

TRABAJO DE FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

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

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

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

**AUTORA:** Gabriela Pérez Calvo

**TUTORA:** Silvia Rodríguez López

**CURSO:** 2021/2022



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

# ÍNDICE

|  |           |
|--|-----------|
| <b><u>LISTADO DE ABREVIATURAS</u></b>                        | <b>3</b>  |
| <b><u>I. SUPUESTO DE HECHO</u></b>                           | <b>4</b>  |
| <b><u>II. INTRODUCCIÓN</u></b>                               | <b>6</b>  |
| <b><u>III. CALIFICACIÓN JURIDICA DE LOS HECHOS</u></b>       | <b>6</b>  |
| 1. DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS                          | 6         |
| 2. DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES            | 11        |
| 3. DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE EXTRANJEROS                   | 13        |
| <b><u>IV. CONSECUENCIAS PENALES</u></b>                      | <b>15</b> |
| <b><u>V. JURISDICCION Y COMPETENCIA</u></b>                  | <b>17</b> |
| 1. LA JURISDICCIÓN   | 18        |
| 2. LA COMPETENCIA OBJETIVA                                   | 19        |
| 3. COMPETENCIA FUNCIONAL                                     | 20        |
| 4. COMPETENCIA TERRITORIAL                                   | 21        |
| <b><u>VI. MEDIOS DE PRUEBA</u></b>                           | <b>23</b> |
| <b><u>VII. LOS TESTIGOS PROTEGIDOS</u></b>                   | <b>26</b> |
| <b><u>VIII. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL</u></b>               | <b>29</b> |
| <b><u>IX. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA INTERNACIONAL</u></b> | <b>35</b> |
| <b><u>X. LA SUSTRACCION DE MENORES</u></b>                   | <b>37</b> |
| <b><u>XI. CONCLUSIONES</u></b>                               | <b>41</b> |
| <b><u>BIBLIOGRAFIA</u></b>                                   | <b>44</b> |
| <b><u>APÉNDICE JURISPRUDENCIAL</u></b>                       | <b>46</b> |
| <b><u>APÉNDICE LEGISLATIVO</u></b>                           | <b>49</b> |

## LISTADO DE ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial

art.: Artículo.

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

cit.: Obra citada.

CP: Código Penal.

ed.: edición.

et. al: y otros.

FD: Fundamento de Derecho.

FJ: Fundamento Jurídico.

JP: Juzgado Penal.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LEVID: Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito.

LO: Ley Orgánica.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LOPTP: Ley Orgánica de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales.

Nº: número.

p.: Página.

pp.: Páginas.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

SCIDH: Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

vs.: Versus.

## **I. SUPUESTO DE HECHO**

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

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

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

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

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

Pasados 5 meses, Alejandra se da cuenta de que no ha percibido salario alguno, pues todo el dinero que en teoría está ganando debe abonárselo a Raquel para hacer frente a la deuda contraída. Una deuda que, mes a mes, en lugar de disminuir, aumenta por los intereses, por supuestos gastos de alojamiento y manutención, y por el pago de los servicios de la niñera. Alejandra decide entonces reclamarle a Raquel, diciéndole que no quiere seguir trabajando en esas condiciones. Por su parte, Raquel la amenaza con llamar a la policía para que los deporten si decide irse o dejar de trabajar para ella, haciéndole ver que tendría que pagar un monto aun mayor por haberse quedado en el país como ilegal y que le quitarían a su hijo.

Ante esta situación, Alejandra decide empezar a grabar con la cámara del móvil las amenazas diarias que le hacía Raquel, algunas solo en audio y otras en vídeo. En las grabaciones se

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

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

## **II. INTRODUCCIÓN**

En el caso expuesto nos encontramos ante la comisión de un delito de trata de seres humanos para la explotación laboral. Este fenómeno es una realidad que va en aumento en la mayoría de los países desarrollados. Por otro lado, cada vez son más los países que son conscientes que esta realidad va aumentando en paralelo con los flujos migratorios y las posibilidades de empleo en los países con mejor calidad de vida<sup>1</sup>.

España ha pasado de ser un país emisor de trabajadores hacia el extranjero a ser receptor de inmigrantes con altas probabilidades de incorporar inmigrantes en el mercado laboral. Con esto no solo la inmigración ilegal ha aumentado, sino que fenómenos mucho más graves como el que en este trabajo se analiza también se han convertido en una realidad. En lo que respecta a la trata de seres humanos, la forma más conocida o a la que se le ha prestado una atención especial ha sido a la trata con fines de explotación sexual<sup>2</sup>, desconociéndose de este modo un fenómeno íntimamente relacionado como es la trata con fines de explotación laboral. En este trabajo, además de abordar la posible concurrencia de un delito de trata de seres humanos, analizaremos también las pruebas que la víctima pudo presentar de la situación vivida y cuáles son los derechos que esta tiene como víctima de trata.

Del mismo modo, analizaremos la filiación extramatrimonial y la posibilidad de establecer una guarda y custodia internacional, así como también si es posible que se dé la figura de la sustracción de menores si el menor no ha sido reconocido por uno de los progenitores, un hecho que en los últimos años ha sido foco de numerosas sentencias y recursos en nuestro país.

## **III. CALIFICACIÓN JURIDICA DE LOS HECHOS**

Lo primero que haremos será analizar cuáles son los delitos cometidos por Raquel, para eso nos centraremos primero en delimitar y conceptualizar cada uno de ellos para posteriormente encuadrarlos en las acciones cometidas por la autora. Así podremos saber si estos son aplicables al caso o en su lugar son absorbidos por otro tipo penal y así poder llegar a cuál sería la pena máxima que podría ser impuesta a la autora.

### **1. DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS**

Empezaremos con el delito de trata de seres humanos que se encuentra tipificado en el art. 177 bis del Código Penal (en adelante CP). Para poder definir con claridad en qué consiste el delito de trata de seres humanos, en especial en la modalidad de fines de explotación laboral que es lo que resultaría aplicable a este caso en concreto, es importante mencionar cuál es el origen de este precepto. Su integración al texto penal se da porque el legislador pretendió adaptar los convenios internacionales e instrumentos europeos suscritos por España en materia de trata de seres humanos a nuestro ordenamiento jurídico. Entre estos debemos mencionar: el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000; la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos; y por último el

---

<sup>1</sup>ACCEM., La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral: Un estudio de aproximación a la realidad en España. 2006. ISBN-13: 978-84-691-5557-8, p. 4.

<sup>2</sup> ACCEM., cit., p. 5.

Convenio de 197 del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005 (Convenio de Varsovia)<sup>3</sup>.

La regulación relativa a la trata en nuestro país ha ido modificándose a lo largo de las décadas. En el CP de 1995 no se tipificó de manera autónoma el delito de trata de seres humanos, sino que se “incluyó diversos tipos delictivos de forma desacertada, insuficiente y desordenada, se pretendía la tipificación de aquéllos supuestos que pudieran ser constitutivos del delito de trata de seres humanos”<sup>4</sup>. La primera reforma del CP en esta materia se produjo por la Ley Orgánica (en adelante LO) 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que introdujo el párrafo del artículo 188 referente al tráfico con fin de explotación sexual. La segunda reforma se produce en el apartado 1 del art. 312 CP “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” y en el art. 318 bis, todo esto por medio de la Ley 4/2000 de 11 de enero sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Ley de extranjería). La tercera modificación del CP se hace mediante la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que lo que buscaba era integrar en el art. 318 bis los mandatos derivados del Derecho internacional, tipificando en un mismo precepto lo relativo a el delito de tráfico de migrantes y trata de seres humanos. Sin embargo, más adelante se observó lo inadecuado que era regular estas figuras en un mismo precepto, por lo diferentes que son, desde el bien jurídico protegido hasta las conductas necesarias para consumar el tipo. Es por ello por lo que se tipificó de modo específico el delito de trata de seres humanos mediante el artículo 177 bis, haciendo esta incorporación en aras de la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas<sup>5</sup>.

En primer lugar, es necesario empezar por definir qué es la trata de personas. De acuerdo con el artículo 177 bis CP, la trata consiste en captar, trasladar, recibir, acoger o alojar a una persona con una finalidad propia de explotación de la víctima y empleando cualquiera de los procedimientos estipulados en el precepto. El delito de trata de seres humanos tutela bienes jurídicos individuales, fundamentalmente, la dignidad y la libertad del sujeto pasivo<sup>6</sup>. Se puede concebir como una modalidad específica de ataque contra la integridad moral de las personas en la medida que la instrumentalización del ser humano para la consecución de determinados beneficios económicos supone involucrarle en una situación que lo anula como persona. Además, en estas situaciones, la víctima es sometida contra su voluntad, o bien ha prestado consentimiento en un principio, pero el mismo no es válido. El Tribunal Supremo (en adelante TS) se proclama en este sentido diciendo que “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, para después ser forzadas a soportar situaciones de explotación, convirtiéndose así en víctimas del delito de trata de personas”<sup>7</sup>.

Del texto del artículo 177 bis CP se desprenden cinco elementos que debemos tener en cuenta para que tenga lugar este delito: el espacial, el personal, el comisivo, el instrumental y el finalista.

---

<sup>3</sup> POMARES CINTAS, E., El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N.º 13. 2011. ISSN 169-0194, p. 4.

<sup>4</sup> GARCÍA SEDANO, T., *El delito de trata de seres humanos, artículo 177 bis, especial análisis de la finalidad de imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre y a la mendicidad*. [Tesis Doctoral inédita]. Universidad Carlos III de Madrid, 2017. p. 87.

<sup>5</sup> POMARES CINTAS, E., cit., p. 2.

<sup>6</sup> POMARES CINTAS, E., cit., p. 6.

<sup>7</sup> STS 824/2016 de 4 de marzo de 2016, FD 5 (ECLI: ES:TS:2016:824).

En primer lugar, el artículo 177 bis requiere un elemento espacial, es decir, el delito debe guardar algún punto de conexión con el Estado español<sup>8</sup>. No es necesario que se dé un desplazamiento transfronterizo. El delito de trata puede cometerse en territorio nacional y, en el caso de que adquiera una naturaleza transfronteriza la conducta típica ha de cometerse conectada con el territorio nacional, es decir, desde España, con origen en otro país, pero siendo el destino España o utilizando España como lugar de paso, es decir, siendo otro país el punto de partida y el destino uno distinto<sup>9</sup>.

En segundo lugar, en cuanto al elemento personal, hay que señalar que el sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona. En lo que al sujeto pasivo se refiere, la víctima puede ser tanto nacional como extranjera, pudiendo deducirse de esto que cualquier persona puede ser víctima de la trata<sup>10</sup>.

En tercer lugar, el artículo 177 bis requiere un elemento comisivo, es decir, que se lleve a cabo alguna de las conductas tipificadas, que son la captación, el traslado, transporte, la acogida y la recepción de personas, incluido el intercambio o transferencia de control sobre las mismas. En primer lugar, la captación, requiere que la víctima por iniciativa del autor adopte algún tipo de compromiso en virtud del cual se sienta obligada a prestar un servicio, normalmente se llevara a cabo en el lugar de residencia habitual de la víctima<sup>11</sup>. En lo referente a la conducta de transporte, lo que se necesita para se cumpla es que el autor intervenga en el cambio de ubicación de la víctima, ya sea él mismo, para de esta forma mantener un control sobre la víctima, o a través de un tercero<sup>12</sup>. Por otra parte, “recibir, acoger o alojar” son términos equivalentes, aunque es importante destacar que acoger tiene un significado que va más allá, pues implica darle refugio o albergue<sup>13</sup>. Todas estas conductas mencionadas solo adquieren significado si van dirigidas a la consecución de conductas posteriores de explotación de la víctima.

En cuarto lugar, debemos hacer referencia al elemento instrumental, esto es, las acciones anteriormente citadas se deben realizar recurriendo a alguno de los siguientes medios comisivos: la violencia, intimidación, abuso de una situación de vulnerabilidad o de necesidad o de superioridad, o la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima. El empleo de cualquiera de estos medios invalida el consentimiento que la víctima mayor de edad hubiera podido prestar<sup>14</sup>. Ahora bien, de entre estos medios analizaremos los utilizados por Raquel en el presente caso, en primer lugar, el engaño, Hernández Plasencia<sup>15</sup>, lo define como “toda maquinación, falacia, mendacidad, argucia, treta anzuelo, cimbel o reclamo de los que se vale el infractor para, induciendo, a error al ofendido y ofendidos viciar su consentimiento”. Por su parte la Fiscalía<sup>16</sup> considera que “el engaño comprende el fraude”. Asimismo, la Audiencia Provincial (en adelante AP) de Barcelona<sup>17</sup> dice que “el engaño consiste en crear una idea equivocada mediante una

---

<sup>8</sup> STS 5805/2013 de 3 de diciembre de 2013, FD 6. (ECLI:ES:TS:2013:5805).

<sup>9</sup> POMARES CINTAS, E., cit., p. 7.

<sup>10</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. 20ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. ISBN: 8491190589. p. 155.

<sup>11</sup> Circular 5/2011 de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración. p. 10.

<sup>12</sup> POMARES CINTAS, E., cit., p. 9.

<sup>13</sup> POMARES CINTAS, E., cit., p. 9.

<sup>14</sup> RODRIGUEZ LOPEZ, J. y ARRIETA IDIAKEZ, F., La trata de seres humanos con fines de explotación laboral en la legislación española. Icade. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. 2019, (107). ISSN: 2341-0841. p. 6.

<sup>15</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *El delito de tráfico de personas para su explotación sexual. Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. ISBN 84-8442-459-6, p. 240.

<sup>16</sup> Circular 5/2011 de 2 de noviembre., cit., p. 7.

<sup>17</sup> SAP de Barcelona 11117/2014 de 15 de septiembre de 2014 (ECLI:ES:APB:2014:11117).



manipulación de la realidad...”. Según esta sentencia el engaño “debe ser bastante, esto es idóneo y adecuado, pues si puede ser detectada sin esfuerzo por la víctima, y no es capaz de falsear la realidad, no sería suficiente para apreciarse el delito”. También podemos observar que Raquel se valió de la situación de vulnerabilidad y necesidad de Alejandra. En este medio es decisivo apreciar la existencia de abuso y por otro lado la existencia de la situación de vulnerabilidad. A esto da respuesta la Fiscalía General del Estado<sup>18</sup>, estableciendo que “el abuso de superioridad, necesidad o vulnerabilidad según reiterada interpretación jurisprudencial abarca no solo las situaciones de prevalimiento del sujeto activo con la víctima sino también de inferioridad de la víctima producida por una variedad de causas”.

Y, por último, en quinto lugar, la trata exige un elemento finalista, es decir, se debe perseguir cualquiera de los fines estipulados en el artículo 177 bis del CP:

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

Como vemos existen cinco modalidades diferentes de trata en función de la finalidad que esta persiga. No tiene por qué presentarse una sola en particular, de hecho, es habitual que las víctimas sean tratadas con varios fines<sup>19</sup>. En términos generales, los fines “tienen como destino llevar a cabo el aprovechamiento de la persona en el sentido más mercantil y cosificado de la expresión”<sup>20</sup>.

Para poder comprender los fines de la trata: imposición de trabajo forzado, explotación sexual, explotación para realizar actividades delictivas, extracción de órganos y celebración de matrimonio forzado, es fundamental entender que la actual redacción del artículo 177 bis del CP se fundamenta en las disposiciones del Protocolo de Palermo, del Convenio de Varsovia y de la Directiva 2011/36/UE<sup>21</sup>. Es precisamente en el apartado 1.a de este precepto, que es en el que nos centraremos por ser objeto de estudio en el presente trabajo, donde el legislador se ha limitado a transcribir los términos expuestos en los instrumentos sin precisar su significado. Puesto que los conceptos integrados en el artículo son términos procedentes de la regulación internacional de la trata, es a esta regulación a la que debemos dirigirnos para determinar su significado, así como las formas que estos abarcan<sup>22</sup>.

En el presente trabajo nos centraremos en el apartado 1.a del mencionado precepto, es decir, la denominada “explotación laboral” que plantea importantes cuestiones controvertidas. El legislador dudó sobre el alcance que merecía la conocida como trata laboral y, a pesar de que se planteó en los anteproyectos de la ley, la reforma del CP introducida por la LO 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, no incluyó entre las finalidades de la trata el término “explotación laboral”. En lugar de ello, se hace referencia a los términos de “imposición de trabajo o servicios forzados” incluyendo de forma expresa la “esclavitud o la servidumbre”<sup>23</sup>. De este modo, se optó por restringir la trata con fines de explotación laboral, en comparación con la amplitud que se le reconoce a la de

---

<sup>18</sup> Circular 5/2011 de 2 de noviembre, cit., p. 45.

<sup>19</sup> LOPEZ RODRIGUEZ, J. y ARRIETA IDIAKEZ, F., cit., p. 7.

<sup>20</sup> SAP 1/2019, de Oviedo de 11 de enero de 2019, FD 3 (ECLI:ES:APO:2019:1).

<sup>21</sup> LOPEZ RODRIGUEZ, J. y ARRIETA IDIAKEZ, F., cit., p. 9.

<sup>22</sup> POMARES CINTAS, E., cit., p. 18.

<sup>23</sup> POMARES CINTAS, E., cit., p. 15.

naturaleza sexual, siendo este hecho una cuestión llamativa, que, según Pomares Cintas<sup>24</sup>, se debe probablemente a la carga moral adscrita al ámbito sexual.

Empezaremos delimitando lo que se entiende por explotación laboral. Según Pomares Cintas<sup>25</sup>, “se considera como el conjunto de características que tiene una prestación laboral en la que existe una carencia en la dignidad del trabajo y en la cual la persona carece de libertad”. Tanto la expresión “explotación laboral” como los conceptos “trabajo forzado, esclavitud y servidumbre” son términos que proceden de la regulación internacional. Sin embargo, estas modalidades de explotación comparten un punto inicial que es que la víctima es sometida a un trabajo o servicio en contra de su voluntad o sin su consentimiento válido. El objetivo es explotar su trabajo bajo la condición de esclava, o bajo la imposición forzada de la condición de trabajador. Estos modos de actuación son formas de imponer la condición de trabajador, vulnerando la libertad de decidir realizar la prestación laboral<sup>26</sup>.

Tanto la servidumbre como los trabajos forzados son formas análogas de la esclavitud, ya que son situaciones en las que la víctima, bajo la condición de trabajadora, es sometida a una situación de total disposición al autor. No obstante, entre estas figuras existen elementos que las diferencian<sup>27</sup>.

Los trabajos forzados son una forma de explotación laboral que consiste en que la víctima es forzada a trabajar contra su propia voluntad, bajo violencia, amenazas, castigos, penalizaciones, tratos vejatorios, entre otros<sup>28</sup>. Ninguno de los instrumentos normativos que regulan la trata definen qué es el trabajo forzoso, ni el Protocolo de Palermo, ni la Directiva 211/35/UE, ni el Convenio de Varsovia<sup>29</sup>. Por ello, igual que en el caso de la esclavitud, debemos dirigirnos a legislaciones antiguas para que nos esclarezcan qué significa este fenómeno. Según el Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930, por trabajo forzado se entiende “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente” (Art. 2)<sup>30</sup>.

Por su parte, la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956 (en adelante Convención de Ginebra) recoge en su artículo 1 dos formas de servidumbre: la servidumbre de la gleba y la servidumbre por deudas. La primera, es la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a esta, por remuneración o de forma gratuita sus servicios sin libertad para cambiar su condición<sup>31</sup>.

La segunda, la servidumbre por deudas, que como veremos es la que se da en este caso, es definida por la Convención de Ginebra de 1956 como “el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de un tercero sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios”<sup>32</sup>. La víctima cree que está obligada a realizar la

---

<sup>24</sup> POMARES CINTAS, E., cit., p. 15.

<sup>25</sup> POMARES CINTAS, E., cit., p. 6.

<sup>26</sup> POMARES CINTAS, E., cit., p. 18.

<sup>27</sup> POMARES CINTAS, E., cit., p. 19.

<sup>28</sup> GARCÍA SEDANO, T., cit., p. 331.

<sup>29</sup> GARCIA SEDANO, T., cit., p. 332.

<sup>30</sup> ACCEM., cit., p. 35.

<sup>31</sup> Art. 1.b Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956.

<sup>32</sup> Art 1.a Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956.

prestación laboral, y, por tanto, es un modo de imponer la condición de trabajador, sin libertad para cambiar esa condición ya que ve como una alternativa la prestación de ese servicio. Por lo general, las víctimas se ven obligadas a trabajar para pagar una deuda o préstamo sobre el que no se han definido los términos o condiciones de este, quedando en muchos casos atrapadas en deudas que van aumentando con los gastos de manutención además de los adquiridos al inicio con el transporte. La mayoría de las víctimas de trata pocas veces ven el dinero que ganan y es posible que ni siquiera tengan conocimiento del volumen de su deuda<sup>33</sup>. Es mediante un procedimiento de disponibilidad de la víctima que se consigue la apropiación del valor del trabajo, ya que se le hace creer que la única vía posible para poder saldar la deuda contraída es el sometimiento. Esta deuda es la forma en la que se logra obligar a aceptar la condición de trabajador, como ocurre en el caso aquí presente.

Para concluir, como hemos visto, la trata de seres humanos solo castiga la realización de las conductas típicas anteriormente citadas con la finalidad de explotación, sin que sea necesario que la explotación efectiva se llegue a producir para que se consuma el delito. Por ello, en el caso de que la explotación tenga lugar, es necesario acudir a algún otro precepto del CP que sancione esta conducta, junto con la trata. En el caso de la explotación laboral, es difícil encontrar un tipo penal que recoja el desvalor de las conductas previstas como finalidades de trata. Cuestión que, por ejemplo, en la trata con fines de explotación sexual no ocurre puesto que la Fiscalía General del Estado<sup>34</sup> estipula que “la prostitución que se sanciona en el art. 188.1 CP es la impuesta violentando la libertad de decisión de la persona o abusando de sus limitadas condiciones intelectuales o volitivas [...] Por tanto, es un delito que afecta a la libertad sexual y a la autodeterminación de la persona”. Como vemos, existe un precepto que recoge el desvalor de la trata con fines de explotación sexual. En estos casos, lo mayoritariamente aceptado por la jurisprudencia será la aplicación del delito de trata de seres humanos en concurso medial con el delito de prostitución coactiva. En este sentido se pronunció el TS<sup>35</sup> condenando por “un delito de trata de seres humanos, del art 177 bis CP, en concurso medial con un delito de determinación a la prostitución, del art 188 CP”. Sería coherente que, como sostiene García Sedano<sup>36</sup>, “se construyese en nuestro ordenamiento jurídico una definición autentica de explotación laboral”, para que de este modo se puedan encuadrar en ella situaciones como la de este supuesto de hecho, sin tener que dejar de penar por la explotación laboral, al no existir un supuesto que abarque todo su desvalor.

Dada esta problemática, la doctrina mayoritaria considera que es necesario tipificar y recoger por su especial gravedad como delitos autónomos dentro del propio CP las conductas enumeradas como finalidades de explotación del delito de trata “la imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o practicas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad”, con sus respectivas agravaciones en caso de que la víctima fuera menor de edad o el autor una persona jurídica.

## **2. DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES**

En segundo lugar analizaremos los delitos que atentan contra los derechos de los trabajadores, puesto que del presente caso se depende una vulneración de las condiciones laborales de Alejandra. Es fundamental a su vez distinguir entre la trata de seres humanos con fines de explotación laboral y los delitos contra los derechos de los trabajadores, para poder comprender si es de aplicación uno u otro. En el caso de estos últimos, “nos encontramos ante infracciones

---

<sup>33</sup> ACCEM., cit., p. 35.

<sup>34</sup> Circular 5/2011 de 2 de noviembre., cit., p. 45.

<sup>35</sup> STS 487/2014 de 4 de febrero de 2014, FD 1 (ECLI:ES:TS:2014:487).

<sup>36</sup> GARCIA SEDANO, T., cit., p. 456.

de normas del orden Social que se han constituido en tipo penal por la mayor lesividad o gravedad que aquella infracción conlleva para el bien jurídico protegido”<sup>37</sup>. Por el contrario, la trata, como hemos visto, la trata es el proceso hacia la explotación de la víctima a través de alguna de las finalidades previstas.

Los delitos contra los derechos de los trabajadores que pueden ser aplicados a este caso se encuentran tipificados en los artículos 311.1 y 4 del CP, el 311 bis y 312.2 del CP. Por lo que respecta al primero, el art. 311 en su apartado 1 del CP nos dice que se castigara a quien, “mediante engaño o abuso de situación de necesidad, imponga 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”. En su apartado 4, el precepto estipula que “si las conductas reseñadas en los apartados anteriores se llevaren a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado”.

El verbo clave en este tipo penal es “imponer”. El TS nos dice que por “imponer” se debe entender “la existencia de una situación que suprima la capacidad de reacción indispensable para que el perjudicado reaccione en defensa de sus derechos que ve perjudicados”, y, continúa diciendo que “se trata de una situación situada extramuros de los conceptos jurídicos de violencia o intimidación”<sup>38</sup>, que en caso de darse se integraran al subtipo agravado del mismo precepto<sup>39</sup>. En similar postura, en otra sentencia el TS explica lo que significa el verbo típico de este delito, que en ningún caso implica la imposición de la relación laboral. En este caso, el Tribunal, nos dice que “el tipo penal no supone una nota de intimidación o violencia, sino una situación en la que el trabajador no tiene libertad de optar porque cuando la alternativa es dejar de trabajar e irse al paro, es claro que eso no es fruto de una opción libre”<sup>40</sup>.

Por su parte, al artículo 311 bis del CP sanciona por un lado a quien de manera reiterada emplee o dé ocupación a ciudadanos extranjeros sin permiso de trabajo. Por otro lado, sanciona a quien emplee o dé ocupación a un menor de edad que no tenga permiso de trabajo. En este último supuesto no se exige que la conducta sea reiterada, como en el primero. En ambos casos, la doctrina considera que “la utilización de los verbos “emplear” y “dar ocupación” de manera alternativa plantea dos interpretaciones posibles, a saber: concluir que ambos constituyen comportamientos diferentes o entender que son conductas sinónimas”<sup>41</sup>.

El artículo 312.2 del CP sanciona a quienes “empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”. A diferencia del anterior precepto “el legislador consideró que la contratación de un trabajador extranjero sin permiso de trabajo lleva ínsita la actuación engañosa y el aprovechamiento por parte del empresario de su situación de ilegalidad a fin de imponerle tales condiciones perjudiciales de trabajo”<sup>42</sup>. Por lo tanto, en este no se requiere el uso del engaño o el abuso de situación de necesidad, ya que se supone que se emplea al extranjero en condiciones de indignidad, privándole así “de los derechos que el Estatuto de los Trabajadores considera irrenunciables”<sup>43</sup>.

Por tanto, se puede concluir diciendo que los delitos de los artículos mencionados se refieren al establecimiento de condiciones laborales contrarias a la legislación laboral, mientras que el delito de trata de seres humanos supone una falta de consentimiento por parte de la víctima y

---

<sup>37</sup> GARCIA SEDANO, T., cit., p. 135.

<sup>38</sup> STS 1303/2017 de 5 de abril de 2017, FD 3 (ECLI:ES:TS:2017:1303).

<sup>39</sup> LÓPEZ RODRIGUEZ, J. y ARRIETA IDIAKEZ, F., cit., p. 16.

<sup>40</sup> STS 3389/2017, de 28 de septiembre de 2017, FD 5 (ECLI:ES:TS:2017:3389).

<sup>41</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. y ARRIETA IDIAKEZ, F., cit., p. 17.

<sup>42</sup> SAP de Ceuta 130/2000 de 13 de enero del 2000, FD 2 (ECLI:ES:APCE:2000:13).

<sup>43</sup> STS 293/2004 de 8 de marzo de 2004, FD 4 (ECLI:ES:TS:2004:1546).

que en caso de haberlo en un inicio este se considera invalidado por la forma en la que se prestó, así como también en el caso de la trata se impone el trabajo además de las condiciones, puesto que se da una falta de libertad, una falta de decisión por parte de la víctima. Es por ello por lo que podemos concluir afirmando que las formas de explotación laboral contenidas en el art 177.1.a bis del CP no se corresponden con los delitos contra los derechos de los trabajadores<sup>44</sup>.

Otro de los artículos que encontramos en este título del CP y que es fundamental llegados a este punto es el artículo 313. Este precepto sanciona a quien “determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante”. El TS<sup>45</sup> estipula que el bien jurídico tutelado es “proteger a todos los trabajadores, nacionales y extranjeros, frente a una nueva forma de explotación”. Para encontrarnos ante esta figura es necesario, según Muñoz Conde<sup>46</sup>, que exista engaño que determine o favorezca la emigración de alguna persona a otro país por motivos laborales.

### 3. DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE EXTRANJEROS

En los apartados anteriores, hemos visto qué delitos podrían aplicarse a la conducta realizada por Raquel sobre Alejandra una vez llegada está a España, pero también debemos analizar la calificación jurídica de la conducta consistente en traer a Alejandra a territorio nacional y mantenerla en este sin observancia de las leyes, lo cual podría ser constitutivo de un delito de tráfico ilegal de extranjeros.

El delito de tráfico ilegal de extranjeros se encuentra regulado en el artículo 318 bis del CP. La acción típica del delito consiste en realizar cualquier conducta dirigida a conseguir, de modo intencionado, que una persona que no sea miembro de un Estado de la Unión Europea, entre en el territorio español, ya sea para permanecer en el o para desplazarse todo ello sin observación de la legislación vigente.

Como vemos, de este concepto se desprenden varias modalidades comisivas. En primer lugar, la ayuda intencionada a entrar en territorio español. En segundo lugar, la ayuda intencionada a transitar por territorio español. Y, por último, la ayuda intencionada y con ánimo de lucro a permanecer en España sin observancia de la legislación vigente. En cualquiera de sus modalidades, solo se consume este delito si el ciudadano extracomunitario entra en el territorio nacional, en el que se incluye tanto el mar territorial como el espacio aéreo comprendido entre las fronteras españolas y las islas adyacentes.

La diferencia entre el tráfico ilícito de migrantes y la trata ha sido confusa en nuestro derecho, esto es así porque ambas conductas entrañan movimiento de seres humanos. Matizaremos algunas diferencias que existen entre estas figuras jurídicas. En el caso de la trata deben darse dos elementos adicionales que en el delito de tráfico ilegal de migrantes no están presentes. En primer lugar, la fuente principal de ingresos para los autores y el motivo económico impulsor del delito es el producto obtenido con la explotación de las víctimas. En segundo lugar, la trata puede tener carácter transaccional o no, ya que las víctimas pueden ser ciudadanos europeos o incluso españoles<sup>47</sup>. En lo que respecta al bien jurídico protegido, como mencionamos anteriormente, la trata es un delito que se comete contra las personas, y que atenta contra la vida, libertad, dignidad, integridad y seguridad de las víctimas<sup>48</sup>. En el caso de tráfico ilícito de migrantes, sin embargo, la conducta típica consiste en transportar y trasladar personas de un país

<sup>44</sup> LÓPEZ RODRIGUEZ, J. y ARRIETA IDIAKEZ, F., cit., p. 21.

<sup>45</sup> STS 724/1998 de 5 de febrero de 1998, FD 1 (ECLI:ES:TS:1998:724).

<sup>46</sup> MUÑOZ CONDE, F., cit., p. 335.

<sup>47</sup> STS 824/2016 de 4 de marzo de 2016, FD 5 (ECLI:ES:TS:2016:824).

<sup>48</sup> LE GOFF, H. y LOTHAR WEISS T., *La trata de personas en México. Diagnóstico sobre la asistencia a las víctimas*. 1º ed. 2011. ISBN: 978-92-9068-611-8. p. 6.

a otro, de modo irregular, pero sin que necesariamente haya finalidad de explotación. Las personas que se dedican al tráfico ilícito de inmigrantes tienen el objetivo de conseguir algún beneficio económico o de otra índole similar. La relación entre el traficante y el migrante es una transacción comercial, que normalmente termina después del cruce de la frontera<sup>49</sup>. En lo que se refiere al bien jurídico protegido, es un delito que se comete contra el Estado receptor y sus leyes migratorias, violentando su soberanía<sup>50</sup>. Además, en este caso, es el migrante quien contacta por propia voluntad con el traficante o a través de un intermediario y, paga por su traslado al país de destino; una vez allí, la relación entre ambos culmina.

Una vez analizados todos los tipos penales aplicables al caso, es el momento de calificar los hechos cometidos por Raquel Benítez y ver cuáles de esos delitos son de aplicación.

No cabe ninguna duda de que nos encontramos ante un supuesto de trata de seres humanos con fines de explotación laboral, ya que concurren los cinco elementos esenciales para que se produzca este tipo penal. En primer lugar, el delito guarda conexión con el Estado español ya que Alejandra sale de Nicaragua para España como punto de destino. En segundo lugar, Raquel capta, traslada, recibe y acoge a Alejandra. Tal y como pone de manifiesto la jurisprudencia, “la acción de alojar a la víctima, con conocimiento de su introducción en España, tras una captación con destino a la explotación, convierte a quien la lleva a cabo en autor de un delito de trata de seres humanos”<sup>51</sup>, y esto es exactamente lo que se produce en este caso. En tercer lugar, la capta mediante el engaño y el abuso de la situación de vulnerabilidad que esta atraviesa por su situación económica, que como se expone en el caso es precaria, la víctima tiene un menor cargo y no posee ningún ingreso ni recibe asistencia, cuestiones que se pueden calificar como situación de necesidad<sup>52</sup>. Por último, la finalidad de sus acciones es la imposición a Alejandra de un trabajo en régimen de servidumbre, contemplada en el art 177.1.a bis CP, ya que se produjo desplazando a la víctima de su residencia habitual mediante falsas promesas de un buen puesto de trabajo en España, se le facilitó la cobertura económica necesaria para el transporte y fue recibida y alojada por la autora en su propio domicilio, informándole entonces de que contrajo una deuda descomunal que solo puede solventar aceptando un trabajo en condiciones abusivas e indignas, como fueron las horas de trabajo interminables, no ofrecerle alimentos, no permitirle la salida del inmueble, retirarle los documentos de identidad y sin retribuirle por las horas laborales trabajadas, todo esto bajo la premisa de que su trabajo era la forma de saldar la deuda contraída y no dándole otra opción para hacerlo. Otro de los elementos fundamentales del tipo es el desconocimiento total que tiene Alejandra sobre la situación venidera, ya que acepta la oferta valiéndose de falsas promesas y expectativas. Todos estos hechos son constitutivos de delito regulado en el artículo 177.1.a bis CP.

No serán de aplicación los preceptos sobre los delitos contra los derechos de los trabajadores, ya que, como vimos, en la esfera de los delitos laborales se castiga la imposición de condiciones de trabajo ilícitas empleando medios abusivos, engañosos o coactivos. En el presente supuesto, estamos ante condiciones laborales que se encuentran debajo del umbral establecido en la normativa laboral. Sin embargo, el elemento que hace que no sea de aplicación esta figura jurídica es que, a la víctima se le somete a la imposición de la condición de trabajador. Alejandra no quiere seguir manteniendo una relación laboral con Raquel, de hecho, la aceptación de esta en un primer momento no tiene validez ya que fue captada mediante engaño sobre las condiciones y aprovechamiento de su situación de necesidad. A su vez, el hecho de que Alejandra no tuviera permiso de residencia no determina por sí solo la comisión del delito

---

<sup>49</sup> GARCIA SEDANO, T., cit., p. 113.

<sup>50</sup> MUÑOZ CONDE, F., cit., p. 297.

<sup>51</sup> STS 1502/2015 de 9 de abril de 2015, FD 6 (ECLI:ES:TS:2015:1502).

<sup>52</sup> Fiscalía General del Estado. Segundo semestre 2019. Boletín de Jurisprudencia. Trata, explotación sexual, prostitución, explotación laboral. p. 18.

del art 312.2 CP. Se necesita que se ejecute la prestación laboral en unas condiciones perjudiciales para el trabajador con infracción de los derechos reconocidos por la legislación laboral<sup>53</sup>.

Podemos concluir diciendo que, pese a que las condiciones laborales son precarias y no respetan el ordenamiento jurídico, las acciones son tan graves que estos delitos contenidos en los artículos 311 y siguientes del CP no cubren el desvalor que se exige de las conductas de quien impone la condición de trabajador a quien no desea serlo. En el presente caso no se trata de la decisión de dejar el trabajo y tener que irse al paro, sino de una situación en la que la víctima fue desarraigada de su lugar de origen, trasladada a un país completamente desconocido al que vino por motivo de un contrato laboral que finalmente no era lo que le habían ofrecido y que no podía dejar por miedo a las constantes amenazas. Además, Alejandra no disponía de documentos de identidad, ya que le fueron retirados una vez llegó a España, y la única forma posible que veía de poder saldar la deuda era por medio de su trabajo.

Por otra parte, Raquel también puede ser considerada autora de un delito consumado de tráfico ilegal de extranjeros regulado en el artículo 318.1 y 2 bis del CP, puesto que ayuda al traslado de Alejandra desde Nicaragua hasta España sin la observancia de la normativa vigente y además la ayuda intencionadamente y con ánimo de lucro, a que permanezca en España en situación irregular. Como vimos anteriormente uno de los puntos fundamentales del tipo penal es que tiene que haber un cruce de fronteras internacionales de forma irregular, además de una disposición del migrante y del autor y, una ayuda intencionada y con ánimo de lucro de permanecer en el país de manera irregular<sup>54</sup>. El delito de tráfico de personas es un delito que queda consumado con el cruce de las fronteras, por lo que, en el momento que Alejandra llega a España, este delito ha sido consumado.

Por último, Raquel también realiza la conducta tipificada en el artículo 313 CP, ya que favoreció la emigración de Alejandra desde Nicaragua hasta España bajo el engaño de un contrato laboral en condiciones óptimas. Sin embargo, como se explicará en la sección posterior, solo será considerada autora del delito previsto en el artículo 318 bis CP.

#### **IV. CONSECUENCIAS PENALES**

Pues bien, a la luz de todo lo explicado anteriormente, Raquel es autora de un delito de trata de seres humanos con fines de explotación laboral del artículo 177.1.a bis y de un delito de tráfico ilegal de extranjeros contenido en el artículo 318 bis CP. Los hechos encajarían también en el artículo 313 bis CP, pero como veremos a continuación, este cede en aplicación del artículo 318 bis CP. Una vez determinada la calificación jurídica de los hechos, para poder determinar cuál sería la consecuencia penal pertinente, debemos atender primero a cuáles son los posibles concursos, en caso de que se den.

Empezaremos en primer lugar por plantearnos la problemática concursal entre el delito de tráfico ilegal de extranjeros (318 bis CP) y el delito contra los derechos de los trabajadores previsto en el art. 313 CP. En este caso, podría parecer en un principio que nos encontramos ante un concurso de leyes, por lo que, basándonos en los criterios establecidos para estos casos en el art. 8 CP<sup>55</sup>, se debería resolver mediante la aplicación del artículo 313 por ser un precepto especial (porque regula en específico la condición de trabajador) que prevalece sobre el general del artículo 318 bis. Sin embargo, es de aplicación este último, el 318 bis, porque según la

---

<sup>53</sup> SAP de Barcelona 590/2019 de 23 de septiembre de 2019, FD 4 (ECLI:ES:APB:2019:13046).

<sup>54</sup> MUÑOZ CONDE, F., cit., p. 297.

<sup>55</sup> Art. 8.1 CP: “El precepto especial se aplicará con preferencia al general”.

Circular 02/2006 sobre aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España<sup>56</sup>, se incurrió en una defectuosa técnica legislativa al reformar estos preceptos en el Código penal, ya que se debió suprimir el artículo 313 e incorporar este como subtipo agravado al art 318 bis cuando la conducta estuviera dirigida a la explotación laboral. Esta circular continúa diciendo que insta a que se aplique de forma preferente el art 318 bis sobre el artículo 313, porque su aplicación conjunta vulneraría el principio del non bis in ídem.

Respecto al delito de trata de seres humanos con fines de explotación laboral, en el apartado 9 del artículo 177 bis se contiene una regla concursal en la que se establece que “en todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación”. Es por ello por lo que, aunque las conductas del artículo 318 bis CP fueron realizadas en la forma y con la finalidad prevista en el artículo 177 bis del mismo texto legal, y, aunque la solución más correcta debería ser apreciar solamente el artículo 177 bis por ser ley especial y en principio más grave, la cláusula concursal contenida en el artículo obliga a que se aplique un concurso de delitos entre ambas figuras delictivas<sup>57</sup>.

No existe un criterio unánime a la hora de establecer si ese concurso de delitos debe ser un concurso real o medial. La Circular 5/2011 de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración, establece que, cuando no queden subsumidos el artículo 318 bis y el 177 bis, entrarán en concurso real o medial según cada caso, en atención a que concurra o no la necesidad instrumental según la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 77.1 CP<sup>58</sup>. La Fiscalía General del Estado añade que “la regla del párrafo 9 del artículo 177 bis CP define un concurso de delitos, normalmente medial, entre el tipo básico de delito de inmigración clandestina y el que corresponda del delito de trata de seres humanos”<sup>59</sup>. Por su parte, la SAP de Sevilla de 26 de noviembre de 2021<sup>60</sup>, que trata un hecho con circunstancias similares, aprecia un concurso real entre el delito del art 177 bis 1.a y el delito de tráfico ilícito de migrantes en su modalidad de ayuda a la entrada, regulado en el art 318.1 bis. De este modo se adiciona a la pena de la trata la prevista para el delito de inmigración ilegal. En sentido contrario se ha pronunciado la SAP de Valencia de 30 de marzo de 2016<sup>61</sup>, diciendo que “la relación de estos delitos con el delito de inmigración ilegal o trata, viene siendo definida como un concurso medial generalmente”.

Existen posturas dispares también respecto a si se debe aplicar un concurso de delitos entre el artículo 311 y el artículo 177.1.a bis. Tanto el artículo 311 como el 312.2 CP sancionan la imposición de condiciones laborales por debajo del umbral establecido en el ordenamiento jurídico. Esta situación confronta con la naturaleza de las figuras jurídicas contempladas en la finalidad tipificada en el art. 177.1.a que tienen en común el describir situaciones de sometimiento de la persona a un trabajo en contra de su voluntad o sin la presencia del consentimiento válido. En respuesta a esto, García Sedano<sup>62</sup> sostiene que, si se considera que los delitos contra los derechos de los trabajadores pueden constituir alguna de las finalidades de la trata, no resultaría lógica la penalidad establecida para los meritados delitos. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que la finalidad sea el sometimiento a la esclavitud si concurriesen los requisitos para la aplicación de los delitos de lesa humanidad debería aplicarse la relación concursal correspondiente. Existen supuestos en los que se hace un concurso medial entre el art.

---

<sup>56</sup> Circular 02/2006 de 27 de julio, sobre aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, p. 56.

<sup>57</sup> MUÑOZ CONDE, F., cit., p. 154.

<sup>58</sup> Circular 5/2011 de 2 de noviembre., cit., p. 27.

<sup>59</sup> Circular 5/2011 de 2 de noviembre., cit., p. 66.

<sup>60</sup> (ECLI:ES:APSE:2021:167).

<sup>61</sup> (ECLI:ES:APV:2016:1222).

<sup>62</sup> GARCIA SEDANO, T., cit., p. 537.



311 y el 177.1.a bis CP y posteriormente un concurso real con el art. 318 bis CP, dando como resultado una pena extraordinariamente elevada.

Desde mi punto de vista, luego de todo lo analizado considero que, en el presente caso, la explotación laboral constituye un agotamiento de la conducta de la trata, que incluye entre los verbos empleados “el traslado o transporte”, lo que a su vez integra el tipo penal del artículo 318 bis CP. En consecuencia, nos encontramos ante un concurso medial en el cual el delito de tráfico ilegal de extranjeros es un delito instrumento y el delito de trata es el delito fin, siendo clara la conexión típica que existe entre ambos tipos delictivos, así como la conexión lógica, temporal y espacial entre las conductas. Lo que motivó a Raquel para ofrecerle la oportunidad de trabajo en España a Alejandra fue el lucro personal que obtendría al imponerle el trabajo. A su vez, es clara la necesidad del delito medio para poder cometer el delito fin, pues no sería posible la explotación laboral de Alejandra en España sin su previo traslado a nuestro país con dicha finalidad, que es la conducta que integra el delito de trata, es decir, tanto el traspaso de la frontera nacional sin observancia de las leyes como la permanencia de Alejandra en territorio español fue un medio necesario para poder cumplirse la conducta típica.

No considero que sea aplicable el delito contra los derechos de los trabajadores en concurso medial, real o ideal con el delito de trata, porque no se trata de una relación laboral consentida en la que se imponen condiciones laborales por debajo del umbral normativo, sino de una relación laboral impuesta sobre Alejandra por Raquel sin su consentimiento válido, por motivo de la deuda contraída. Por lo tanto, estos artículos sobre los derechos de los trabajadores no cubren el perjuicio causado a la víctima por la actora, en esta misma línea se posiciona gran parte de la doctrina, entre las que se encuentran García Sedano<sup>63</sup> López Rodríguez<sup>64</sup>.

En consecuencia, Raquel sería condenada como autora de un delito de trata de seres humanos con finalidad de servidumbre (art 177.1.a bis CP), en concurso medial con el delito de tráfico ilícito de migrantes (art 318 bis CP). Siguiendo la regla prevista en el art 77.3 CP sobre concurso medial, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, sin que esta pueda exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente, con observancia del art 66 del mismo texto legal. Así, el delito de tráfico ilegal de extranjeros lleva aparejado una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año. Por otra parte, el delito de trata de seres humanos del artículo 177.1.a bis trae aparejada una pena de prisión de cinco a ocho años. Es por ello por lo que a Alejandra le correspondería la pena superior por el delito de trata de seres humanos, que sería una pena de prisión de 8 años más un día a 12 años. A su vez, partiendo de lo estipulado en el art. 57 CP, la autoridad judicial podrá acordar en la sentencia la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el art 48 CP como son la privación del derecho de residir en determinados lugares o acudir a ellos, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima. La imposición de la pena accesoria se acordará por un tiempo superior entre 1 y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, teniendo que cumplirse necesariamente de forma simultánea.

## V. JURISDICCION Y COMPETENCIA

Una vez llegados a este punto, debemos analizar cuál es el órgano competente para conocer de los delitos de los que Raquel Benítez es autora. Empezaremos analizando la jurisdicción y luego

---

<sup>63</sup> GARCIA SEDANO, T., cit., p. 135.

<sup>64</sup> LÓPEZ RODRIGUEZ, J. y ARRIETA IDIAKEZ, F., cit., p. 21.

pasaremos a analizar la competencia, para concluir estableciendo cuál es el órgano competente para conocer de la cuestión planteada en el supuesto.

## 1. LA JURISDICCIÓN

La jurisdicción es la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, “declarando el derecho aplicable a determinada relación o situación regulada por el ordenamiento jurídico”<sup>65</sup>. Como ocurre en el proceso civil, en el proceso penal también es necesario que las partes cumplan con determinados requisitos o presupuestos. Estos son requisitos previos al proceso, sin cuyo cumplimiento no es posible que se instaure y, en consecuencia, el Juez no puede entrar a conocer del asunto, dando como resultado que tampoco pueda dictar una sentencia de fondo o en algunos casos la misma ha de quedar imprejuizada, debiendo pronunciar, en ese caso, una sentencia absolutoria de instancia. Sin embargo, en el proceso penal, debido al art. 752.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim), no caben estas sentencias absolutorias, ya que tanto la fase instructora como la intermedia están especialmente dedicadas a purgar el proceso de estos obstáculos procesales<sup>66</sup>.

Se debe atender a tres criterios a la hora de determinar el ámbito del orden jurisdiccional penal: los límites objetivos, los límites territoriales y los límites subjetivos<sup>67</sup>.

El primero de estos viene regulado en el art. 9.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) y en el art. 10 de la LECrim. Estos preceptos nos dicen que los órganos judiciales penales extenderán su conocimiento a los procesos de índole penal que se lleven a cabo sobre conductas tipificadas en el ordenamiento. En consecuencia, será preciso acudir al CP para delimitar cuál es el delito, y, por ende, a los que se puede extender la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles<sup>68</sup>. En el presente caso nos encontramos frente a un delito de trata de seres humanos que se encuentra tipificado en el art. 177 bis y 318 bis CP, por lo tanto, el límite objetivo se cumple, ya que la conducta típica está regulada por la legislación penal.

En cuanto a los límites territoriales, estos vienen regulados en los art 117.1 CE y 23.1 LOPJ. El primero de estos nos dice que la jurisdicción nace de la soberanía popular en nombre del Rey y se administra por los jueces y magistrados. El segundo estipula que la extensión para poder conocer de esos asuntos viene determinada por el territorio mismo, es por ello por lo que la jurisdicción española tiene “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 internaciones”. En este sentido se pronunció el TS<sup>69</sup>, estipulando que:

el artículo 23.4 a) y d) de la LOPJ atribuye la competencia a la jurisdicción española para el enjuiciamiento de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional [...] Pero el artículo 23.1 del mismo texto legal atribuye la competencia a los tribunales españoles de los delitos cometidos en territorio español [...] aun cuando hayan podido iniciarse en el extranjero, han sido cometidos, al menos en parte, en España por lo que puede afirmarse la competencia de la jurisdicción española, en cualquier caso, al margen de la calificación penal del hecho denunciado.

El art. 23.4 LOPJ en su apartado m, estipula que en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos de trata siempre que:

<sup>65</sup> AGUSTÍN-JESUS PEREZ-CRUZ M. et. Al., *Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. ISBN: 9788413555478. p. 61.

<sup>66</sup> GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. Ediciones Jurídicas Castillo de Luna. UNED. 2015. ISBN: 978-84-942764-4-6. p. 105.

<sup>67</sup> GIMENO SENDRA, V., cit., p. 69.

<sup>68</sup> AGUSTÍN-JESUS PEREZ-CRUZ MARTÍN, et. al., cit., p. 63.

<sup>69</sup> STS 3804/2020 de 23 de noviembre de 2020, FD 2 (ECLI:ES:TS:2020:3804).

- a. el procedimiento se dirija contra un español;
- b. el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;
- c. 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,
- d. 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.

En el presente caso nos encontramos en el apartado b, ya que el procedimiento se está dirigiendo contra una ciudadana nicaragüense que reside en España. Por lo tanto, podemos afirmar que le corresponderá a la jurisdicción española conocer de este asunto. Por otra parte, el delito se inicia en territorio extranjero, ya que la autora traslada a la víctima desde Nicaragua hasta España sin la observancia de las leyes y la captación y engaño se empieza a producir desde ese país, sin embargo, el delito de trata de comete en territorio nacional.

Por último, en lo que respecta a los límites subjetivos, una vez determinada cuál es la conducta tipificada en el CP y que su enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción española, procede determinar si el acusado está sometido o no a los órganos jurisdiccionales españoles<sup>70</sup>. El art. 21.1 LOPJ estipula que “los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros”. En el presente supuesto, podemos comprobar que también se cumple el límite objetivo, ya que nos encontramos ante un juicio que se celebrará entre extranjeros.

Una vez determinada la jurisdicción, para saber cuál será el órgano competente para conocer de la cuestión se debe atender a ciertos criterios de competencia. Estos se dividen en tres que son: la competencia objetiva, la competencia funcional y la competencia territorial. Luego de estudiarlos pasaremos a analizar cuál es el órgano competente por la ley para conocer los casos de trata de seres humanos.

## 2. LA COMPETENCIA OBJETIVA

La competencia objetiva es la determinación del órgano competente dentro de la estructura jerárquica. Esta atiende a tres criterios: el de la gravedad del hecho punible, el de la materia y el de las personas<sup>71</sup>.

Respecto al primero de estos criterios, el CP clasifica en dos grandes bloques las infracciones penales. Por una parte, están los delitos leves que, según lo estipulado en el art 14 LECrim, serán llevados por el Juzgado de Paz, si se trata de los arts. 620, 626, 630, 632 y 633 CP y por el Juzgado de Instrucción, que conocerá de los restantes, salvo que la competencia le corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer. El otro gran grupo de infracciones penales que diferencia el CP son los delitos graves para cuya instrucción serán competentes, como su nombre indica, los Juzgados de Instrucción. En lo que respecta a los Juzgados de lo Penal, son órganos de enjuiciamiento y es por ello por lo que conocen de la fase de juicio oral de los delitos en los que la pena privativa de libertad no sea superior a 5 años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, siempre que la duración de estas no sea superior a 10 años. Por su parte, la Audiencia Provincial conocerá de las causas por delitos con sanciones de privación de libertad superior a 5 años o no privativa superior a 10 años (art 14.4 LECrim).

---

<sup>70</sup> AGUSTÍN-JESUS PEREZ-CRUZ MARTÍN et. al., cit., p. 64.

<sup>71</sup> GIMENO SENDRA, V., cit., p. 106.

El segundo de estos criterios atiende a un criterio cualitativo, también denominado por razón de la materia, y viene regulado en la LOPJ, que nos especificará dependiendo del órgano que se trate de que infracciones puede conocer, es decir, partiendo de que materia se trate la LO nos dice cuál es el órgano que puede conocer del asunto. El art. 65 LOPJ nos da un catálogo de delitos previstos para los que será competente la Audiencia Nacional, mientras que los delitos previstos en el art. 1.2 los conocerá el Tribunal del Jurado. En el caso de los Juzgados de Instrucción sus competencias se encuentran reguladas en el art. 87 LOPJ, a estos les corresponde la instrucción de las causas penales que juzgan los Juzgados de lo Penal, las AP o el Tribunal del Jurado. Los Juzgados de lo Penal se crearon por la exigencia constitucional de distinguir entre un juzgado que instruye la causa y otro que dicte la sentencia<sup>72</sup>. Sus competencias se encuentran reguladas en el art. 89 LOPJ. La Audiencia Provincial, por su parte, es un órgano colegiado y sus competencias se encuentran en el art. 82 LOPJ.

El tercero de estos criterios se basa en los aforamientos. Es una regla de excepción a la aplicación general de la competencia objetiva sobre la base de la gravedad del delito. Viene constituida por los supuestos legales de aforamiento de determinadas personalidades a determinados órganos judiciales, criterio que resulta preferente sobre los demás<sup>73</sup>. No entraremos en el fondo de esta cuestión por no ser de aplicación ni de relevancia para el caso que nos ocupa.

Por lo tanto, en el presente caso nos encontramos con delito superior a 5 años de pena de prisión, por lo que el competente para su instrucción será el Juzgado de Instrucción de Santiago de Compostela y el competente para dictar sentencia será la Audiencia Provincial de A Coruña (art. 82 LOPJ y 14.4 LECrim).

### 3. COMPETENCIA FUNCIONAL

La competencia funcional se refiere a los criterios legales de atribución del conocimiento del objeto procesal en atención a las distintas fases que integran el procedimiento penal: la fase declarativa, la de impugnación y la de ejecución<sup>74</sup>.

La fase declarativa, en el proceso penal a su vez se divide en tres fases que son: la instructora, la intermedia y la del juicio oral<sup>75</sup>. La fase de instrucción le corresponde, como hemos mencionado anteriormente, al Juzgado de Instrucción. Con respecto a la fase intermedia, que se basa en decidir si se da o no la apertura al juicio, le corresponderá a uno u a otro órgano dependiendo de si se trata de un procedimiento abreviado o uno ordinario. El primero de estos, el procedimiento abreviado, regulado en el art. 757 LECrim, es un mecanismo que agiliza los procesos penales de enjuiciamiento y que se aplica cuando la pena no supera los 9 años de prisión o en otras de diferente índole sin importancia de su duración. Por su parte, el proceso ordinario está reservado para los delitos más graves, sancionados con penas de prisión de 9 o más años. Así, si se trata de un procedimiento abreviado, le corresponderá la competencia a los Juzgados de Instrucción, pero si se trata de un procedimiento ordinario, a la Audiencia Provincial. Por último, en lo que respecta a la fase del juicio oral, es competencia de los Juzgados de Instrucción en el caso de delitos leves, Juzgados de lo penal, Audiencia Provincial y Audiencia Nacional serán competentes para el resto de los delitos que, hemos explicado anteriormente, esta cuestión se regula en el art. 14.4 LECrim<sup>76</sup>. En el presente caso nos encontramos con un delito que lleva aparejada una pena de prisión que no supera los 9 años, por lo tanto, podría seguirse el

---

<sup>72</sup> AGUSTÍN-JESUS PEREZ-CRUZ MARTÍN et. Al., cit., p. 70.

<sup>73</sup> GIMENO SENDRA, V. cit., pp. 110-116. Revisa esto en las citas. Si son más de una página se pone pp.

<sup>74</sup> GIMENO SENDRA, V. cit., p. 110.

<sup>75</sup> GIMENO SENDRA, V. cit., p. 117.

<sup>76</sup> GIMENO SENDRA, V. cit., p. 117.

procedimiento abreviado y le corresponderá al Juzgado de Instrucción decidir si se da la apertura o no del juicio.

Durante la fase de impugnación se determinan los órganos competentes para conocer de los distintos tipos de impugnación admisibles, según la LOPJ y la LECrim. Los medios de impugnación son los recursos, mediante los que, quien es parte en el proceso, pretende un nuevo examen de las cuestiones fácticas o jurídicas que son resueltas en una resolución no firme, debido a que dicha resolución le resulta perjudicial<sup>77</sup>. No entraremos en el estudio de cada uno de estos recursos, puesto que no resultan de aplicación para este caso en concreto.

En lo referente a la última fase, la de ejecución, como regla general, la competencia funcional para conocer del proceso corresponde al órgano jurisdiccional que haya dictado la sentencia en primera o en única instancia. Existe una excepción a esta regla general que es la ejecución de las sentencias dictadas por los Jueces de Instrucción y el reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas por Estados europeos. Sin embargo, no entraremos en el fondo de esta excepción, ya que no resulta de aplicación para el caso que nos atañe.

#### 4. COMPETENCIA TERRITORIAL

En el orden jurisdiccional penal, el criterio de atribución para determinar el órgano competente territorialmente es el *forum comissi delicti*, esto significa, el lugar de la comisión del delito. Este es el fuero preferente, ya que así lo establece el art 14 LECrim, que atribuye a al Juez de Instrucción del partido judicial en que se hubiera cometido el delito, la instrucción de la causa, y a los Juzgados de lo Penal y a las AP de la circunscripción donde el delito fue cometido, el conocimiento y fallo de las causas del delito<sup>78</sup>. En los casos de los órganos jurisdiccionales penales que tengan competencia en todo el territorio nacional este criterio no es de aplicación, según el art. 14.2 LECrim.

Por lo tanto, el fuero común es el del lugar de la comisión del delito, entendiéndose por este, el del resultado de la acción delictuosa. Para determinar ese lugar, la teoría asumida es la de la consumación del delito, teoría que tiene su fundamento en el art. 23 LOPJ y 14.2 LECrim. En este sentido, el TS<sup>79</sup> interpretó, en relación con el principio de ubicuidad, que “el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales será en principio competente para la instrucción de la causa”.

En aquellos casos en los que no se tenga constancia de dicho lugar se aplicarán una serie de fueros subsidiarios que tiene carácter provisional. El primero de ellos se encuentra regulado en el art. 15 LECrim, que nos dice que, cuando no conste el lugar en que se cometió el hecho delictivo, se aplicaran los fueros subsidiarios que en ese precepto se regulan y en ese mismo orden: lugar donde se hayan encontrado pruebas materiales del delito, lugar donde se halla detenido al presunto culpable, lugar de residencia del presunto culpable y el lugar en donde se hubieran tenido noticias primero del delito. Sin embargo, la competencia territorial subsidiaria es provisional y, cuando conste el lugar de la comisión del delito, el juzgado que esté conociendo deberá remitir las actuaciones al competente, tal y como estipula el apartado 3 del mismo precepto.

Existe otro fuero denominado fuero específico, que fue añadido por la Ley de Violencia de Género (en adelante LVG) art 15 bis LECrim, adicionado por el art 59 de la LVG, que hace referencia al domicilio de la víctima, sin perjuicio de órdenes de protección a la víctima o de

<sup>77</sup> GIMENO SENDRA, V. cit., p. 119.

<sup>78</sup> GIMENO SENDRA, V., cit., p. 123.

<sup>79</sup> Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 3 de febrero de 2005.

medidas urgentes que el juez puede acordar de considerarlas pertinentes. Sin embargo, en este caso, este fuero específico tampoco sería de aplicación puesto que no estamos ante un delito de violencia de género.

Pues bien, partiendo de lo estipulado en el supuesto de hecho, queda claro que les corresponderá a los tribunales españoles conocer del asunto, ya que se cumplen los tres límites explicados. En primer lugar, el delito puede ser juzgado en España porque se trata de una acción tipificada en el CP, ya que es un delito de trata de seres humanos, recogido en el art. 177 bis CP; y además los hechos ocurren en territorio nacional, ya que, pese a que el delito se inició en territorio extranjero, puesto que es en Nicaragua, donde Alejandra es captada y engañada para que acepte la oferta laboral, la mera finalidad de explotación de la víctima es en España y este elemento es bastante para entender que el delito fue cometido en nuestro país.

Respecto a la competencia, corresponde a los Juzgados de Instrucción la instrucción de todos los procesos seguidos por el delito de trata, incluso de aquellos cometidos contra quien sea o haya sido la esposa o mujer que este o haya estado ligado al autor por análoga relación de afectividad. El delito de trata no puede considerarse incluido en el catálogo de los delitos contenidos en el art 14.5 de la LECrim, ya que el delito del art. 177 bis supera con creces el ámbito de los delitos atribuidos por Ley a los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer. La explotación de la persona a que está dirigida la conducta del delito de trata nada tiene que ver con la relación interpersonal característica de una pareja, sino más bien con una relación comercial en que el tratante se convierte en el dueño o en el que domina la relación y la víctima es una “mercancía” a disposición de este, cuestión que no es equiparable con la violencia de género ni, aunque el tratante y la víctima fuesen pareja. Es importante destacar, pese a que no concurre en el caso, la existencia de una figura muy común en esta época, los “loverboys”, son un tipo especial de captadores, que seducen a mujeres simulando una relación sentimental, incluso llegando a contraer matrimonio con ellas, todo esto con el fin de trasladarlas a otro lugar bajo promesas falsas de vida en común para así poder explotarlas. Pues bien, esta figura se encuadra bajo el delito de trata, correspondiendo la competencia para su investigación al Juzgado de Instrucción y no al Juzgado de Violencia Sobre la Mujer, ya que no cabe hablar de una verdadera relación de pareja, sino de una relación de engaño, sometimiento y explotación comercial sobre la víctima<sup>80</sup>.

En la inmensa mayoría de los casos de delitos de trata existe un componente transnacional, sin embargo, no es suficiente para atribuir la competencia para su instrucción a los Juzgados Centrales de Instrucción. Estos solo serán competentes para conocer de los delitos de trata fuera del territorio español, tal y como estipula el art. 23.4 LOPJ, en sus apartados d) y m)<sup>81</sup>. En este sentido se posiciona el TS<sup>82</sup> en un caso de trata transnacional en el que le atribuye la competencia al Juzgado de Instrucción de Tarragona, al ser en ese territorio donde se habían venido investigando los hechos y practicando las diligencias desde hacía más de un año. El TS argumenta a su vez que “la jurisdicción viene atribuida en este caso a los Tribunales españoles no por la vía del art 23.4 LOPJ, sino por la vía del art. 23.1 LOPJ, porque el delito podía y debía entenderse cometido en España, ya que la referencia territorial que se contiene en el tipo básico del art 177 bis CP supone que el delito de trata puede ser cometido tanto en territorio español, como desde España, en tránsito o con destino a ella, considerándose que la mera finalidad de explotación de la víctima en España como elemento bastante para entender cometido el delito en nuestro país”.

---

<sup>80</sup> MARTINEZ DE CAREAGA GARCIA et. Al., *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos*. 1ª ed. Madrid, 2018, pp. 138-139.

<sup>81</sup> MARTINEZ DE CAREAGA GARCIA et. al., cit., p. 141.

<sup>82</sup> STS 1922/2017, de 27 septiembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:9208A).

Por todo ello podemos concluir que, en el presente caso la competencia jurisdiccional para instruir la causa le corresponde al Juzgado de Instrucción de Santiago de Compostela, puesto que es el lugar de la comisión del delito, pese a que la víctima fue captada en Nicaragua siendo este un elemento transnacional, el lugar donde efectivamente se realizó la conducta de trata fue en España. A su vez la competencia para conocer del asunto le corresponderá a la Audiencia Provincial de A Coruña.

## VI. MEDIOS DE PRUEBA

Partiendo de lo estipulado en el caso, Alejandra le entrega a la policía unas grabaciones que realiza mientras estaba siendo víctima de “explotación laboral” por parte de la autora. Estas grabaciones habían sido obtenidas por la víctima con el objetivo de tener algún medio de prueba de toda la situación vivida desde que llegó a territorio nacional. Para poder concluir si esto es un medio de prueba válido, vamos a analizar primero cuáles son los medios de prueba admitidos por el ordenamiento jurídico español, para posteriormente encuadrar las grabaciones en uno de ellos y poder concluir si constituye un medio válido o no.

En primer lugar, antes de ver qué medios de prueba son admitidos, es necesario definir qué es la prueba. La prueba es la actividad procesal que tiene como objeto conseguir la convicción del juzgador sobre la realidad de los hechos en que se fundamentan las pretensiones de las partes a las que aquel debe dar una respuesta fundada en derecho<sup>83</sup>.

En lo que respecta a los medios de prueba, la LECrim enumera los siguientes a lo largo de sus preceptos: la declaración del acusado, la prueba testifical, el careo, la prueba pericial, la prueba documental y la inspección ocular. Siendo importante mencionar, aunque no concurre en el presente caso, la “prueba por indicios”<sup>84</sup>.

En el presente caso, las grabaciones que Alejandra entrega a la policía tienen la consideración de prueba documental. Esto es así porque, tal y como pone de manifiesto la jurisprudencia del TS<sup>85</sup>, la prueba documental incluye no solo documentos escritos, sino también cualquier otra cosa que aunque no lo sea se pueda asimilar “por ejemplo, un diskette, un documento de ordenador, un vídeo, una película, etc., en el sentido en que la palabra documento figura en algunos diccionarios como “cualquier cosa que sirve para ilustrar o comprobar algo” [...] siempre que el llamado “documento” tenga un soporte material, que es lo que sin duda exige la norma penal”. En la actualidad, dicha fórmula jurisprudencial tiene adecuada correspondencia en la norma contenida en el artículo 26 CP y que según el Tribunal Superior de Justicia de Bilbao<sup>86</sup> “a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”.

En definitiva, la naturaleza documental de las películas filmadas ha sido resaltada por la jurisprudencia, que considera como documento “toda representación de hechos o datos que se

---

<sup>83</sup> ROMAN PUERTA, L., La prueba en el proceso penal. *Aldaba: revista del centro asociado a la UNED de melilla*. 1995 (24), p. 47.

<sup>84</sup> STC 107/1989 de 8 de junio de 1989, FJ 2 (ECLI: ES:TC:1989:107): “el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, entendida como aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos que no son los integrantes de la figura delictiva enjuiciada, pero de los que puede inferirse lógicamente la participación de los procesados en la conducta tipificada como delito. Para ello es necesario, sin embargo, que los indicios estén plenamente probados, no pudiendo tratarse de meras sospechas, y que el órgano judicial haga explícito el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, haya llegado a la conclusión de que los acusados realizaron la conducta delictiva”.

<sup>85</sup> STS 5861/1996 de 26 de octubre de 1996, FD 1 (ECLI:ES:TS:1996:5861).

<sup>86</sup> STSJ 2441/2013 de 9 de abril de 2013, FD 3 (ECLI:ES:TSJVP:2013:2441).

hayan recogido por escrito o, según avances técnicos recientes, en soportes materiales informáticos”<sup>87</sup>. Es por ello por lo que, el documento a efectos penales es el resultado de combinar un soporte material y datos, hechos o narraciones. El concepto penal de documento debe presentar las siguientes características. En primer término, el documento debe constar en un soporte indeleble, cuestión que se presenta en la grabación entregada por Alejandra, puesto que es un vídeo y este es inextinguible, inalterable y perdurable. En segundo término, debe proceder de una persona, es decir, ese contenido tiene que resultar atribuible a una persona, siendo indiferente si se trata de una manifestación de voluntad o de una declaración de conocimiento. En el presente caso procede de una persona y lo contenido en el mismo es atribuible a la autora de los hechos. La tercera característica es que el contenido de la declaración sea comprensible de acuerdo con los usos sociales, es decir, debe ser significativa en sí misma. En este caso, el simple hecho de observar y escuchar lo que en los videos se contiene es significativo en sí mismo de los insultos, vejaciones y malos tratos que sufrió Alejandra mientras fue víctima de trata. La cuarta característica es que se requiere su entrada en el tráfico jurídico. Si el documento no puede ser introducido porque por ejemplo esté encriptado o no significa nada, no estaremos ante un documento en el sentido de la protección jurídico penal. Así, si por ejemplo el video de Alejandra tuviera un fallo informático y no se pudiese reproducir o el mismo no significase prueba de ningún hecho, este no podría considerarse como documento, debido a su carencia de significado. Por último, el documento es válido si es original. En el presente caso, Alejandra entrega los videos que han sido grabados con su propio teléfono móvil, por lo tanto, no es una copia lo que entrega, sino el original. Este último punto es en la actualidad cada vez más relativo puesto que, por ejemplo, la copia de una demanda es considerada como documento por el art. 525 LECrim. La práctica forense cada vez admite en mayor medida las copias como documentos válidos, salvo en casos en que se requiera expresamente el cotejo como estipula el art 597 LECrim<sup>88</sup>. La grabación y su transcripción han sido tenidas por la doctrina jurisprudencial como documento en sentido amplio, en cuanto a la primera porque es una imagen fiel en cuanto a las señales expresivas de un determinado significado y la segunda por ser el traslado al papel del resultado de la audición de la cinta<sup>89</sup>.

Por tanto, como hemos visto, la filmación o videograbación de imágenes que reflejen o puedan reflejar hechos de naturaleza penal tienen carácter de prueba en el proceso. Por este motivo, la grabación de vídeo entregada por Alejandra será un medio de prueba válido y de carácter documental. Ahora bien, a lo largo del tiempo ha sido objeto de cuestionamiento el aceptar este medio de pruebas en el proceso ya que, por un lado, se puede vulnerar el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, reconocido en el art. 18 CE, y, por otro, el derecho a la tutela judicial efectiva, al derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías, regulados en los art. 9.3 y 24 CE.

En lo que respecta al derecho a la intimidad, el TC<sup>90</sup> se ha pronunciado estableciendo que “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, es necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”. Este Tribunal también afirma en otra sentencia que “el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos”<sup>91</sup>. Por lo tanto, siempre y cuando se respete este derecho a la hora de obtener las imágenes y que las mismas tengan los componentes

---

<sup>87</sup> STS 6015/1995 de 27 de noviembre de 1995, FD 1 (ECLI:ES:TS:1995:6015).

<sup>88</sup> RIVES SEVA, A.P., *La prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*. 5ª edición. Navarra: Aranzadi. 2011. ISBN: 849903036X. pp. 990-992.

<sup>89</sup> RIVES SEVA, A.P., cit., p. 1004.

<sup>90</sup> STC 231/1988 de 2 de diciembre de 1988, FJ 3 (ECLI:ES:TC:1988:231).

<sup>91</sup> STC 142/1993 de 22 de abril de 1993, FJ 7 (ECLI:ES:TC:1993:142).



explicados anteriormente, la grabación tendrá carácter de prueba en el proceso. Otra de las cuestiones que causa dudas respecto a su valor probatorio es el hecho de que pudieran ser manipuladas. A esta cuestión da respuesta el TC<sup>92</sup> cuando afirma que “una cosa es que, para evitar la proliferación de pruebas artificiosamente conseguidas, se recomiende proceder con suma cautela a la hora de admitir como tales las manifestaciones contenidas en uno de estos soportes y otra bien distinta es que deba negárseles radicalmente toda eficacia probatoria”. A la luz de la jurisprudencia, podemos afirmar que, la intimidad de la acusada no se ha visto afectada, ya que las grabaciones no giran en torno al núcleo central de la personalidad de Raquel, sino entorno a una relación laboral. A su vez, respecto al hecho de que las grabaciones pudieran ser manipuladas, estas deben ser analizadas por los órganos destinados para ello, pero de primeras no se puede considerar como nula o negarse su admisión o eficacia probatoria por la presunta duda de su posible manipulación.

Ahora bien, las grabaciones realizadas con un teléfono móvil cada vez son más comunes por los avances de las nuevas tecnologías. En el ámbito jurídico no hay ninguna dificultad para admitirlas, pues en definitiva no deja de ser una constancia documental de lo que el particular, es decir, la persona que grabó presenció, siendo testigo o víctima, según sea el caso, teniendo esto un plus de garantía, puesto que lo que presenció quedó plasmado en un soporte documental<sup>93</sup>.

Es fundamental, llegados a este punto, destacar ciertas cuestiones en las que la grabación puede suponer una vulneración de los derechos fundamentales del otro. Como punto de partida, el TC<sup>94</sup> establece que quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 CE. Por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado. Continúa diciendo que quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite “captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 de la Constitución”. Es decir, quien grabe ya sea en audio o en video una conversación ajena en la que no participe incurre en la violación del derecho mencionado, sin embargo, si en dicha conversación el particular participa no. En este sentido se pronuncia la AP de Burgos<sup>95</sup>, estipulando que:

La grabación de una conversación que tiene lugar entre dos personas y que uno de los intervinientes desea conservar para tener constancia fidedigna de lo tratado entre ambos, no supone una invasión de la intimidad o espacio reservado de la persona ya que el que resulta grabado ha accedido voluntariamente a tener ese contacto y es tributario y responsable de las expresiones utilizadas y del contenido de la conversación, que bien se puede grabar magnetofónicamente o dejar constancia de su contenido por cualquier otro método escrito.

A su vez, en el caso de grabaciones en el puesto de trabajo, el TS<sup>96</sup> indica que la conducta de la empleada que era víctima de hostigamiento no supuso una intromisión ilegítima en la intimidad

---

<sup>92</sup> STC 190/1992 de 1 de noviembre de 1992, FJ 3 (ECLI:ES:TC:1992:190).

<sup>93</sup> SUAREZ-QUIÑONES Y FERNANDEZ, J., Las video-grabaciones como prueba en el proceso penal. *Boletín del Ministerio de Justicia*. 2006, 60 (2024). ISSN-e :0211-4267. p. 20.

<sup>94</sup> STC 114/1984 de 29 de noviembre de 1984, FJ 7 (ECLI:ES:TC:1984:114). “Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado”.

<sup>95</sup> SAP de Burgos 870/2020 de 10 de octubre de 2020, FD 2 (ECLI:ES:APBU:2020:870).

<sup>96</sup> STS 5215/2014 de 20 de noviembre de 2014, FD 3 y 4 (ECLI:ES:TS:2014:5215).

personal del apoderado, ya que en la grabación realizada por la trabajadora con su teléfono móvil no había nada que pudiera considerarse como concerniente a su vida íntima o intimidad personal. Agrega el TS que la existencia de una previa situación de conflicto entre las partes añade además una nota de razonabilidad a la conducta de la demandada.

Podemos concluir que la prueba entregada por Alejandra es válida. En primer lugar, porque se trata de un soporte indeleble, procede de una persona, es significativa en sí misma, tiene validez de entrada en el tráfico jurídico y es original, pese a que, como destacamos anteriormente, también se admiten las copias. Por otro lado, es una conversación entre dos personas y quien efectuó la grabación participaba en esta, por lo que no se puede considerar una intromisión a la privacidad. Los intervinientes en una conversación son responsables de las expresiones utilizadas, así que no supone una intromisión que se grabe dicha conversación y que posteriormente esta sea aportada como prueba en el proceso. Por último, pese a esta ser grabada en un ámbito privado, no compromete en ningún momento la vida privada de Raquel, por lo que no se ve vulnerado el art 18 CE. Hay que tener en cuenta que Alejandra solo grabo las conversaciones que versaban sobre su relación laboral, es decir, los malos tratos y las amenazas que le hacía y no cuestiones que se consideren de la esfera personal y privada de Raquel.

## VII. LOS TESTIGOS PROTEGIDOS

Por lo general, cuando pensamos en testigos, pensamos en aquel tercero que es ajeno al proceso y que es llamado a este para que dé una declaración acerca de lo que conoce sobre el hecho delictivo. Sin embargo, existen casos en los que quien resulta víctima del hecho delictivo es quien comparece como testigo, siendo claro que no podemos considerar al ofendido por el delito como un tercero ajeno al proceso. Así, en el presente caso, Alejandra comparece como testigo en el proceso, además de ser la víctima del hecho delictivo.

Es importante destacar que una persona que ha sufrido daños por otra, como es el caso, tiene cierta vulnerabilidad que quizás un tercero ajeno al proceso no tenga. La actuación en el proceso como testigo, debido a los principios de publicidad y contradicción, se puede volver uno de los momentos más estresantes para la víctima<sup>97</sup>. Todo proceso penal debe tener en cuenta los derechos de las víctimas y debe evitar -o al menos intentar- que la colaboración de estas con la Justicia se convierta en una fuente de nuevas victimizaciones. Es por ello por lo que, las víctimas, aunque comparezcan como testigos en el proceso, serán objeto de especial protección. Los programas de protección de testigos constituyen uno de los modos en los que, poco a poco, se ha ido adaptando el proceso penal a las necesidades de aquellas personas que comparecen en calidad de testigo siendo a la vez víctima del hecho punible<sup>98</sup>.

Por su parte, siguiendo la misma línea, el Consejo de Europa en su Recomendación R 13, de 10 de septiembre, del Comité de Ministros concerniente a la intimidación de testigos y los derechos de la defensa, deja constancia de que se debe promover la cooperación de la víctima y que esta debe testificar en el proceso, evitando las molestias que le puede ocasionar su relación con la justicia.

A su vez, debemos mencionar también la Directiva 2011/36/UE, que en su art. 12.3 estipula que “los Estados miembros se asegurarán de que las víctimas de la trata de seres humanos reciban protección apropiada [...] si procede, a programas de protección de testigos u otras medidas similares”. Esta Directiva, en su artículo 14.1, estipula que los hijos de las víctimas deben recibir

---

<sup>97</sup> FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*. Madrid: La Ley-Actualidad S.A. 1ª ed., 2005. p. 335.

<sup>98</sup> GIMENO SENDRA, V., cit., p. 350.

asistencia y apoyo, así como también se les debe facilitar el acceso a la educación, lo cual es de aplicación al presente caso.

Uno de los elementos más importantes por los que nacen estas medidas es la protección de la persona frente a amenazas y actos hostiles por parte del imputado o su entorno, así como la salvaguarda de su integridad, mediante la ocultación de datos a medios de comunicación y mediante la búsqueda de medios para evitar la confrontación entre imputado y víctima. El problema que nace por la implementación de estas medidas es que se puede considerar que se vulneran los derechos del imputado. Adoptando medidas de protección de la víctima como la ocultación de sus datos e incluso de su personase puede derivar “en una limitación del derecho de defensa, de contradicción y del derecho a conocer la acusación que contra él se realiza, derivados de la presunción de inocencia constitucional”<sup>99</sup>. Es por ello por lo que la clave de estas regulaciones de protección de testigos está en proteger adecuadamente a la víctima, sin dañar los derechos del imputado<sup>100</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico tenemos la Ley Orgánica 19/1994 de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales (en adelante LOPTP), que precisamente incluye entre sus objetivos declarados el equilibrio entre las garantías procesales que conforman el derecho a un juicio justo del acusado con los derechos del testigo. La propia ley nos dice que su intención es crear las condiciones necesarias para que se asegure una mayor colaboración de los testigos y peritos en el proceso penal, mediante la reducción del temor a sufrir represalias por parte del imputado o su entorno.

La LOPTP otorga un régimen jurídico especial a aquellos testigos que pueden verse expuestos a coacciones o amenazas por su participación en el proceso. Es por ello por lo que se considera para salvaguardar su integridad física y moral un estatuto de “testigo protegido”. Este estatuto de testigo protegido se le debe otorgar a la persona cuando el juez “aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse a ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos”<sup>101</sup>. De conformidad con ello, se le aplicará a quien intervenga en el proceso penal en calidad de testigo o perito. Esta Ley se aplica no solo con respecto al tercero que no es parte en el proceso, sino también, partiendo del concepto penal de testigo, debe aplicarse en relación con la víctima.

Este sería el régimen que resulta de aplicación a Alejandra, ya que además de ser víctima es testigo en el proceso. Hay que tomar en consideración el hecho de que Alejandra no cuenta con una red de apoyo social, ni familiar ni económica, ni tiene los medios necesarios para protegerse por sí misma, siendo este el motivo por el cual se le podría aplicar el estatuto de “testigo protegido”. En el presente supuesto, Alejandra tiene un hijo menor a su cargo, quien también podría ser beneficiario de la consideración de testigo protegido, ya que depende completamente de su madre<sup>102</sup>.

Las decisiones referentes a la protección de testigos pueden acordarse en cualquier momento del proceso y podrán ser recurridas por la parte que se sienta perjudicada por su adopción. La decisión de la adopción de las medidas deberá ser renovada en el juicio oral, donde el órgano competente deba pronunciarse sobre el mantenimiento o levantamiento de estas<sup>103</sup>. La adopción

---

<sup>99</sup> FERREIRO BAAMONDE, X., cit., p. 339.

<sup>100</sup> FERREIRO BAAMONDE, X., cit., p. 340.

<sup>101</sup> LO 19/1994 de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales. Art. 1.

<sup>102</sup> No solo los testigos, sino también sus familiares y los peritos pueden tener la condición de “testigos protegidos” (GIMENO SENDRA, V., cit., p. 350).

<sup>103</sup> FERREIRO BAAMONDE, X., cit., p. 343.

de estas medidas debe hacerse de un modo excepcional y no con generalidad<sup>104</sup>. El Juez de Instrucción es el competente para adoptarlas, atendiendo a la existencia de peligro grave y al grado de este. Será también el Juez de Instrucción quien, de forma discrecional, en el sentido de que es a él a quien le corresponde apreciar y graduar el riesgo o peligro, ponderando los bienes jurídicos en conflicto y las circunstancias concretas, determine cuáles son las medidas concretas que deben ser adaptadas en cada caso<sup>105</sup>.

Como vemos, el requisito fundamental para que se puedan adoptar estas medidas es la existencia de un peligro grave para la persona o bienes del sujeto a proteger. Ferreiro Baamonde establece que “en los supuestos donde ha existido una relación más o menos intensa entre víctima y victimario las decisiones tendentes a evitar el descubrimiento por parte del acusado de la identidad de la víctima resultarían inútiles, por cuanto es de sobra conocido para el primero de quien viene la acusación”<sup>106</sup>. En estos casos resultaría útil la aplicación de las previsiones contenidas en el art. 3.2 LOPTP sobre la protección policial a testigos, medidas de aseguramiento cuando la víctima tenga que intervenir en las diligencias, e incluso cambio de identidad, domicilio y trabajo, para poder rehacer su vida. En el presente supuesto, Alejandra mantuvo una relación intensa con Raquel. La acusada conoce de quien proviene la demanda, sin embargo, personas cercanas a Raquel no y proteger la identidad de Alejandra puede resultar lo más beneficioso.

El artículo 2 de la LOPTP autoriza al Juez a tomar durante la instrucción las decisiones de eliminar los datos personales de los testigos de las diligencias, de modo que no se pueda identificar a los mismos, utilizándose en su lugar claves o un número. Puede, a su vez, ordenar que las citaciones y notificaciones se realicen, no al domicilio del testigo, sino a la sede del propio Juzgado, de modo que posteriormente, este las haga llegar de forma reservada a la persona protegida. Una gran parte de las medidas que la Ley ofrece van dirigidas a ocultar la identidad de la víctima o perito y dificultar la identificación por parte del imputado y su entorno. Establece Ferreiro Baamonde<sup>107</sup> que, una de las cuestiones que la Ley deja sin resolver es “qué personas habrán de conocer la identidad del testigo protegido, de cara a hacer efectivas las medidas que se decidan”.

El problema que se suscita del testimonio de los testigos protegidos, como mencionamos anteriormente, es el conflicto, de un lado, entre su derecho a la vida e integridad física establecido en el art. 15 CE y, de otro, el de la sociedad o la prensa a transmitir información veraz cuestión regulada en el art 20.1.d CE y, sobre todo, el derecho de la prensa a un juicio público y a interrogar a los testigos. De todos estos derechos fundamentales, el que tiene un cuidado especial, o el que, dicho en otras palabras, prevalece sobre el resto es el primero, debido a su carácter absoluto y a el deber de los poderes públicos de preservarlo. Siendo este el motivo por el que los otros dos se pueden restringir en base a la protección de la vida e integridad física del testigo<sup>108</sup>.

Por otra parte, este estatuto no los convierte obligatoriamente en testigos anónimos cuando presten declaración testifical, en calidad de prueba, puesto que, si alguna de las partes solicita conocer la identidad del testigo protegido, el Juez o Tribunal que conozca la causa deberá facilitar la identidad de este, respetando en todo momento las restantes garantías contempladas en la LOPTP, luego de haber realizado una previa ponderación de los bienes constitucionalmente protegidos (art. 4). Debe haber una motivación en la solicitud de desvelamiento de la identidad del testigo o perito, y tal motivación debe ser suficiente para el

---

<sup>104</sup> FERREIRO BAAMONDE, X., cit., p. 342.

<sup>105</sup> FERREIRO BAAMONDE, X., cit., p. 342.

<sup>106</sup> FERREIRO BAAMONDE, X., cit., p. 351.

<sup>107</sup> FERREIRO BAAMONDE, X., cit., p. 345.

<sup>108</sup> GIMENO SENDRA, V., cit., p. 351.

desvelamiento, en cuanto no sea irrazonable y exponga las razones por las cuales el mantenimiento de la medida es perjudicial para quien lo solicita<sup>109</sup>. La posibilidad de testimonios anónimos ha sido denegada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por el TC y por el TS español, basándose en que la ocultación de la identidad del testigo daña de modo irreversible el derecho de conocer la acusación<sup>110</sup>. A este respecto, sostiene el TEDH que el acusado debe “conocer la identidad de quien le acusa de modo que pueda cuestionar su fiabilidad y credibilidad”<sup>111</sup>. En la misma postura, el Tribunal Europeo defiende que “si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, hostil...”<sup>112</sup>. Como podemos observar, la LO respeta los derechos a un juicio público y de defensa o a interrogar a los testigos.

Llegados a este punto, debemos hacer especial mención también a la Ley 41/2015 de 24 de abril, el Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante LEVID), que en su art. 5.1.d recoge el derecho de la víctima a solicitar medidas de protección. Estas medidas, contempladas en los artículos 19, 20, 21, 22 y 25 de la LEVID, pueden ir desde el derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor, el derecho a la protección de la intimidad o el derecho a la protección de la víctima durante la investigación penal, lo que puede conllevar alejamientos, prohibiciones de comunicación e incluso la privación de libertad de los presuntos autores sometidos a investigación. Todas estas medidas de protección, necesarias durante la fase de investigación y de enjuiciamiento, podrían aplicarse a Alejandra y su hijo, ya que el art. 23.2. b.5º LEVID que establece su aplicación a las víctimas de trata de seres humanos y esto se puede extender a sus familiares.

Es habitual que concurra en las víctimas de trata, como Alejandra, un triple desarraigo: están desprotegidas familiar y socialmente, careciendo de una red en la que apoyarse; están desprotegidas culturalmente, porque habitualmente desconocen el idioma – aunque en este caso esto no concurre- y las convenciones sociales del lugar donde han sido llevadas; y además están desprotegidas materialmente, ya que no tienen recursos, ni saben cómo obtenerlos<sup>113</sup>. Por lo tanto, podemos concluir, que en el presente caso sí que resulta razonable adoptar las medidas contempladas en el art 2 apartado a, b y c de la LOPTP, es decir, es posible que Alejandra comparezca utilizando procedimientos que imposibiliten su identificación y que en las diligencias no consten ni sus datos personales ni su domicilio ni cualquier otro dato que pudiera hacer que la identificaran.

## VIII. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

En este capítulo analizaremos la posibilidad que tiene José, ex pareja de Alejandra, de reclamar la paternidad de su hijo, Juan. Este no tenía conocimiento de que Alejandra estaba embarazada y por consiguiente tampoco del nacimiento, pero, cuando se entera, quiere ejercer sus derechos como padre.

Antes de entrar a estudiar si es posible la reclamación de la filiación o no, nos adentraremos a analizar qué es la filiación, cuál es la ley aplicable en esta cuestión, teniendo en cuenta que nos

---

<sup>109</sup> FERREIRO BAAMONDE, X., cit., p. 344.

<sup>110</sup> FERREIRO BAAMONDE, X., cit., p. 346.

<sup>111</sup> STEDH de 15 de diciembre de 2011. Caso Al-Khawaja y Tahery vs. Reino Unido.

<sup>112</sup> STEDH de 20 de noviembre de 1989. Caso Koslovski vs Holanda.

<sup>113</sup> HERNÁNDEZ RUEDA, M.ª D., La posición de las víctimas en el delito TSH en el proceso penal. Curso del delito de trata de seres humanos: El derecho y la esclavitud del S.XXI del CGPJ. *Cuadernos digitales de formación*. 2017, (56). pp.17-18.

encontramos con un elemento extranjero, y si los tribunales españoles tienen competencia en el asunto, para poder dar respuesta a si es posible que se establezca la filiación.

Pues bien, la filiación es el vínculo que existe entre un padre y su hijo, o una madre y su hijo. Este vínculo tiene una dimensión biológica, que es la más nuclear, puesto que es la relación que existe entre generantes (los padres) y generados (el hijo), lo que se puede traducir en la procedencia biológica de una persona con respecto a sus progenitores<sup>114</sup>. Por su parte, Díaz Picazo considera que “se denomina filiación, tanto a la condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otra o a otras por progenitores suyos como a la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno solo”<sup>115</sup>.

Una vez definida la filiación, debemos atender a su regulación en el ámbito del Derecho Internacional Privado, que es el que nos interesa en el presente trabajo. Esto tiene sus dificultades, ya que pueden existir hasta tres partes implicadas, aportando al menos una de ellas un elemento de extranjería, y, por otra parte, porque el establecimiento de la filiación y los efectos que esta produce dependerán del Ordenamiento Jurídico que sea de aplicación<sup>116</sup>. En este caso, el padre del menor es nacional y residente de Nicaragua, por lo tanto, tenemos que analizar cuál sería el mecanismo para establecer la filiación.

La primera vez que se introdujo en nuestro Ordenamiento Jurídico una norma que regulase específicamente la filiación en el ámbito internacional fue por la reforma operada en el Título Preliminar del CC por el Decreto 1838/1974 de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil, agregando el artículo 9.2 del CC. Este se refería únicamente a la filiación natural ya constituida, dejando a un lado el establecimiento de la misma, ya que esta se debía regular por la ley nacional, sin especificar si sería la del hijo, de la madre o el padre. Posterior a ello, producto de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, se modifica dicho artículo 9 del CC y en su apartado 4 se trata de cubrir las lagunas que presentaba la norma, incluyendo la regulación de la filiación adoptiva y dejando claro que la ley aplicable será la ley personal del hijo. Sin embargo, nuevamente esta regulación “adolecía de concreción jurídica, ya que su supuesto de hecho no contemplaba una situación tan relevante cual era la determinación o atribución de la filiación”<sup>117</sup>, siendo necesario acudir a la jurisprudencia para dar respuesta a ello, a pesar de que esta no tenía una respuesta unánime<sup>118</sup>. Posteriormente, con la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial del CC y de la LEC, se efectúa una nueva modificación de este precepto, en la que se concreta que, si no se pudiera determinar cuál es la ley personal del hijo, se deberá atender a la ley de la residencia habitual del hijo. Esta modificación se da porque cada vez toma más importancia en el ámbito internacional y en la Unión Europea este punto de conexión<sup>119</sup>. La última modificación del artículo 9.4 CC se realiza a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Por medio de esta, se regulan todos los aspectos que se pueden derivar de la filiación, así como aquellos aspectos que no se habían regulado en proyectos anteriores.

Para poder determinar cuál será el mecanismo que se debe seguir para el caso que nos compete, debemos dirigirnos en primer lugar al artículo 9 CC, para así determinar cuál será la ley

---

<sup>114</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Vol IV. Edición 5ª. Edisofer. 2016 ISBN: 978-84-15274-56-2. p. 40.

<sup>115</sup> DIAZ PICAZO, L. y GUILLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Derecho de la familia y Derecho de sucesiones*. Vol. IV, edición 11ª. Madrid: Tecnos, 2012. ISBN: 978-84-309-4433-0, p. 223.

<sup>116</sup> ADAM MUÑOZ, M.ª D., La nueva regulación de la filiación natural en el derecho internacional privado español. *Cuaderno de Derecho Transnacional*. 8 (2). 2016, pp. 35-54.

<sup>117</sup> ADAM MUÑOS, M.ª D., cit., p. 36.

<sup>118</sup> ADAM MUÑOS, M.ª D., cit., p. 36.

<sup>119</sup> ADAM MUÑOS, M.ª D., cit., p. 38.

aplicable. El artículo 9.4 CC establece tres puntos de conexión ordenados de forma jerarquizada. En primer lugar, se regirá por la ley de residencia habitual del hijo. En caso de que este careciera de residencia habitual, o si esta no permite el establecimiento de la filiación, se regirá por ley de la nacionalidad del hijo. En caso de que esta no permitiera el establecimiento de la filiación, o este careciera de nacionalidad o residencia habitual, se regirá por lo establecido en la ley española.

Podemos observar de este modo que la norma española intenta dar todas las herramientas posibles para que el individuo pueda conocer su filiación. Ese último punto de conexión, el de la ley sustantiva española, ha sido también denominado como “conexión judicial”, ya que se entiende que, si son nuestros tribunales los que están conociendo del asunto, al decaer la aplicación de las leyes contenidas en la norma de conflicto, lo normal es que nuestros tribunales apliquen su propio derecho. A su vez, cuando sea de aplicación esta norma -porque no se pueda determinar o porque su determinación no conlleva a el establecimiento de la filiación-, no se exige vínculo alguno con el ordenamiento jurídico español para aplicar la ley sustantiva española<sup>120</sup>. En el presente supuesto, el hijo tiene su residencia habitual en España, es por ello por lo que será de aplicación la ley nacional.

Ahora bien, para que puedan actuar nuestros órganos jurisdiccionales es fundamental acudir a los foros de competencia judicial internacional en la materia. La competencia judicial internacional en materia de filiación se encuentra regulada en la LOPJ en el artículo 22 quáter d, que establece que la vinculación de la filiación con el sistema español queda determinada por la residencia habitual del hijo en España, por la nacionalidad del demandante –sea el padre, la madre o el mismo hijo-, por la residencia habitual del demandante –sea el padre, la madre o el representante legal del hijo-, que debe ser en nuestro territorio por al menos seis meses antes de que presente la demanda. En este caso, el menor tiene su residencia habitual en España en el momento en que el padre interpone la demanda, por lo que nuestros tribunales si serán competentes.

Ahora bien, una vez definido qué es la filiación, determinado que la ley aplicable será la española y que nuestros tribunales son competentes, debemos distinguir si se trata de una filiación matrimonial o extramatrimonial. Esta distinción de ningún modo puede hacerse como criterio discriminatorio, ya que todos los hijos son iguales ante la ley<sup>121</sup>. En este mismo sentido, el TC<sup>122</sup> dictaminó que esta diferencia de trato no puede considerarse arbitraria, injustificada o carente de fundamento, ya que no puede negarse que el matrimonio confiere en un principio certeza de paternidad, en cambio la filiación no matrimonial “al no existir un juego de presunciones que otorgue, en principio, certeza a la filiación, ha de acudir a otros instrumentos, que implican una actuación de los sujetos interesados ante los poderes públicos para que la filiación quede determinada”. Este hecho también influye en los mecanismos dirigidos a la determinación de la filiación, como los medios de prueba, la impugnación o la reclamación que se articulan precisamente sobre la base de que el hijo sea producto de una relación matrimonial o extramatrimonial, de aquí que tenga sentido diferenciarlos.

El CC en su artículo 108 estipula que “la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí”. En el presente caso podemos observar que nos encontramos ante un caso de filiación extramatrimonial, puesto que Alejandra y José en

---

<sup>120</sup> ADAM MUÑOS, M.ª D., cit., p. 38.

<sup>121</sup> Art. 39.2 Constitución Española. “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

<sup>122</sup> STC 273/2005 de 27 de octubre de 2005, FJ 3 (ECLI:ES:TC:2005:273).

ningún momento contrajeron matrimonio, por lo tanto, en esta cuestión será necesaria la actuación de los progenitores ante los poderes públicos.

Bajo el título “De las acciones de filiación” el capítulo II del Título V del Libro I del CC, se encuentran regulados de forma minuciosa los diversos supuestos litigiosos en que el objeto del proceso consiste, o bien en declarar o determinar la filiación que es objeto de reclamación, o en la finalidad contraria, es decir, impugnar o privar de efecto a una filiación anteriormente determinada.

Otra de las cuestiones controvertidas que se presentan en estos casos es la necesidad de probar que se es el progenitor del menor. Los procesos de filiación y el derecho de toda persona al esclarecimiento de su filiación se encuentran amparados por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A su vez, la investigación de la filiación “guarda íntima relación con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona”<sup>123</sup>. Es precisamente por esta búsqueda de la verdad biológica que el legislador, mediante el art. 767.2 LEC, dispuso la admisión de todo tipo de pruebas que ayuden y permitan conocer e investigar la maternidad y la paternidad, incluyendo dentro de estas las pruebas biológicas. En estos procesos, el análisis de ADN se puede practicar a instancia del Ministerio Fiscal o de las partes (art 752.1. 2º LEC). Las partes han de solicitar la realización de la prueba y la designación judicial de perito en los escritos iniciales, siendo necesario justificar la pertinencia y la utilidad de lo solicitado (art 339.2 y 3 LEC). En este caso es José el que solicita la prueba para confirmar el vínculo biológico existente entre él y su hijo, siendo esta prueba de gran utilidad y pertinencia para poder confirmar la sospecha de José.

El fenómeno de las pruebas biológicas tiene su fundamento o impulso en la CE de 1978 por el precepto 39.2 que estipula que “la ley posibilitará la investigación de la paternidad”. Partiendo de este mandato, la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, consagró la indiscutible admisión en los juicios sobre filiación de las denominadas pruebas biológicas. Encontrándose este hecho respaldado, como hemos adelantado, en el artículo 767.2 LEC que establece que “en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas”. Estas pruebas generalmente consisten en la extracción de sangre de la madre, del hijo y del presunto padre, para analizar la composición hematológica del hijo y así determinar cuál es su “paquete genético”. Estas pruebas se pueden realizar con cualquier muestra biológica, no solamente sangre. Se puede utilizar saliva, cabellos, entre otros restos orgánicos presentes en todo tipo de objetos como son los cepillos de dientes, chicles, entre otros.

Esta prueba constituye una prueba pericial y, como consecuencia, la valoración de su resultado debe ser realizada por el juez, conforme a las reglas de la sana crítica, sin estar obligado a sujetarse al dictamen de los peritos, tal y como estipula el art. 348 LEC<sup>124</sup>. Por lo tanto, podemos dictaminar que la prueba de ADN no goza de ninguna preeminencia sobre las demás, ya que el juez puede declarar la paternidad sobre la base de otras pruebas<sup>125</sup>. Otra cuestión fundamental es que la prueba biológica, pese a ser una prueba pericial, posee ciertas características que la diferencian del resto, ya que esta se realiza o recae sobre la persona. Así pues, en los casos de filiación, lo usual es que no se aporte ningún dictamen pericial con los

---

<sup>123</sup> STC 138/2005 de 26 de mayo de 2005, FJ 4 (ECLI:ES:TC:2005:138).

<sup>124</sup> QUESADA GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> C., La prueba del ADN en los procesos de filiación. *Anuario de derecho civil*. 2005, 58 (2). ISSN 0210-301X. p. 20.

<sup>125</sup> QUESADA GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> C., cit., p. 530.



escritos iniciales de demanda y contestación, porque para realizarlo sería necesario que las partes cooperen entre sí, y, en procesos de contienda esto no ocurre<sup>126</sup>.

A su vez debido a su carácter de prueba pericial, la negación de sometimiento a la prueba no determina necesariamente y por sí misma la paternidad, salvo que a tal conclusión se pueda llegar valorando el conjunto de pruebas realizadas. En este sentido se proclama el TS<sup>127</sup>: “la negativa a someterse a tal prueba, que en ningún caso entraña una *ficta confessio* de la pretendida paternidad, sólo podría ser tenida en cuenta como un importante indicio que, unido a las demás pruebas obrantes en autos, permitiera llegar a la conclusión del acreditamiento de la pretendida filiación”. El TC se pronunció en el mismo sentido.<sup>128</sup>

Por lo tanto, es importante destacar y concluir que no se puede realizar la prueba en contra de la voluntad del sujeto y a su vez que la negativa de este no constituye ni se puede interpretar, de forma directa y automática, como un reconocimiento de la paternidad.

Una vez analizada la importancia de la prueba biológica nos adentraremos con el proceso que inicia el padre de Juan para establecer la filiación, esta figura es denominada como acción de reclamación de paternidad.

A estas acciones se les conoce como el conjunto de iniciativas procesales que buscan el establecimiento mediante sentencia de una determinada filiación que anteriormente no se ostentaba por el demandante. El demandante se puede amparar en todo tipo de pruebas. Así lo resalta el artículo 767.3 LEC, al decir que “aunque no haya prueba directa de la generación o del parto, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo”. Hay un elemento en este precepto que toma un papel fundamental a la hora de establecer la filiación, que es “la posesión de estado”.

La posesión de estado es la piedra angular para este tipo de reclamaciones, este es un elemento antiguo en el mundo del Derecho, “al menos desde los tiempos del *ius commune*”<sup>129</sup>, hasta el punto de que ni siquiera en el CC actual encontramos una definición de en qué consiste o cuáles son los elementos necesarios que deben darse para considerarse su cumplimiento. Es por este motivo por el que debemos acudir a la jurisprudencia y a la doctrina. Tradicionalmente se ha indicado que los elementos que la conforman son: el *nomen*, *tractatus* y fama o *reputatio*, aunque jurisprudencialmente se ha dado más relevancia a los dos últimos. El *nomen* se refiere a la utilización del apellido del progenitor; el *tractatus* da relevancia al comportamiento del progenitor y su familia con el presunto hijo, por ejemplo, el interés por los estudios o la salud, el traspaso de dinero para la manutención, entre otros; por su parte, la fama o reputación se refiere al hecho de que en el círculo o ámbito social del progenitor se considere o reconozca al presunto hijo como verdadero descendiente. En el presente supuesto José no ostenta ninguno de estos elementos puesto que se acaba de enterar de la existencia se hijo.

Una vez destacado este elemento tan importante en estos procesos, nos adentraremos en los distintos tipos de reclamación de la filiación. Tenemos dos tipos de acciones que van a depender del vínculo que unía a los progenitores, es decir, si estamos ante una relación matrimonial o extramatrimonial, como destacamos anteriormente en el presente caso estaríamos ante la segunda, por lo tanto, es la que vamos a analizar. A su vez estas dos acciones van a subdividirse en si existe o no el elemento de la posesión de estado, que como mencionamos anteriormente no

---

<sup>126</sup> QUESADA GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> C., cit., p. 514.

<sup>127</sup> STS 1126/1996 de 24 de diciembre de 1996, FD 7 (ECLI:ES:TS:1996:7545).

<sup>128</sup> STC 29/2005 de 14 de febrero de 2005, FJ 5 (ECLI:ES:TC:2005:29).

<sup>129</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., cit., p. 285.

se cumple, por lo tanto, nos vamos a centrar únicamente en la acción de filiación extramatrimonial sin posesión de estado.

La acción de reclamación de la filiación extramatrimonial se encuentra regulada en el artículo 133.1 CC párrafo primero y segundo, que afirman que “la acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida”. Este primer párrafo del artículo 133 fue declarado inconstitucional por dos sentencias del TC<sup>130</sup>. El fundamento de estas se basa en que “la opción del legislador cercena de raíz al progenitor no matrimonial la posibilidad de acceder a la jurisdicción cuando falte la posesión de estado, impidiéndole así instar la investigación de la paternidad”. Continúa la segunda sentencia, diciendo el TC<sup>131</sup> que “la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado no resulta compatible con el mandato del art. 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción”. Por lo tanto, debemos interpretar que, a la luz de estos pronunciamientos, tanto el hijo como los presuntos progenitores podrán ejercer la acción de reclamación de la filiación no matrimonial aun cuando falte la posesión de estado, pues de otro modo como detallo el tribunal se vulnerarían los derechos del progenitor.

La actual reforma efectuada por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha añadido un segundo apartado a este artículo, que versan de la siguiente manera “igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en el plazo de un año contando desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación”. El párrafo dos estipula que la acción no es transmisible a los herederos y que estos solo podrán continuar con la acción que el progenitor hubiere iniciado en vida”.

Luego de todo lo analizado, podemos concluir que, en el presente supuesto, la ley de residencia habitual del menor es la española, puesto que es el lugar donde se encuentra viviendo efectivamente, por lo tanto, la ley aplicable para el caso será la española. Los tribunales españoles serán competentes para conocer del asunto puesto que, en el momento de la interposición de la demanda por parte del padre, el lugar de residencia habitual del menor es España. Una vez determinado esta cuestión, podemos decir que la reclamación de filiación se regirá por la ley española, es decir, por el CC y demás leyes que regulen la materia.

José solicita una prueba de ADN que, como hemos visto, es permitida por su gran valor probatoria y fiabilidad en nuestro ordenamiento jurídico. En lo que respecta a la acción de filiación, el elemento esencial en la filiación, que es la posesión de estado, no concurre en el caso de José, ya que, el menor no usaba su apellido, no había comportamiento, trato o cuidado alguno sobre el menor y el círculo social no lo consideraba su hijo, ya que, no sabía siquiera de su existencia. Por lo tanto, debemos descartar la reclamación de paternidad extramatrimonial con posesión de estado, quedándonos entonces como única vía para José la acción de reclamación de paternidad extramatrimonial sin posesión de estado. Con respecto a esta última, se cumplen todos los requisitos, ya que es él quien la interpone y lo hace dentro del plazo legal. Por lo tanto, si se confirmara la paternidad durante el juicio, se deberá establecer la filiación entre Juan y José.

---

<sup>130</sup> STC 52/2006 de 16 de febrero de 2006, FJ 2 (ECLI:ES:TC:2006:52).

<sup>131</sup> STC 273/2005 de 27 de octubre de 2005, FJ 7 (ECLI:ES:TC:2005:273).

## IX. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA INTERNACIONAL

Otra de las cuestiones que se suscitan en el caso es que José, una vez confirmada su paternidad, quiere que se establezca la guarda y custodia compartida por periodos anuales, ya que él vive en Nicaragua y el menor vive en España con su madre. Para dar respuesta a la posibilidad de que se establezca una guarda y custodia con periodos tan extensos, analizaremos primero qué es la figura de la guarda y custodia, para luego dar respuesta a si es posible o no.

De acuerdo con el artículo 154 CC, la patria potestad comprende tres grandes ámbitos, que son: velar por los hijos, lo que incluye tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; representarlos; y administrar sus bienes. La figura de la guarda y custodia se integra en el primero de los aspectos, es decir, en el derecho o deber de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía. Cuando los progenitores viven juntos la guarda y custodia queda subsumida dentro del ejercicio diario de la patria potestad y es por ello que corresponde a ambos progenitores. El problema se presenta cuando hay crisis de pareja y estos se separan, al romper la convivencia resulta difícil que los hijos convivan con ambos progenitores, y, por tanto, se debe confiar la compañía, atención y cuidado directo de los hijos a uno de ellos o a ambos, pero de forma periódica y ordenada en el tiempo. La guarda y custodia nace para dar respuesta a estas situaciones. El CC no nos da una definición exacta de qué es, simplemente estipula que la misma puede ser de forma exclusiva o compartida. Ha sido la doctrina la que le ha dado una definición, entendiéndola que es la convivencia diaria con el menor y el cuidado diario de este.

Con el paso del tiempo, la jurisprudencia ha venido diferenciando varias formas de ejercicio de la patria potestad, siendo su resolución muy desigual. Las soluciones que se han venido dando de nuestros tribunales en los casos de crisis matrimoniales con menores de por medio son: la atribución total del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, el reparto del ejercicio de la patria potestad, la atribución de la guarda y custodia a un tercero, la privación total de la patria potestad y el ejercicio compartido de la patria potestad. De todas las mencionadas, la más habitual es la atribución total del ejercicio a un progenitor con el que el menor convivirá, la que se traduce a la titularidad compartida de la patria potestad y atribución del ejercicio a aquel a quien se le confió la guarda y custodia<sup>132</sup>.

Anteriormente la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores se regía por la Ley 30/1981 de 7 de julio por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, el establecimiento de la guarda y custodia dependía de lo que había sido la relación de pareja y no se basaba en el interés del menor, por lo general con este texto legal el modelo que se aplicaba era el de la custodia monoparental a favor de la madre. Ante esta situación se llevó a cabo una reforma del CC por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en la cual se hacía especial incidencia en el principio de no discriminación por razón del sexo, ya que en el preciso momento en que se concedía la custodia antes a la madre que al padre se estaba vulnerando el principio constitucional de igualdad, consagrado en el art. 14 CE. Es precisamente por atender al interés del menor y producto del cambio de la sociedad y la jurisprudencia a lo largo del tiempo, que finalmente el legislador ha previsto en el artículo 92 CC, tras la reforma por la Ley 15/2005 de 8 de julio, que modifica el CC y la LEC, que la patria potestad puede ejercerse conjuntamente por ambos progenitores. Esta opción ha sido escasamente acordada por los Tribunales, por considerarse poco aconsejable o inadecuada. En este sentido se pronuncia la AP de Valencia de 2 de marzo de 1991, donde se consideró que “desde los puntos de vista psicológico y pragmático, esta solución [...] sería previsiblemente perjudicial para los menores, sometidos a toda inseguridad y abocados a una verdadera inestabilidad de vida y emocional”. Esta no fue la

---

<sup>132</sup> PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*. Barcelona: Bosh, S.A, 2009. ISBN: 9788497904766. p.36.

única sentencia que justificó la atribución de la guarda y custodia a uno solo de los progenitores, ya que se consideraba que el cambio continuo cada vez que tuvieran que convivir con el otro progenitor producía graves consecuencias negativas para los hijos. Por lo tanto, la guarda y custodia exclusiva, ejercida de forma unilateral, otorgaba estabilidad en la vida del menor y evitaba ese cambio constante<sup>133</sup>.

Desde la anterior redacción de la Ley de 1981 hasta la actual de 2005, la jurisprudencia ha ido cambiando a medida que la sociedad iba evolucionando. Anteriormente como hemos apuntado se consideraba la guarda y custodia monoparental como la más beneficiosa para el interés del menor, sin embargo, actualmente se considera que es la compartida<sup>134</sup>. La primera sentencia que otorgo de oficio la guarda y custodia compartida fue de la AP de Valencia de 22 de abril de 1999<sup>135</sup>, estipulando que “el régimen usual de atribución de la custodia a un progenitor con exclusión del otro no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras materna y paterna en el niño”. La doctrina mayoritaria considera también que “se ha de atender imperativamente al beneficio de los hijos y, de forma refleja, al cónyuge que seguirá conviviendo con ellos”<sup>136</sup>. Podemos decir, para concluir, que con el paso del tiempo la atribución de la guarda y custodia compartida es cada vez más utilizada, sobre todo en ocasiones donde las circunstancias favorecieran su establecimiento o que ambos padres lo solicitaran.

Es importante tener en cuenta que, en todo este proceso de establecimiento de la guarda y custodia debe primar el interés del menor, quien debe continuar con un estilo de vida lo más parecido posible al que existía antes de la ruptura o la separación. La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, en los arts. 7.1. 9.3 y 18, establece que se deberán respetar los derechos de los niños a mantener relaciones con ambos padres, salvo que se considerase contrario al interés del menor. Estos derechos también se encuentran fundamentados en los artículos 3 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y el art. 39.4 CE. En este sentido, se ha pronunciado también el TS, afirmando que “se prima el interés del menor y este interés [...] exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar”. Continúa diciendo el TC, en la misma sentencia, que lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia que se tenía antes de la ruptura y garantizar al mismo tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus deberes y derechos sobre el menor, para de este modo participar de forma activa y ambos por igual en el crecimiento de sus hijos.

Una vez comprendido que lo que prima en cuestiones de crisis de pareja es el interés del menor, nos adentraremos en la custodia compartida, ya que es lo que se nos presenta en el supuesto de hecho. Como ya hemos adelantado, no existe una definición de esta en ningún texto legal. La única definición de esta figura se encuentra contemplada en el art 3 a de la Ley Valenciana<sup>137</sup>, que estipula que se debe entender “el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente”.

---

<sup>133</sup> ALASCIO CARRASCO, L., La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC). A propósito de la sentencia de 1 de octubre de 2010. *Revista para el análisis del derecho*. Universitat Pompeu Fabra. 2011 (2). ISSN-e 1698-739X. p. 10.

<sup>134</sup> TOUS SAMPOL, M<sup>a</sup>. M., *El interés del menor en la guarda y custodia compartida*. [Trabajo de Fin de Máster inédito]. Universitat de les illes Balears, 2014.

<sup>135</sup> SAP Valencia 379/1999 de 22 de abril de 1999, FJ 6 (ECLI: ES:APV:1999:2299).

<sup>136</sup> LASARTE ALVAREZ, C., *Derecho de Familia: Principios de Derecho Civil IV*. 5<sup>a</sup> Edición Madrid, Ed. Marcial Pons, 2006, p. 145.

<sup>137</sup> Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de la Comunidad de Valencia.

En los casos de guarda y custodia compartida entre progenitores con distinta nacionalidad y que residen en distintos países, que es lo que se nos plantea en el presente caso, nos encontramos con la disyuntiva de analizar si realmente lo mejor para ese niño es viajar cada cierto tiempo al país donde se encuentra el otro progenitor. El TS<sup>138</sup> da respuesta a ello en un caso en el que los niños y la madre residen en Japón y el padre en España, estipulando que lo “primordial en todo entramado normativo nacional o internacional sobre los derechos del niño es el interés de los menores que es de orden público y está por encima del vínculo parental”. Continúa diciendo que ese interés demanda que el menor tenga cierta estabilidad, puesto que “lo mejor o más conveniente para ellos es que sigan bajo la custodia de su madre en Tokio, en un ambiente que no les es extraño pues allí tuvo su infancia habitual la familia”, descartando de este modo que la guarda y custodia sea de forma compartida con alternancia anual en cada país. A su vez añade que “la custodia alterna que plantea el padre, más que compartida es una guarda por periodos de tiempo”. Otro punto a tener en cuenta en estos casos es la distancia que existe entre ambos domicilios que “no solo dificulta, sino que hace inviable, la medida de custodia compartida en la forma interesada, dada la distorsión que puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida de los menores, que precisan de un marco estable de referencia”.

La solución más viable en el presente caso podría ser la estipulada por el TS<sup>139</sup> en una situación similar, que es tomar en cuenta la distancia existente entre los domicilios de los progenitores y ampliar el periodo de estancia del menor con el progenitor con el que no conviva, que en este caso sería José, para de este modo poder compensar la ausencia de visitas intersemanales.

Así pues, en principio José puede tener la guarda y custodia compartida con Alejandra de Juan. Sin embargo, la pretensión de tenerlo un año en cada país debería ser descartada por el tribunal, por ser contraria al interés del menor y al propio fin de la figura de custodia compartida. Los menores necesitan estabilidad y que su estatus sea modificado lo mínimo posible para su correcto desarrollo. Lo que podría plantear José es que se establezcan periodos vacacionales que permitan que se respete el derecho de los niños de tener relación con ambos progenitores y que al mismo tiempo no modifiquen su vida como la tenía conocida hasta el momento.

## **X. LA SUSTRACCION DE MENORES**

Debido a la situación de crisis que vivía el país en el que residía, Alejandra decide viajar a España por una oferta laboral, junto con su hijo menor de edad, Juan. En el momento en el que viaja, el niño solo tiene establecida la filiación con su madre, es decir, el padre no lo había reconocido, ya que estos habían finalizado la relación de pareja y Alejandra decidió no comunicarle que estaba embarazada ni el posterior nacimiento. Se nos presenta la interrogante de si Alejandra cometió algún delito al haberse llevado al menor sin el permiso del padre. En este sentido, podría plantearse la posibilidad de incurrir en un delito de sustracción de menores. En esta pregunta, por lo tanto, analizaremos los elementos de este tipo penal para poder concluir si Alejandra efectivamente lo comete.

Se suele señalar como origen de la punición del delito de sustracción de menores el CP de 1822, en el que se castigaba el rapto de niños impúberes y el robo de menores bajo la patria potestad. Posteriormente, el CP de 1848 introdujo un tipo que sancionaba la sustracción de un menor de 7 años sin hacer distinción sobre el parentesco del sujeto activo. Por su parte, el CP de 1973 regulaba el delito de sustracción de menores en los arts. 484 y 485, pero estos preceptos no eran susceptibles de sancionar la conducta del progenitor no custodio que sustraía a sus propios hijos. Fue el CP de 1995 el que dio un paso adelante y pasó a sancionar la sustracción de menores en

---

<sup>138</sup> STS 229/2018 de 18 de abril de 2018, FD 3 (ECLI: ES:TS:2018:1414).

<sup>139</sup> STS 301/2017 de 17 de mayo de 2017, FD 4 (ECLI: ES:TS:2017:1902).

diferentes tipos, especialmente en las figuras de detenciones y tráfico de menores. La Recomendación 66/1999, de 17 de noviembre del Defensor del Pueblo<sup>140</sup>, motivó la inclusión en el CP de un “nuevo tipo penal que castigue de forma autónoma las conductas de los progenitores que sustraen a sus hijos y los trasladan a terceros países sin el consentimiento del otro, lo que facilitaría notablemente la expedición de órdenes de detención internacional y las peticiones de extradición”. Producto de esta recomendación, se da la actual tipificación penal de la sustracción internacional de menores. Los nuevos tipos penales se ubicaron en una rubrica de nueva creación denominada “De la sustracción de menores”, que da nombre a la nueva Sección Segunda del Capítulo III sobre “Delitos contra los derechos y deberes familiares”. La justificación de esta tipificación tiene su motivo en una pluralidad de causas, pudiendo destacar entre estas la mayor sensibilización y necesidad de proteger los derechos del niño, el derecho a relacionarse con ambos progenitores, el impacto y la alarma social que este tipo de conductas genera y las dificultades de resolución en muchos casos por haber elementos extranjeros<sup>141</sup>.

Esta conducta se encuentra regulada en el art. 225 bis CP que sanciona al “progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor [...]”. Acorde con la Real Academia Española, sustraer significa “apartar, separar, extraer”, es decir, es aquella acción que conlleva apartar o separar al menor de su ámbito de protección familiar. Esta acción de apartar al menor se puede manifestar de dos formas, según lo establecido en el apartado segundo del precepto: una de ellas es el traslado y la otra la retención. El traslado consiste en mover o trasladar al menor de un sitio a otro, mientras que la retención hace referencia a aquella acción que imposibilita la salida del menor porque uno de los progenitores lo impide.

El bien jurídico protegido en este tipo penal es “el derecho del menor a relacionarse con sus dos padres, de forma regular, en caso de crisis familiar”<sup>142</sup>. Por lo tanto, podemos concluir que no solo se busca proteger la integridad física del menor, sino también la integridad psicológica, al intentar que se mantenga una estabilidad en su ambiente familiar una vez que se produce la ruptura de pareja<sup>143</sup>. De forma más precisa, la AP de Tarragona<sup>144</sup> ha descrito el bien jurídico como “la dignidad de los menores, en particular en cuanto titulares del derecho fundamental a la estabilidad familiar, al equilibrio en su desarrollo psicoafectivo, lo que incluye los colaterales derechos a la relación parental y al armónico desenvolvimiento de las mismas”. En el presente caso, Alejandra traslada a Juan, por lo tanto, estaríamos ante la primera modalidad.

Ahora bien, respecto a los requisitos necesarios para que concurra este delito, es necesario que el hecho delictivo sea cometido por el progenitor y que lo haga sin causa justificada. Respecto a lo primero, es evidente que es necesario que el sujeto activo sea alguno de los progenitores, pero es importante cuestionarse si el sujeto activo debe ser necesariamente alguien que tenga la custodia, judicial o administrativa, o bien si simplemente basta con que los progenitores compartan la patria potestad. Esto se tiene que cuestionar, ya que, tras la lectura del precepto, queda confuso y pareciera que solo es necesario en una de las dos modalidades, la retención, para que sea calificada como tal. La respuesta a ello la encontramos en la jurisprudencia, la cual tiene diferentes puntos de vista. En primer lugar, la AP de Madrid estipula que, aunque en el apartado primero no se especifique, sí que se necesita resolución judicial que determine la custodia de los progenitores. Por lo tanto, aunque no se establezca de forma expresa, debemos entender que para la sustracción y la retención necesitamos que el sujeto activo sea aquel

---

<sup>140</sup> Recomendación 66/1999, de 17 de noviembre, sobre sustracción y secuestro internacional de menores por uno de sus progenitores.

<sup>141</sup> ROSA CORTINA, J.M., *Sustracción parental de menores*. España: Tirant lo Blanch, 2010. ISBN: 978-84-9876-852-7, p. 35.

<sup>142</sup> SAP Vizcaya 2425/2016 de 27 de diciembre de 2016, FD 3 (ECLI:ES:APBI:2016:2425).

<sup>143</sup> SAP Baleares 271/2017 de 22 de febrero de 2017, FD 3 (ECLI:ES:APIB:2017:271).

<sup>144</sup> SAP Tarragona 126/2008 de 18 de marzo de 2008, FJ 1 (ECLI:ES:APT:2008:286A).

progenitor que no ostente la custodia y para ello necesitamos una resolución judicial o administrativa que así lo acredite. En diferente postura se pronuncia Muñoz Conde<sup>145</sup> al establecer que “la primera modalidad no exige necesariamente una decisión judicial previa sobre a quien le corresponde la custodia del hijo”. En la misma línea, Torres Rosell<sup>146</sup> establece que la razón por la cual queda bastante confuso fue porque el legislador tenía en mente redactar el precepto de forma diferente al delito de desobediencia. Por su parte, la AP de Álava<sup>147</sup> estipula que “no es necesario que exista un requerimiento expreso de que se cumpla la resolución, ni se exige tampoco una advertencia previa de las consecuencias penales del incumplimiento, bastando con que se tenga conocimiento de la resolución”. Es evidente, llegados a este punto, que si existe una resolución que determine la custodia del menor y quien realiza la sustracción es el progenitor que la ostenta, no hay hecho punible. Al tener la custodia, puede desplazarse con el menor donde quiera, ya que está ejerciendo su derecho. Esto se ve manifestado en el apartado primero del artículo, ya que es necesario que la sustracción se lleve a cabo sin el consentimiento de aquel progenitor que ostenta la guarda y custodia, por tanto, solo puede realizarlo el que no la tenga<sup>148</sup>. En el presente caso, la que ostenta la guarda y custodia es Alejandra, por lo tanto, podemos concluir que no se da el tipo penal, ya que cuando ella traslada a Juan desde Nicaragua a España, solo está ejerciendo su derecho de custodia sobre el menor. Además, José no tiene ningún derecho sobre este, ya que en el momento en el que se da el traslado, José no lo había reconocido.

Es importante mencionar además que la AP de Girona<sup>149</sup> establece que la sustracción, para ser calificada como tal, implica que el menor se encuentre bajo el cuidado y protección de uno de sus progenitores, institución o tercera persona y que el otro progenitor o persona se lo lleve a otro lugar, diferente de su residencia habitual, ocultando el lugar de localización del menor o bien, si lo tenía bajo su cuidado, no lo devuelve cuando debía hacerlo. Por lo tanto, la intención del progenitor debe ser la de “trasladar o retener al menor con la finalidad de alterar la custodia legalmente establecida, si la hubiere [...] en definitiva, hacer ineficaz el mandato judicial”<sup>150</sup>. Por este elemento fundamental, que es el régimen de visita, ya se cumpliría el tipo penal que exige el 225 bis CP para calificar el hecho como sustracción. Es importante, aclarar que como estipula la AP de Madrid<sup>151</sup> “no deben confundirse las conductas que castiga el delito del art. 225 bis CP con aquellas otras encaminadas a incumplir o hacer ineficaz el régimen de visitas establecido, sustituyéndolo por aquel que interesa o conviene más a los intereses del autor de la conducta”, ya que es claro que, en ese caso, no se produce la lesión del bien jurídico protegido entendido como el régimen de guarda y custodia o de convivencia habitual, sino que simplemente lo que se busca es frustrar el régimen de visitas. En esta línea, para Muñoz Conde<sup>152</sup> se trata más bien de un delito de desobediencia a la decisión judicial respecto de la custodia y guardia de los hijos menores en caso de separación o divorcio. En el presente caso tampoco se cumple esta cuestión, ya que no existe ninguna resolución que estipule algún régimen de visitas y que, debido al traslado realizado por Alejandra, se viera alterada la guarda y custodia, pues la única que ostentaba derechos sobre el menor era ella.

---

<sup>145</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del Delito*, 4º ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. ISBN: 9788484429845, p. 328.

<sup>146</sup> TORRES ROSELL, N., Doctrina comentario de la sustracción de menores, art 225 bis. *Comentarios al código penal español, Tomo I y II*. 7ª ed, 2016, ISBN: 978-84-9099-692-8, p. 138.

<sup>147</sup> SAP Álava 741/2013 de 11 de septiembre de 2013, FD 3 (ECLI:ES:APVI:2013:741).

<sup>148</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal Comentado, actualizado por las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*, Barcelona: Atelier, 2015. ISBN: 9788415690788, pp. 396-398.

<sup>149</sup> SAP Girona 735/2017 de 10 de julio de 2017, FD 1 (ECLI:ES:APGI:2017:735A).

<sup>150</sup> SJP Gran Canaria 26/2016 de 15 de enero de 2016, FD 1 (ECLI:ES:JP:2016:26).

<sup>151</sup> SAP Madrid 2233/2008 de 5 de marzo de 2008, FD 2 (ECLI:ES:APM:2008:2233A).

<sup>152</sup> Muñoz Conde, F., cit., p. 327.

Ahora bien, la sustracción de menores puede subdividirse en sustracción interna y sustracción internacional<sup>153</sup>. En el presente supuesto Juan es trasladado desde Nicaragua hasta España, por lo tanto, estaríamos en el segundo supuesto, la sustracción internacional. La sustracción internacional, es aquella acción que conlleva el traslado ilícito de un menor a un país diferente de donde tiene su residencia habitual, siendo el responsable de dicha acción cualquier persona que forme parte del círculo familiar del menor, el cual, por regla general, será uno de los progenitores. La ilicitud se dará teniendo en cuenta las normas y si hubo no consentimiento por parte del otro progenitor<sup>154</sup>, por lo que se debe tener en cuenta el elemento internacional y, con ello, aceptar la entrada en juego de las normas internacionales existentes y que en España hemos aceptado al ceder competencias a la Unión Europea. Es por ello por lo que, cuando el traslado de menores se hace traspasando las fronteras, el remedio estatal no es suficiente y debemos acudir a la normativa internacional, que es uno de los recursos más eficaces en estos casos. Dar soluciones a través de los Convenios internacionales a la sustracción de menores requiere que se deba tener como principio fundamental el interés del menor, por encima de cualquier desavenencia familiar o cultural, ya no solo entre los progenitores, sino también entre los propios Estados cuyos nacionales se ven implicados<sup>155</sup>. Por lo tanto, podemos concluir que el interés del menor sirve como base para los Convenios Internacionales, de manera que en los casos de sustracción de menores es necesario comprobar que la restitución sea efectivamente lo que mejor sirve a ese interés.

La primera norma aplicable en este sentido es el Reglamento Bruselas II bis. No obstante, en este caso no sería de aplicación, ya que el marco de actuación es intracomunitario. Por lo tanto, debemos centrarnos en normas cuyo ámbito de actuación sea extracomunitario. La segunda norma es el Convenio de Luxemburgo de 1980<sup>156</sup>. Esta se caracteriza por la exigencia de que el menor tenga como máximo 16 años y de que se ostente una resolución judicial o administrativa que verse sobre el derecho de guarda y custodia. La tercera norma es el Convenio de la Haya de 23 de octubre de 1980, que constituye una de las normas más importantes y más utilizada en la actualidad por su efectividad y rapidez ante una sustracción. La AP de Cádiz<sup>157</sup> establece que la finalidad de este Convenio “es en virtud del principio de prioritaria protección del sujeto infantil, la restitución de los menores que hayan sido sacados ilegalmente de su país de residencia habitual”. Para saber cuál de los Convenios debemos aplicar, entre el Convenio de Luxemburgo y el Convenio de la Haya, no vamos a tomar en consideración el fin, ya que ambos buscan la restitución del menor, lo que vamos a tener en cuenta son los Estados firmantes. Si ocurriera que ambos Estados son parte de los dos Convenios, la solución a esto nos la plantea Miralles Sangro<sup>158</sup>, que estipula que “si lo que se pretende es obtener la restitución inmediata del menor, probablemente fuera más operativo acudir al Convenio de la Haya que tiene un menor cumulo de requisitos que el de Luxemburgo”. Por el contrario, si lo que se busca es dar una

---

<sup>153</sup> Así lo expone MONTON GARCÍA, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. ISBN: 9788484428503. “el tipo penal incluye tanto el hecho de que el menor se mantenga retenido ilícitamente dentro del territorio nacional sin traspasar sus fronteras, como el traslado a otro país. La diferencia entre ambos supuestos es, sin embargo, puramente cuantitativa, sancionándose en el primer caso con prisión de dos a cuatro años, e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad de cuatro a diez años, y en el segundo, es decir, cuando se produce el traslado del menor a otro país, con misma pero incrementada la pena en su mitad superior”.

<sup>154</sup> PÍAS GARCÍA, E., Funcionamiento de la autoridad central española en la aplicación de los convenios relativos a la sustracción internacional de menores. *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, 2004, p. 80.

<sup>155</sup> MONTON GARCÍA, M., cit., p. 54.

<sup>156</sup> Convenio para el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, en Luxemburgo, el 20 de mayo de 1980.

<sup>157</sup> SAP de Cádiz 30/2011 de 22 de febrero de 2011, FD 1 (ECLI:ES:APCA:2011:30A).

<sup>158</sup> MIRALLES SANGRO, P. P., El secuestro internacional de menores y su incidencia en España. Especial consideración del Convenio de la Haya de 1980. *Ministerio de Asuntos Sociales*. Madrid, 1989. p. 165.



efectividad coactiva a la resolución judicial, se debe acudir al de Luxemburgo en lugar del de la Haya. En el presente caso no tendríamos este problema, ya que Nicaragua solo forma parte del Convenio de la Haya desde el 20 de marzo del 2003. A su vez, dicho país reconoce en su Constitución en el art. 71, los derechos de la niñez y la adolescencia establecidos en la Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.

Así pues, existen tres requisitos fundamentales para que se pueda poner en marcha el proceso de sustitución por medio del Convenio de la Haya: la privación del derecho de custodia sobre un menor a quien lo tuviera reconocido, el traslado o retención del menor a un país distinto al de su residencia habitual y que ese traslado o retención pueda considerarse ilícito. Respecto al primero, Alejandra era la única que ostentaba la guarda y custodia, ya que era el único progenitor que había reconocido al menor, este derecho lo ejercía en el momento en que lo traslada de manera efectiva. La residencia habitual del menor es España, puesto que podemos afirmar que en este Estado es en el que convive con la madre, el único progenitor que conoce y donde ha pasado los últimos meses de forma continua, donde se encuentra estudiando y donde ha creado lazos estables. Respecto al tercer requisito, el concepto de esa ilicitud en el traslado se encuentra estipulado en el art. 3 del Convenio, estipulando que no solo se considera ilícito cuando una persona ve afectado su derecho de custodia sobre el menor, sino también cuando ese disfrute le correspondiera en términos relativos<sup>159</sup>.

De todo lo analizado podemos concluir que para el presente supuesto no sería de aplicación el art. 225 bis CP, puesto que Alejandra, cuando traslado al menor, solo hizo uso de su derecho de guarda y custodia, ya que Juan no tenía en ese momento ningún derecho sobre el menor, dado que no lo había reconocido como su hijo. Por otra parte, pese que se trata de una sustracción internacional y que sería de aplicación el Convenio de la Haya por ser el instrumento internacional que está suscrito por los países intervinientes, España y Nicaragua, debido a los requisitos de este tampoco se podría aplicar, ya que este Convenio estipula de forma clara cuales son los requisitos para que se pueda poner en marcha y, estos no se cumplen. Alejandra, la madre de Juan, era la única que tenía derechos sobre este y era quien ostentaba su guarda y custodia. El traslado a España del menor se produce porque la madre consigue una oportunidad laboral para poder mejorar la calidad de vida de ambos, dicho traslado no es ilícito, ya que José no había reconocido al menor, por lo tanto, este no tenía la guarda y custodia de este, y por esto no tendría que consentir el traslado.

## **XI. CONCLUSIONES**

Una vez analizado el supuesto de hecho podemos concluir que, de una misma situación fáctica, se deslindan un sinnúmero de problemáticas de diferentes vertientes del Derecho. Es fundamental llevar a cabo un análisis en profundidad de cada una de ellas, pues son claves para dar respuesta a numerosas cuestiones que son más comunes en la época actual y, por ello, causan gran alarma en la sociedad.

En primer lugar, la adaptación de la normativa española a los requerimientos internacionales y europeos en materia de trata de seres humanos supone un paso significativo para combatir esta práctica de forma efectiva y para diferenciarla de figuras afines. Sin embargo, existen aspectos que deben ser subsanados, como es el hecho de que el artículo 177 bis CP, así como la normativa internacional y regional de referencia, no mencionan de forma expresa la “explotación laboral” como finalidad de la trata, sino que incorpora una serie de conductas -trabajo o servicios forzados, esclavitud, prácticas similares a la esclavitud, servidumbre, mendicidad- que denotan un ámbito laboral, pero el legislador no delimita el significado de estos

---

<sup>159</sup> MONTON GARCÍA M., cit., p. 83.

mismos, por lo que se debe acudir a legislación internacional antigua para intentar darle significado. Por otro lado, los delitos contra los derechos de los trabajadores, tipificados en los artículos 311, 311 bis y 312.2 CP, no pueden equipararse con las formas de explotación laboral que se enumeran en el artículo 177 bis. Es por ello por lo que, en aras de cumplir con el principio de legalidad penal, es indispensable que se realice una tipificación de las formas de explotación laboral mencionadas en el apartado 1.a del artículo 177 bis CP.

En segundo lugar, la competencia para la instrucción de las causas seguidas por el delito de trata de seres humanos corresponderá al Juzgado de Instrucción del partido judicial en que el delito se haya cometido. La competencia para el enjuiciamiento y fallo, debido a la pena fijada en abstracto por el artículo 177 bis CP, le corresponderá siempre a la Audiencia Provincial.

En tercer lugar, las grabaciones serán válidas como prueba en un juicio, cuando quien las graba y aporta haya sido parte interviniente en la conversación, y se aporten al procedimiento con todas las garantías procesales que verifiquen su autenticidad, siendo prueba muy relevante en determinados procedimientos, como puede ser en aquellos en los que los hechos se cometen en la más estricta intimidad y no hay otra forma de corroborar lo ocurrido.

En cuarto lugar, como es sabido, es un deber constitucional prestar la colaboración requerida por Jueces y Tribunales en el curso del proceso, es por ello que es fundamental incentivar esta participación mediante la protección de testigos, que es una cuestión fundamental en cualquier proceso ya que, en determinadas situaciones, los testigos pueden temer represalias por su declaración en sede judicial, ya sea por sus vínculos con la persona a la que incriminan, ya sea por la gravedad del delito sobre el que se expresan o por cualquier otro motivo. Es por ello por lo que es de especial importancia que se les otorgue la ayuda y protección necesaria para evitar los perjuicios que su ausencia podría conllevar.

En cuarto lugar, es de suma importancia la filiación ya que de esta se derivan cuestiones como el conocimiento del parentesco consanguíneo, la patria potestad, los deberes y derechos de los padres y el menor, la vocación hereditaria y el apellido. El derecho de filiación guarda una relación fundamental con la dignidad de la persona, tanto del hijo a conocer su identidad como de los padres, siendo por este motivo que se regula de forma específica que la búsqueda de la verdad biológica admite todo tipo de pruebas, entre estas las de ADN. Como hemos visto, de la filiación se deriva la patria potestad y de esta la guarda y custodia que es compartida en los casos de separación de la pareja. La guarda y custodia se verá en todo momento limitada por el bienestar del menor, que es la piedra angular a la hora de determinar con qué progenitor debe convivir el menor. La guarda y custodia compartida, pero con alternancia de periodos en países distintos, es una fórmula que no compagina ni se apoya o favorece al bienestar del niño, ya que trasladarlo de forma continua de un país a otro nunca podrá ser lo mejor para este. Por lo tanto, lo ideal en estos casos sería que ambos progenitores se establecieran en el mismo país y, de este modo, que los días de visita se hagan de forma más sencilla. No obstante, en caso de que esto no sea posible, lo más beneficioso sería que se fijasen periodos vacacionales con el progenitor no custodio y convivencia continua con el custodio.

Por último, una de las cuestiones que en los últimos tiempos ha causado mayor alarma social es la sustracción de menores por sus padres. Cada vez es más común que, cuando tiene lugar una separación y uno de los padres ve privada su convivencia con el hijo, este opte por sustraerlo, sacándolo del país o no, pero sin el consentimiento del otro y privándolo así de su derecho de guarda y custodia. Hemos analizado los requisitos estipulados en el CP para que se dé el tipo y la relevancia que para este caso tuvo que el menor solo hubiera sido reconocido por uno de sus padres, lo que conllevó que no fuera de aplicación la figura delictiva. Por otra parte, hemos analizado los diferentes instrumentos internacionales que tenemos en la actualidad para dar solución a los casos de sustracción parental de un menor y, tal como ocurre con la configuración

del delito estatal, la internacional también tiene como requisito fundamental el hecho de que uno de los progenitores prive al otro de su derecho de guarda y custodia y que, a su vez, de forma proporcional se prive al menor del derecho de convivencia con sus padres. La filiación no solo es importante por los motivos que hemos desgranado anteriormente, también lo es en casos como el expuesto en este trabajo. Tanto la legislación nacional como los Convenios internacionales son instrumentos fundamentales para dar solución al problema de la sustracción y para poder lograr así el fin principal que es la protección del interés superior del menor.

## BIBLIOGRAFIA

- ACCEM, *La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral: Un estudio de aproximación a la realidad en España*, 2006. ISBN-13: 978-84-691-5557-8.
- ADAM MUÑOZ, M.<sup>a</sup> D., La nueva regulación de la filiación natural en el derecho internacional privado español. *Cuaderno de Derecho Transnacional*. 8 (2). 2016.
- AGUSTÍN-JESUS PEREZ-CRUZ M. et. Al., *Derecho Procesal Penal*. 1<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. ISBN: 9788413555478.
- ALASCIO CARRASCO, L., La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC). A propósito de la sentencia de 1 de octubre de 2010. *Revista para el análisis del derecho*. Universitat Pompeu Fabra. 2011 (2). ISSN-e 1698-739X.
- CALLEJÓN HERNÁNDEZ, C., *El delito de sustracción de menores*. Madrid: Dykinson, 2021. ISBN: 978-84-1377-760-3.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, Recomendación 66/1999, de 17 de noviembre, sobre sustracción y secuestro internacional de menores por uno de sus progenitores, Boletín Oficial Cortes Generales, 17 de noviembre de 1999, n<sup>o</sup> 69, p. 51.
- ESPINAR VICENTE, J.M., El concepto de residencia habitual en el sistema español de derecho internacional privado. *Revista de Derecho Privado*. 1980. pp. 3-27. ISSN: 0034-7922.
- FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*. Madrid: La Ley-Actualidad S.A. 1<sup>a</sup> ed., 2005. ISBN: 9788497255875.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Segundo semestre 2019. Boletín de Jurisprudencia. Trata, explotación sexual, prostitución, explotación laboral.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 5/2011 de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración. Doctrina de la Fiscalía General del Estado. (FIS-C-2011-00005).
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 02/2006, de 27 de julio, sobre aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España. Doctrina de la Fiscalía General del Estado. (FIS-C-2006-00002).
- GARCÍA SEDANO, T., *El delito de trata de seres humanos, artículo 177 bis, especial análisis de la finalidad de imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o practicas similares a la esclavitud, a la servidumbre y a la mendicidad*. [Tesis Doctoral inédita]. Universidad Carlos III de Madrid, 2017.
- GARCÍA SEDANO, T., La reforma del Código Penal español motivada por la trasposición de la directiva 2011/36, sobre prevención y lucha contra la trata de seres humanos y protección de las víctimas. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*. N<sup>o</sup> 8. pp. 118-142. 2017. ISSN 1989-8754.
- GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*. 1<sup>a</sup> ed. Ediciones Jurídicas Castillo de Luna. UNED, 2015. ISBN: 978-84-942764-4-6.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., El delito de tráfico de personas para su explotación sexual. *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. ISBN 84-8442-459-6.
- HERNÁNDEZ RUEDA, M.<sup>a</sup> D., La posición de las víctimas en el delito TSH en el proceso penal. Curso del delito de trata de seres humanos: El derecho y la esclavitud del S.XXI del CGPJ. *Cuadernos digitales de formación*. 2017, (56).
- DIAZ PICAZO, L. y GUILLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Derecho de la familia y Derecho de sucesiones*. Vol. IV, 11<sup>a</sup> ed. Madrid: Tecnos, 2012. ISBN: 978-84-309-4433-0.

- LASARTE ALVAREZ, C., *Derecho de Familia: Principios de Derecho Civil IV*. 5ª ed. Madrid, Marcial Pons, 2006. ISBN: 8497683730.
- LE GOFF, H. y LOTHAR WEISS T., *La trata de personas en México. Diagnóstico sobre la asistencia a las víctimas*. 1º ed., 2011. ISBN: 978-92-9068-611-8.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Vol. IV. 5ª ed. Edisofer. 2016 ISBN: 978-84-15274-56-2.
- MARTINEZ DE CAREAGA GARCIA, C., et. al., *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos*. 1ª ed. Madrid, 2018.
- MIRALLES SANGRO, P.P., *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España. Especial consideración del Convenio de la Haya de 1980*. Ministerio de Asuntos Sociales. Madrid, 1989. ISBN: 84-7850-001-4.
- MONTON GARCÍA, M., *La sustracción de menores por sus propios padres*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. ISBN: 9788484428503.
- MUÑOZ CONDE, F., *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. 20ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. ISBN: 8491190589.
- MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del Delito*, 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. ISBN: 9788484429845.
- PÉREZ VERA, E., *Informe explicativo del Convenio. Núm. XVIII de la Conferencia de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores de 25 de octubre de 1989*. Traducción en Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Suplemento al núm. 1865 de 15 de marzo de 2000.
- PÍAS GARCÍA, E., *Funcionamiento de la autoridad central española en la aplicación de los convenios relativos a la sustracción internacional de menores. Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, 2004. ISBN: 84-7879-865-X, pp. 73-80.
- PINTO ANDRADE, C., *La custodia compartida*. Barcelona: Bosh, S.A, 2009. ISBN: 9788497904766.
- POMARES CINTAS, E., *El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral*. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, (13), pp. 1-31. ISSN 169-0194.
- QUESADA GONZÁLEZ, M.ª C., *La prueba del ADN en los procesos de filiación*. *Anuario de derecho civil*. 2005, 58 (2). ISSN 0210-301X. pp. 493-594.
- RIVES SEVA, A. P., *La prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*. 5º ed. Navarra: Aranzadi. 2011. ISBN: 849903036X.
- RODRIGUEZ LOPEZ, J. y ARRIETA IDIAKEZ, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación laboral en la legislación española*. Icade. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 2019, (107). ISSN: 2341-0841. pp. 1-24.
- ROMAN PUERTA, L., *La prueba en el proceso penal*. *Aldaba: revista del centro asociado a la UNED de melilla*. 1995 (24). pp. 47-80. ISSN 0213-7925.
- SUAREZ-QUIÑONES Y FERNANDEZ, J., *Las video-grabaciones como prueba en el proceso penal*. *Boletín del Ministerio de Justicia*. 2006, 60 (2024). ISSN-e :0211-4267.
- TORRES ROSELL, N., *Comentario al artículo 225 bis*. En: Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, 9º ed. 2016, ISBN: 978-84-9099-692-8.

TOUS SAMPOL, M<sup>a</sup>. M., El interés del menor en la guarda y custodia compartida. [Trabajo de Fin de Máster inédito]. Universitat de les illes Balears, 2014.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal Comentado, actualizado por las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*, Barcelona: Atelier, 2015. ISBN: 9788415690788.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2010. ISSN: 2530-6324. pp. 819-865.

## APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

### - **Jurisprudencia internacional y europea:**

Tribunal Internacional de Justicia. Caso Boll, entre los Países Bajos y Suecia. Sentencia de 28 de noviembre de 1958.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia núm. 73316/01 de 26 de julio de 2005. Caso Siliadin vs. Francia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia núm. 26766/05 de 15 de diciembre de 2011. Caso Al-Khawaja y Tahery.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Caso trabajadores de la hacienda Brasil verde vs. Brasil.

### - **Jurisprudencia extranjera:**

Alemania. Sentencia de 23 de febrero de 1975 del “Oberlandsgericht de Stuttargd”.

Belgica. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia núm. 7906/77 de 24 de junio de 1982. Caso Van Droogen Broeck.

Holanda. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia núm. 11454/85 de 20 de noviembre de 1989. Caso Koslovski. (ECLI:CE:ECHR:1989:1120JUD001145485).

### - **Jurisprudencia española:**

#### o **Tribunal Constitucional:**

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 114/1984 de 29 de noviembre (ECLI:ES:TC:1984:114).

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 231/1988 de 2 de diciembre (ECLI:ES:TC:1988:231).

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 107/1989 de 8 de junio (ECLI:ES:TC:1989:107).

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 190/1992 de 1 de noviembre (ECLI:ES:TC:1992:190).

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 142/1993 de 22 de abril (ECLI:ES:TC:1993:142).

España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 29/2005 de 14 de febrero (ECLI:ES:TC:2005:29)

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 138/2005 de 26 de mayo (ECLI:ES:TC:2005:138)

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 273/2005 de 27 de octubre (ECLI:ES:TC:2005:273)

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 52/2006 de 16 de febrero (ECLI:ES:TC:2006:52)

○ **Tribunal Supremo:**

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 6015/1995 de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:1995:6015)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 5861/1996 de 26 de octubre (ECLI:ES:TS:1996:5861)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1126/1996 de 24 de diciembre (ECLI:ES:TS:1996:7545)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 724/1998 de 5 de febrero (ECLI:ES:TS:1998:724).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 293/2004 de 8 de marzo (ECLI:ES:TS:2004:1546).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 5805/2013 de 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:5805).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 487/2014 de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:487)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 5215/2014 de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:5215).

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

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 824/2016 de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:824).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1303/2017 de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1303).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 301/2017 de 17 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1902)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1922/2017 de 27 septiembre (ECLI:ES:TS:2017:9208A)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 3389/2017 de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3389).

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

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 3804/2020 de 23 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3804).

○ **Tribunales Superiores de Justicia:**

España. Tribunal Superior de Justicia de Bilbao. Sentencia núm. 2441/2013 de 9 de abril (ECLI:ES:TSJVP:2013:2441).

○ **Audiencias provinciales:**

España. Audiencia Provincial de Valencia. Sentencia núm. De 2 de marzo de 1991 (ECLI

España. Audiencia Provincial de Valencia. Sentencia núm. 379/1999 de 22 de abril (ECLI:ES:APV:1999:2299)

España. Audiencia Provincial de Ceuta. Sentencia núm. 130/2000 de 13 de enero (ECLI:ES:APCE:2000:13).

España. Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia núm. 2233/2008 de 5 de marzo (ECLI:ES:APM:2008:2233A).

España. Audiencia Provincial de Tarragona. Sentencia núm. 126/2008 de 18 de marzo (ECLI:ES:APT:2008:286A).

España. Audiencia Provincial de Cádiz. Sentencia núm. 30/2011 de 22 de febrero (ECLI:ES:APCA:2011:30A).

España. Audiencia Provincial de Álava. Sentencia núm. 741/2013 de 11 de septiembre (ECLI:ES:APVI:2013:741).

España. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia núm. 11117/2014 de 15 de septiembre (ECLI:ES:APB:2014:11117).

España. Juzgado de lo Penal de Gran Canaria. Sentencia núm. 26/2016 de 15 de enero (ECLI:ES:JP:2016:26).

España. Audiencia Provincial de Valencia. Sentencia núm. 1222/2016 de 30 de marzo (ECLI:ES:APV:2016:1222).

España. Audiencia Provincial de Vizcaya. Sentencia núm. 2425/2016 de 27 de diciembre (ECLI:ES:APBI:2016:2425).

España. Audiencia Provincial de Baleares. Sentencia núm. 271/2017 de 22 de febrero (ECLI:ES:APIB:2017:271).

España. Audiencia Provincial de Girona. Sentencia núm. 735/2017 de 10 de julio (ECLI:ES:APGI:2017:735A).

España. Audiencia Provincial de Oviedo. Sentencia núm. 1/2019 de 11 de enero (ECLI:ES:APO:2019:1).

España. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia núm. 590/2019 de 23 de septiembre (ECLI:ES:APB:2019:13046)

España. Audiencia Provincial de Burgos. Sentencia núm. 870/2020 de 10 de octubre (ECLI:ES:APBU:2020:870).

España. Audiencia Provincial de Sevilla. Sentencia núm. 167/2021 de 26 de noviembre (ECLI:ES:APSE:2021:167).



## APÉNDICE LEGISLATIVO

### - **Legislación internacional:**

Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y practicas análogas a la esclavitud, de 1956. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1967, nº 311, pp. 17951-17953.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Boletín Oficial del Estado, 30 de abril de 1977, nº 103, pp. 9337-9343.

Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. Boletín Oficial del Estado, 24 de agosto de 1987, nº 202, pp. 26099-26105.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Boletín Oficial del Estado, 31 de diciembre de 1990, nº 313, pp. 38897-38904.

Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. Boletín Oficial del Estado, 6 de mayo de 1999, nº 108.

### - **Legislación europea:**

Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980. Boletín Oficial del Estado, 1 de septiembre de 1984, nº 210, pp. 25291-25295.

Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. Boletín Oficial del Estado, 1 de agosto de 2002, nº 203, pp. 1-4.

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. Boletín Oficial del Estado, 11 de diciembre de 2003, nº 296, pp. 44083 a 44089.

Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Boletín Oficial del Estado, 10 de septiembre de 2009, nº 219, pp. 76453-76471.

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 y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. Boletín Oficial del Estado, 15 de abril de 2011, nº 101, pp. 1-11.

### - **Legislación española:**

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Boletín Oficial del Estado, 17 de septiembre de 1882, nº 260.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889, nº 206.

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, nº 311.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, 2 de julio de 1985, nº 157.

LO 19/1994 de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales. Boletín Oficial del Estado, 24 de diciembre de 1994, nº 307.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, nº 281.

Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997. Boletín Oficial del Estado, 25 de junio de 1997, nº 151, pp. 19583-19587.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 8 de enero de 2000, nº 7.

Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de la Comunidad de Valencia. Boletín Oficial del Estado, 25 de abril de 2011, nº 98.

Ley 41/2015 de 24 de abril, el Estatuto de la Víctima del Delito. Boletín Oficial del Estado, 28 de abril de 2015, nº 101.