



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

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

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

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

ALUMNO: FELIPE ERNESTO TUGORES PÉREZ

TUTORA: EVA MARÍA SOUTO GARCÍA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO: 2021/2022

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	3
I. SUPUESTO DE HECHO	4
II. INTRODUCCIÓN	6
III. ¿CÚAL ES LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS REALIZADOS POR RAQUEL? ¿QUÉ CONSECUENCIAS PENALES, SI LAS HUBIERE, PODRÍAN LLEGAR A DERIVARSE PARA RAQUEL DE LOS HECHOS DESCRITOS EN EL SUPUESTO?	7
III.1 Delito de trata de seres humanos y delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros	7
III.2 Delito de trato degradante	13
III.3 Delito de amenazas y delito de coacciones	15
III.4 Delitos contra los derechos de los trabajadores	16
III.5 Consecuencias penales de la conducta de Raquel	19
IV. ¿QUÉ ÓRGANO ES COMPETENTE PARA CONOCER DEL DELITO COMETIDO POR RAQUEL? ¿LAS GRABACIONES QUE ALEJANDRA HIZO CON LA CÁMARA DEL MÓVIL SON UN MEDIO DE PRUEBA VÁLIDO?	26
IV.1 Determinación de la competencia. Competencia objetiva, funcional y territorial	26
IV.2 Validez de las grabaciones del móvil de Alejandra como medio de prueba	28
V. ¿ES POSIBLE QUE NO CONSTEN EN LAS DILIGENCIAS LOS DATOS PERSONALES DE ALEJANDRA, SU DOMICILIO, NI CUALQUIER OTRO DATO QUE PUDIERA SERVIR PARA SU IDENTIFICACIÓN? ¿SERÍA FACTIBLE EN ESTE CASO QUE ALEJANDRA COMPAREZCA UTILIZANDO PROCEDIMIENTOS QUE IMPOSIBILITEN SU IDENTIFICACIÓN VISUAL?	32
VI. CUANDO JOSÉ SE ENTERA DE QUE TIENE UN HIJO, EL MENOR TIENE CASI CUATRO AÑOS. ¿TIENE DERECHO JOSÉ A RECLAMAR LA PATERNIDAD DE JUAN? ¿ES POSIBLE LA SOLICITUD DE JOSÉ SOBRE LA GUARDIA Y CUSTODIA POR PERÍODOS ANUALES EN DISTINTOS PAÍSES?	34
VI.1 Derecho de José a reclamar la paternidad de Juan	34
VI.2 Posibilidad de establecer un régimen de guarda y custodia compartida por períodos anuales en países distintos	35
VII. ¿PODRÍA SER CONSTITUTIVO DE DELITO EL HECHO DE QUE ALEJANDRA SACARA AL MENOR DE NICARAGUA SIN AUTORIZACIÓN DE JOSÉ, AUNQUE NO ESTUVIERA ESTABLECIDA LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL?	38
VIII. CONCLUSIONES	40
IX. BIBLIOGRAFÍA	42
X. APÉNDICE LEGISLATIVO	44
XI. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	44

LISTADO DE ABREVIATURAS

CP: Código Penal

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

LOEX: Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

FGE: Fiscalía General del Estado

ET: Estatuto de los Trabajadores

SS: Seguridad Social

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

LECrim: Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

MF: Ministerio Fiscal

CE: Constitución española

LEVD: Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito

LOPTPCC: Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales

CC: Código Civil

LOPJM: Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil

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 2 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

Las variadas cuestiones que presenta el caso práctico llevarán a un estudio detallado de distintas ramas jurídicas, de forma que se pueda dar respuesta a distintas controversias suscitadas en áreas tales como el Derecho penal, el Derecho procesal o el Derecho civil; así como otras ramificaciones de las mismas que será menester abordar para resolver las cuestiones planteadas por el supuesto de hecho.

Se tratarán, en primer término, cuestiones relacionadas con la trata de seres humanos y otros ilícitos del orden penal, que sin duda llevarán a un análisis pormenorizado de las partes general y especial del área penal, en la medida en que se procederá a un análisis de la supuesta conducta antijurídica que habrá de ser subsumible en tipos penales concretos.

Asimismo, ocupan un papel destacable en las cuestiones a las que se habrá de dar respuesta, aquellas concernientes al Derecho procesal, que, tal y como afirma Cortés Domínguez (2019, p. 23), no es otro que aquel que está integrado por las normas reguladoras de los requisitos y los efectos del proceso.

Las líneas del presente trabajo también versarán sobre instituciones heterogéneas del Derecho civil, tales como son la filiación extramatrimonial o la guardia y custodia. Con el estudio de las mismas se realizará un exhaustivo repaso de materias como el Derecho de la persona o el Derecho de familia, y sus interacciones con otras áreas jurídicas tales como el Derecho internacional.

En definitiva, a lo largo de este trabajo lo que se pretende es dar respuesta a las cuestiones planteadas por el mismo, partiendo en numerosas ocasiones de un análisis de los conceptos de la materia concreta, para después lograr explicar de forma comprensible las diferentes particularidades que el supuesto de hecho suscita; particularidades que no hacen sino mostrar un reflejo de distintos problemas que están presentes en la vida de las personas y que, por tanto, el Derecho debe estudiar y solucionar.

En aras de este fin, se emplearán para la resolución de este caso, tanto artículos bibliográficos como doctrinales, así como legislación vigente y jurisprudencia aplicable al supuesto de hecho.

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

A continuación, se procederá a realizar una evaluación, desde la perspectiva penal, de la conducta de Raquel Benítez. Para ello, se procederá en primer lugar a un breve estudio del delito de trata de seres humanos, en la medida en que, *a priori*, la conducta de Raquel es subsumible en este tipo; para después analizar la diferencia entre éste y los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, con los que guarda una estrecha relación. A continuación, se estudiará la posible concurrencia en la conducta de Raquel de otras figuras delictivas que se habrán de abordar para la correcta resolución del caso.

III.1 Delito de trata de seres humanos y delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros

El tipo básico del delito de trata de seres humanos viene recogido en el art. 177 *bis* de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP), en el Título VII *bis* (De la trata de seres humanos) del Libro II (Delitos y sus penas) del CP, que regula los delitos y sus penas. La posición que ocupa el delito de trata de seres humanos en el CP aporta una idea del bien jurídico protegido por este artículo, que no es otro que “la dignidad de las personas tratadas y su libertad, como derechos esenciales del ser humano” (Esquinas Valverde, 2021, p. 161).

Resulta fundamental mencionar a estas alturas la definición del delito de trata de seres humanos que se puede extraer del propio artículo 177 *bis*.1 del CP. De esta forma se castiga como reo de este delito a aquel “que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas”, con cualquiera de los distintos fines de explotación que enumera el propio precepto.

Así, nos encontraremos en numerosos casos ante conductas realizadas por una pluralidad de sujetos, en distintos momentos y lugares, con el fin de explotar a la persona objeto de la trata. Además, merece especial atención la mención de unos medios comisivos concretos (violencia, intimidación, engaño, abuso de situación de superioridad o necesidad) sin la presencia de los cuales, al menos de uno de ellos, no se podrá apreciar la existencia de este delito.

Los distintos fines de explotación a los que puede ser sometido el sujeto pasivo de este delito son los que enumera el propio art. 177 *bis*. 1 del CP, sin embargo en nuestro caso nos centraremos en el primero de ellos, que contempla la trata con fines de explotación laboral, ya que resulta fácil descartar que Raquel incurriese con su conducta en alguno de los otros cuatro tipos de explotación que enumera el precepto (a saber: explotación sexual, para realizar actividades delictivas, para la extracción de órganos o para la celebración de matrimonios forzados).

La sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 29 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1229) completa la definición del CP aportando una enumeración de elementos típicos integrantes de la conducta criminal de trata de seres humanos, que se

sintetizan en las siguientes líneas. En primer lugar, afirma que existe una fase de captación, en la que se atrae al sujeto pasivo con el fin de controlar su voluntad y explotarla, y que está caracterizada por la habitual presencia de engaño o coacción sobre la víctima. En segundo lugar se encuentra la fase de traslado, entendida como el movimiento de una persona (por parte de otra) de un lugar a otro empleando cualquier medio. En esta fase se torna relevante la noción del desarraigo, consistente en que la víctima es apartada del lugar donde vive o se ha criado y donde radican sus vínculos afectivos. El desarraigo se materializa, pues, con el traslado de la víctima al lugar donde es explotada; lo que abre la puerta a la siguiente y última fase: la de explotación, cuyos caracteres varían según el fin de explotación de que se trate.

Por su parte, el artículo 318 *bis* del CP, el único que integra el Título XV *bis*, regula los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. La modalidad básica de este delito, en la que nos centraremos a continuación, contenida en el primer apartado del precepto; castiga la conducta de quien, de forma intencionada, ayude a una persona no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través de él, vulnerando con dicha conducta la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros.

Al respecto, la STS de 24 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2572) considera, acerca de este delito de ayuda intencional de la inmigración ilegal, que ésta “se produce con infracción de la normativa reguladora del tema, sin que existan razones materiales para negar la punición cuando la entrada se produce con una falsa apariencia de legalidad”. En este mismo sentido, tal y como señala la STS de 28 de enero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:202), “el tráfico ilegal no es sólo el clandestino, sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad”. Lo que se sostiene en los extractos que se vienen de reproducir, es que el art. 318 *bis*. 1 contempla tanto la entrada ilegal, como la entrada con apariencia de legalidad y la entrada legal que deviene ilegal posteriormente. Esta misma resolución de 2014 señala, precisamente, que la legislación a la que se habrá de atender en lo relativo a entrada o tránsito de extranjeros son los arts. 25 y ss. de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEX).

También en relación con este art. 318 *bis*, es cierto que algunas de las conductas típicas en él recogidas se asemejan a ilícitos de naturaleza administrativa (arts. 50 y ss. LOEX), con lo que resulta que en no pocas ocasiones se habrá de deslindar, al analizar un comportamiento; si además de ser constitutivo de una infracción administrativa, puede considerarse delictivo (*vid.* STS de 20 de octubre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:4501). En esta sentencia también se afirma que “la acusación que impute el delito del artículo 318 *bis*. 1 del Código Penal habrá de identificar, no solamente la conducta probada, sino la concreta infracción administrativa y la razón por la que ésta adquiere relevancia penal más allá de una antijuridicidad meramente administrativa”. Todo lo que se acaba de expresar habrá pues de ser necesariamente observado cuando se examine la conducta de Raquel y su adecuación a lo contenido en uno o varios preceptos.

En cuanto a las diferencias entre el art. 318 *bis*. 1 CP y el delito de trata de seres humanos, una de ellas estriba en el bien jurídico protegido por cada uno de ellos. Mientras que, como se ha apuntado con anterioridad, el delito de trata persigue la protección de la dignidad humana, lo cierto es que todas las modalidades delictivas contempladas en el art. 318 *bis*, tal y como afirma la resolución citada de julio de 2019, tutelan la protección

del “interés social de controlar los flujos migratorios y en la libertad, la seguridad y la dignidad de los inmigrantes trasladados a España”.

Dicha sentencia no se limita a expresar esta diferencia, sino que apunta otras como la que reside en la nacionalidad de la persona trasladada en uno y otro delito. Mientras que el delito de trata puede ser cometido sobre cualquier persona, la persona migrante en los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros habrá de ser siempre un extranjero no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea. Asimismo, la STS de 24 de julio de 2019, mencionada más arriba; señala que en el delito de trata la vulneración de la normativa sobre extranjería no es un elemento típico de la conducta, caso contrario a lo que sucede con aquella que tipifica el art. 318 bis CP.

A continuación, se procederá al análisis de la conducta de Raquel, para determinar a cuál se ajusta más de entre los dos tipos delictivos que se acaban de explicar. En primer término, se estudiará si casa con lo dispuesto en el art. 177 bis, para finalizar analizando su posible subsunción como delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Primeramente, se puede observar que se cumple la primera condición que enuncia el art. 177 bis.1 del CP: que la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de la persona, así como el intercambio de control sobre la misma; se produzca desde España, en tránsito o con destino a ella, ya que Raquel acoge en España a Alejandra y a su hijo en Santiago de Compostela, por lo que no caben dudas a este respecto.

Por otro lado, la conducta típica objetiva expuesta en el párrafo anterior habrá de tener necesariamente un fin de explotación de diversa índole. En concreto, se podría catalogar la explotación a la que es sometida Alejandra junto a su hijo, como se señaló previamente, de la modalidad que recoge el apartado a) del art. 177 bis.1, como se explicará a continuación.

Para ello, se deben estudiar qué conductas identifican los tribunales como constituyentes de este tipo de explotación que contempla el art. 177 bis. 1.a) del CP, tarea que resulta harto complicada dada la parquedad del CP a la hora de definir estos conceptos (imposición de trabajo o servicios forzados, esclavitud y prácticas similares a la misma, a la servidumbre o a la mendicidad), ya que en todo el entramado penal no existe ningún tipo que haga referencia a los mismos. A este respecto, García Sedano (2017, p. 308), ha señalado que el objetivo de este apartado del precepto no consiste en sancionar la finalidad de la explotación laboral en su vertiente económica, es decir, la apropiación del valor del trabajo de la víctima, sino que se pretende castigar aquella clase de explotación laboral que cree una situación de disponibilidad total sobre la persona tratada.

De esta manera, y a la luz de la conducta posterior que muestra Raquel para con Alejandra, se puede afirmar que la intención de la primera es precisamente la que se ha señalado, la de ostentar una disponibilidad absoluta sobre Alejandra (sin permitirle salidas del domicilio, ni percibir salario por su trabajo, negándole el descanso e infundiéndole miedo con humillaciones y amenazas). Si el fin de la conducta de Raquel hubiese sido la mera explotación laboral, entendida ésta como una pura restricción de los derechos que asisten a los trabajadores, no se podría apreciar la existencia de trata en este supuesto, tal y como ha sucedido, entre otros casos, en la sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, SAP) de Vizcaya, de 22 de enero de 2021 (ECLI: ES:APBI:2021:31).

En cuanto a los medios comisivos, resulta también un hecho probado a la luz del supuesto que la captación que realiza Raquel tiene lugar empleando, por un lado, el engaño (con la falsa promesa de un empleo que mejoraría su situación económica) y, por

otro, el abuso de una situación de necesidad (dado que Alejandra se encontraba sin trabajo, en una precaria situación económica, con un hijo al que mantener), teniendo en cuenta que el propio CP contempla que tendrá lugar esta situación cuando la persona en cuestión no cuente con otras alternativas – reales o aceptables – que someterse al abuso de dicha situación. En este caso, se puede identificar esta situación con la que vivía Alejandra al tiempo de la propuesta de Raquel, al encontrarse la primera en paro y con un hijo de apenas 3 años a su cargo.

También se debe prestar atención al abanico de conductas – captación, transporte, traslado, acogida, recepción – que contempla el precepto del tipo básico del delito de trata. A este respecto, resulta de sumo interés la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011, de 2 de noviembre sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración (en adelante, Circular FGE 5/2011).

La captación - la cual la Circular FGE 5/2011 entiende que se produce en el lugar de residencia de la persona objeto de trata y que habrá de estar orientada a la sustracción de la víctima de su entorno más inmediato para ser desplazada-, tal y como se recoge en el supuesto, se produce a través de unos vecinos de la localidad nicaragüense en la que reside Alejandra, que son quienes la ponen en contacto con Raquel, ya que ésta última busca una persona que trabaje en el servicio doméstico de su domicilio en España. Así, se presentan una dualidad de agentes: por un lado, Raquel, y por otro lado los vecinos que propician el contacto entre ella y Alejandra. Lo cierto es que con la información expuesta en el caso no se puede afirmar que los vecinos desarrollosen una labor de captación en los términos descritos por la Circular FGE 5/2011, puesto que realizaron una mera puesta en contacto, pero no hay certeza alguna de que ésta haya estado orientada a la sustracción de la víctima de su entorno.

Por el contrario, resulta mucho más cabal afirmar que la conducta de Raquel encaja con este este elemento del tipo de trata. Raquel concierta una videollamada con Alejandra, en la que le promete un trabajo bien remunerado que mejorará la situación económica en la que se encuentran ella y su hijo, y se ofrece a sufragar los gastos del viaje hasta que Alejandra se lo pueda pagar con su salario. Existen numerosas sentencias en las que se produce una situación similar con fines de explotación, donde se capta a la víctima de trata con una promesa falsa de empleo. Un ejemplo similar lo encontramos en la STS de 9 de abril de 2015, (ECLI: ES:TS:2015:1502), un caso en que la captación - esta vez con fines de explotación sexual - se produjo también con una falsa oferta de empleo doméstico.

En cuanto al traslado o transporte de la persona víctima de trata, también la Circular FGE 5/2011 consigue arrojar un poco de luz acerca de qué se debe entender por estas conductas, que habrán de ser diferenciadas. Mientras el transporte consiste, simplemente, por sí o por tercero(s), en llevar a la víctima de un punto físico a otro, empleando cualquier tipo de vehículo; el traslado tiene lugar cuando la persona que es transportada carece de decisión por haber sido sometida a violencia, intimidación o situación de abuso.

Tras esta breve distinción ¿Raquel transporta o traslada a las víctimas? Tal y como se señaló antes, parece claro que Raquel abusa de la situación de necesidad de Alejandra y su hijo. Por tanto, se puede afirmar que Raquel trasladó a las víctimas al haber abusado de su delicada situación.

Precisamente en relación con esta idea de la distinción entre traslado y transporte adquiere relevancia el tercer apartado del art. 177 *bis* CP, que dispone que: “El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo”. En el caso que nos ocupa, si bien es cierto que no se recurre a la violencia e intimidación, como se ha apuntado antes sí que están presentes el engaño (entendido por la Circular FGE 5/2011 como cualquier fraude o maquinación fraudulenta suficiente para viciar la voluntad de la víctima) y el abuso de situación de necesidad, por lo que, pese a que Raquel no es coaccionada a viajar a España, su consentimiento se torna irrelevante por haberse producido empleando algunos de los medios que prevé el art. 177 *bis*.1 CP.

Asimismo, se debe apreciar en el comportamiento de Raquel otra de las conductas que castiga el tipo básico del delito de trata de seres humanos, la acogida de la víctima con fines de explotación de diversa índole. La acción de acoger es entendida por la Circular FGE 5/2011 como la conducta consistente en - temporal o definitivamente -, dar aposento “a las víctimas tratadas en el lugar de destino donde piensa realizarse la dominación o explotación planificada”. Es evidente que el comportamiento de Raquel se ajusta totalmente a estos parámetros, al dar acogida a Alejandra y a su hijo en su casa de Santiago de Compostela, lugar donde tendrá lugar la explotación planeada.

En último lugar se ha de reparar en la conducta desplegada por parte de Raquel hacia el hijo de Alejandra, que también merece ser comentada. El art. 177 *bis*. 2 CP establece que, aunque no se recurra a los medios comisivos típicos (violencia, intimidación, engaño, abuso de superioridad, necesidad o vulnerabilidad), se entenderá que existe trata cuando se cometa alguna de las conductas típicas (captar, transportar, trasladar, acoger o recibir, incluido el intercambio o transferencia de control sobre la víctima) sobre menores con fines de explotación. Efectivamente, en nuestro supuesto Raquel ha acogido y trasladado al hijo de Alejandra, pero no existe dato fáctico alguno que pruebe que estas conductas estaban orientadas a explotar al menor, por lo que no se puede afirmar que Raquel haya cometido delito de trata sobre éste.

Con la mención al hijo de tres años de Alejandra, se trae a colación un aspecto de suma relevancia para finalizar el estudio del art. 177 *bis* CP. Tras analizar la conducta típica del tipo básico del primer apartado, nuestro estudio del precepto se debe ampliar hasta el punto de discutir si la conducta de Raquel puede ser asimismo constitutiva de alguno de los subtipos agravados o especiales (v. gr., comisión del delito previéndose de condición pública, pertenencia a grupos criminales, el caso de que el responsable fuese una persona jurídica... etc.) previstos por el artículo. Más adelante, cuando se comente lo relativo al delito de trato degradante, se hablará también de su relación con el subtipo agravado de la trata consistente en la puesta en “peligro de la vida o la integridad física o psíquica” de la víctima. Pero ahora, lo cierto es que, a la luz del relato fáctico enjuiciado; no se puede apreciar que el comportamiento de Raquel sea constitutivo de ninguno de los subtipos que son enumerados a lo largo del artículo. De hecho, el subtipo agravado del apartado 4. b), que es aquel que impone la pena superior en grado cuando la persona sujeta a trata fuese especialmente vulnerable o menor de edad; y del que cabría considerar su aplicación al supuesto, debe quedar rápidamente descartado en virtud de las conclusiones extraídas del párrafo anterior. Recuérdese que no cabe afirmar en el caso de Juan, el hijo de Alejandra, que fuese sometido a trata. Es por todo ello que cabe concluir este análisis, ahora sí completo, del art. 177 *bis*, afirmando que la conducta de Raquel es constitutiva “solamente” del tipo básico del delito de trata de seres humanos.

Tras este exhaustivo examen de la adecuación o no del supuesto a las conductas contempladas por del delito de trata de seres humanos, no debe quedar en el olvido el anteriormente explicado art. 318 *bis*. 1 CP, regulador del delito de facilitación de entrada o tránsito de extranjeros. Si bien cierto es que la conducta enjuiciada, como acabamos de ver, se ajusta plenamente a las exigencias del art. 177 *bis*, resulta asimismo interesante explicar brevemente su posible subsunción en el otro tipo penal que entra en juego.

Como se ha señalado, para apreciar la vulneración de la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, habrá de estarse a lo dispuesto en la LOEX; el cuerpo legal de referencia en lo que a esta materia se refiere. En el art. 25 de la misma se obliga al extranjero que pretenda entrar en España a hacerlo por los puestos habilitados, con pasaporte o documento de viaje acreditativo de su identidad, así como presentar los documentos que justifiquen objeto y condiciones de su estancia y acreditar la disponibilidad de medios de vida suficientes para el tiempo que ésta dure o su condición legal para obtenerlos. En su art. 25 *bis*. 2 se contemplan los diferentes tipos de visado con los que pueden contar los extranjeros que se propongan entrar en España. En el caso de Alejandra y su hijo, es un hecho probado que acceden a nuestro país como turistas, es decir, con un visado de estancia (art. 25 *bis*. 2. b)), que habilita para permanecer un máximo de 90 días en nuestro territorio. Sin embargo, también es cierto que Alejandra viene a nuestro país para trabajar y que lo hace, al menos, durante 5 meses después de su llegada. Para esos casos, el mismo precepto de la LOEX, esta vez en su apartado d), exige un visado de residencia y trabajo, que le permitirá al extranjero residir y trabajar en España durante un período máximo de 3 meses, tiempo en el que deberá ser dado de alta por el empleador en la Seguridad Social (en adelante, SS), tornándose eficaz su autorización de residencia y trabajo. Por su parte, hay que señalar que también se infringe la legislación en relación con la entrada del hijo de Alejandra, puesto que entra con un visado de turista (situación de estancia, art. 30 LOEX) pero permanece más de 90 días, por lo que precisará de una prórroga de estancia o un permiso de residencia, tal y como establece este artículo.

El tenor literal de la STS de 2 de julio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4223), afirma que “quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que así resultan burlados, incurre en ilícito penal, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente”. Siendo así, la conducta de Raquel, que intencionadamente ayudó a entrar a España a dos personas, pagándoles por adelantado los gastos del desplazamiento desde Nicaragua, con visados distintos a los que la ley exige en su caso (entraron como turistas con expectativas de permanecer más tiempo del permitido), no dio de alta en la SS a un trabajador extranjero e hizo permanecer a dos extranjeros en situación irregular en nuestro país; constituye una manifiesta vulneración de la legislación en materia de entrada y tránsito de extranjeros que se ajusta plenamente a lo dispuesto tanto por el CP como por la LOEX. Es más, creo que resulta perfectamente cabal considerar que la vulneración de la legislación sobre la materia a la que se refiere el art. 318 *bis*, al afectar transversalmente a varios preceptos de la LOEX, constituye un perjuicio de la entidad suficiente como para que los tribunales consideren que existe delito más allá del ilícito administrativo. Es por estos motivos por los que se puede afirmar todas las garantías que Raquel incurre en este ilícito penal con su conducta, ya que a la luz del devenir de los hechos probados era plenamente consciente de que la situación de acceso de Alejandra no se correspondía con la realidad de su estancia, quedando a salvo la posibilidad de sancionar a ésta administrativamente.

En última instancia, se han de analizar los subtipos del art. 318 *bis* CP, bien especiales o de carácter agravado, que dada su redacción por el legislador penal; puedan ser susceptibles de ser aplicados al caso. Al igual que sucedió en el delito de trata de seres humanos, la aplicación de la mayoría de subtipos de este delito es fácilmente prescindible, sin embargo; un subtipo especial contenido en el segundo apartado del artículo castiga con la misma pena que recoge el primero a quien, con ánimo de lucro, ayude de forma voluntaria a un extranjero (no nacional de la UE) a permanecer en España, contraviniendo la legislación sobre estancia de extranjeros. La mención del ánimo de lucro también está presente como modalidad agravante del delito de ayuda a la entrada y tránsito de extranjeros (imponiendo la pena en su mitad superior), por lo que también será comentada.

En el orden penal, la idea del ánimo de lucro se ha venido interpretando de forma muy amplia y, tal y como afirma la SAP de Gipuzkoa de 13 de marzo de 2018 (ECLI:ES:APSS:2018:430), recopilando doctrina del TS; sostiene que el ánimo de lucro incluye, además de la intención del autor de obtener una ventaja patrimonial directa, conductas que constituyan “en general, cualquier ventaja o utilidad, ni siquiera de contenido económico estricto, incluso los fines meramente contemplativos o benéficos o la simple vanagloria o placer”. A mi humilde juicio, la conducta desplegada por Raquel tiene evidentemente un fin que encaja con estos términos, de aprovechamiento de una ventaja o utilidad (incluso se podría deducir la existencia de ventaja patrimonial, ya que desde el primer momento se apropió del salario de Alejandra alegando una deuda), por lo que se puede sostener que el ánimo de lucro está indudablemente presente. Por último, recuérdese que el subtipo con el que se introdujo este concepto hablaba, no de la ayuda a la entrada o tránsito, sino a la permanencia en España. En el caso de Alejandra, es obvio que Raquel promueve su permanencia, vulnerando así la legislación sobre estancia de extranjeros (le prohíbe salidas del domicilio y le retira la documentación, provocando que exceda los plazos que marca la LOEX en cuanto a la permanencia de extranjeros), y que tal conducta se realiza con ánimo de lucro. De esta manera, y ya que el ánimo de lucro ha estado presente tanto en la permanencia de Alejandra y su hijo como en su entrada en España, se puede sentenciar que Raquel incurre en dos delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: delito de ayuda intencional a la entrada (en su mitad superior, por la concurrencia de ánimo de lucro) de extranjeros y delito de ayuda intencional, con ánimo de lucro, a la permanencia de extranjeros. Las consecuencias penales de esta afirmación se analizarán con posterioridad.

Para continuar con el presente trabajo, se debe proceder asimismo al estudio de otras figuras delictivas en las que pueda haber incurrido Raquel con su conducta, para dilucidar con posterioridad las consecuencias penales que se derivan de ésta.

III.2 Delito de trato degradante

La integridad moral de las personas es una noción íntimamente ligada a la dignidad humana que defiende el delito de trata. Por ello, uno de los delitos que debemos analizar es el delito de trato degradante (contemplado en el art. 173.1. del CP), que preserva la integridad moral, entendida ésta como el derecho de todo ser humano a ser tratado de una forma digna. Así, este delito es cometido por quien inflaja a otra persona un trato degradante que menoscabe la integridad moral de la víctima. Este atentado contra la integridad moral, en términos por ejemplo de la STS de 22 de febrero de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:1086), estaría compuesto de los siguientes elementos: “a) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo. b) La concurrencia de un

padecimiento físico o psíquico. c) Que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona-víctima.”

Sin embargo, ¿qué entienden los tribunales por el tipo concreto de trato degradante del art. 173.1 CP? El carácter genérico del precepto que castiga esta conducta hace que la respuesta a esta cuestión sea un tanto confusa, pero la jurisprudencia ha venido delimitando desde hace años lo que se debe entender por este concepto jurídico indeterminado. Así, el alto Tribunal español ha venido exigiendo que para la apreciación de trato degradante estén presentes caracteres como la humillación o el envilecimiento, y que sean susceptibles de quebrantar la resistencia física o moral de la víctima, al causar en ella sentimientos de terror, angustia o inferioridad. (*vid. STS de 29 de septiembre de 1998, ECLI: ES:TS:1998:5480*).

En el supuesto que nos ocupa, la existencia del delito de trato degradante sólo puede ser constatada a través del examen de la conducta de Raquel, para comprobar que se cumplen los requisitos establecidos en sede jurisprudencial. De dicho examen se puede concluir que la conducta enjuiciada cumple estos parámetros que acabamos de mencionar en el párrafo anterior.

Sin ir más lejos, es una constante en la actitud que muestra Raquel hacia Alejandra la cosificación a la que es sometida esta última. La explotación laboral, patente en hechos probados tales como la negación del salario, la privación de descansos y de alimento alguno durante su excesivamente larga jornada laboral, las humillaciones a las que somete a Alejandra o las amenazas de denunciarla que profiere; es perfectamente susceptible de causar en Alejandra sentimientos de terror, inferioridad o angustia, que sin duda le causan padecimientos psíquicos o físicos y tienen la capacidad de doblegar su voluntad y de hacerla sentir humillada, como un ser despreciable (envilecida).

Para finalizar, hay que recordar que, tal y como se apuntó previamente, el delito de trato degradante que se acaba de apreciar merece traer a colación la agravante del delito de trata de seres humanos, aplicable cuando se haya “puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito”. La STS de 22 de febrero de 2005 citada unos párrafos más arriba hablaba de la concurrencia de un padecimiento físico o psíquico como integrante del trato degradante, por lo que cabría llegar a considerar la posibilidad de subsumir el delito de trato degradante dentro del subtipo agravado de trata del art. 177 bis. 4. a) CP. Sin embargo, el delito de trata de seres humanos abarca la realización de cualquiera de las conductas típicas con fines de explotación, pero la explotación en sí misma no forma parte del tipo penal, que se entiende consumado independientemente de que la explotación haya llegado a tener lugar. Así, habiéndose producido el trato degradante hacia Alejandra durante la fase de explotación laboral, considero que el padecimiento físico o psíquico que lo caracteriza tiene lugar fuera del ámbito de aplicación del delito de trata y que por tanto no ha existido la puesta en peligro que prevé este subtipo agravado. Esto lleva a que, en definitiva, no se pueda catalogar la conducta de Raquel como constitutiva de este subtipo agravado sino del tipo básico del delito de trata de seres humanos. Asimismo, la consecuencia de descartar el delito de trato degradante como integrante del subtipo agravado de trata por puesta en peligro de la víctima, no es otra que considerar que las consecuencias de dicho delito serán impuestas, en virtud del art. 177 bis. 9 CP, sin perjuicio de las que correspondan por el delito de trata. Ello supone, que ulteriormente, a la hora de determinar la pena, se habrá de estar a las reglas del concurso real.

Por otro lado, las amenazas que, a tenor del supuesto, fueron proferidas por Raquel no pueden ser consideradas como meros elementos integrantes de la conducta constitutiva de un delito de trato degradante, sino que remiten al enjuiciamiento de si las mismas son constitutivas de delito *per se* o incluso si eventualmente pueden integrar un delito de coacciones. Para ello, resulta fundamental explicar las diferencias entre uno y otro tipo, pues a menudo se hallan estrechamente relacionados.

III.3 Delito de amenazas y delito de coacciones

En primer lugar, el delito de amenazas que cabría considerar en este supuesto sería el recogido en el art. 171.1 CP, que regula las amenazas de un mal no constitutivo de delito, ya que el mal anunciado consiste en una denuncia a la policía y por tanto, no es una conducta constitutiva de delito de las que enumera el art. 169, a saber, delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico. Es menester recordar que, para apreciar la existencia de este tipo de amenazas, la amenaza habrá de ser condicional y dicha condición no podrá consistir en una conducta debida.

Por su parte, el delito de coacciones que entraría a colación en este caso sería el del tipo básico que contempla el art. 172.1 CP. Este precepto castiga la conducta de quien, con violencia y sin estar legítimamente capacitado para ello, impidiese a alguien hacer lo que la ley no prohíbe o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea esto justo o injusto.

La habitual presencia de amenazas en conductas catalogadas como delitos de coacciones, así como la aceptación por parte de la jurisprudencia en los últimos años de la violencia psíquica, junto a la física, como medio comisivo de las coacciones; ha provocado que la línea que diferencia a éstas de las amenazas sea sumamente fina. En esta línea, el propio Tribunal Supremo, en sentencias como la STS de 17 de julio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4099), reconoce que la “vis o fuerza empleada por el sujeto activo del delito de coacciones no sólo comprende los casos de violencia física como tal, sino que incluye cualquier ataque a la voluntad de la víctima, pues con ello también se limita su libertad”. Asimismo, otras resoluciones como la STS de 21 de mayo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:3283), afirman que “el núcleo central de la conducta consiste en imponer con violencia una conducta a otro a través de diversas modalidades de actuación, la violencia física, la psíquica y la denominada violencia en las cosas”. En cuanto a esta interpretación extensiva, Muñoz Conde (2021, p. 162), sostiene que, pese a que en un principio un sector doctrinal y jurisprudencial solo admitía la violencia física; en la actualidad existe unanimidad en cuanto a la cabida en el tipo también de las intimidaciones personales y de la ya señalada violencia en las cosas. Además, como elementos integrantes del tipo se hace mención de que dicha violencia tenga el “el ánimo tendencial consistente en un deseo de restringir la libertad ajena, como se deriva de los verbos impedir y compeler”. De esta forma, la violencia desplegada, sea de la modalidad que sea, habrá de revestir los caracteres que se han explicado para afirmar que integra el delito de coacciones.

La jurisprudencia también ha venido sentando la diferencia entre amenazas y coacciones, para lo cual, uno de los criterios más aceptados es el de la temporalidad, como bien afirma la resolución de 2013 mencionada en el párrafo anterior. Ésta entiende que las amenazas se caracterizan por el aplazamiento temporal del mal augurado, mientras que en las coacciones dicho mal alberga las notas de inminencia e inmediatez.

Apoyando esta línea se encuentra también la STS de 18 de marzo del 2000 (ECLI:ES:TS:2000:2183), que complementa la diferenciación entre ambas figuras

delictivas al sostener que las amenazas lesionan el proceso de formación de la voluntad, mientras que las coacciones atacan la voluntad de ejecutar lo ya decidido. No obstante, la aportación más significativa de esta sentencia es una enumeración de los requisitos que la Sala Segunda de nuestro alto Tribunal ha venido exigiendo para la apreciación de un delito de coacciones: “1º) una conducta violenta, ya material o física, ya de intimidación de carácter compulsivo que puede recaer tanto sobre quien es obligado a cambiar de conducta como sobre otras personas o sobre cosas de su uso o pertenencia, 2º) que esa conducta tenga la finalidad de impedir a alguien hacer algo no prohibido u obligarle a hacer algo que no quiera, 3º) que los agentes del hecho obren con ánimo tendencial de influir sobre la libre voluntad ajena, 4º) que esos agentes no estén legalmente autorizados para emplear intimidación o incluso violencia, 5º) que los actos en que se concrete su actuación sean ilícitos desde la perspectiva de la convivencia jurídica y social, y 6º) que esa conducta tenga una gravedad intensa o importante para distinguirla de las coacciones leves.”

Así las cosas, debemos examinar varios aspectos de la conducta de Raquel para determinar de forma definitiva el tipo delictivo ante el que nos encontramos. En primer término, se puede observar que Raquel amenaza con denunciar a Alejandra cuando ésta decide comunicarle que no desea seguir trabajando en las condiciones en las que se encuentra (sin cobrar, aumentando la deuda contraída, con jornadas excesivamente largas, privada de descansos y de comida). A tenor del criterio jurisprudencial recientemente expuesto, se puede observar que en este caso la conducta que pretende manipular la voluntad de Alejandra se produce cuando ésta ya ha decidido comunicar a Raquel que desea abandonar el puesto de trabajo; por tanto, la conducta de la última ataca la voluntad de ejecutar lo ya decidido – no lesiona el proceso de formación de la voluntad – lo que lleva a catalogar su conducta como constitutiva de un delito de coacciones, y no de amenazas.

Por otra parte, no se puede hablar propiamente de que el mal augurado por Raquel sea futuro como sucede en las amenazas. A la luz de la información expuesta en el caso, parece que, de tomar Alejandra la determinación de abandonar el trabajo, inmediatamente Raquel procederá a causarle el mal anunciado, denunciarla; con lo que están presentes los ya mencionados caracteres de imminencia e inmediatez, definitorios del delito de coacciones.

En último lugar, y en atención a la enumeración de requisitos para la apreciación de coacciones que hemos reproducido, aparentemente se cumplen todos ellos: en primer lugar, existe una intimidación por parte de Raquel hacia Alejandra, dicha intimidación pretende impedir a Alejandra hacer algo que no está prohibido, es decir, Raquel busca influir sobre la libre voluntad de Alejandra. Asimismo, Raquel en ningún caso está legitimada para ejercer dicha intimidación que coarte la voluntad de Alejandra, y su conducta, a ojos de la convivencia socio-jurídica es ilícita. Por último, la conducta de Raquel es lo suficientemente grave para descartar que estemos ante unas coacciones de carácter leve, puesto que no es subsumible en ninguno de los párrafos del art. 172.2 CP ni del apartado siguiente, encargados de regular esa clase de coacciones.

III. 4 Delitos contra los derechos de los trabajadores

Para completar el análisis de la conducta de Raquel a ojos del orden penal se debe analizar la eventual comisión por parte de ésta de delitos contra los derechos de los trabajadores. Antes de comenzar este análisis, resulta menester aclarar que existe una relación laboral entre Alejandra y Raquel, pues pese a la ausencia de contrato de trabajo

lo cierto es que están presentes las notas definitorias de las relaciones laborales asalariadas, sintetizadas en el carácter personal, voluntario, retributivo, dependiente y ajeno de las mismas (Cardona Rubert, 2021, p. 109).

Tras una lectura de los tipos contemplados en los arts. 311 a 318 CP, donde se integran esta clase de delitos, se prestará especial atención a una serie de figuras delictivas. La primera que se explicará será la imposición y mantenimiento de condiciones ilegales de trabajo o de SS, regulada en el art. 311.1º CP. Se hace mención expresa a unos medios comisivos concretos (engaño o abuso de situación de necesidad), a través de los cuales se impongan las antedichas condiciones.

La STS de 28 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3389) opina que la imposición habrá de entenderse como aquella situación generada por el sujeto activo, en la que la capacidad de reacción del perjudicado en defensa de sus derechos se ve suprimida". Cabe mencionar que, tal y como señala Piñol Rodríguez (2020, p. RB-18.2), aunque se haya apuntado a que la imposición habrá de tener lugar al tiempo de la contratación, también tienen cabida en el tipo aquellos perjuicios o restricciones que se produzcan en cualquier fase de la relación laboral. Continúa afirmando la antedicha sentencia que, para que la imposición sea penalmente relevante, "tiene que (...) verbalizarse a través de las dos vías que exige el tipo penal: el engaño o el abuso de situación de necesidad. El engaño es definido por la STS de 9 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2613) como la "utilización de algún ardid que lleve al empleado a asumir la prestación de su trabajo en condiciones que, de no mediar aquél, no habría aceptado". Por su parte, el abuso del estado de necesidad exige que el autor del delito sea consciente de la situación de la víctima y de que ésta acepta forzada la relación laboral, aceptando unas condiciones que en otra situación no hubiese aceptado. Por otro lado, la lesión de los derechos reconocidos legal, convencional o contractualmente; habrá de ser según el TS de la entidad suficiente como para no ser reparable por vía administrativa o judicial, aunque también se admite la lesión de menor intensidad cuando el trabajador no tenga acceso a estas vías por la situación de abuso que padece.

Así las cosas, se puede enjuiciar si la conducta de Raquel se ajusta a las exigencias que se acaban de mencionar. En primer término, se pueden constatar en nuestro caso la presencia tanto del engaño (manifestado en la actitud de Raquel cuando capta a Alejandra por videollamada, a la que constantemente hace ver que aceptar ese trabajo ayudaría a mejorar su situación económica y a paliar sus necesidades; nada más lejos de la realidad tal y como se desarrolla después el supuesto) como posteriormente del abuso de la situación de necesidad (en la medida que Alejandra, una vez en España, sin pasaporte y con un hijo a su cargo; no tiene otra opción que someterse a las condiciones impuestas por Raquel, que es plenamente conocedora de su delicada situación). En segundo lugar, existe imposición en los términos establecidos en sede jurisprudencial, dado que la conducta de Raquel es la causante de anular la capacidad de reacción de Alejandra (pues le retira el pasaporte, en un país extranjero, dependiendo el sustento de ésta y su hijo de Raquel). La imposición habrá de tener por objeto condiciones contrarias a los derechos laborales de Alejandra. Para saber cuáles son éstos habrá que acudir a la vasta normativa laboral. Sin ir más lejos, el art. 4 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) que recopila una serie de derechos laborales básicos, reconoce en su apartado segundo, letra f); el derecho a la percepción puntual de la remuneración pactada, derecho del que se ve privado Alejandra por imposición de Raquel (que alega que Alejandra aún está en deuda con ella por los gastos del viaje, deuda que sin embargo sigue aumentando por supuestos gastos de alojamiento y manutención). Por todo lo expuesto se puede concluir que la

conducta descrita es típica conforme a lo exigido por el art. 311.1 CP, por lo que posteriormente se estudiarán las consecuencias para Raquel de tal consideración.

La segunda de las figuras delictivas que se explicará se encuentra en el art. 312.2 *in fine* CP, que castiga la conducta de quien emplee a ciudadanos extranjeros que no cuenten con permiso de trabajo bajo condiciones laborales abusivas (contrarias a los derechos que tengan reconocidos de forma legal, convencional o contractual). Para explicar mejor esta figura se tomará la STS de 18 de marzo de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:1488), a cuyo tenor este precepto castiga “la explotación laboral, en cualquier actividad al contratarse a trabajadores extranjeros, que no cuentan con permiso de trabajo, y además, para ser distinguido este comportamiento de la sanción administrativa, la ley penal anuda un desvalor especial que se traduce en que las condiciones impuestas deben ser notoriamente perjudiciales para el trabajador, de modo que se originen situaciones de explotación en el trabajo”. Precisamente la conexión existente entre este delito y su correspondiente falta administrativa será el asunto a abordar en los siguientes párrafos.

La ya mencionada LOEX contempla una infracción de carácter muy grave en su art. 54.1. d) de similar contenido a la existente en el orden penal, puesto que sanciona la “contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriendo en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito.” Como vemos, el propio precepto consagra el ya mencionado y fundamental principio de *non bis in idem*, en virtud del cual, en este caso; se excluye la acumulación de la sanción penal y la administrativa ante la similitud de la conducta sancionada.

De esta manera, habrán de ser examinados los requisitos que los tribunales establecen para la apreciación de la conducta típica penal que excluya a la sanción administrativa. Siguiendo la línea jurisprudencial expuesta en la STS de 18 de marzo de 2010, Orduna Navarro (2012, p. 2) considera que habrán de concurrir los siguientes elementos para la integración del tipo penal: primero, un sujeto activo, el empresario o dador de trabajo, que podrá ser cualquier persona que le encargue a otra un trabajo, sin que tenga que existir una relación empresario-trabajador, tal y como sucede en las relaciones de empleo doméstico como es nuestro caso. El segundo elemento es el sujeto pasivo, constituido por la persona extranjera sin permiso de trabajo. El tercer elemento es el resultado de la conducta, que se producirá cuando el sujeto activo imponga condiciones laborales abusivas. Por tanto, no basta con que se produzca una mera contratación de un extranjero carente de autorización para trabajar por parte de un empleador, sino que deben serle impuestas al primero las antedichas condiciones. Precisamente, ante esta misma conducta con ausencia del tercer elemento, nos encontraremos con que los requisitos para la apreciación de una infracción administrativa, en virtud del art. 54.1. d) de la LOEX; se cumplen, puesto que el precepto no hace mención alguna de la imposición de condiciones abusivas. De esta forma, es esta imposición de dichas condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos los extranjeros (originando situaciones de explotación en el trabajo) la circunstancia determinante de la adecuación de la conducta a uno u otro ilícito.

En nuestro supuesto, lo cierto es que están presentes los tres elementos determinantes de la existencia de este delito: un sujeto activo o dador de trabajo, constituido por Raquel; un sujeto pasivo representado por un extranjero sin permiso de trabajo (Alejandra) y la imposición por parte de la primera a la segunda de condiciones laborales abusivas generadoras de situaciones de explotación. Así, siguiendo la previsión

contenida en el inciso final del art. 54.1. d) LOEX, se debe descartar la sanción administrativa al entenderse cumplidos los requisitos para la apreciación del ilícito criminal contenido en el art. 312.2 *in fine* CP.

Tras este exhaustivo examen de la conducta enjuiciada se dará paso al análisis de las futuras consecuencias penales que se derivarán del comportamiento de Raquel.

III.5 Consecuencias penales de la conducta de Raquel

El proceso de determinación de la pena tiene su punto de partida, tal y como señala Gallego Díaz (2010, p. 431), en la determinación por parte del legislador de un marco genérico que fija una extensión máxima y mínima de la sanción, para concluir con la labor del juez, que se encarga de individualizar la pena hasta encontrar la extensión concreta de la misma que habrá de ser impuesta. Tras analizar en las cuestiones anteriores los preceptos penales aplicables a la conducta de Raquel, se repasarán algunas de las conclusiones extraídas; para estudiar a su vez tanto cuestiones relativas a la parte general del Derecho penal, como algunas otras relacionadas con el Derecho sancionador.

A la hora de estudiar las consecuencias penales de cada una de las figuras delictivas que se aprecian en el supuesto, se vuelve necesario estudiar circunstancias tales como el grado de ejecución de los delitos, la culpabilidad, el grado de participación de Raquel en ellos, así como la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

El delito de trata de seres humanos (art. 177 *bis* CP), es un tipo que no requiere que la explotación que menciona se llegue a producir para su consumación (Martos Núñez, 2012, p. 22), sino que basta con que se realice alguna de las conductas típicas que prevé el precepto, con alguno de los fines de explotación mencionados. La comisión de estas conductas con dichos fines se encuentra más que probada al producirse efectivamente la explotación, por lo que sin duda estamos ante un delito plenamente consumado. Tal afirmación resulta relevante puesto que, según lo dispuesto en los arts. 61 y 62 CP, a los autores de delitos en grado de tentativa se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados respecto a la prevista para el delito consumado.

Por su parte, el art. 63 CP otorga importancia al grado de participación del sujeto, dado que a aquellos que participen en calidad de cómplices les será impuesta una pena inferior en grado a los autores del delito. En nuestro supuesto, al carecer de información sobre una eventual complicidad o cooperación de Raquel con otra persona, se habrá de considerar a ésta como la autora única del delito (al realizar el hecho por sí sola, *ex art. 28 CP*) con las consecuencias penales que ello comporta.

En lo que se refiere al estudio de la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, hay que señalar que éstas son las contenidas en los artículos 21 a 23 CP.

Las circunstancias atenuantes que enumera el art. 21 CP son, en primer lugar, las eximentes incompletas. Éstas tienen lugar cuando no concurren todos los requisitos necesarios para apreciar las causas que eximen de responsabilidad criminal del art. 20 CP, las cuales, sin ánimo de exhaustividad, se obvian reproducir; dado que ya se puede adelantar que no concurren en el supuesto. Por otro lado, el art. 21 CP enumera las siguientes atenuantes: que el culpable actúe a causa de su adicción a ciertas sustancias, que actúe movido por un arrebato o impulso de entidad semejante, que haya confesado su infracción a las autoridades antes de que se iniciase el proceso, que haya reparado el daño causado a la víctima (o mitigado los efectos adversos de éste) antes del juicio oral,

así como las dilaciones indebidas del procedimiento por causas ajenas al inculpado o cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.

Por su parte, el artículo 22 CP es el encargado de recopilar las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal. Éstas son ejecutar el hecho con alevosía (empleando medios que aseguren la ejecución, sin el riesgo de una posible defensa del perjudicado), mediante disfraz (ocultando su identidad), con abuso de superioridad o aprovechando circunstancias que debiliten la defensa del ofendido, ejecutar el hecho mediante precio, promesa o recompensa; cometer el delito por motivos discriminatorios de distinta índole, ejecutar el hecho con ensañamiento (causándole a la víctima padecimientos innecesarios para la ejecución del tipo), obrar con abuso de confianza o prevaliéndose el autor de su carácter público, así como la reincidencia.

En último lugar se encuentra la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 CP), la cual puede ser de naturaleza agravante o atenuante “según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito”, y consiste en “ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”.

Se debe mencionar a estas alturas que, en virtud del art. 66. 1. 6º CP, la ausencia de circunstancias agravantes y atenuantes determinará la imposición de la pena en toda su extensión, en atención “a las circunstancias personales del delincuente y a la menor o mayor gravedad del hecho”.

Tras este breve repaso de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, cuya eventual adecuación a los demás delitos cometidos por Raquel también será comentada, no se puede afirmar que ninguna de ellas tenga cabida en el comportamiento desplegado por Raquel en relación con el delito de trata de seres humanos. Si bien cabría pensar que podría agravarse la pena por haber obrado Raquel con abuso de superioridad, lo cierto es que en este caso no se puede apreciar tal agravante por ser el abuso de superioridad un elemento del tipo enjuiciado (es uno de los medios comisivos previstos por el art. 177 *bis* CP). En cuanto a las demás circunstancias que se han enumerado, al no haber a lo largo del supuesto de hecho la más mínima certeza ni indicio de la concurrencia de cualquiera de ellas, éstas deben quedar descartadas.

Por tanto, la información expuesta hasta ahora provoca que nos hallemos ante un delito del tipo básico del delito de trata de seres humanos (art. 177 *bis*. 1 CP), en este caso doloso por naturaleza (en la medida que la conducta típica debe estar orientada a un fin), consumado, cuya única autora es Raquel y en el que no concurre circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal. Ello hace que el marco legal de la sanción a imponer por este delito sea toda la extensión de la pena (cinco a ocho años de prisión).

A continuación, se procederá al análisis de las consecuencias penales que le acarrea a Raquel la comisión de dos delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, pues, tal y como se señaló en el apartado en el que se analizaba la adecuación de la conducta de Raquel a esta clase de ilícitos; en el presente supuesto la conducta enjuiciada es constitutiva de dos de las figuras delictivas que prevé el artículo 318 *bis*, la de la ayuda intencional a la entrada de extranjeros (agravada por el ánimo de lucro) y la de ayuda intencional, con ánimo de lucro, a la permanencia de extranjeros.

En la comisión de estos delitos, el grado de ejecución es el mismo (delitos consumados, pues en ambos la vulneración legislativa requerida se llega a producir), son

dolosos por definición (pues subrayan el hecho de que la ayuda sea intencional), tampoco hay más sujetos que Raquel susceptibles de ser responsables de la infracción (por tanto, la autoría de nuevo es única), y tampoco puede apreciarse circunstancia alguna que modifique la responsabilidad criminal, entendiendo por éstas las de los arts. 21 a 23 CP.

En donde habremos de reparar de forma obligada es en la figura del delito continuado, sin la cual no se podrían entender las consecuencias penales que se derivan para Raquel de la comisión de dos delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. El delito continuado se encuentra regulado en el art. 74 CP, y afirma que “el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado”. Más allá de esta escueta definición, la jurisprudencia ha venido observando una serie de elementos que conforman la continuidad delictiva, los cuales se sintetizan a la perfección por parte de Quintanar Díez (2020, p. 181): una pluralidad de acciones y omisiones; unidad o pluralidad de sujeto pasivo; pluralidad de infracciones de naturaleza homogénea; dolo comprensivo de un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión; identidad del sujeto activo y homogeneidad del *modus operandi*.

En el supuesto que nos ocupa, y siendo irrelevante que haya unidad o pluralidad de sujetos pasivos, como se acaba de exponer; lo cierto es que nos encontramos ante una pluralidad de acciones (la ayuda a la entrada y la ayuda a la permanencia), que constituyen una pluralidad de ilícitos de naturaleza semejante (ambas acciones son típicas comprendidas en el mismo artículo y en ambas media el ánimo de lucro), todo ello articulado a través de un plan preconcebido (puesto que desde que Raquel contacta con Alejandra, todo indica que ya ha pensado en como lograr tanto la entrada como la permanencia de ella y de su hijo). Además, en la comisión de ambos ilícitos se aprecian unos medios comisivos de carácter similar, dado que, si bien en estos delitos en numerosas ocasiones la entrada o la permanencia irregular se produce a través de distintas vías (v. gr., entrada clandestina, falsificación de documentación); lo cierto es que en nuestro supuesto los ilícitos enjuiciados cuentan con medios comisivos similares, dado que en ambos la entrada o permanencia es en principio legal (aparente legalidad, que no responde a la intención real del acceso o estancia) y deviene ilegal con el transcurso del tiempo (la efectiva irregularidad de la situación es la que provoca la vulneración exigida por los arts. 318 *bis*. 1 y 2 CP).

Por todo lo detallado en el párrafo anterior, se pueden apreciar en la conducta de Raquel los requisitos necesarios para reconocer la existencia de delito continuado, lo cual, recuérdese; comporta que el autor sea condenado como responsable del delito – en régimen de continuidad - que tenga prevista la pena más grave, impuesta en su mitad superior; teniendo como límite la mitad inferior de la pena superior en grado.

En nuestro supuesto, entraban en juego dos delitos con sus respectivas penas. Por un lado, se encuentra el delito de ayuda intencional a la entrada irregular de extranjeros, que impone la pena en su mitad superior cuando se produjese con ánimo de lucro (art. 318 *bis*. 1 *in fine*), y del que resulta una pena de multa siete meses y dieciséis días a un año o prisión, por el mismo período de tiempo (partiendo del tipo básico, en el que no media el ánimo de lucro, que impone al responsable pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año). Por el otro lado, se localiza asimismo el delito de ayuda intencional con ánimo de lucro (art. 318 *bis*. 2 CP) a la permanencia irregular de

extranjeros, que está castigado con la pena de multa de tres a doce meses o de prisión de tres meses a un año.

Siguiendo las reglas del delito continuado, habrá de aplicarse a Raquel, la responsable de éste; una pena consistente en la mitad superior de la correspondiente a la infracción más grave, que no es otra que la pena de multa de siete meses y dieciséis días a un año o prisión por el mismo período, prevista por el art. 318 bis. 1 *in fine* CP. El resultado de esta operación arroja una pena de multa de nueve meses y veintitrés días a un año, o una pena de prisión de idéntica extensión. Esta extensión concreta es de la que habrá de partir el juez para la individualización de la pena de Raquel, en respuesta a la comisión por su parte de un delito continuado de ayuda intencional a la entrada o tránsito de extranjeros con ánimo de lucro.

Pasando ya a las consecuencias que comporta a Raquel la comisión de un delito de trato degradante, resulta preceptivo comentar varios aspectos. En cuanto al grado de ejecución del delito, y al ser este un delito de mera actividad (*vid. STS de 26 de octubre de 2009, ECLI:ES:TS:2009:6816*, entre otras), no se precisa que el menoscabo a la integridad moral sea efectivo (aspecto sobre el que no hay certeza alguna a lo largo del supuesto), por lo que estamos ante un delito consumado por la simple comisión del trato degradante, en los términos que se explicaron al explicarse esta modalidad delictiva. Por otro lado, la comisión por parte de Raquel de este delito tuvo lugar de forma dolosa (pues esta conducta delictiva formaba parte del plan, consciente y voluntario, que tramaba ésta en relación a Alejandra) y sin contar con la ayuda de terceros agentes (tampoco nada se sabe acerca de una eventual ayuda de Raquel a un tercero), por lo que Raquel es la única responsable del delito, es decir, su única autora. En cuanto a la hipotética concurrencia en este delito de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, lo cierto es que ninguna de las contenidas en los arts. 21 a 23 CP es susceptible de ser aplicada en este delito a la luz del relato fáctico del supuesto.

Por lo expuesto en este último párrafo se puede afirmar que Raquel es única responsable de un delito doloso y consumado de un delito de trato degradante, en el que no están presentes circunstancias que modifiquen su responsabilidad criminal, por lo que la pena que el art. 173. 1 CP prevé (prisión de seis meses a dos años) habrá de ser impuesta en toda su extensión.

A continuación, se estudiará la respuesta penal derivada de los delitos de coacciones y contra los derechos de los trabajadores cometidos por Raquel, para finalizar acabando el análisis de las consecuencias penales comentando los concursos de delitos existentes entre las diversas figuras.

En primer término, el delito de coacciones que se apreció en el supuesto es el tipo básico del mismo, y el CP lo castiga con una pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de doce a veinticuatro meses, “según la gravedad de la coacción o de los medios empleados”. La información del supuesto práctico hace que fácilmente la conducta de Raquel sea catalogada como dolosa (tenía conocimiento y voluntad plena de llevarla a cabo) y en concepto de única autora (ni prestó colaboración a nadie ni recibió ayuda, de ninguna índole). Sin embargo, lo cierto es que en lo que al grado de ejecución de este delito respecta, nos hallamos ante un delito de resultado, el cual exige para su consumación que el sujeto pasivo (en este caso, Alejandra) omita lo que el actor pretendía (*vid. Muñoz Conde, 2021, p. 165*). Dado que en el supuesto se observa que ésta acaba logrando su objetivo de abandonar el trabajo - que es lo que Raquel pretende omitir con la coacción ejercida -, no se cumple el presupuesto para apreciar la consumación del

delito, con lo que se habrá de castigar la comisión de un delito de coacciones en grado de tentativa, lo que obliga a tenor del art. 62 CP a imponer la pena inferior en uno o dos grados respecto a la prevista para el delito consumado. De esta manera, la pena inferior en un grado sería una pena de prisión de tres meses a seis meses menos un día o multa de seis meses a doce meses menos un día (partiendo de la pena en toda su extensión del art. 172.1 CP). Por su parte, la pena inferior en dos grados sería aquella consistente en prisión de un mes y quince días a tres meses menos un día y multa de tres meses a seis meses menos un día.

En cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (arts. 21 a 23 CP), cabe discutir acerca de la concurrencia en el caso del abuso de abuso de superioridad, agravante prevista en el art. 22. 2 CP. Ésta consiste en que el autor del delito, sabiendo que las fuerzas están desequilibradas a su favor, abusa de tal situación debilitando las posibilidades de defensa del perjudicado. El TS ha venido exigiendo para apreciar esta agravante (STS de 21 de septiembre de 1998, ECLI:ES:TS:1998:5243, entre otras) la existencia de superioridad física o psíquica, la cual el autor habrá de aprovechar conscientemente para conseguir sus fines. Además, esta superioridad no puede ser un elemento del tipo. En este caso, considero que no se puede hablar con propiedad de la presencia de una superioridad de esta clase, más allá de la inherente a la relación laboral de empleadora frente a empleada subyacente en el supuesto. Al haber incertidumbre en cuanto a la concurrencia o no de esta circunstancia, pues nada se afirma en el supuesto respecto a un desequilibrio de fuerzas en los términos que exige la jurisprudencia, y en línea con el principio *in dubio pro reo*; resulta cabal descartar la aplicación de esta agravante al supuesto.

En suma, en lo que a las coacciones se refiere, nos encontramos con que Raquel es la autora única, mediando dolo, de un delito de coacciones en grado de tentativa, en el que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Potestativamente el juez impondrá la pena inferior en dos grados, y de forma obligatoria la menor en grado, al no haberse consumado el delito.

En última instancia, se habrán de analizar las consecuencias que el ordenamiento jurídico impone a Raquel por la comisión de dos delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 311. 1 y 312.2 *in fine* CP). Ambos delitos fueron cometidos exclusivamente por Raquel (autoría única), de forma dolosa (pues parece evidente que su comportamiento, plenamente consciente, estaba desde el primer momento ordenado a llevar a cabo la imposición que exigen ambos delitos) y llegaron a consumarse, ya que la dicha imposición se llega efectivamente a producir. Además, tampoco se puede apreciar en las conductas aquí analizadas la presencia de alguna circunstancia que modifique la responsabilidad criminal de Raquel. Estas afirmaciones hacen que, *a priori*, la pena a imponer por la comisión de estos dos delitos sea la prevista por el CP en toda su extensión.

En este punto, resulta interesante introducir la figura del concurso ideal de delitos, puesto que en esencia tanto el art. 311 *bis*. 1 como el art. 312. 2 *in fine* castigan la imposición de condiciones que atenten contra los derechos de los trabajadores, si bien en el primer precepto se habla de unos medios comisivos concretos y en el segundo de que dicha imposición habrá de recaer sobre empleados extranjeros carentes de permiso de trabajo. Recuérdese que esta modalidad de concurso es aquélla en la que un solo hecho infringe varios preceptos penales, es decir, se cometan varios delitos con una sola acción, y se encuentra regulada en los dos primeros apartados del art. 77 CP. Al respecto, la STS de 22 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:692), afirma que el concurso ideal de delitos “tiene lugar cuando también concurren sobre un mismo hecho varios preceptos punitivos

que no se excluyen entre sí, siendo todos ellos aplicables conjuntamente". Por su parte, la doctrina discute acerca de lo que debe entenderse por la unidad de hecho. Mientras un sector minoritario de la misma afirma que esta noción abarca también, junto a la voluntad delictiva, el resultado material que origina la acción; el sector mayoritario entiende que la unidad de hecho habrá de interpretarse solo en relación al número de manifestaciones de la voluntad que se produzcan, sin tener en cuenta el número de resultados materiales causados. Situándonos a favor de esta segunda tesis doctrinal, la conducta de Raquel es susceptible de colmar las exigencias de los dos delitos que se están comentando, puesto que en ambos casos la voluntad de Raquel se manifiesta en la imposición de condiciones laborales ilegales, siendo compatibles las menciones a unos medios comisivos concretos (art. 311. 1 CP) y a unos sujetos pasivos concretos (art. 312. 2 *in fine* CP). Esta compatibilidad es posible porque, la conducta de Raquel se basa en la imposición que ambos artículos prevén, a lo que se suma el hecho de que ésta se produce mediando engaño o abuso de situación de necesidad y que recae sobre un extranjero sin permiso de trabajo, lo cual no es excluyente entre sí.

Como consecuencia, en los supuestos de concurso ideal el legislador penal prevé que la pena impuesta sea la más grave de los dos delitos que concurren, en su mitad superior, sin que en ningún caso ésta pueda exceder de la suma de la aplicación separada de ambas penas. Es por ello que, al prever el art. 311.1 CP una pena mayor que la que consigna el art. 312. 2 *in fine* CP, habrá de tomarse de cara a la futura individualización de la sanción la del primero de los preceptos, impuesta en su mitad superior. Así, el resultado de dicha operación agravatoria arroja una pena de prisión de tres años, tres meses y un día a seis años y multa de nueve meses y un día a doce meses.

A propósito de la explicación del concurso ideal, a continuación, se tratará la figura del concurso real, de obligada observancia en nuestro supuesto, pues no se debe olvidar la alusión expresa del art. 177 *bis*. 9 CP a esta figura. Recuérdese que este precepto contiene una previsión en virtud de la cual las penas previstas a lo largo del extenso artículo (177 *bis* CP) habrán de ser impuestas independientemente de aquellas que correspondan a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y de las de los demás delitos efectivamente cometidos, incluso de aquellos constitutivos de la explotación. El concurso real se aprecia cuando una pluralidad de hechos cometidos por un mismo sujeto constituye una pluralidad de delitos, y se rige por el principio de la acumulación material de las penas, si bien con ciertos límites que seguidamente se comentarán.

Los arts. 73 y 75 CP, establecen que a los responsables de dos o más delitos se les impondrán las penas de forma simultánea, siempre que sea posible por su naturaleza y por los efectos que despliegan. En caso contrario, si no fuese posible el cumplimiento simultáneo, las penas se acumularán sucesivamente en orden a su gravedad. En lo que a nuestro supuesto concierne, la regulación de estos dos artículos se traduce en que las penas de prisión no son compatibles entre sí (ambas restringen el derecho de libertad), pero sí que se pueden cumplir simultáneamente una pena de multa y una pena de prisión. Las penas de multa, sin embargo, sí que son susceptibles de ser cumplidas de forma simultánea.

En el supuesto que nos ocupa, el respeto a la previsión concursal del art. 177 *bis*. 9 CP hace que, a la hora de la imposición de la pena, se deba considerar a Raquel como responsable de un delito de trata de seres humanos en concurso real con las siguientes figuras delictivas: un delito continuado de ayuda a la entrada de extranjeros con ánimo de

lucro, un delito de trato degradante, un delito de coacciones en grado de tentativa y dos delitos contra los derechos de los trabajadores en concurso ideal.

Siguiendo este esquema del concurso real, en primer lugar habrá que prestar atención a los delitos castigados con pena privativa de libertad, para determinar el orden de su respectiva gravedad que se habrá de observar para su cumplimiento sucesivo (*ex art. 75 CP*). Este orden viene determinado por el art. 33 CP, que clasifica las penas según su gravedad. Así, la primera pena de prisión que habrá de cumplir Raquel es la de cinco a ocho años como responsable de un delito de trata de seres humanos, seguida de una pena de tres años, tres meses y un día a seis años; como consecuencia de la comisión de dos delitos contra los derechos de los trabajadores en concurso ideal. Por último, se encuentra la sanción que lleva aparejada el delito de trato degradante (173.1 CP), que priva de libertad por un período de seis meses a dos años.

En cuanto a las penas de multa que cabe imponer a Raquel, la más grave de ellas es la correspondiente a un delito continuado de ayuda intencional a la entrada de extranjeros, de nueve meses y veintitrés días a un año, seguida de la correspondiente a un delito en grado de tentativa de coacciones, castigado con pena de multa de seis meses a un año menos un día. Al tratarse de penas susceptibles de ser cumplidas simultáneamente (*ex art. 73 CP*), no habrá que prestar atención a las reglas de los arts. 75 y 76 CP, referentes a la acumulación sucesiva de las penas y sus límites jurídicos.

El art. 76 CP establece como límite a la acumulación sucesiva de las penas, que el “máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años”. A tenor de este precepto, que deberá ser tomado como techo, el juez procederá después a la individualización judicial de las respectivas penas que le serán impuestas a Raquel, que tendrán una extensión concreta determinada por el arbitrio del juez. Decisión ésta que vendrá condicionada a la atención, por un lado, a la gravedad del hecho y las circunstancias personales y económicas del delincuente y respetando, por el otro, los límites jurídicos de la acumulación de penas en concurso real (art. 76 CP), como sucede en nuestro supuesto.

En suma, se puede concluir esta vasta cuestión haciendo una concisa enumeración de las conclusiones extraídas. Raquel es la responsable de un delito de trata de seres humanos, en concurso real con otra serie de figuras delictivas, tales como el delito continuado de ayuda intencional a la entrada de extranjeros con ánimo de lucro, el delito de trato degradante, el delito de coacciones en grado de tentativa y dos delitos en concurso ideal contra los derechos de los trabajadores (lo que implica un régimen de absorción agravada, tal y como se ha visto). Las consecuencias penales derivadas de su conducta son la imposición (acumulada, según las reglas del concurso real) de penas de prisión de distinta gravedad, sobre las que el juez habrá de decidir la extensión concreta en la que se proyectan en atención a los criterios expuestos en el párrafo anterior; junto a penas de multa, cuya cuantía habrá de ser determinada en atención a la capacidad económica del reo. La ausencia de información respecto a estos aspectos definidores de la extensión concreta de la pena (v.gr., circunstancias personales, capacidad económica) hace que nuestro análisis de las consecuencias penales que se derivan para Raquel de su conducta tenga aquí su punto final, tras la determinación del marco tanto abstracto como particular en el que se habrá de mover el juez, quien deberá fijar asimismo la imposición de penas accesorias (siguiendo las reglas de los arts. 54 a 57 CP), que variarán según la naturaleza y extensión de las penas principales a las que acompañen.

IV. ¿QUÉ ÓRGANO ES COMPETENTE PARA CONOCER DEL DELITO COMETIDO POR RAQUEL? ¿LAS GRABACIONES QUE ALEJANDRA HIZO CON LA CÁMARA DEL MÓVIL SON UN MEDIO DE PRUEBA VÁLIDO?

La respuesta a la primera de las cuestiones que conforman el presente apartado habrá de ser dada en base a las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) y el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim). La determinación de la competencia implica atribuir a unos órganos jurisdiccionales concretos el conocimiento de cierta clase de asuntos con preferencia frente a otros órganos jurisdiccionales, como sostiene Díaz Martínez (2021, p. 85).

IV. 1 Determinación de la competencia. Competencia objetiva, funcional y territorial

Partiendo de la base de que la causa que se enjuicia lo es de naturaleza criminal, y que por tanto conoce de la misma la jurisdicción penal (art. 9.3 LOPJ), la determinación de la competencia objetiva atribuirá a un órgano jurisdiccional concreto del orden penal la competencia para conocer una causa penal en primera o única instancia. A tal efecto, se habrá de estar a lo dispuesto en varias normas. Por un lado, el art. 14 LECrim consagra la regla general de asignar la competencia un órgano jurisdiccional concreto en función a la gravedad del hecho punible, al enumerar una serie de delitos, acompañados de los correspondientes Jueces y Tribunales considerados competentes para conocer de los mismos. Como excepciones a ésta regla, cabe también la atribución de la competencia objetiva en función de la clase de delito que constituya el objeto del proceso (*ratione materiae*), o atendiendo a la persona enjuiciada (*ratione personae*).

Como es sabido, el proceso penal comienza con la fase de instrucción, por lo que la primera tarea será determinar el órgano jurisdiccional penal competente para la misma. Al respecto, el art. 87. 1. a) LOPJ, otorga, de manera genérica, competencia para la “instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal, excepto aquellas causas que sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer” a los Juzgados de Instrucción del orden penal. Ello se complementa con la previsión del art. 14. 2 LECrim, que establece que será competente para la instrucción de las causas “el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido, o el Juez de Violencia sobre la Mujer, o el Juez Central de Instrucción respecto de los delitos que la Ley determine”.

Así, para saber quién debe instruir la causa por los delitos cometidos por Raquel, hay que determinar cuáles de ellos deben ser enjuiciados por los órganos a los que se refiere el art. 87. 1. a) LOPJ. Al respecto, el art. 14. 3 LECrim establece, en relación con nuestro supuesto, que los Juzgados de lo Penal conocen de aquellos delitos menos graves, con pena privativa de libertad inferior a cinco años o pena de multa, cualquiera que sea su cuantía, inferior a diez años. Por su parte, las Audiencias Provinciales (*ex art. 14.4 LECrim*) conocen “de las causas por delito sancionado con pena privativa de libertad superior a 5 años o no privativa superior a 10 años” (Díaz Martínez, 2021, p. 90).

En el supuesto que se está desarrollando, la mayoría de los delitos que se han cometido van acompañados de una pena (en abstracto, que es la relevante a efectos de determinar la competencia objetiva, tal y como señala, entre otras, la STS de 23 de febrero de 2022, ECLI:ES:TS:2022:849) privativa de libertad no superior a los cinco años. Ello, unido a que ninguno de los delitos enjuiciados es de carácter leve (*ex art. 33 CP*), hace que la mayoría de los delitos cometidos por Raquel deban ser instruidos por los Juzgados

de Instrucción, ya que son competentes para el conocimiento y fallo de los mismos los Juzgados de lo Penal. Por otro lado, el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis CP) y uno de los delitos contra los derechos de los trabajadores cometidos (art. 311. 1 CP), acarrean una pena abstracta superior a los cinco años e inferior a diez (penas graves), lo que conlleva que su enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales, con lo que la fase de instrucción habrá de ser asimismo desarrollada por los Juzgados de Instrucción.

Pese a que la competencia para la fase de instrucción recae sobre el mismo órgano jurisdiccional penal, no sucede lo mismo en cuanto a la fase de conocimiento y fallo. El art. 17.1 LECrim sienta la regla general de que de cada delito se formará una única causa, sin embargo, en algunas ocasiones, cuando los delitos cometidos son conexos, su investigación y enjuiciamiento se sustanciará en la misma causa cuando ello resulte conveniente para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades pertinentes (art. 17.1 *in fine* LECrim). El tercer apartado de este artículo prevé que, aquellos delitos que no sean conexos en los términos del segundo apartado (el cual se obvia reproducir, dado que no aplica a nuestro caso), pero que guarden relación o analogía entre sí, como sí sucede en nuestro supuesto; podrán ser enjuiciados en una misma causa, cuando así lo solicite el Ministerio Fiscal (en adelante, MF), “si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso”. Este apartado, además, menciona un requisito crucial, y es que aquellos delitos que pretendan ser enjuiciados en una misma causa por el MF, habrán de ser competencia del mismo órgano judicial.

En el caso de Raquel, la competencia para conocer tanto de los delitos muy graves (trata de seres humanos y contra los derechos de los trabajadores) como de aquellos menos graves (los demás que cometió) corresponde en ambos casos al Juzgado de Instrucción, como se ha explicado. Por ello, en este caso el MF podría instar, en virtud del art. 17.3 LECrim, el enjuiciamiento conjunto de todos los delitos, ya que cumple los requisitos que este precepto exige para la apreciación de la conexidad que permite el enjuiciamiento de los delitos en una única causa.

La conexidad entre los delitos hace que, si bien la competencia para su conocimiento y fallo esté atribuida a tribunales distintos en función de la gravedad de estos, dicha competencia pueda ser alterada, en virtud del art. 18 LECrim. El art. 18. 1º LECrim sienta la regla que, cuando se esté ante delitos conexos con distintas penas que determinen su distinta gravedad, el órgano competente para su enjuiciamiento en una única causa será el que lo sea para conocer el delito que lleve aparejada una pena mayor.

En suma, en nuestro supuesto la competencia objetiva para conocer en primera o única instancia de los delitos cometidos por Raquel la ostenta, en cuanto a su investigación (fase de instrucción), el Juzgado de Instrucción, tanto en el caso de los graves como en el de los menos graves. En cuanto a su conocimiento y fallo (fase de enjuiciamiento), el competente en virtud de las reglas alteración de la competencia por conexidad será la Audiencia Provincial.

La competencia funcional es aquella relativa al órgano judicial que ha de conocer de “las distintas fases del procedimiento o de cada concreto acto procesal” (Pérez-Cruz Martín, 2020, p. 75). Tal y como señala Montero Aroca (2014, p. 13), a veces la doctrina ha utilizado este criterio de forma extensiva, incluyendo también la distinción entre la fase de instrucción y la del juicio oral, pero hay que reparar en el hecho de que el procedimiento penal por delitos en la instancia está integrado por estas dos fases, que

siempre permanecen inseparables. Tampoco se debe olvidar que la competencia objetiva era aquella que atribuía a unos órganos jurisdiccionales penales concretos el conocimiento de una causa penal en primera o única instancia.

Por todo lo anterior, lo cierto es que la competencia funcional hace referencia tan sólo a la determinación de los órganos competentes para los recursos, la ejecución de las sentencias y las incidencias, con lo que la determinación que se ha hecho de los órganos competentes para la instrucción y el posterior enjuiciamiento responde no a este criterio, sino al de la competencia objetiva. Es por ello que, al no disponer de información sobre posibles recursos, ejecución de sentencias o incidencias; el examen de la competencia funcional en relación a nuestro supuesto no es relevante.

En último lugar se encuentra la competencia territorial, que es aquella que determina el órgano jurisdiccional competente, de entre aquellos del mismo grado, para conocer un objeto procesal concreto. Para determinar esta clase de competencia los criterios empleados son los denominados fueros, siendo el principal el *forum commissi delicti*, es decir, el del lugar de la comisión del delito, plasmado en el sumamente importante art. 14 LECrim. Los demás fueros son de carácter subsidiario respecto a éste, por lo que sólo son susceptibles de aplicación cuando no conste el lugar de comisión del delito (art. 15 LECrim). Al constar en el relato fáctico del caso este hecho, tales fueros subsidiarios no serán de aplicación a nuestro supuesto.

En efecto, la totalidad de los delitos que se le imputan a Raquel, independientemente de su gravedad, fueron cometidos en Santiago de Compostela, lugar donde recibió a Alejandra y a su hijo y donde, mientras permanecieron en su hogar, Raquel perpetró las conductas delictivas que se han estudiado. Ello supone que la competencia territorial, a tenor del art. 14 LECrim, pertenezca, en la fase de instrucción al Juzgado de Instrucción de la ciudad compostelana, dado que allí se perpetraron los delitos. En cuanto a la fase de enjuiciamiento, recuérdese que el órgano competente para la misma era, en virtud de la conexidad de los delitos que conforman la causa, la Audiencia Provincial. En atención al *forum commissi delicti*, la causa de Alejandra habrá de ser por tanto enjuiciada por la Audiencia Provincial de A Coruña.

A modo de conclusión de esta cuestión, se puede y se debe afirmar que, en atención a los distintos criterios explicados que integran la determinación del presupuesto procesal de la competencia, la causa por los delitos cometidos por Raquel habrá de ser instruida por el Juzgado de Instrucción de Santiago de Compostela, y la posterior fase del juicio oral deberá ser desarrollada por la Audiencia Provincial de A Coruña, dada la conexidad entre los delitos que integran la causa penal dirigida contra Raquel. En caso de un eventual recurso sobre la sentencia emanada de este órgano, el conocimiento del mismo lo ostentará la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (*ex art. 73 LOPJ*).

IV.2 Validez de las grabaciones del móvil de Alejandra como medio de prueba

La prueba, en línea con lo afirmado por Barona Vilar (2017, p. 380) es aquella actividad procesal, tanto de las partes como del juzgador, orientada al convencimiento psicológico de este último sobre la veracidad de los datos de hecho aportados al proceso. Resulta importante señalar que tan sólo aquellos medios de prueba que hayan entrado en el proceso penal conforme a las leyes procesales y a la Constitución española (en adelante, CE) serán susceptibles de formar la antedicha convicción psicológica del juez. Sobre este aspecto, señala, entre otras, la STS de 25 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1591) que,

para que la prueba sea susceptible de enervar el derecho constitucional a la presunción de inocencia, tiene que haber sido obtenida de forma legal y ser practicada en el juicio conforme a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad (es decir, “conforme a las leyes procesales y a la Constitución española”).

Obviando el exhaustivo desarrollo que supondría un análisis pormenorizado de la actividad probatoria en el proceso penal, lo cierto es que nuestra atención se centrará en la validez o no en juicio de la prueba consistente en una video-grabación realizada por un particular, como sucede en nuestro supuesto. Ante la ausencia de regulación expresa sobre este concreto aspecto, la respuesta afirmativa o negativa a la cuestión planteada habrá de extraerse de los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto.

Una de las STS más importantes en lo que a este asunto atañe es la de 17 de julio de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:4822), resolución que, si bien no pensaba en la grabación con un teléfono móvil como ocurre en el supuesto de Alejandra; expone el criterio jurisprudencial a seguir para decidir sobre la validez de las video-grabaciones efectuadas por particulares. Así, esta sentencia señala que, cuando “la declaración en juicio oral de quienes obtuvieron las grabaciones videográficas, resulta coincidente a efectos identificatorios de las personas intervenientes en la acción delictiva y con relación al propio desarrollo de los hechos que conforman dicha acción -visualizada en el plenario- no parece reprobable tener por válido el contenido de tales manifestaciones en tanto que el cámara tuvo una percepción directa de los hechos en el mismo momento en que ocurrían y sus afirmaciones y explicaciones descriptivas estuvieron sometidas en dicho acto a los principios de publicidad, contradicción, oralidad e inmediación, asegurándose así la viabilidad procesal y la virtualidad incriminatoria de su testimonio sin merma de derechos constitucionales o garantías a los justiciables.” Así, uno de los requisitos exigidos en sede jurisprudencial para admitir la validez de estas pruebas es que la persona que las haya grabado comparezca en la fase del juicio oral, y que su declaración en el mismo sea coincidente, en los términos que explica el TS, con la acción delictiva y el desarrollo de los hechos que la integran, respetando los principios señalados, requisito *sine qua non* para que las pruebas sean susceptibles de determinar la convicción psicológica del juzgador.

Uno de los principales argumentos esgrimidos para negar la validez de las pruebas videográficas obtenidas por particulares, es la vulneración que ocasiona la obtención de tales grabaciones del derecho al secreto de las comunicaciones consagrado en el art. 18.3 CE, en virtud del cual no está permitida la interceptación de mensajes y su conocimiento, por cualquier medio, excepto en los casos que esté justificado por una autorización judicial motivada, que de forma específica autorice dicho control. Al respecto, la STS de 15 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3585) señala que, la aportación como medio de prueba de grabaciones obtenidas por los particulares (realizadas por uno de los dos protagonistas de la conversación), no puede vulnerar tal derecho en la medida que el mismo no puede esgrimirse ante los propios participantes de la conversación. De ello se deduce que, *a priori*, la grabación realizada por un particular de una conversación, aún hecha sin consentimiento ni conocimiento de la otra (u otras) partes intervenientes no atenta contra el secreto de las comunicaciones. Otra cosa sería que el objeto de la grabación fuese una conversación ajena.

En línea con la preservación del derecho al secreto de las comunicaciones, en numerosas ocasiones, los encausados alegan que los medios de prueba aportados lesionan asimismo otros derechos fundamentales como la intimidad, que recoge el art. 18.1 CE, o el derecho a no declarar contra sí mismo del art. 24.2 CE. La extensa STS de 19 de enero

de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:128), afirma a este respecto que tales vulneraciones de derechos no se producen cuando se trata de “una conversación entre particulares grabada por uno de los interlocutores de la misma, el contenido de la conversación no afecta al núcleo íntimo de la intimidad personal o familiar de ninguno de los interlocutores, quien graba la conversación no tiene una superioridad institucional respecto al resto de los interlocutores, la grabación no se realiza para obtener una confesión extraprocesal arrancada mediante engaño ni afecta al derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable puesto que se realizado en un ámbito particular”. De esta forma, los tribunales consagran, por un lado, el requisito de la ocasionalidad de la grabación aportada como prueba, en la medida en que ésta no podrá estar predestinada a obtener una confesión de un delito, o a su prevención o investigación, sino que la grabación habrá de evidenciar los hechos de forma casual (de lo contrario, se estarían vulnerando los derechos que menciona la sentencia). Por el otro, se delimita el alcance del derecho a la intimidad en relación a la actividad probatoria, al afirmar que el material grabado no debe afectar al “núcleo más íntimo personal o familiar de uno de los interlocutores”. De no cumplir la prueba aportada estos requisitos, se negará su validez como medio de prueba en un proceso penal en atención al ya señalado respeto de las leyes procesales y la CE.

A la hora de extrapolar todos los requisitos que se acaban de explicar a nuestro supuesto, en primer lugar, es necesario aclarar que el caso de las grabaciones realizadas por Raquel se ajusta totalmente a los supuestos de grabaciones de conversaciones realizadas por un particular sin contar con el consentimiento ni el conocimiento de la otra parte interviniente (pues graba amenazas, así como otra serie de conductas esencialmente verbalizadas, como humillaciones o llamadas de atención), supuesto fáctico del que partían también las resoluciones que se han analizado y que, por tanto, hace que sean susceptibles de ser aplicadas a este caso.

En lo que respecta a la obtención de las grabaciones, no existe vulneración derechos fundamentales susceptible de tornar ilegal tal obtención. No se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones, por haber sido grabada por uno de los participantes de la conversación, ni tampoco el derecho a la intimidad de Raquel, por no incidir el contenido de la grabación sobre su esfera íntima (lo que no sucedería si, por ejemplo, en la conversación hubiese detalles relativos a su vida sexual, sus enfermedades...etc.). Por otro lado, también se respeta derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, integrante de la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, ya que la grabación respeta el criterio de la ocasionalidad (a lo largo del supuesto no existe información alguna de la que se pueda deducir que la grabación de Alejandra pretendía, mediante engaño o cualquier otro ardid, hacer manifestar a Raquel hechos que pudiesen ser utilizados en su contra). Cabría discutir, en último lugar, la legalidad, conforme a los derechos fundamentales observados, de la grabación obtenida por Alejandra, en la medida en que ésta se produjo en el domicilio de Raquel. Al respecto, no se puede afirmar que se haya vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio ni a la intimidad o privacidad, ya que Alejandra se encuentra en ese domicilio (y de hecho, vive en él) con pleno consentimiento por parte de Raquel. No serían válidas en juicio aquellas grabaciones de domicilios de terceros realizadas sin consentimiento de éstos o sin autorización judicial, pero nada obsta a la admisibilidad de la prueba en el supuesto de Alejandra.

Por último, y volviendo unos pasos atrás, se debe recordar que, junto a la obtención legal de la prueba videográfica, su validez como medio de prueba depende de que, en la fase de juicio oral, cuando tal prueba sea practicada, se respeten los principios de contradicción, publicidad, oralidad e inmediación. Ello, aplicado al caso de la prueba

videográfica aportada por Alejandra, se traduce en el hecho de que, en el juicio oral, las pruebas deberán ser visualizadas, o escuchadas, y deberán estar presentes tanto quien las obtuvo (Alejandra) como la persona grabada (Raquel), para que ésta pueda ejercer a través de la contradicción sus plenas facultades de defensa.

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

Para dar respuesta a esta cuestión, en la medida en que afecta directamente a Alejandra, será necesario estudiar el régimen jurídico de la víctima en el proceso penal, cuyo marco legislativo de referencia lo constituye la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante, LEVD), de la que cabe señalar que redefine el concepto de víctima, pues tal y como afirma en su preámbulo, el concepto de víctima “se extiende a toda persona que sufra un perjuicio físico, moral o económico como consecuencia de un delito.”

Reparando ahora en las cuestiones suscitadas, lo cierto es que la no constancia en las diligencias de los datos personales es una medida prevista por la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales (en adelante, LOPTPCC), recogida en el art. 2. a) de ésta. Sin embargo, el art. 25. 3 LEVD establece que esta medida, junto a las otras contempladas por el art. 2 LOPTPCC, será susceptible de aplicación también a las víctimas, y no sólo a los testigos y peritos.

El fundamento de esta remisión a la LOPTPCC se encuentra en el art. 19 de la LEVD, que regula de forma general el derecho de protección de las víctimas, el cual está encaminado a “garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad”. Este precepto, hace hincapié en la protección de éstas “particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada”. Resulta importante aclarar, tal y como afirma Hinojosa Segovia (2018, p. 289), que esta clase de victimización es aquella que soporta la víctima fruto de su relación, una vez que ha sufrido el delito, con el sistema de justicia penal.

Respecto a las medidas que contempla el art. 25 LEVD, entre las que se encuentra (por remisión) la no constancia en las diligencias de datos personales de la víctima que pudieran servir para su identificación, el art. 23 de la misma ley prevé que la adopción de tales medidas tenga lugar en virtud de una evaluación de las circunstancias particulares de las víctimas. Además, determina que se habrán de observar tanto las características personales de la víctima, como la naturaleza del delito y la gravedad de los perjuicios causados, especialmente en los casos en los que la víctima lo haya sido de una serie de delitos concretos, entre los que se encuentra el delito de trata de seres humanos.

Así, siguiendo necesariamente el procedimiento establecido al efecto por el art. 24 LEVD, el Juez (tanto en la fase de investigación como en la de enjuiciamiento) podrá acordar la adopción de esta medida cuando así esté justificado en atención a los criterios apuntados, mediante resolución motivada que refleje las circunstancias que se han tenido en cuenta para la adopción de la misma. En caso de que las circunstancias que motivaron la adopción de la medida sufran modificaciones relevantes, este precepto obliga a actualizar las medidas en atención a la situación actual.

Así, de la aplicación del marco legal que se acaba de explicar al supuesto de Alejandra, se puede concluir que la respuesta a la primera cuestión planteada es positiva. Y ello sucede porque, en primer lugar, y aunque resulte obvio; Alejandra es titular del derecho de protección general del que emana esta medida concreta. En segundo lugar,

porque cumple el presupuesto particular de aplicación de ésta medida, pues está prevista precisamente para estos casos, en que la víctima es a la vez testigo, tal y como afirma Gómez Colomer (2021, p. 29). En tercer lugar, porque resulta cabal imaginar que la evaluación del juez (art. 23 LEVD) acerca de la adopción de esta medida sea estimatoria, en cuanto que a las víctimas del delito de trata de seres humanos se les debe prestar una especial consideración. Además, este artículo también obliga a reparar de forma especial en las características de la víctima, y más concretamente en aquellos casos en que la víctima fuese dependiente del supuesto autor del delito, lo cuál entiendo que sucede en nuestro supuesto, ya que Alejandra, desde su llegada a España, se encuentra totalmente a la merced de la voluntad de Raquel.

Todo lo señalado en estos párrafos anteriores es susceptible de ser aplicado también a la segunda de las medidas sobre cuya adopción se discute. Ello sucede porque la medida consistente en que Alejandra comparezca a través de medios que imposibiliten su identificación visual es de la misma naturaleza que la otra que acabamos de explicar, y ello comporta una serie de consecuencias (de hecho, ambas están contenidas en el mismo precepto de la LOPTPCC, y la remisión de la LEVD las abarca a las dos). Ambas medidas están concebidas para ser aplicadas a supuestos en los que la víctima es también testigo del delito, y la adopción de esta medida asimismo depende la evaluación de las circunstancias del delito y de la víctima por parte del juez, teniendo en especial consideración los delitos y circunstancias arriba señalados. Así, lo explicado en el párrafo inmediatamente superior, en cuanto a la adecuación del marco legal expuesto al caso de Alejandra, es susceptible de ser aplicado también a la adopción de ésta segunda medida.

En definitiva, en este supuesto considero que se cumplen tanto los requisitos legales como aquellos que deberán ser apreciados por el juez para la adopción, tanto de la medida consistente en la no constancia en las diligencias de datos personales que pudiesen permitir la identificación de Alejandra, como de aquella que permite a ésta comparecer mediante procedimientos que imposibiliten su identificación visual.

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

VI.1 Derecho de José a reclamar la paternidad de Juan

La respuesta a estas cuestiones obliga a partir de un repaso de una serie de nociones de Derecho internacional privado, en la medida en que, para determinar si José tiene derecho a reclamar la paternidad de Juan, es necesario saber qué legislación resulta aplicable, dado que estamos ante una situación jurídica privada internacional. Al respecto, los arts. 8 y ss. del Código Civil (en adelante, CC) contienen una serie de previsiones en cuanto a la regulación en nuestro ordenamiento de esta compleja área. Dentro de tales preceptos, se habrá de atender en particular al art. 9.4 CC, que sienta los criterios que se habrán de observar para determinar la ley aplicable a los supuestos de determinación de la filiación natural.

Este precepto, cuya nueva redacción proviene del artículo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, establece que “La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciera de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española”. Como se observa, supuestos como el que nos ocupa, en los que un sujeto pretende determinar una filiación a su favor, se sustanciarán conforme a unos criterios que se relacionan entre sí de forma subsidiaria, prevaleciendo el criterio de la residencia habitual del hijo, seguido del de la nacionalidad de éste y acabando con el criterio “judicial”, es decir, aplicando la ley del tribunal que conoce del asunto.

Aunque en numerosas ocasiones, tal y como señala Sánchez Cano (2020, p. 1185), se suscite cierta controversia, acerca de la viabilidad de la aplicación de la norma de conflicto que se acaba de reproducir, lo cierto es que el art. 12.6 CC acaba por solucionar tal discusión, al establecer que los “Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español”, con lo que se determina la imperatividad en cuanto a la aplicación de tales disposiciones conflictuales.

Por otro lado, sostiene Carrascosa González (2016, p. 163), que tal consideración del criterio de la residencia habitual del hijo como principal, se fundamenta, entre otras razones, en el hecho de que tal criterio muestra de forma más clara la existencia de vínculos sociales del menor con el país que se trate que si se emplease como punto de conexión principal la nacionalidad del hijo (lo que sucedía antes de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, que le dio una nueva redacción al art. 9.4 CC). Además, este autor continúa afirmando que la preferencia de la ley del lugar de residencia habitual del menor frente a su ley nacional, responde también a una intención de minimizar los costes conflictuales, dado que el primero es un criterio cuya aplicación puede resultar lógicamente previsible para las partes, dado que éstas pueden averiguar de forma sencilla cuál es el lugar de residencia de su hijo, especialmente en el supuesto de que pretendan determinar la filiación respecto a él, como sucede en el caso de José.

Todas las consideraciones que se vienen de exponer, aplicadas a nuestro supuesto, se traducen en una serie de conclusiones. En primer término, cabe señalar que se podría

considerar la posibilidad de que este proceso fuese sustanciado íntegramente en Nicaragua, en la medida en que tanto Alejandra como José, además del hijo de ambos, ostentan la nacionalidad de dicho país. Sin embargo, el hecho de que tanto ella como su hijo estén residiendo en España (de forma legal) hace que se deban prestar atención a la normativa conflictual de Derecho internacional privado que se acaba de apuntar. Especialmente, lo que adquiere relevancia es la residencia habitual de Juan (como ponen de manifiesto el ya visto art. 9.4 CC y el art. 22 *quáter* d) LOPJ, que otorga competencia en los procesos de filiación a los Tribunales españoles cuando el menor tenga allí su residencia habitual al tiempo de la interposición de la demanda), respetando así el principio de primacía del interés superior del menor (*favor filii*), en virtud del cual todo acto o decisión que le pueda afectar, tanto en el ámbito público como en el privado, debe ser adoptado valorando el interés del menor de forma prevalente a cualquier otro interés legítimo que pudiese concurrir.

En nuestro supuesto, nada se afirma acerca del país en el que hipotéticamente se produciría la interposición de una eventual demanda, sino que sólo se habla de la intención de José de reclamar la paternidad de Juan. Sin embargo, tal extremo carece de relevancia concreta en nuestro supuesto, dado que independientemente del lugar dónde una posible demanda fuese interpuesta, tanto la competencia judicial para conocer del asunto como la ley aplicable a la resolución del mismo, vienen dadas (*ex arts. 9.4 CC y 22 quáter LOPJ*) por un criterio ajeno al del lugar de interposición de la demanda: la residencia habitual del menor. Ello, junto al mandato imperativo del art. 12.6 CC determina que la ley aplicable al supuesto sea, sin ningún género de dudas, la española.

Así, las normas españolas en cuanto a la acción de reclamación de la filiación (arts. 131 y ss. CC), y más concretamente de la filiación no matrimonial sin posesión de estado (es decir, cuando no existe apariencia externa de ser hijo, o padre), establecen en el art. 133.2 CC, que el progenitor tiene derecho a ejercitar dicha acción en el plazo de un año desde que haya sabido los hechos en los que fundamente tal reclamación. Puesto que no hay certidumbre a lo largo del caso acerca del momento temporal exacto en que José supo que podía ser padre de Juan, no se puede responder tajantemente a la cuestión planteada, ya que no conocemos con exactitud el *dies a quo*. La única referencia al respecto es el hecho de que Juan tiene casi cuatro años cuando José se entera de que éste es su hijo, por lo que el derecho de éste a reclamar la paternidad de Juan viene supeditado al ejercicio de tal reclamación en el preceptivo plazo de un año desde que conoció la información. En síntesis, José tiene derecho a reclamar la paternidad de Juan siempre que ejercite la acción de reclamación de la filiación no matrimonial (art. 133.2 CC) en el plazo de un año desde que la amiga en común de José y Alejandra le suministró tal información.

VI.2 Posibilidad de establecer un régimen de guarda y custodia por períodos anuales en países distintos

Al igual que en la cuestión que se acaba de responder, la primera tarea que se debe afrontar para resolver esta segunda controversia es la determinación del marco legal aplicable a la misma. El propio art. 9.4 CC, que se comentó antes, establece en su último párrafo que la “ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños”. Dado que la guarda y custodia es una institución integrante de la responsabilidad parental, se atenderá a dicho Convenio para determinar la ley aplicable a la resolución de la presente cuestión. Es más, dicho cuerpo normativo

afirma expresamente en su primer artículo que tiene por objeto (entre otras cosas) la determinación de la ley aplicable a la responsabilidad parental.

En este caso, las dudas sobre la aplicabilidad de la norma de conflicto contenida en el art. 9.4 CC, quedan totalmente disipadas por ser Nicaragua asimismo Estado contratante del Convenio de la Haya al que remite nuestro legislador civil.

Ya prestando atención propiamente al contenido del Convenio de la Haya de 1996, éste determina, en su artículo quinto, que serán competentes para conocer del asunto las autoridades judiciales del Estado contratante dónde el niño tenga su residencia habitual. Por otro lado, la ley aplicable al asunto, en virtud del art. 15, es la del Estado contratante que ostente la competencia (ley del foro o *lex fori*). De esta manera, serán los Tribunales españoles (ya que la residencia habitual del niño, tras la concesión de autorización a tal efecto para él y su madre, está situada en España), con arreglo a la legislación española, los encargados de decidir sobre la cuestión suscitada.

La guardia y custodia compartida, como señala Morera Villar (2014, p. 75), no es definida por nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo; sí que se encuentra regulada en el CC. En concreto, la regulación general de esta institución se encuentra en el art. 92 CC. A tenor del mismo, la guardia y custodia compartida puede ser acordada por los progenitores o por el Juez (en defecto de pacto), e incluso cabe la posibilidad de que el Juez altere el régimen acordado cuando así interese para la preservación del interés superior del menor. En el supuesto que nos ocupa, nada se afirma acerca de existencia de un pacto a tal efecto o sobre la ausencia de éste, con lo que se partirá de la presunción de que no existe acuerdo, para apreciar con mayor claridad los criterios que aplican los Tribunales a la hora de decidir sobre la posibilidad de adoptar un régimen de guarda y custodia compartidas de estas características (por períodos anuales en distintos países).

Tal y como se señaló anteriormente, en todos los procesos que afecten a menores las autoridades judiciales deben respetar el principio del interés superior del menor, consagrado (entre otros) por el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LOPJM). La aplicación de este principio a la determinación del régimen de guardia y custodia obliga a adoptar en todo caso el régimen más beneficioso para éste. Así pues, en nuestro supuesto, se debe determinar si la guarda y custodia compartida por períodos anuales en países distintos es lo más adecuado en aras de preservar este interés o si, por el contrario, existen alternativas más beneficiosas para Juan.

Habitualmente, el respeto al principio *favor filii* se manifiesta en el propósito de preservar para el hijo unas condiciones similares a las que imperaban antes del cese de la convivencia familiar. Así, el TS viene sosteniendo que la custodia compartida no se trata de una “medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea” (STS de 25 de abril de 2014, ECLI:ES:TS:2014:1699, entre otras). Sin embargo, en nuestro supuesto Juan siempre vivió con su madre, de hecho, no sabe de la existencia de su padre; por lo que la preservación del interés superior del menor adquiere aquí un significado distinto.

El alto Tribunal advierte que, pese a lo deseable de la custodia compartida, debe seguir primando el *favor filii* (STS de 18 de abril de 2018, ECLI:ES:TS:2018:1414), dado que es un principio de orden público que se ha de respetar por encima de cualquier otro

interés legítimo. Así, en supuestos como el que nos ocupa (progenitores residentes en distintos países), lo más conveniente para favorecer el interés superior del niño, en lugar de la custodia compartida, es la atribución de la guarda y custodia de éste al progenitor con el que conviva, pues allí es el lugar de su residencia habitual, el ambiente dónde se ha criado, el cual conoce y en el que está integrado. Siguiendo esta línea jurisprudencial, imponer, en el supuesto de Juan, un régimen de custodia compartida entre sus dos progenitores, residiendo éstos en países tan lejanos entre sí como España y Nicaragua, supondría una serie de desventajas indudables para el niño (desde las relativas a su educación, pasando por la afectación constante de sus vínculos sociales, hasta su deficitaria integración en ambos ambientes). Inconvenientes éstos que, dada la temprana edad de Juan y la carencia de contacto con su padre hasta la fecha, se pueden ver seriamente agravados.

Por todo lo comentado en los anteriores párrafos, la respuesta a la cuestión que motivó estas líneas ha de ser indudablemente negativa, siendo el fundamento de ello la primacía del interés superior del menor, en calidad de principio rector del Derecho de familia.

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

En este supuesto, lo que se cuestiona es la ilicitud a ojos del Derecho penal del traslado de Juan a España por parte de Alejandra, siendo irrelevante (según el tenor literal de la pregunta) que estuviese establecida la filiación extramatrimonial en favor de José. Como afirma la STS de 23 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1404), el delito de sustracción de menores contemplado por el legislador penal español (art. 225 *bis* CP), está modelado en base a la definición del Convenio de la Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, por lo que se habrá de observar necesariamente la definición que éste hace de tal conducta.

Así, debemos comprender el concepto del traslado ilícito de menores, definido - a los efectos que nos interesan - por el antedicho Convenio, del que tanto España como Nicaragua son países contratantes. De esta manera, el traslado es ilícito (art. 3) cuando se produce infringiendo un derecho de custodia atribuido a una persona, organismo o institución, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que radicaba la residencia habitual del menor inmediatamente antes del traslado, siempre que tal derecho se viniese ejerciendo de forma efectiva al tiempo del traslado, o se habría ejercido de no haberse producido éste.

Dada la presencia en el supuesto de un elemento extranjero (el menor, su padre - aún sin reconocimiento de la filiación - y su madre son nacionales de Nicaragua y residían allí), también se debe aludir a estas alturas al Convenio de La Haya de 1996, ya comentado en la cuestión precedente, pues en su art. 7.1 contiene una regla de atribución competencial de suma relevancia para los supuestos de desplazamiento (traslado) ilícito. Así, este precepto dispone que: “En caso de desplazamiento o retención ilícitos del niño, las autoridades del Estado contratante en el que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o su retención conservan la competencia hasta el momento en que el niño adquiera una residencia habitual en otro Estado y (...) el niño resida en este otro Estado por un período de, al menos, un año desde que la persona, institución o cualquier otro organismo que tenga la guarda conozca o debiera haber conocido el lugar en que se encuentra el niño, sin que se encuentre todavía pendiente petición alguna de retorno presentada en este plazo, y el niño se hubiera integrado en su nuevo medio”. Este mismo artículo, además, reitera en su segundo apartado la definición de traslado ilícito aportada por el Convenio de La Haya de 1980 que se ha comentado en el párrafo anterior.

Tras la exposición de las disposiciones de interés para la resolución de nuestro supuesto, la primera tarea es determinar la existencia de una conducta subsumible en los términos del art. 3 del Convenio de La Haya de 1980, pues de lo contrario no se podrá apreciar la existencia de ilícito. Como establecía ese precepto, la titularidad de un derecho de custodia con arreglo a la legislación del país de residencia habitual del menor antes de su traslado, se erige como requisito *sine qua non*, puesto que de no existir tal derecho no podría ser vulnerado y el traslado no sería ilícito. A este respecto, es indiferente que se consideren competentes a los tribunales españoles o nicaragüenses y la ley aplicable la de uno u otro de estos países, puesto que ambos Estados son contratantes del Convenio que define la sustracción internacional de menores, y los requisitos para su apreciación en ambos países vienen dados por los Convenios internacionales. Así lo avala, en el caso de España, la STS de 21 de abril de 2021 mencionada más arriba, y, en cuanto a Nicaragua,

Aráuz Henríquez (2016, p. 5), que afirma que, en tal país, esta materia la regula el Código de Familia a través de una remisión a los convenios internacionales suscritos.

Se deben recordar a estas alturas varias consideraciones acerca del derecho de custodia al que se refiere el art. 3 del Convenio de La Haya de 1980. Por un lado, debe estar atribuido a una persona, institución u organismo conforme al Derecho vigente en el país de residencia del menor antes del traslado. Por otro lado, no basta con una mera titularidad del derecho, sino que éste debe venirse ejerciendo (conjunta o separadamente) de forma efectiva, o se habría ejercido de no mediar el traslado.

Ante la suma complejidad que supondría un análisis de la atribución de la custodia en la, ajena para nosotros, legislación nicaragüense, basta con comprobar que no se cumple el requisito del ejercicio efectivo de tal derecho de custodia para descartar la licitud del traslado. Y ello, sucede porque, con la información expuesta en el relato fáctico del supuesto, donde se afirma que José y Alejandra finalizaron su relación sentimental antes de que esta fuese conocedora de su embarazo, y que el primero no supo de la existencia de Juan hasta que una amiga en común de ambos le comentó que Alejandra había tenido un hijo; no se puede afirmar de ningún modo que existiese un derecho de custodia ejercido por José o que se habría ejercido si Juan no fuese trasladado. Tal afirmación se ve reforzada por el art. 5 del Convenio de La Haya de 1980, que entiende que el derecho de custodia es aquel bajo el que se integran el derecho al cuidado del menor y, más concretamente, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia.

Ya que José no tenía el menor conocimiento de la existencia de su hijo, no se puede afirmar que viniese ejerciendo un derecho de custodia en los términos exigidos por el Convenio de La Haya, puesto que, aunque pueda resultar evidente, al no saber José nada acerca del nacimiento de Juan, difícilmente puede decidir sobre el cuidado de éste y su lugar de residencia. Ello conlleva a, más allá de debates acerca de la ley aplicable a la resolución de la controversia y los tribunales conocedores de la misma, a declarar la licitud de traslado y, en última instancia, a responder que la conducta de Alejandra no es constitutiva de delito.

VIII. CONCLUSIONES

A modo de cierre del presente trabajo, se hará una recopilación, sin ánimo de exhaustividad, de las conclusiones más importantes que se han extraído en respuesta a las diversas preguntas suscitadas:

PRIMERA. Raquel ha cometido con su conducta un delito de trata de seres humanos, en concurso real (*ex art. 177 bis. 9 CP*) con: un delito continuado de ayuda intencional a la entrada de extranjeros con ánimo de lucro (en virtud de las reglas de la continuidad delictiva, se aprecia la existencia del delito señalado con mayor pena en régimen de continuidad), un delito de trato degradante, un delito de coacciones en grado de tentativa y dos delitos contra los derechos de los trabajadores (en concurso ideal).

Las penas que se habrán de imponer por la comisión de estos delitos son las siguientes: pena de prisión de cinco a ocho años (trata de seres humanos), pena de multa de nueve meses y veintitrés días a un año (delito continuado de ayuda intencional a la entrada de extranjeros con ánimo de lucro), pena de prisión de seis meses a dos años (trato degradante), pena de multa de seis meses a un año (tentativa de coacciones) y pena de prisión de tres años, tres meses y un día a seis años (dos delitos en concurso ideal contra los derechos de los trabajadores).

Tal elección de penas encuentra su fundamento en los arts. 73 y 75 CP, en virtud de los cuales las penas habrán de ser impuestas simultáneamente siempre que sea posible (en caso contrario, de forma acumulada, para su cumplimiento sucesivo). Dada la incompatibilidad entre sí de las penas privativas de libertad, se ha optado por la imposición de penas de multa en aquellos casos en los que el legislador penal brinda tal alternativa.

SEGUNDA. El órgano competente para conocer de los delitos cometidos por Raquel es, en la fase de instrucción, el Juzgado de Instrucción de Santiago de Compostela, en la fase de juicio oral la Audiencia Provincial de A Coruña, y, de recurrirse la sentencia dictada por el anterior órgano, la competencia para conocer dicho recurso recaerá sobre la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

En lo que respecta a la validez como medio de prueba de las grabaciones realizadas por Alejandra, lo primero que se debe señalar es que su obtención se ajustó a la legalidad (respetando el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la intimidad, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la inviolabilidad del domicilio). Tal afirmación implica que la validez de esta prueba depende en última instancia de que sea practicada en el juicio oral conforme a los principios de contradicción, oralidad, publicidad e inmediación.

TERCERA. Ambas medidas de protección de la víctima (no constancia de datos que pudiesen servir para la identificación de Alejandra y comparecencia de ésta utilizando medios que imposibiliten su identificación visual) pueden ser adoptadas en este supuesto, dado que Alejandra es titular del derecho de protección del que son manifestaciones tales medidas, y su adopción depende de la evaluación hecha por el Juez tanto de las circunstancias de la víctima como del delito (evaluación que sin ningún género de dudas será favorable, dada la especial consideración que se ha de tener con las víctimas de trata de seres humanos *ex art. 23 LEVD*).

CUARTA. Siguiendo el criterio de atribución de competencia de la residencia habitual del menor, del cual emana también la ley aplicable al litigio, José tiene derecho a reclamar la paternidad de Juan siempre que ejerza la acción correspondiente en el plazo de un año desde que fue conocedor de la información en que base su reclamación (desde que la amiga en común de José y Alejandra le comunicó al primero que la segunda había tenido un hijo), a tenor de lo dispuesto en el art. 133.2 CC.

Por otro lado, no procede establecer un régimen de guarda y custodia compartida por períodos anuales en países distintos, dado que la atención en tales supuestos al principio *favor filii* implica descartar la habitualmente deseable guarda y custodia compartida, en atención a los perjuicios que ésta conlleva para el menor (progenitores residentes en distintos países no habiendo siquiera conocido el hijo a uno de ellos, constante cambio de ambiente en perjuicio de su integración...etc.).

QUINTA. Siguiendo los Convenios Internacionales que regulan diversos aspectos de la sustracción internacional de menores, y que configuran esta figura en los ordenamientos de los Estados contratantes (en este particular supuesto, España y Nicaragua); el traslado de Juan a nuestro país por parte de Alejandra es lícito, al no existir ejercicio efectivo de derecho de custodia alguno por parte de José al tiempo del traslado, con lo que el comportamiento enjuiciado no es constitutivo de delito.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ARÁUZ HENRÍQUEZ, M. J., 2016. *Régimen jurídico en materia de sustracción internacional de menores en el proceso de restitución internacional de la niñez en Nicaragua*. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad Centroamericana, Managua.
- BARONA VILAR, S., 2017. Lección Décimo quinta: La prueba. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. MONTERO AROCA (Dir.), 25^a edición. Valencia. Tirant Lo Blanch.
- CARDONA RUBERT, M. B., 2021, Tema 3: El trabajador. *Derecho del Trabajo*. GOERLICH PESET, J. M. (Dir.). 9^a edición. Valencia. Tirant Lo Blanch.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., 2016. Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo. *Revista española de Derecho Internacional*. Vol. 68/2. Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., 2019, Lección 1: El Derecho procesal. *Introducción al Derecho Procesal*, con MORENO CATENA. V. 10^a edición. Valencia. Tirant Lo Blanch.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M., 2021, Lección 6: Los presupuestos procesales del órgano jurisdiccional: jurisdicción y competencia objetiva. *Derecho Procesal Penal*, con GIMENO SENDRA, V., y CALAZA LÓPEZ, S. 1^a edición. Valencia. Tirant Lo Blanch.
- ESQUINAS VALVERDE, P., 2021, Lección 8: el delito de trata de seres humanos. *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Actualizadas conforme a la L.O 8/2021, de 4 de junio*. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (Dir.), 2^a edición. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- GALLEGOS DÍAZ, M., 2010. *La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Criterios de determinación legal y factores de individualización judicial*. Revista vasca de administración pública, núm. 87-88.
- GARCÍA SEDANO, T., 2017. *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. Universidad Carlos III de Madrid.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., 2021. Víctimas de trata: Declaraciones y protección en el proceso penal. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 64/2021. Editorial Aranzadi.
- HINOJOSA SEGOVIA, R., 2018. El régimen jurídico de la víctima en el proceso penal español. *Foro. Revista española de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 21, núm. 1. Universidad Complutense de Madrid.
- MARTOS NÚÑEZ, J. A., 2012. El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII. Universidad de Santiago de Compostela.
- MONTERO AROCA, J., 2014. La jurisdicción como presupuesto del proceso; límites de la jurisdicción penal ordinaria. Competencia objetiva y funcional. Aforamientos y privilegios procesales. Inmunidad de jurisdicción. Recurso electrónico. Editorial Tirant Lo Blanch.
- MORERA VILLAR, B., 2014. *Guardia y custodia compartida*. Tesis doctoral. Programa de doctorado en Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología. Universitat de Valencia.

- MUÑOZ CONDE, F., 2021. *Derecho Penal. Parte Especial. 23ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín conforme a las LLOO 2/2020, 3/2021, 5/2021, 6/2021, 8/2021 y 9/2021, y actualizada con la más reciente bibliografía y jurisprudencia. 23ª edición.* Valencia: Tirant lo Blanch.
- ORDUNA NAVARRO, B., 2012. *Protección penal de los trabajadores extranjeros.* Diario La Ley, núm. 7843. Sección Tribuna. Editorial La Ley.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. (Coord.), 2020. Tema 3: La jurisdicción como presupuesto del proceso; límites de la jurisdicción penal ordinaria. Competencia objetiva y funcional. Aforamientos y privilegios procesales. Inmunidad de jurisdicción. *Derecho Procesal Penal.* 1ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., 2020. Tema 44: delitos contra los derechos de los trabajadores, en: *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial.* SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Dir.), 8ª edición. Recurso electrónico. Civitas. Thomson Reuters.
- QUINTANAR DÍEZ, M. (Dir.), Lección XIX. El delito continuado. *Elementos de Derecho Penal. Parte General,* con ORTIZ NAVARRO, J. F. y ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C. 3ª edición. Valencia. Tirant Lo Blanch.
- SÁNCHEZ CANO, M. J., 2020. La determinación de la filiación en situaciones transnacionales: cuestiones prácticas. *Cuadernos de Derecho Transnacional,* vol. 12, núm. 2, pp. 1177-1186. Universidad Carlos III de Madrid.

X. APÉNDICE LEGISLATIVO

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.
- Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996.
- Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980.

XI. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

- España. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 214/2017, de 29 de marzo (ECLI:ES:TS:2017:1229).
- España. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 396/2019, de 24 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2572).
- España. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 17/2014, de 28 de enero (ECLI:ES:TS:2014:202).
- España. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 646/2015, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4501).
- Vizcaya. Audiencia Provincial (Sección Primera). Sentencia núm. 2/2021, de 22 de enero (ECLI: ES:APBI:2021:31).
- España. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 191/2015, de 9 de abril (ECLI: ES:TS:2015:1502).
- España. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 688/2010, de 2 de julio (ECLI:ES:TS:2010:4223).
- España. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 213/2005, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2005:1086).
- España. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 1122/1998, de 29 de septiembre (ECLI: ES:TS:1998:5480).
- España. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 623/2013, de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2013:4099).
- España. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 539/2009, de 21 de mayo (ECLI:ES:TS:2009:3283).
- España. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 427/2000, de 18 de marzo (ECLI:ES:TS:2000:2183).
- España. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 639/2017, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3389).

- España. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 494/2016, de 9 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2613).
- España. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 208/2010, de 18 de marzo (ECLI:ES:TS:2010:1488).
- España. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 1061/2009, de 26 de octubre (ECLI:ES:TS:2009:6816)
- España. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 1049/1998, de 21 de septiembre (ECLI:ES:TS:1998:5243).
- España. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 109/2017, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2017:692).
- España. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 159/2022, de 23 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:849).
- España. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 200/2018, de 25 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1591).
- España. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 968/1998, de 17 de julio (ECLI:ES:TS:1998:4822).
- España. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 652/2016, de 15 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3585).
- España. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 30/2022, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2022:128).
- España. Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 200/2014, de 25 de abril (ECLI:ES:TS:2014:1699).
- España. Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia núm. 229/2018, de 18 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1414).
- España. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal). Sentencia núm. 340/2021, de 23 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1404).

*Nuestra fiesta ha terminado. Los actores,
como ya te dije, eran espíritus
y se han disuelto en aire, en aire leve,
y, cual la obra sin cimientos de esta fantasía,
las torres con sus nubes, los regios palacios,
los templos solemnes, el inmenso mundo
y cuantos lo hereden, todo se disipará
e, igual que se ha esfumado mi etérea función,
no quedará ni polvo. Somos de la misma
materia que los sueños, y nuestra breve vida
culmina en un dormir.*

La tempestad (William Shakespeare)