a cabo distintas conductas sancionadas penalmente por nuestro Ordenamiento Jurídico pues, como ya se expuso anteriormente, Raquel Benítez comete un delito de trata de seres humanos tipificado en el art. 177 bis del CP, penado con una pena de prisión de cinco a ocho años de prisión y un delito de tráfico ilícito de inmigrantes previsto en el art. 318 bis del CP, al que se le debe imponer una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

No comete un delito de amenazas, trato degradante o de explotación laboral porque en los dos primeros casos la conducta queda absorbida por el delito de trata y, en el tercer supuesto, porque no realiza Raquel la conducta tipificada como delito en los artículos 311 o 312 del CP.

En todo caso, y debido a que las dos penas se deben cumplir al mismo tiempo de acuerdo con lo establecido en el art. 73 del CP, se aplicarán las reglas del concurso medial previstas en el art. 77.3 CP, de modo que se aplicará 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. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.

Segunda. – Respecto a la segunda pregunta, de acuerdo con el art. 23 de la LOPJ será competente un tribunal penal y, en concreto, será competente para instruir el Juzgado de Instrucción de Santiago y para resolver la Audiencia Provincial de A Coruña. Las razones son las siguientes:

En primer lugar, porque el criterio de competencia objetiva atribuye a estos dos tribunales la competencia de instruir y resolver al Juzgado de Instrucción (art. 87 LOPJ) y a la Audiencia Provincial (art. 82 LOPJ) respectivamente.

En segundo lugar, debido a que, de acuerdo con el criterio funcional de atribución de la competencia de los tribunales, los arts. 14 de la LECrim y 87 y 88 de la LOPJ atribuyen la competencia a los dos tribunales mencionados anteriormente.

Finalmente, y en tercer lugar, son competentes el Juzgado de Instrucción de Santiago y la Audiencia Provincial de A Coruña por la aplicación del criterio territorial. Pues de la aplicación del criterio del *foro comissi delicti*, corresponde conocer de la causa penal al Tribunal del lugar de comisión del delito, en este caso, Santiago de Compostela. Por tanto, y en resumen, la competencia territorial la asumen el Juzgado de Instrucción de Santiago para instruir, y la Audiencia Provincial de A Coruña para resolver (ya que no existe una Audiencia Provincial en Santiago, por no ser esta la capital de provincia); si bien será probablemente la sección de la Audiencia Provincial de A Coruña situada en Santiago de Compostela.

Por otro lado, respecto a la cuestión que se nos plantea alrededor de la validez o invalidez de la prueba aportada por Alejandra, podemos concluir que esta es válida por no vulnerar el derecho constitucional a la intimidad por no tratarse de una conversación acerca de la esfera privada de Raquel, por tratarse de una conversación propia de

Alejandra (no una conversación ajena, por tanto) y, finalmente, por ser las grabaciones uno de los medios de prueba previstos por el art. 299 de la LEC.

Tercera. – En lo que respecta a la tercera interrogante que se nos plantea en el caso práctico, los datos personales de Alejandra, información sobre su domicilio o cualquier otro dato que pueda permitir su identificación, pueden ser ocultados en las diligencias en virtud de los arts. 1, 2 y 3 de la LOPTP. Así mismo, de acuerdo con los arts. 20, 21, 22 y 23 de la LEVID, también podrá acogerse a las medidas de protección a la víctima que la propia norma prevé por cumplir con las siguientes características:

Es víctima y testigo, no tiene arraigo ni una red de apoyo en España, carece de medios económicos suficientes para costearse mudarse fuera de la vivienda de Raquel o costear el precio del proceso jurídico, tiene a su cargo a un menor de edad y porque es posible que Raquel tuviera aliados.

Además, también queda protegida porque así podría evitarse la victimización secundaria derivada de tener que prestar declaración ante Raquel.

Cuarta. – Con referencia a la cuarta interrogante que se nos plantea en el supuesto de hecho, la filiación es la relación jurídica de parentesco que une a padres y a hijos. Además, la filiación puede ser de tres tipos: por naturaleza, por adopción o por filiación extramatrimonial, que es el caso ante el que nos encontramos.

En todo caso, esta nunca es determinada por resolución judicial, sino que es determinada por la voluntad de uno o ambos progenitores mediante alguno de los medios previstos en el art. 120 del CC que son los siguientes: por reconocimiento, por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro civil o por sentencia firme en caso del padre y respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro civil.

Como nos encontramos ante un caso de una reclamación de filiación no matrimonial con ausencia de posesión de estado (que recordemos que esta era, de forma muy simplificada, el haber parecido el padreo madre del niño en algún momento) debe mencionarse que tienen la legitimación de reclamarla el hijo durante toda su vida y los progenitores dentro del plazo de un año contado a partir de que tuvieron el conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación (art. 133.2 CC).

No obstante, la reclamación de la filiación extramatrimonial exige que se cumplan varios requisitos como:

- En caso de que esta se haga mediante declaración del padre ante el encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre y del representante legal si fuera menor de edad o de la persona a la que se reconoce si fuera mayor.
- Expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal.

Por tanto, y en conclusión, José puede reclamar ser reconocido como progenitor de Juan porque no pasó más de un año desde que tuvo conocimiento del nacimiento de

Juan (razón en la que basa su reclamación) y porque existen indicios suficientes para fundamentar la sospecha de que Juan es hijo suyo.

Sin embargo, respecto a la petición que hace José sobre el establecimiento de un régimen de guarda y custodia por periodos anuales en distintos países es improcedente por ir en contra del interés del menor (ya que supondría la separación del hijo de su madre, la única familia conocida por él hasta el momento, porque no se cumplen los criterios de valoración del art. 92.6 CC, porque tampoco se cumplen los requisitos establecidos por la Jurisprudencia en relación con la determinación del régimen de guarda y custodia de los hijos y, en suma, porque el CC otorga prioridad a la guarda monoparental de los hijos y porque es irrelevante en este caso que la Jurisprudencia aconseje la guarda y custodia compartida porque en este supuesto no se dan las circunstancias que la aconsejan.

Quinto. – Finalmente, en relación con la última cuestión que se nos plantea, podemos concluir que Alejandra no comete ningún delito por sacar a Juan de Nicaragua sin permiso o conocimiento de José, básicamente, por no haber estado reconocida en el momento de la salida del país la filiación extramatrimonial pues el delito de sustracción de menores previsto por el art. 225 bis exige que el menor sea sustraído del lugar de residencia habitual del menor sin conocimiento de la otra persona que tuviera confiada la guarda o custodia del menor, que, como recordaremos, solo podría José tener confiada la guarda y custodia de Juan si estuviese determinada la filiación. Como en este caso no está determinada, no puede cometerse este delito porque no tiene José confiada la guarda y custodia de Juan y, por lo tanto, Alejandra no comete delito alguno.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcácer Guirao, R., et al. (2015). *La trata de seres humanos: Persecución penal y protección de las víctimas*. EDISOFER S-L Libros jurídicos.
- Circular 5/2011 [Fiscalía General del Estado]. *Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*. 2 de noviembre
- Delgado, J. (2015). *La Guarda y Custodia compartida. Estudio de la realidad jurídico-práctica española*. REUS Editorial (2020)
- De la Mata Barranco, N.J. y Pérez Machío, A.I. (2005). El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código penal. *Revista penal*, Volumen 15, p. 8-45.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1068532&orden=0&info=link>
- De la Rosa Cortina, J. (2010). *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*. Tirant lo Blanch.
- Díaz Pita, M.M. (1995): El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral. *Estudios Penales y Criminológicos, Volumen 20*, p. 25-102.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2104147&orden=375377&info=link>
- Fiscalía General del Estado. (2011) *Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*. BOE
- Fernández Fernández, J. L., & López Marínez, R. (2021). Grabación de conversaciones: consideraciones jurídicas y éticas.
https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/58011/1855_jose-luis-fernandez-y-raul-lopez-audios-2021.pdf?sequence=-1
- García Presas, I. (2013). *La Patria Potestad*. DYKINSON S.L.
- García Sedano, T. (2020). *El delito de trata de seres humanos: el artículo 177 bis del Código Penal*. REUS Editorial.
- Marín de Espinosa, E.B (2014). *El delito de sustracción de un menor por su progenitor*. Tirant lo Blanch
- Martínez-Buján Pérez, C. (2019). *Derecho penal económico y de la empresa (Parte especial)*. Tirant lo Blanch.
- Martínez Calvo, J. (2019). *La guardia y Custodia*. Tirant lo Blanch.
- Monge Fernández, A. (2017). *El delito de sustracción de menores: aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*. J.M. BOSCH EDITOR.

- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (10ª ed.). (2019). *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch.
- Organización de las Naciones Unidas, Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio. Informe (2004). *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*. Organización de las Naciones Unidas
- Pérez-Cruz Martín, A., et. Al. (2014). Jurisdicción y competencia I. en Editorial Aranzadi S.A (eds.), *Derecho Procesal Penal* (p. 77-107). Editorial Aranzadi S.A.
- Pomares Cintas, E. (2015). Reforma del código penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra La inmigración ilegal en la Unión Europea. *Revista de Estudios Jurídicos UNESP, Volumen 19, p. 1-20*. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5526348.pdf>
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [11/06/2022].
- SANZ HERMIDA, A.M. (2008). *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*. Tirant lo Blanch.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Figura 1

Tabla recopilatoria de la jurisprudencia

TRIBUNAL	FECHA	ECLI
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	24 de junio de 1983	ECLI:CE:ECHR:1983:0425JUD000790677
Tribunal Supremo	3 de febrero de 2005	Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de TS
	20 de abril de 2007	ECLI:ES:TS:2007:2392
	10 de mayo de 2010	ECLI:ES:TS:2012:3293
	18 de junio de 2010	ECLI: ES:TS:2010:3824
	14 de julio de 2010	ECLI: ES:TS:2010:4124
	25 de enero de 2013	ECLI: ES:TS:2013:347
	3 de diciembre de 2013	ECLI: ES:TS:2013:5805
	15 de julio de 2016	ECLI:ES:TS:2016:3585
	17 de mayo de 2017	ECLI:ES:TS:2017:1908

	22 de marzo de 2018	ECLI:ES:TS:2018:1020
	18 de mayo de 2022	ECLI:ES:TS:2022:1952
Audiencia Provincial de Sevilla	26 de noviembre de 2021	ECLI:ES:APSE:2021:1677

Nota. Esta tabla es de elaboración propia.

APÉNDICE LEGISLATIVO

Código Civil [CC]. Real Decreto de 24 de julio de 1889. 24 de julio de 1889 (España).

Código Penal [CP]. Ley Orgánica 10 de 1995. 23 de noviembre de 1995 (España).

Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado (1996). *Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*. 19 de octubre de 1996.

Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado (1980). *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980*. 25 de octubre de 1980.

Consejo de la Unión Europea. *Decisión marco del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos*. 1 de agosto de 2002.

Consejo de la Unión Europea. *Directiva 2002/90/CE del Consejo, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares*. 28 de noviembre de 2002

Consejo de Europa. *Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos hecho en Varsovia*. 16 de mayo de 2005.

Constitución Española [CE]. Art. 18, 39, 117. 27 de diciembre de 1978 (España).

Ley 1 de 2000. De Enjuiciamiento Civil. 7 de enero de 2000. BOE.

Ley 4 de 2015. Del Estatuto de la víctima del delito. 27 de abril de 2015. BOE.

Ley Orgánica 6 de 1985. Del Poder Judicial. 1 de julio de 1985. BOE.

Ley Orgánica 19 de 1994. De protección a testigos y peritos en causas criminales. 23 de diciembre de 1994. BOE.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

ONU: Oficina contra la Droga y el Delito. *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. 15 de noviembre de 2000.

ONU: Oficina contra la Droga y el Delito. *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. 15 de noviembre de 2000

ONU: Oficina contra la Droga y el Delito. *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, 15 de noviembre de 2000.

Parlamento Europeo y Consejo Europeo. *Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo*. 5 de abril de 2011