

Trabajo de Fin de Grado
GRADO EN DERECHO

Facultad de Derecho
Universidad de A Coruña



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**LA TORMENTOSA RELACIÓN DE PAUL Y MARÍA Y SU PROYECCIÓN EN
LAS RELACIONES**

PATERNO-FILIALES

**A TORMENTOSA RELACIÓN DE PAUL E MARÍA E A SÚA PROXECCIÓN
NAS RELACIÓNS PATERNO-FILIAIS**

**THE DIFFICULT RELATIONSHIP BETWEEN PAUL AND MARIA AND ITS
PROJECTION IN PARENT CHILD RELATIONSHIPS**

Luis García Verde

Tutor: Marcos Antonio López Suárez

Curso académico: 2019-2020

Índice

| | |
|--|-----------|
| I. LISTADO DE ABREVIATURAS | 4 |
| II. ANTECEDENTES DE HECHO | 5 |
| III. DETERMINACIÓN, DE CONFORMIDAD CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL, DE LA LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE GESTACIÓN CONTEMPLADO EN EL SUPUESTO DE HECHO Y LAS POSIBILIDADES DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE OXANA RESPECTO DE MARÍA | 6 |
| III.1 Hechos | 6 |
| III.2 La maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico español | 6 |
| III.3 El turismo reproductivo en materia de maternidad subrogada: Legislación y Jurisprudencia relevante para el caso español..... | 7 |
| III.3.1. Introducción | 7 |
| III.3.2. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero de 2009 | 7 |
| III.3.3. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre del 2010..... | 9 |
| III.3.4. Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Valencia, de 23 noviembre de 2011..... | 10 |
| III.3.5. Sentencia del Tribunal Supremo (STS), de 6 de febrero de 2014 | 11 |
| III.3.6. Auto del Tribunal Supremo (ATS), de 2 de febrero de 2015..... | 15 |
| III.4 Conclusión..... | 15 |
| IV. RELEVANCIA PENAL DEL INTERCAMBIO DE GOLPES ENTRE MARÍA Y PAUL, LA NOCHE DEL DÍA 1 DE SEPTIEMBRE DE 2019. | 16 |
| IV. 1. Hechos..... | 16 |
| IV.2 Delimitación del tipo penal aplicable | 16 |
| IV.2.1 Bien jurídico protegido..... | 16 |
| IV.2.2 Elemento subjetivo..... | 17 |
| IV.2.3 Elemento objetivo | 18 |
| IV.2.4. Circunstancias modificativas | 20 |
| IV.2.5. Pena | 23 |
| V. RELEVANCIA PENAL DE LA PERMANENCIA INDEFINIDA DE PAUL Y OXANA EN LONDRES, TRAS LA FESTIVIDAD DE LA HISPANIDAD, EN CONTRA DE LA VOLUNTAD DE MARÍA. | 25 |
| V.1. Hechos | 25 |
| V.2. Delimitación del tipo penal aplicable | 25 |
| V.2.1. Bien jurídico protegido | 26 |
| V.2.2. Sujeto activo..... | 27 |

| | |
|--|-----------|
| V.2.6. Elemento objetivo | 29 |
| VI. RELEVANCIA PENAL DEL DEPÓSITO DE OXANA EN EL UMBRAL DE LAS PUERTAS DE LA IGLESIA DE ST. AUDOEN, LLEVADO A CABO POR PAUL | 31 |
| VI.1. Hechos..... | 31 |
| VI.2. Delimitación del tipo penal aplicable..... | 31 |
| VI.2.1. Bien jurídico protegido..... | 31 |
| VI.2.2. Sujeto activo y pasivo | 31 |
| VI.2.3. Elemento subjetivo..... | 31 |
| VI.2.4. Elemento objetivo | 32 |
| VI.2.5. Circunstancias modificativas | 33 |
| VI.2.6. Pena | 34 |
| VII. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE Y DE LA JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DE LOS HECHOS ANALIZADOS EN LAS CUESTIONES SOBRE LA RELEVANCIA PENAL..... | 36 |
| VII.1. Preliminar | 36 |
| VII.2. La ley aplicable y la jurisdicción competente para conocer el delito de lesiones y el delito de abandono | 36 |
| VII.2.1. Jurisdicción competente en relación con el delito de lesiones | 36 |
| VII.2.2. Jurisdicción competente en relación con el delito de abandono | 39 |
| VII.3 La ley aplicable y la jurisdicción competente para conocer el hecho ilícito de la sustracción de menores..... | 40 |
| VII.3.1. Competencia internacional: Convenio de la Haya de 1980 | 40 |
| VII.3.2. Ilícitud de la sustracción de Oxana..... | 41 |
| VII.3.3. Proceso de retorno..... | 41 |
| VII.3.4. Jurisdicción competente para fijar la custodia | 42 |
| VIII. CONCLUSIONES..... | 44 |
| Primera | 44 |
| Segunda..... | 44 |
| Tercera..... | 44 |
| Cuarta | 44 |
| Quinta | 44 |
| IX. BIBLIOGRAFÍA..... | 46 |
| X. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL | 49 |
| X.1 Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos | 49 |
| X.2 Sentencias del Tribunal Constitucional | 49 |
| X.3 Sentencias del Tribunal Supremo..... | 49 |

| | |
|--|----|
| X.4. Sentencias de la Audiencia Nacional | 50 |
| X.5 Sentencias de la Audiencia Provincial | 50 |
| X.6 Sentencias del “Common Law” | 50 |

I. LISTADO DE ABREVIATURAS

AAP: Auto de Audiencia Provincial

Art.: Artículo

ATS: Auto del Tribunal Supremo.

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

Dir.: Director

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LECRIM: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LO: Ley Orgánica

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LTHRA: Ley 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida*

RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

RRC: Reglamento de la Ley del Registro Civil

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

UE: Unión Europea

II. ANTECEDENTES DE HECHO

Paul, de origen británico, y María, oriunda de A Coruña, contraen matrimonio entre sí, en la Colegiata de Santa María del Campo, en el año 2015. Tras un año de convivencia en Londres, donde María y Paul se habían conocido, la pareja decide trasladar su domicilio familiar a Madrid.

En el año 2016 a María se le diagnostica un trastorno funcional en los ovarios, que le impide tener descendencia biológica. María, conocedora de la importancia que para su cónyuge tiene el hecho de ser padre, le propone a Paul trasladarse a Kiev a los fines de que una mujer ucraniana geste un óvulo con los gametos aportados por el propio Paul. En enero de 2017 María y Paul inician los trámites a través de una empresa especializada y, tras diversas vicisitudes, finalmente en febrero de 2019 tiene lugar el alumbramiento de Oxana.

De regreso a España, la relación conyugal empieza a deteriorarse: María cae en una profunda depresión y empieza a desatender las necesidades vitales de Oxana; por su parte, Paul, se refugia en la bebida y tras el verano sus problemas con el alcoholismo se hacen más que evidentes, a tenor de los comentarios habidos en el círculo de amistades de la pareja. La situación se tensa cada vez más, hasta el punto de que en la noche del día 1 de septiembre María y Paul discuten violentamente en presencia de la niña, llegando incluso a golpearse mutuamente. De hecho, Paul terminó con varios hematomas en el bajo vientre y en la cara y María hospitalizada con fractura de costillas.

Así las cosas, aprovechando la fiesta de la Hispanidad, Paul se dispuso a viajar a Londres, con el pretexto de presentar a su hija a sus parientes más cercanos. Sin embargo, una vez en Inglaterra, Paul decide no regresar. Ante el devenir de los acontecimientos, visto que Paul no regresaba en la fecha inicialmente prevista, María intenta infructuosamente ponerse en contacto con él, tras lo cual denuncia los hechos en comisaría.

Con el inicio del año nuevo, Paul decide emprender una nueva vida sin ataduras de ningún tipo y el día 5 de enero, en un viaje relámpago a Dublín, deja a Oxana en una canastilla ante las puertas de St. Audoen's Church.

III. DETERMINACIÓN, DE CONFORMIDAD CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL, DE LA LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE GESTACIÓN CONTEMPLADO EN EL SUPUESTO DE HECHO Y LAS POSIBILIDADES DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE OXANA RESPECTO DE MARÍA

III.1 Hechos

En el año 2016 a María se le diagnostica un trastorno funcional en los ovarios, que le impide tener descendencia biológica. María, conocedora de la importancia que para su cónyuge tiene el hecho de ser padre, le propone a Paul trasladarse a Kiev a los fines de que una mujer ucraniana geste un óvulo con los gametos aportados por el propio Paul. En enero de 2017 María y Paul inician los trámites a través de una empresa especializada y, tras diversas vicisitudes, finalmente en febrero de 2019 tiene lugar el alumbramiento de Oxana.

A continuación, se procederá a examinar la legalidad del procedimiento de maternidad subrogada, así como las posibilidades de determinación de la filiación de Oxana respecto de María.

III.2 La maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico español

En España, los contratos de maternidad subrogada son considerados nulos de pleno derecho a tenor de lo establecido por el artículo (art.) 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida* (LTRHA). De acuerdo con el citado precepto:

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

De igual manera, la práctica de la maternidad subrogada se encuentra tipificada como delito en el art. 221 de la Ley Orgánica (LO) 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP).

La razón de su ilicitud se sustenta en una supuesta vulneración del principio del orden público internacional español¹, entendido como “conjunto de principios jurídicos públicos, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de un modelo de sociedad en un pueblo y época determinada”². En el caso de la maternidad subrogada, los principios esencialmente vulnerados serían el derecho fundamental a la dignidad y el derecho a la integridad física y moral, en tanto que el contrato podría acarrear una comercialización del cuerpo de la mujer gestante y el tráfico de niños³.

De igual manera, el contrato de maternidad subrogada se encuentra en directo conflicto con el sistema de filiación español, ya que éste se fundamenta en el principio de veracidad

¹ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2014). “El futuro de la maternidad subrogada en España”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 6(2), págs. 5-49.

² Sentencia del Tribunal Constitucional (STC), de 23 de febrero de 1989 (ECLI:ES:TC:1989:54).

³ MARRADES PUIG, A. (2017) “La Gestación Subrogada En El Marco De La Constitución Española: Una Cuestión De Derechos” *ISSN-e 2386-9062, Vol. 65/1*, págs. 219-241 Recuperado en <http://www.revista-estudios.deusto.es/>

biológica⁴. El principio se refleja en el art. 10.2 LTRHA, que dispone: “*La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*”.

Ahora bien, con relación al caso planteado, la prohibición de la maternidad subrogada en España no se estima concluyente, por cuanto que la práctica en cuestión tuvo lugar en Ucrania y en el ámbito internacional la respuesta es más compleja. En síntesis, el problema se halla en el reconocimiento de una decisión extranjera que valida la filiación entre los padres comitentes y el niño nacido del contrato. Aquí hay que tener en cuenta que el país en el que se realiza el contrato, la maternidad subrogada es legal, y el país en el que tienen intención de residir los padres comitentes con el niño, la maternidad subrogada es ilegal. Este conflicto ha sido sujeto a un amplio debate doctrinal⁵ y jurisprudencial que será examinado en detalle a continuación.

III.3 El turismo reproductivo en materia de maternidad subrogada: Legislación y Jurisprudencia relevante para el caso español

III.3.1. Introducción

El fenómeno del turismo reproductivo se caracteriza por ser un proceso por el que padres comitentes, como Paul y María, viajan a un país en el que la maternidad subrogada es legal para la realización del contrato⁶. Sin embargo, como ya ha sido mencionado, esto puede provocar una serie de conflictos de carácter jurídico valorativo, que como resaltan CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ⁷, son de gran complejidad y deben ser analizados desde la perspectiva del Derecho internacional privado.

En el caso español, se puede observar un claro proceso histórico-jurídico, en el que tanto la DRGN como diversos tribunales resolvieron la cuestión del reconocimiento de la filiación extranjera surgida del contrato de maternidad subrogada de manera diferente. Su análisis será necesario para dilucidar las posibilidades de las que podrá disponer María en orden a la determinación de la filiación de Oxana.

III.3.2. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero de 2009

El punto de partida en el proceso apuntado vendría representado por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero de 2009 (RDGRN), que ha generado una intensa polémica tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial⁸. En síntesis, según Hernández Rodríguez⁹, en la citada resolución del centro registral, se estaría aplicando denominada tesis conflictual del foro, que, con base en el respeto a la integridad del derecho extranjero, permitiría un traslado de la certificación registral extranjera al registro español. No obstante, el traslado solo se produciría si las autoridades correspondientes consideran que el documento legal en cuestión no vulnera el orden

⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (2017). “Determinación de la filiación en la procreación asistida” *ISSN: 1870-2147*

⁵ GODOY VÁZQUEZ, O. (2018) “La Gestación Subrogada en la Jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo” *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx, N° 34. ISSN 0213-988X* págs. 111-131

⁶ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. (2014). “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”. *Cuadernos de Derecho Transnacional, 6(2)*, págs. 147-174.

⁷ CALVO CARAVACA, A.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2015). “Gestación Por Sustitución Y Derecho Internacional Privado. Más Allá Del Tribunal Supremo Y Del Tribunal Europeo De Derechos Humanos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional, 7(2)*, págs. 45-113

⁸ *Ibidem.* op. cit. pág. 9

⁹ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. (2014). “Determinación de la filiación...” op. cit. págs. 8-10

público internacional español. En esta instancia, se determina que el principio no se ve vulnerado y, por ende, la certificación ha de ser trasladada y asumida por el registro civil español.

Esta decisión, que, como se ha indicado, acarreó severas críticas¹⁰, fundamentaba la solución de fondo en diversos argumentos. En primer lugar, se señalaba que, en tanto que la ley permite registrar la filiación entre dos varones y sus hijos/as mediante adopción¹¹, y que la LTRHA permite lo mismo en el caso de dos mujeres¹², la filiación española, especialmente el principio *mater semper certa est*, no debería impedir la inscripción de hijos/as por maternidad subrogada, ya que eso sería, supuestamente, una vulneración del derecho a la igualdad impuesto por el art. 14 de la Constitución Española (CE)¹³. Asimismo, la inscripción lograría una apropiada protección del principio del interés del menor, el cual ocupa una importante posición dentro del ordenamiento español debido a la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴. Esa protección impediría que los menores tuvieran diferentes filiaciones dependiendo del país, que obtuvieran los beneficios propios de la filiación por parte de una familia que quiere tenerlos, y la correcta preservación del derecho a una identidad única.

Sin embargo, según Álvarez De Toledo Quintana¹⁵, el paralelismo de la situación de las dos mujeres y la de los hombres es, cuanto menos, diáfana, dado que, en una de ellas, al menos, una de las partes respetaría el principio de *mater semper certa est*. Asimismo, esta teoría puede llegar a dar problemas debido a una hipotética disparidad entre la norma extranjera y la del foro. Por último, la cierta automaticidad del proceso puede llegar a acarrear una menor protección para las madres gestantes¹⁶.

No obstante, una parte de la doctrina¹⁷ prefiere esta teoría antes de las otras debido a la mayor protección del menor y a una supuesta coherencia en relación con la visión actual del derecho, la cual está más anclada en una visión internacionalista en yuxtaposición a una posible interpretación endogámica sostenida por el ordenamiento jurídico nacional. Asimismo, esta teoría ha sido aplicada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en su doctrina¹⁸.

¹⁰ CALVO CARAVACA, A.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2015). “Gestación Por Sustitución...” op. cit. pág. 13

¹¹ Art. 108 del Código Civil. “La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción...”

¹² ANDREU MARTÍNEZ, M. B. (2018), “La Doble Maternidad tras la Reforma del Artículo 7.3 LTRHA y la Resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente Avanzamos o Hemos Retrocedido?” *InDret*, Vol. 2, 2018. págs. 5-6

¹³ Art. 14 de la CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

¹⁴ Art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

¹⁵ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2014). “El futuro...” op. cit. pág. 7

¹⁶ RUIZ-RICO RUIZ, J.M. (2020) “Los efectos de la determinación de la filiación: ¿Automaticidad o supervisión previa?” *Revista de Derecho de Familia num.86/2020*

¹⁷ CALVO CARAVACA, A.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2015). “Gestación Por Sustitución...” op. cit. pág. 23

¹⁸ STEDH *Mennesson c. Francia*, de 26 junio de 2014, (RJ 65192/11); y, STEDH *Labassee c. Francia.*, de 26 de junio de 2014, (RJ.º 65941/11): El TEDH en estos casos argumenta una vulneración del derecho a la vida privada del menor, en relación con su derecho a la identidad única, dado que la carencia de filiación, y en el caso francés, de nacionalidad, implicaría un detrimento injustificado en sus vidas. No obstante, el tribunal también determina la inexistencia de una vulneración a la intimidad familiar de los padres

III.3.3. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre del 2010

La resolución relevante en el ámbito objeto de estudio sería la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre del 2010, que supone un distanciamiento en relación con la postulación de la resolución anteriormente examinada. La intención de la nueva resolución, probablemente debido a las críticas de la realizada en el año anterior, fue la de aumentar los requisitos y, por ende, el umbral de protección garantizado con relación a las madres gestantes y a los niños surgidos de la maternidad subrogada.

La resolución exigiría que la certificación registral extranjera viniera acompañada de una resolución judicial con el supuesto fin de otorgar mayor protección a las partes en el contrato, dado que ello permitiría verificar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, así como que el consentimiento ha sido prestado de manera libre e informada¹⁹. Sin embargo, la exigencia de tal resolución judicial no está prevista en los arts. 81 y 85 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (RRC)²⁰. Además, esta demanda causaría una judicialización de la función registral, así como el impedimento de la realización de las funciones del registro, las cuales se otorgan para evitar que la gente tenga que acudir a la jurisdicción ordinaria²¹. Por otra parte, desde un punto de vista práctico, la fundamentación contenida en la Resolución de 5 de octubre de 2010 conllevaría grandes dificultades para María, dado que en Ucrania la obtención de una resolución judicial para las certificaciones de filiación es complicada²².

Con todo, lo cierto es que la resolución abre dos vías, que dependen totalmente de la discreción del encargado del Registro Civil para el reconocimiento de la certificación extranjera: el mecanismo de exequátur y el reconocimiento incidental. El primero se llevaría a cabo, por los cauces del art. 54 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, *de cooperación jurídica internacional en materia civil*, en los casos en que la resolución judicial extranjera se subsumiera dentro de un procedimiento contencioso.

En cuanto al reconocimiento incidental, se daría en los casos de procedimientos de jurisdicción voluntaria mediante la acreditación de una serie de requisitos, los cuales se

comitentes, en tanto que, a pesar de la ausencia de filiación, seguirían pudiendo desarrollar su vida con los menores sin mayor percance.

¹⁹ LAMM, E. (2012) “Gestación por sustitución: realidad y derecho” *InDret 3/2012 Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas Argentina* pág. 4

²⁰ De acuerdo con el art. 81 del RRC: “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales “ A su vez, el art. 85 del referido Cuerpo normativo dispone que: “Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer, en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad. La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente.”

²¹ CALVO CARAVACA, A.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2015). “Gestación Por Sustitución...” op. cit. pág. 21

²² ORTEGA GIMÉNEZ, A. COBAS COBIELLA, M. E. HEREDIA SÁNCHEZ, L.S. (2018) “Los contratos de gestación subrogada en España: A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el Consulado español en Kiev” *Diario la Ley*, núm. 9281, 2018

materializarían en una especie de sistema bilateralista²³. Este sistema se sustenta en la premisa que el tribunal extranjero haya aplicado los mismos criterios expuestos en la legislación española en su ejercicio de competencia judicial internacional. En todo caso, cabe advertirse que el referido sistema –ampliamente criticado por la doctrina²⁴– fue sustituido²⁵, a partir del año 1998²⁶, por un “sistema de los contactos razonables”, que acarrea una aplicación más flexible, en tanto que solo exige que el tribunal sea internacionalmente competente y que el litigio presente contactos razonables con el país en el que se llevó a cabo el proceso.

Por otra parte, la resolución no hace mención del orden público internacional, lo cual es un error claro, dado que tal concepto cobra una importancia imperiosa en cualquier debate sobre la maternidad subrogada, en tanto que se puede entender, y cierta parte de la doctrina así lo hace²⁷, que se está comercializando con el niño y la madre gestante.

Finalmente, esta tesis, a pesar de sus marcados errores, sigue estando vigente en la actualidad, lo cual, como se ha enfatizado previamente, conlleva serias dificultades para el reconocimiento de la filiación en países como Ucrania en los que no se proporcionan resoluciones judiciales en materia de certificación de filiación.

III.3.4. Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Valencia, de 23 noviembre de 2011

El hito en el proceso que se está examinando lo constituye la SAP Valencia, de 23 noviembre de 2011 (ECLI:ES:APV:2011:5738) que anuló la RDGRN 18 febrero de 2009, mediante una aplicación estricta del derecho material español, lo cual comúnmente se asocia a la denominada tesis legeforista²⁸.

La sentencia determinaba que los principios de inscripción de documentos extranjeros se colocaban en el mismo plano aplicativo al art. 10 de la LTRHA que prohíbe la maternidad subrogada y otorga prevalencia a la mujer que da a luz en materia de filiación. Todo esto con base en el principio de jerarquía normativa establecido en el art. 9.3 de la CE²⁹. Asimismo, las personas que participan en el fenómeno del turismo reproductivo tomarían parte en un fraude de ley al acudir a otras jurisdicciones para evitar la prohibición en

²³ CALVO CARAVACA, A.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2015). “Gestación Por Sustitución...” op. cit. pág. 21

²⁴ Ibidem. op. cit. págs. 21-22

²⁵ Art. 26.1.1 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional:” *Que haya sido constituida por autoridad extranjera competente. Se considerará que la autoridad extranjera es competente si el supuesto presenta vínculos razonables con el Estado extranjero cuyas autoridades la han constituido. Se presumirá, en todo caso, que son competentes aplicando de forma recíproca las normas de competencia previstas en el artículo 14 de esta Ley.* “

²⁶ CALVO CARAVACA, A.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2015). “Gestación Por Sustitución...” op. cit. págs. 21-22: “*en 1998 el TS abandonó este criterio y adoptó el "nuevo modelo francés" de control de la competencia judicial internacional del juez que dicta la resolución que ahora pretende ser reconocida en España (Sent. Cour Cass.Civ.I, 6 febrero 1985, Simitch: "existence d'un lien caractérisé entre le pays dont le juge a été saisi et le litige"): el "sistema de los contactos razonables".* “

²⁷ MARRADES PUIG, A. (2017) “La Gestación Subrogada...” pág. 240

²⁸ CALVO CARAVACA, A.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2015). “Gestación Por Sustitución...” op. cit. pág. 11

²⁹ Art. 9.3 CE:” *La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.* “

España³⁰. Además, se interpreta que la prohibición estipulada por la LTRHA es una norma de policía, por lo que se entiende que es esencial para salvaguardar los intereses públicos de la nación.

No obstante, según CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ³¹, esta teoría se sustenta en un prejuicio irracional con relación a la relevancia de las sentencias extranjeras y supone, esencialmente, una negación del Derecho internacional privado en su conjunto. Asimismo, los autores niegan su aplicación universal y su carácter como norma de policía, en tanto que el art. 10 LTRHA carece de un indicador espacial, que hay una excepción en relación con el padre aportador de material genético para inscribir la filiación, y que su situación conflictiva con los intereses del menor cause que ni sea esencial ni salvaguarde de los intereses públicos.

III.3.5. Sentencia del Tribunal Supremo (STS), de 6 de febrero de 2014

La siguiente resolución que debe ser examinada se trata de la STS de 6 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247). Esta sentencia desestima la inscripción de la filiación respecto a los padres comitentes. Esto se haría con fundamento en una interpretación del orden público internacional que se vería vulnerada por la inscripción de los hijos nacidos de la maternidad subrogada. Asimismo, se separa de la interpretación legeforista realizada por la SAP Valencia, de 23 noviembre de 2011 (ECLI:ES:APV:2011:5738)³².

Debido a ser la primera sentencia del Alto Tribunal en cuestión de la maternidad subrogada, su importancia es indudable. Con todo, no resulta ocioso recordar que para que haya jurisprudencia es preciso la existencia de, cuanto menos, dos sentencias que declaren la misma doctrina³³; circunstancia esta que, de momento, no ha sucedido. En cuanto a su contenido, los aspectos más relevantes se podrían concretar en los cuatro siguientes:

a) como ya se ha mencionado, se resta toda importancia a la tesis legeforista y se otorga primacía a un sistema de reconocimiento de las decisiones extranjeras fundamentado en el Derecho internacional privado. La validez de las decisiones extranjeras, según ese sistema, depende del respeto al orden público internacional. Asimismo, el tribunal recalca la prohibición de hacer una revisión de fondo de las decisiones extranjeras, en la misma línea que la jurisprudencia alemana³⁴.

b) Se declara que una certificación de filiación extranjera se puede inscribir de forma directa en el registro, lo cual se asemejaría a lo expuesto en la RDGRN de 2009. Todo

³⁰ SOSPEDRA FONTANA, A. (2018) "La Gestación Subrogada En España" *Cuestiones de Interés Jurídico*, ISSN 2549-8402, IDIBE

³¹ CALVO CARAVACA, A.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2015). "Gestación Por Sustitución..." op. cit. pág. 13

³² STS, 6 febrero 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247), FD 3.2: "*La técnica jurídica aplicada no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento (...) Hay que resolver si esa decisión de autoridad puede ser reconocida, y desplegar sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los hoy recurrentes, en el sistema jurídico español*"

³³ Art. 1.6 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (CC):" *La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho* "

³⁴ CALVO CARAVACA, A.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2015). "Gestación Por Sustitución..." op. cit. pág. 26: "*El TS, al igual que hizo el BGH alemán en su sentencia de 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13, estimó, y nunca puso en duda, que la subrogación se había ajustado a la legislación de California y que la filiación establecida en California resultaba de la aplicación de las Leyes de dicho Estado* "

ello mientras se respete el orden público internacional español, lo que flexibiliza la posición legeforista de exigir el respeto absoluto al derecho sustantivo español. Asimismo, se rechaza la interpretación que establece el art. 10 de la LTRHA como una norma de policía de aplicación universal. Esto se puede inferir de las extendidas menciones al orden público internacional, dado que, si el precepto fuera de aplicación universal, no haría falta discutir las implicaciones del orden.

c) Se precisa que la relación entre los comitentes y los hijos nacidos de la maternidad subrogada conforman una familia, en tanto que es merecedora de la protección dada por el art. 39 de la CE³⁵. Hay que proclamar esto como un avance hacia una mejor comprensión por parte del Derecho español de las realidades sociales actuales.

d) se rechaza la existencia de una discriminación por razón de sexo a los dos padres varones comitentes. La alegación de discriminación se sustenta en el hecho de que esa es la única opción que tienen para poder engendrar hijos con material genético propio. No obstante, el TS determina que el rechazo procede de la vulneración del orden público internacional español mediante la realización del contrato de maternidad subrogada. El Alto Tribunal asegura que se hubiera llegado a la misma conclusión de haber sido una pareja heterosexual con problemas de infertilidad o una pareja homosexual compuesta por dos mujeres. Asimismo, el ordenamiento español no protege el derecho de los padres a tener hijos con los que compartan carga genética, sobre todo teniendo en cuenta que dos varones pueden perfectamente formar una familia mediante el proceso de adopción.

Así las cosas, uno de los aspectos de mayor relevancia de la sentencia es el atinente a la interpretación dada sobre la vulneración del orden público internacional español. Aquí hay que partir de que el TS entiende que la filiación es una cuestión esencial del contrato de maternidad subrogada, por lo que reconocer la filiación implicaría legitimar el contrato. Consecuentemente, la inscripción de la certificación extranjera promovería la cosificación y la mercantilización de aquello que es considerado por la sociedad española y por el Derecho como *res extra commercium*³⁶, que en este caso sería el cuerpo de la madre gestante y el menor en sí mismo. Asimismo, se determina que la inscripción daría lugar a una discriminación económica, en tanto que solo los ricos podrían beneficiarse de esta posibilidad. Finalmente, se argumenta la existencia de un fraude de ley de igual manera que la resolución de la SAP de Valencia en el año 2011.

Otro de los elementos polarizadores es la concepción del TS sobre el interés superior del menor. El tribunal determina que el carácter indeterminado de este principio no permite que se utilice para corregir la ley. Además, dispone que la superioridad del interés del menor no puede amparar un posible perjuicio en relación con la comercialización de la mujer y el tráfico de niños³⁷.

³⁵ Art. 39.1 y 39.2 de la CE: "1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad."

³⁶ Art. 1271 CC: "Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras."

³⁷ STS, de 6 de febrero de 2014, (ECLI:ES:TS:2014:247) FD 5.6: "La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría

Aquí hace falta clarificar que, si no se registra la filiación del menor respecto a los padres comitentes, éste quedará desamparado, ya que estará conectado a los padres gestantes en un país extranjero. Además, esto podría implicar una discriminación, constitucionalmente relevante, en función de la privación de la filiación de los menores y, por ende, de lo establecido en el art. 39.2 de la CE con relación a la igualdad de los hijos ante la ley. Para evitar tal cosa, el TS determina la existencia del proceso de reclamación de la paternidad por el padre comitente que aporte material genético³⁸, y la adopción por los padres comitentes. No obstante, ambos procesos se someterán a la discreción absoluta de los padres, los cuales pueden decidir no registrar la filiación del menor y dejarle sin todos los derechos que ello representa. En caso de que no lo hagan, el menor poseerá una filiación en Ucrania distinta a la de España, lo cual vulnera el derecho a una identidad única, dado que tendrá un nombre y padres distintos dependiendo del país³⁹. Por ende, está claro que la ausencia de la filiación, y las alternativas propuestas por el TS, son deficientes a la hora de garantizar la adecuada protección del menor y la defensa de su derecho a la identidad única⁴⁰.

Por otro lado, en cuanto a un supuesto fraude de ley, lo apropiado es acogerse a lo expuesto por Ávila Hernández:

No debemos hablar de fraude ley pues, no se ha tratado de eludir ninguna norma imperativa española al no intentar los interesados, alterar el punto de conexión de la norma de conflicto española (podían haber alterado la nacionalidad de los nacidos para aplicar la ley de California). Tampoco ha habido elección del foro más favorable, pues no se ha dejado la cuestión de la filiación de los niños en manos de las autoridades californianas para eludir la ley española⁴¹

Indudablemente, el TS realiza aquí una injerencia en la vida familiar al prohibir la inscripción de la filiación, sin embargo, según la doctrina del TEDH⁴², ésta sería válida mientras el Tribunal interprete que haya una vulneración del orden público internacional. Consecuentemente, cabe recordar que la aplicación del principio del orden público internacional ha de ser rechazada considerando las circunstancias específicas de cada caso, lo cual el TS no hizo en esta sentencia. Ese análisis se lograría si el TS hubiera determinado si la madre gestante en California sufrió algún tipo de abuso o el niño tomó parte en un proceso de tráfico.

llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo”

³⁸ Art. 10.3 LTRHA: “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”

³⁹ CALVO CARAVACA, A.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2015). “Gestación Por Sustitución...” op. cit. pág. 45

⁴⁰ Ibidem. op. cit. pág. 45-47

⁴¹ ÁVILA HERNÁNDEZ, C.J. (2017): “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”. *Cadernos de Dereito Actual*, núm. 6º, pp. 313-344

⁴² STDEH Wagner y J.M.W.L. v. Luxemburgo, de 28 de junio de 2007, (RJ 76240/01) “[Tal] interferencia constituye una vulneración del artículo 8, a menos que sea “de acuerdo con la ley”, persiga uno o más fines legítimos establecidos en el segundo párrafo del mencionado precepto y sea “necesario en una sociedad democrática”. “Necesidad” implica una interferencia que este fundamentada en una necesidad de gran relevancia social y, en concreto, sea proporcional con el objetivo perseguido.”

Por otro lado, hay que determinar si la interpretación del TS del interés superior del menor es correcta. Según el voto particular de Seijas Quintana, el reconocimiento de una orden extranjera, de forma similar a la adopción internacional, solo puede ser denegado bajo la lupa de dicho interés, y no debido a un conflicto con las normas del foro⁴³. Sin embargo, tanto el TS como el comité de bioética de España⁴⁴, establecen que la inscripción de la filiación vulnera el principio de dignidad del menor, y por tanto sus intereses y el orden público internacional español, al ir en contra de los principios de filiación españoles. En la misma línea, la Gran Sala del TDEH determinó que el estado italiano estaba capacitado a denegar la inscripción de la filiación de un menor nacido de un contrato de maternidad subrogada en el extranjero⁴⁵. Asimismo, Álvarez de Toledo Quintana establece que modelizar el orden público internacional según el interés superior del menor, con el fin de mantener vínculos con otros estados, conllevaría una atenuación de éste, lo cual sería perjudicial para el derecho español⁴⁶.

Aquí entra en juego el calificativo “superior” de la protección otorgada al interés del menor, el cual indica tanto su prevalencia como su necesaria observancia en todas las medidas que impacten a los niños. Consecuentemente, el orden público internacional, en los casos de maternidad subrogada, ha de ser analizado teniendo en cuenta el interés superior del menor, dado que le afecta de forma directa. Es más, el principio posee tal importancia dentro del ordenamiento español que se podría argumentar su inclusión dentro de los principios protegidos en el concepto de orden público internacional⁴⁷. En todo caso, está claro que dejar a los niños sin afiliación es bastante más problemático que el hecho de contrariar los principios de filiación y la LTRHA.

En definitiva, el análisis realizado por el TS con relación al orden público internacional español y el interés superior del menor es bastante cuestionable, dado que deja desprotegido al menor. Hay que enfatizar que las alternativas de filiación propuestas por el Tribunal son insuficientes y que lo prudente sería buscar un método alternativo para castigar a los padres sin tener que afectar al menor.

⁴³ STS, de 6 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247), voto particular.

⁴⁴ TERESA LÓPEZ Y LÓPEZ, M. Y OTROS. (2017) “Informe Del Comité De Bioética De España Sobre Los Aspectos Éticos Y Jurídicos De La Maternidad Subrogada” *Comité de Bioética de España* págs. 81-85 Recuperado de http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf

⁴⁵ STEDH, Caso Paradiso y Campanelli V Italia, de 27 de enero de 2015, (RJ 25358/12): El Tribunal expone una serie de razones que justificaron las actuaciones por parte de las autoridades italianas. Primero, con base en el principio de *Ex iniuria ius non oritur* (un acto ilícito no puede producir derechos jurídicos), el tribunal dictamina que esos lazos familiares no han de ser protegidos por el derecho cuando fueron originados ilegalmente. Segundo, la legislación italiana sobre filiación y maternidad subrogada ha de ser respetada, por lo cual se le debe permitir determinar las circunstancias en las que se otorga la filiación y las consecuencias de realizar un contrato nulo. Tercero, las acciones que pueden ser consideradas perjudiciales para el interés superior del menor son responsabilidad de la incertidumbre legal causada por las acciones de los padres comitentes.

⁴⁶ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2014). “El futuro...” op. cit. pág. 16

⁴⁷ STSJ Madrid, Social, de 13 de marzo de 2013, (ECLI:ES:STSJ:2013:291496): El derecho a la no discriminación en función de la filiación supone un orden público y "el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado" por parte de las autoridades públicas o instituciones privadas.

III.3.6. Auto del Tribunal Supremo (ATS), de 2 de febrero de 2015

El Auto del Tribunal Supremo, de 2 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:335A), sirve para reafirmar la decisión tomada por la STS de 6 de febrero de 2014. El auto tuvo lugar como respuesta a un recurso de casación por parte de los padres comitentes.

En el recurso, los padres acusaron al TS de vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que habían desviado el debate hacia una cuestión sobre la ilicitud de la filiación según el ordenamiento español cuando la problemática se basaba en una cuestión registral civil. El TS respondió que no se puede considerar que hubo un desvío solo a causa de que no tratara la pregunta como los comitentes deseaban, dado que el TS tiene una libertad, dentro de unos parámetros, para responder las cuestiones expuestas.

Es cierto que el TS dio una gran importancia a las normas de filiación españolas, sin embargo, lo hizo bajo el filtro del orden público internacional, el cual si es relevante a la hora de reconocer decisiones extranjeras. Consecuentemente, a pesar de estar más o menos de acuerdo con la interpretación del Alto Tribunal sobre el orden público internacional, no se puede determinar que hubo una vulneración de la tutela judicial efectiva.

Asimismo, se alegó que el tribunal en su actuación vulneró el derecho a la igualdad, tanto de los padres por su orientación sexual y la de los hijos por su filiación, e hizo injerencias impropias en la familia a costa del derecho fundamental de la intimidad familiar. Aquí, el TS consideró que esas temáticas fueron tratadas con el suficiente rigor en la STS del 2014 y decidió no extenderse y simplemente remitir a lo ya establecido.

En la actualidad, esta es la última decisión judicial española relevante en materia de inscripción de filiaciones extranjeras relacionadas con la maternidad subrogada.

III.4 Conclusión

Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, es posible ya concretar las opciones disponibles para que María logre registrar la filiación de Oxana. Según la RDGRN de 5 de octubre del 2010 y la STS, del 6 de febrero de 2014, María podría iniciar un proceso de adopción, instar a Paul para que reclame la paternidad biológica, y obtener una resolución judicial que constate el contrato de maternidad subrogada en Ucrania. No obstante, debido al deterioro de la relación con Paul esa opción quedaría prácticamente descartada. Asimismo, en Ucrania, como lo apunta la doctrina⁴⁸, no se dan resoluciones judiciales en los procesos de filiación, por lo que será extremadamente complicado para María conseguir una. Consecuentemente, la mejor opción que tiene María es la adopción.

Con todo, la incertidumbre jurídica es inmensa. Los distintos tribunales otorgan valores e interpretaciones sumamente diferenciadas de los principios del interés superior del menor, la importancia de la legislación nacional en el reconocimiento de decisiones extranjeras, y el orden público internacional. Consecuentemente, las diferentes naciones, al menos a nivel Unión Europea (UE), deberían llegar a un acuerdo de actuación conjunta en esta materia con el fin de poder otorgar una seguridad jurídica mínima.

⁴⁸ ORTEGA GIMÉNEZ, A. COBAS COBIELLA, M. E. HEREDIA SÁNCHEZ, L.S. (2018) ‘‘ Los contratos de gestación...’’ op. cit. pág. 7

IV. RELEVANCIA PENAL DEL INTERCAMBIO DE GOLPES ENTRE MARÍA Y PAUL, LA NOCHE DEL DÍA 1 DE SEPTIEMBRE DE 2019.

IV. 1. Hechos

El 1 de septiembre, en el transcurso de una violenta discusión, María y Paul comenzaron a golpearse mutuamente en presencia de la menor, Oxana. El resultado final dejó a Paul con hematomas en el bajo vientre y en la cara, y a María hospitalizada con fractura de costillas.

A continuación, se procederá a examinar la relevancia penal del mencionado intercambio de golpes entre los cónyuges.

IV.2 Delimitación del tipo penal aplicable

Los delitos de lesiones están recogidos en el Libro II, Título III del CP, en concreto, en los arts. 147 al 156 *ter* CP. Este tipo de delito ha sido objeto de varias reformas con ocasión de las diversas modificaciones del CP 1995⁴⁹. De entre todas ellas, por su entidad, cabría resaltar, los cambios introducidos por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con la supresión de las faltas, la eliminación del Libro III, y la creación de los delitos leves en el art. 147.2 CP⁵⁰.

IV.2.1 Bien jurídico protegido

Históricamente ha habido un debate doctrinal a la hora de establecer el bien jurídico relevante en los delitos de lesiones⁵¹. No obstante, la posición académica actual establece que la salud⁵², tanto en su vertiente física como mental, se corresponde con ese bien jurídico protegido y la vulneración se formaliza en la alteración del normal funcionamiento de la salud de la persona y el menoscabo del sustrato corporal mediante medios indeterminados⁵³.

La inclusión de la vertiente psicológica dentro del bien jurídico protegido siempre ha sido un problema⁵⁴, ya que hay una notoria dificultad a la hora de probar daños psicológicos y conectarlos a las conductas de un agresor.

En el caso presente, María sufre una depresión, por lo que sería interesante analizar su posible inclusión dentro del bien jurídico protegido. Según DÍEZ RIPOLLÉS⁵⁵, y variada

⁴⁹ BRAGE CENDÁN, S. (1999) “Los delitos de lesiones en el CP de 1995”, *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela.*, Vol. 8, nº 1, 49-69 ISSN 1132-9947.

⁵⁰ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: La reforma produjo amplios cambios en el CP, entre los que se puede mencionar la modificación del régimen de penas y su aplicación, una amplia reforma del decomiso, el refuerzo punitivo de la corrupción en los negocios y en la administración pública.

⁵¹ BRAGE CENDÁN, S. (1999) “Los delitos de lesiones...” op. cit. pág. 2: “Sobre la cuestión de cuál es el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones no existe unanimidad doctrinal”

⁵² Art. 15 de la CE: “*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.*”

⁵³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (1982), “El delito de lesiones”, *Edit. Salamanca: Universidad Salamanca*, pág. 24.

⁵⁴ STS, 10 de Marzo de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:376): “*En consecuencia en un correcto entendimiento el tipo penal de las lesiones exige como presupuesto una lesión corporal que debe tener además consecuencias en la integridad corporal, en la salud física o en la salud psíquica.*”

⁵⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1997), “Los delitos de lesiones”, *Tirant lo Blanch* ISBN 9788480025195

jurisprudencia⁵⁶, conductas que conlleven, entre otros, la humillación, suministro de informaciones especialmente sensibles, privaciones afectivas, entrarían dentro de este supuesto. Consecuentemente, si se pudiera determinar una relación causal entre la depresión de María y las acciones de Paul, se le podría imputar a éste un delito de lesiones psíquicas. De igual manera, María tendrá que haber recibido alguna terapia o tratamiento médico relevante para poder ser calificado como delito de lesiones o un dictamen pericial para determinar la alteración del equilibrio psíquico⁵⁷.

No obstante, hay parte de la doctrina que indica la necesidad de asociar la parte mental del delito con un precedente de lesión física⁵⁸. Por otro lado, sentencias como la STS, de 16 de junio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:566), aclaran que puede haber delito de lesiones mediante medios psicológicos sin necesidad de ser acompañados de un delito de lesiones físicas⁵⁹.

IV.2.2 Elemento subjetivo

El elemento subjetivo del delito de lesiones puede ser tanto doloso como imprudente⁶⁰. El dolo necesita la presencia de dos elementos, voluntad y conocimiento, por parte del sujeto activo a la hora de cometer el delito. Dicho de otro modo, el sujeto activo tiene que entender la conducta delictiva que está realizando y tener la intención de llevarla a cabo.

En esta instancia, con los datos ofrecidos en el caso de María y Paul, se puede determinar que ambos mostraron la “constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización”⁶¹, dado que el acto de golpearse mutuamente es indicativo de dicha voluntad.

Aquí no se podría aplicar la imprudencia, ya que el delito se produce de forma voluntaria y con intención de perpetrarlo, en yuxtaposición la comisión de un delito por una negligente falta de cuidado⁶².

⁵⁶ TRABADO ÁLVAREZ, C. (2011) “La regulación de las lesiones psíquicas del art. 147 del Código Penal” *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, N° 7651, 2011:” *la sentencia de la Sala 2.ª del TS de 17 de septiembre de 1993, siendo ponente Sr. Martínez-Pereda Rodríguez, señala en cuanto a la acción comisiva que «la jurisprudencia ha mantenido que los delitos de lesiones no precisan de agresividad ni violencia que la literalidad de las expresiones de la Ley hiciera pensar (hirió, golpeare o maltratare) no debiendo restringirse a tales medios concretos, admitiéndose la producción por vía nutritiva, contagio sexual o empleo de medios psicológicos, existiendo tal infracción siempre que por cualquier medio se dañe la salud o la integridad física o psíquica de la persona».*”

⁵⁷ STS, de 9 de junio de 1998 (RJ 1747/1997)

⁵⁸ STS, de 28 de febrero de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:261) “*aplicación indebida del art. 147.1 CP, dado que las lesiones psíquicas no pueden surgir si antes no hubo lesiones corporales que las produjeron e incluso, aún producidas las lesiones corporales, si éstas no fueron causa de las lesiones psíquicas, estas no pueden tipificarse, citando en su apoyo la sentencia de esta Sala de 9.6.98*”.

⁵⁹ TRABADO ÁLVAREZ, C. (2011) “La regulación de las lesiones...” op. cit. pág. 3

⁶⁰ PLASCENCIA VILLANUEVA, R. (2004), “Teoría del delito” (3.ª reimpresión) ISBN 968-36-6604-3 *Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México* pág. 136

⁶¹ STS 210/2007, de 15 de marzo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:210)

⁶² SAP VA, de 11 de octubre de 2018 (ECLI:ES:APVA:2018:1144): “*Por su parte el riesgo creado está vinculado con la infracción del deber objetivo de cuidado, que es lo que determina la antijuridicidad y en consecuencia la gravedad de la imprudencia.*”

IV.2.3 Elemento objetivo

El elemento objetivo del delito se fundamenta en el conjunto de elementos extrínsecos al agente que permiten constatar el acto delictivo⁶³, los cuales habrán de ser examinados en detalle.

IV.2.3.a) Tipo básico

El tipo básico del delito de lesiones está regulado en el art. 147.1 del CP, que dispone:

El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones... siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

Cabe mencionar que la exigencia de la producción de un menoscabo en la salud de una persona para tipificar la conducta dentro del delito de lesiones conlleva su caracterización como delito de resultado. Este tipo de delitos demandan la producción de un efecto separado espacio-temporalmente de la conducta⁶⁴.

La primera asistencia facultativa, según la circular 2/1990 de la Fiscalía General, de 1 de octubre, sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, demanda el cumplimiento de una serie de requisitos. La circular exige que el facultativo que realice el diagnóstico esté titulado adecuadamente, y que la asistencia sea tanto única como múltiple, entendiendo la multiplicidad como segundas opiniones dentro de una primera asistencia facultativa⁶⁵.

Los posteriores tratamientos médicos, según FERNÁNDEZ DE MINGO, incluyen cualquier atención que exceda de la primera asistencia y que sea necesaria para la paliación del daño⁶⁶. De igual manera, la STS, de 26 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:732), determina la necesidad de una continuidad del tratamiento por parte del facultativo o, en todo caso, una prescripción para que lo pueda ejecutar otro facultativo.

En el caso de Paul, éste recibió una serie de golpes, los cuales le acarrearón unos hematomas⁶⁷. Aquí es relevante mencionar la STS, de 17 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1378), dado que decidió que la provocación de hematomas en una persona es un delito de lesiones leves. El delito de lesiones leves está tipificado en el art. 147.2, que dispone:” *El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses*”

⁶³ FOSSI, J. (2015), “ El dolo eventual. Ensayo sobre un modelo límite de imputación subjetiva “ *Venezuela: Editorial Livrosca*. págs. 88 y ss.

⁶⁴ ACALE SÁNCHEZ, M. (2002), “Los delitos de mera actividad”, *Revista De Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, n.º 10 (2002), págs. 11-45.

⁶⁵ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J. (2006), “Delito de lesiones: Tipos agravados y cualificados”. *ed. Ramón Areces, 2006, p.59*

⁶⁶ FERNÁNDEZ DE MINGO, J. P. “ Delito de lesiones “ *García Valdés, Carlos (dir.). Trabajo fin de máster, Universidad de Alcalá*, 2018. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10017/39175>

⁶⁷ De forma similar a la doctrina aplicable al fenómeno del reposo, los hematomas, en su mayoría, se curan de forma natural o aplicando hielo en la zona afectada, para lo cual no se necesita tratamiento médico ulterior a la primera asistencia facultativa.

En el caso de María, ésta recibió una serie de golpes, los cuales le acarrearón una fractura de costillas. Indudablemente, la gravedad de la situación cambia. Aquí hay que atenerse a lo establecido por la STS, 2 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:513), así como la STS, 22 de diciembre de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:2018), la cual determina que *“la fractura de al menos una costilla es por su entidad un menoscabo de la salud que requiere tratamiento médico”*.

Por lo tanto, las lesiones de María cumplen todos los requisitos exigidos por el tipo básico del art. 147.1 CP, ya que la cura de una fractura de costillas requiere, además de una primera asistencia facultativa, la aplicación de posterior tratamiento médico. No obstante, esto no significa que no se pueda aplicar alguno de los tipos agravados, los cuales serán examinados a continuación.

IV.2.3.b) Tipos agravados

Una vez determinado el tipo básico hay que pasar a examinar los tipos agravados del delito. En el caso de Paul, cabe ya adelantar que, al incurrir en un delito leve de lesiones, y ser un varón, se le podría castigar mediante el art. 153.2 CP, puesto en conexión con los art. 153.1 y 173.2 CP⁶⁸.

De acuerdo con lo establecido en el art. 153 CP:

1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia...
2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años

A su vez, de conformidad con lo dispuesto en el art. 173.2 CP:

El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su *cónyuge* o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia...

⁶⁸ STS, de 20 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4353) F.J. N° 2, 18: *“La actuación del acusado debe encuadrarse en el art. 153.1° del Código Penal, pues propinar un tortazo con la mano abierta en la vía pública a la pareja, con la que el acusado convive y tiene un hijo, no es una situación que deba quedar fuera de la violencia machista por el hecho de que previamente la acusada le hubiera dado un puñetazo en el curso de una discusión. Tal conducta de la mujer [la encausada le propinó a Pablo Jesús un puñetazo en el rostro y él le dio un tortazo con la mano abierta en la cara, recibiendo él una patada propinada por la señora Palmira] sin que conste la producción de lesiones. también merece un reproche penal, tipificarla en el art. 153.2 de Código Penal, pero no excluye la aplicación del apartado 1° respecto del acusado.”*

Cabe mencionar que a Paul no se le podría aplicar el art. 153.1 CP, ya que el precepto limita el sujeto pasivo a las mujeres.

El abanico de tipos agravados que se le podrían imputar a María cambia respecto a Paul. Primero, en su condición de esposa, se le podría imputar por el art. 148.4 CP, que dispone: *“Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 4. ° Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”*. No obstante, la agravante por violencia de género expuesta en el art. 153 CP no sería aplicable en estas circunstancias, ya que para su aplicación se exige que el delito sea leve⁶⁹.

Otro de los sujetos vulnerables en los delitos relacionados con los delitos de violencia intrafamiliar es el menor. Éste recibe protección por parte del art. 153.3 CP⁷⁰, en tanto que penaliza la acción de los padres que realicen actos de violencia intrafamiliar en su presencia⁷¹. No obstante, como ya ha sido mencionado, el art. 153 CP solo se aplica a los delitos leves, por lo que solo se podría imputar a Paul por haber cometido el delito en presencia de Oxana.

Por otro lado, Paul y María podrían verse imputados por un delito de lesiones, en su vertiente psíquica, a Oxana. Aquí, se puede observar lo expuesto por la STS, de 9 de junio de 1998 (RJ 1747/1997), que resuelve: *“En el caso del hijo las lesiones se habrían producido por el impacto psíquico sufrido al verse «obligado (por su padre) a presenciar el frío y brutal asesinato a su pequeña hermana». Tal impacto psíquico se debería considerar como un «delito autónomo de lesiones»*. No obstante, aquí la dificultad probatoria sería clara, ya que Oxana tenía alrededor de 6 meses en el momento que presencié el delito, por lo que su capacidad para comprender lo que estaba sucediendo, y que los hechos le afectasen psicológicamente, estaría bastante mermada.

IV.2.4. Circunstancias modificativas

Una vez examinados los tipos agravados se debería analizar la posibilidad de aplicar alguna de las circunstancias modificativas de la pena previstas en el CP, entre las que se encuentran las atenuantes, la mixta de parentesco, o las agravantes.

En esta instancia, ni Paul ni María tendrían acceso a las agravantes de género ni a la mixta de parentesco, ya que los tipos agravados de los arts. 148.4 y 153.2 CP, previamente examinados, consideran los mismos hechos⁷².

⁶⁹ De forma esclarecedora, la STS, de 13 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3723), declara que *“los hechos no deben ser calificados como un delito de lesiones leves en el ámbito de la violencia de género del artículo 153 del Código Penal, sino como constitutivos de un delito de lesiones de los artículos 147.1 y 148.4”*. Consecuentemente, se puede determinar que el art. 153 es de carácter subsidiario y, por lo tanto, será utilizado cuando la conducta no pueda ser subsumida bajo otro tipo penal de mayor gravedad.

⁷⁰ El art. dispone que *“Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores...”*

⁷¹ STS, de 17 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1378)

⁷² STS, de 19 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:565), declara lo siguiente: *“Naturalmente, no puede aplicarse la agravante de género ni la circunstancia mixta de parentesco como agravante respecto de aquellos tipos penales que ya prevén entre sus elementos que necesariamente exista o haya existido entre víctima y autor esta relación, como ocurre con los delitos recogidos en los artículos 148.4º, 153.1, 171.4, 172.2, pues en otro caso estaríamos vulnerando la prohibición non bis in idem.”*

La aplicación de las circunstancias eximentes del art. 21 CP y las circunstancias atenuantes del art. 22 CP, con relación al alcoholismo de Paul y la depresión de María, serán examinadas a continuación.

IV.2.4.a) Eximentes del artículo 20 CP

Esencialmente, las circunstancias eximentes se caracterizan por no sancionar penalmente conductas delictivas, debido a que las conductas están justificadas o porque el sujeto activo no puede ser considerado culpable⁷³. Como ya se ha mencionado, el alcoholismo de Paul podría estar subsumido dentro de estas conductas. En el CP, la intoxicación plena está regulada como circunstancia eximente en el art. 20.2 CP, que dispone:

Están exentos de responsabilidad criminal: [...]

2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas... siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

Para la aplicación de la eximente de intoxicación plena, así como las atenuantes, hay que atenerse a lo establecido en la STS, de 20 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1037). Según la sentencia, lo primero es determinar la adicción del sujeto activo al alcohol, lo que requiere demostrar una dependencia psíquica y física a la sustancia, así como una tolerancia ganada a causa de la reiterada consumición⁷⁴.

Una vez que eso quede probado, hay que establecer la presencia de unos requisitos generales con el fin de demostrar la relevancia penal de la adicción con relación a la comisión del delito. El primero de esos requisitos sería el biopatológico, el cual depende de que la adicción sea grave y con cierta antigüedad. El segundo sería el psicológico, el cual exige que la droga haya afectado a los elementos intelectivos y volitivos del sujeto activo del delito. El tercero sería que la afectación psicológica se de en el momento de ejecutar el delito. El cuarto sería el normativo, que ostenta gran relevancia debido a ser el requisito que determina si se aplica la eximente completa, la incompleta, la atenuante del art. 21 CP o su analógica.

La eximente completa solo se puede dar si los efectos de la droga son tales que anulen de forma total la capacidad de culpabilidad del sujeto pasivo, así como que la persona esté bajo los efectos de un síndrome de abstinencia de tal magnitud que todo resquicio de voluntad y comprensión del delito en realización desaparezca.

La eximente incompleta no exige la anulación de la capacidad de culpabilidad; en cambio debe haber una profunda perturbación en la misma, la cual se manifiesta en una mermada apreciación de la antijuridicidad del delito que se ejecuta. Asimismo, esta eximente se puede dar debido a la ingestión inmediata de la droga, por los efectos secundarios de su

⁷³ SILVA SARASOLA, I. (2017), "Causas eximentes de la responsabilidad criminal" *Sáenz de Pipaón del Rosal, Leyre (dir) Trabajo de Fin de Grado, CUNEF*

⁷⁴ STS, de 20 de diciembre de 2017 (ES:TS:2017:1037). "El deseo abrumador o necesidad de continuar consumiendo (dependencia psíquica). 2. Necesidad de aumentar la dosis para aumentar los mismos efectos (tolerancia). 3. La dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia (que hace verdaderamente necesarias su uso prolongado, para evitar el síndrome de abstinencia)".

consumo en la psique (ansiedad, irritabilidad, vehemencia incontrolada), así como su asociación a otras causas deficitarias del psiquismo del agente (oligofrenias, psicopatías, trastornos de la personalidad)⁷⁵.

A continuación, se examinarán las circunstancias atenuantes, en concreto, con relación al alcoholismo de Paul y la depresión de María.

IV.2.4.b) Circunstancias atenuantes del artículo 21 CP

Las atenuantes son circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, que, esencialmente, disminuyen la pena conforme a la existencia de una serie de conductas⁷⁶. En el caso del alcoholismo de Paul, se pueden dar las circunstancias atenuantes del art. 21.2 CP y la analógica del art. 21.7 CP, a cuyo tenor: “*Son circunstancias atenuantes: [...] 2.ª La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2º del artículo anterior. [...] 7.ª Cualquiera otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.*”

Según la STS, de 20 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1037), la circunstancia atenuante del art. 21.2 CP se diferencia del resto por la atención que se presta a que la motivación de la conducta criminal sea realizada por la adicción y que ésta afecte a las capacidades anímicas del sujeto activo. Por otro lado, la circunstancia atenuante por analogía se caracteriza por no exigir más que un escaso impacto en la voluntad y conocimiento del sujeto activo a causa de la adicción.

Pues bien, en el caso de Paul, tendría que explorarse sus circunstancias específicas para determinar el grado de gravedad de su adicción, tanto en el transcurso del tiempo como en el momento de la comisión del delito. Por lo pronto, los comentarios de sus amistades corroboran una cierta gravedad en su situación.

En cuanto a la depresión de María, hay que atenerse a lo establecido en la STS, de 2 de octubre de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:1471). La sentencia abre la posibilidad de aplicar la atenuante por analogía de trastorno mental transitorio en casos de depresión verificada por profesionales.

Por otro lado, esto habrá de ser contrastado con lo expuesto en la STS, de 24 de abril de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:357). La sentencia exige una correlación, que deba ir más allá de las conjeturas, entre el estado depresivo y una supuesta pérdida de la volición y el conocimiento a la hora de perpetrar el delito. Asimismo, como se vio en la STS, de 11 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:318), la existencia de informes médicos forenses y los de psicólogos pueden servir para corroborar los hechos.

Consecuentemente, para aplicar la atenuante respecto a la depresión de María tienen que darse todos los requisitos previamente mencionados.

⁷⁵ ARROYO ZAPATERO, L. Y OTROS. (2018), “Curso de Derecho Penal: Parte General”, *Ediciones Experiencia, S.L.; Edición: 3 ISBN-10: 8494497928*: “Esta afectación profunda podrá apreciarse también cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad... (STS de 31 de marzo de 1997).”

⁷⁶ ROPERO CARRASCO, J. ZAMORANO MORENO, P. (2000), “Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal”, en *Studia Carande*, vol. 5, 2000, pp. 115-139.

IV.2.5. Pena

IV.2.5.a) Pena principal

Tras haber examinado toda la información relevante, es necesario determinar la pena que se le impondrá a cada uno. En cuanto a Paul, se le impondrá una pena de prisión de 2 a 5 años de duración *ex art.* 148.4 CP. Asimismo, los tribunales tendrían que ponderar la posible aplicación de la eximente, ya sea completa o incompleta, por intoxicación plena del art. 20.2 CP, así como las circunstancias atenuantes del art. 21.2 y 21.7 CP.

En cuanto a María, se le castigará con la pena prevista en el art. 153.2 CP, de acuerdo con el cual:

El autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y... cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

La pena se aplicará en su mitad superior, ya que se realizó en presencia de un menor. Del mismo modo, el tribunal podría establecer la atenuante por analogía de trastorno mental transitorio recogida en el art. 21.7 CP.

IV.2.5.b) Pena accesoria

A continuación, deberían analizarse las posibles penas accesorias. En el caso de María, al haber cometido un delito leve, se le podrá aplicar, con carácter facultativo por los tribunales, lo previsto en el art. 57.3 CP, con relación a las prohibiciones del art. 48 CP, por un periodo de hasta 6 meses. En efecto, a tenor de lo dispuesto en el art. 57.3 CP: *“También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un periodo de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 [delitos de homicidio, aborto, lesiones...] de este artículo que tengan la consideración de delitos leves”*.

A su vez, de acuerdo con lo establecido en el art. 48 del referido Cuerpo legal:

1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. En los casos en que exista declarada una discapacidad intelectual o una discapacidad que tenga su origen en un trastorno mental, se estudiará el caso concreto a fin de resolver teniendo presentes los bienes jurídicos a proteger y el interés superior de la persona con discapacidad que, en su caso, habrá de contar con los medios de acompañamiento y apoyo precisos para el cumplimiento de la medida.
2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.
3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.

Si los tribunales valoran la aplicación de alguna de las prohibiciones previstas en el art. 48.1 CP, se tendría que examinar las circunstancias específicas de la depresión de María con el fin de determinar si se pueden subsumir dentro de la cláusula “*una discapacidad que tenga su origen en un trastorno mental*”. No obstante, para el resto de las prohibiciones examinadas en el precepto no tendría por qué considerarse ningún tipo de trastorno mental.

En el caso de que María fuese castigada con la pena de prisión de tres meses a un año prevista en el art. 153.2 CP, se podría aplicar también la pena accesoria del art. 57.2 CP, de conformidad con el cual:

En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 [delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad...] de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia... se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave...

Por lo tanto, se le podrían aplicar a María las prohibiciones previstas en el art. 48.2 CP por un tiempo que no excederá de los 5 años. La imposición, como se demuestra en el art. previamente transcrito, es de carácter obligatorio.

En el caso de que los tribunales condenen a María con pena de prisión, los hechos se subsumirían dentro del art. 56.3 CP, que examina las penas accesorias para penas de prisión inferiores a 10 años. En concreto, el mencionado precepto establece lo siguiente:

1. En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:

3.º Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código.

En el caso de Paul, al ser considerada pena menos grave, se le podrá aplicar lo previsto en el art. 57.2 CP, con relación a las prohibiciones del art. 48.2 CP, por un periodo de hasta 5 años.

V. RELEVANCIA PENAL DE LA PERMANENCIA INDEFINIDA DE PAUL Y OXANA EN LONDRES, TRAS LA FESTIVIDAD DE LA HISPANIDAD, EN CONTRA DE LA VOLUNTAD DE MARÍA.

V.1. Hechos

Aprovechando la fiesta de la Hispanidad, Paul se dispuso a viajar a Londres, con el pretexto de presentar a su hija a sus parientes más cercanos. Sin embargo, una vez en Inglaterra, Paul decide no regresar. Ante el devenir de los acontecimientos, visto que Paul no regresaba en la fecha inicialmente prevista, María intenta infructuosamente ponerse en contacto con él, tras lo cual denuncia los hechos en comisaría.

A continuación, se procederá a examinar la relevancia penal de la permanencia indefinida de Paul y Oxana en Londres en contra de la voluntad de María.

V.2. Delimitación del tipo penal aplicable

El delito de sustracción de menores se encuentra regulado en el Título XII del CP (*“Delitos contra las relaciones familiares”*), Capítulo III (*“Delitos contra los derechos y deberes familiares”*), Sección 2.^a (*“De la sustracción de menores”*); en concreto, en el art. 225 bis CP, se dispone que:

1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

1.º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

2.º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior⁷⁷.

4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.

Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

⁷⁷ El tipo agravado previsto en el art. 225 bis CP consiste en la sustracción internacional de menores. Su carácter agravado se debe a la mayor dificultad para restituir al menor a su residencia habitual previa a la sustracción. De forma clarificadora, la SAP Almería, de 6 de julio de 2007, (ECLI:ES:APAL:2007:1004) dispone que: *“[N]o puede obviarse la problemática social a que responde esta nueva tipificación penal, especialmente cuando se trata de sustracción internacional, más gravemente penada por las mayores dificultades de retorno del menor, pues los Estados se erigen en barrera de interposición entre padres e hijos, y por el peligro de que el traslado se utilice para obtener la aplicación de normas de Derecho internacional privado favorables al progenitor que se apodera del niño.”*

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas ⁷⁸.

V.2.1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido del delito de sustracción de menores es la responsabilidad parental de los progenitores, en cuanto a los derechos y deberes que ostentan con relación al menor⁷⁹. Esta opinión es corroborada por lo dispuesto en la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2012, de 26 de diciembre, *sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos*, de acuerdo con la cual:

La *voluntas legislatoris* de la reforma obedece a la necesidad de instituir una forma agravada de desobediencia, como se desprende de su Exposición de Motivos, lo que parece alejarla de la finalidad protectora de la libertad personal del menor, y centrarse en la defensa de los derechos del progenitor custodio y del cumplimiento de las resoluciones atributivas de tal custodia: en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico.

Del mismo modo, la asociación del bien jurídico protegido con la responsabilidad parental es coherente con la integración del tipo dentro del Capítulo del CP sobre los derechos y deberes familiares.

Así las cosas, la protección garantizada por el tipo penal no solo afecta al progenitor perjudicado por la sustracción, sino que también afecta al menor. En esta línea argumentativa, la SAP Pontevedra, de 16 de junio de 2016 (ECLI:ES:APPO:2016:293), con el respaldo de la mayor parte de la jurisprudencia menor, declara que:

[E]l bien jurídico protegido por el artículo 225 *bis* del CP es el derecho del menor a mantener su ámbito familiar afectivo⁸⁰, conservando en supuestos de crisis de pareja la

⁷⁸ La normativa sobre sustracción de menores del CP de 1995 fue objeto de diversas modificaciones. La primera, operada por medio de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, introdujo el art. 225 *bis* y modificó la regulación de las faltas del art. 622 CP. La segunda modificación fue llevada a cabo por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, y supuso la tipificación del incumplimiento de los derechos de visita por parte de un progenitor con respecto al otro, a través de la modificación del art. 618 CP. La tercera y última reforma se debió a la LO 1/2015, de 30 de marzo y consistió en la derogación de las faltas del art. 622 CP y del art. 618 CP, lo que recibió amplias críticas por parte de la doctrina, debido a la supresión de alternativas punitivas para los tribunales. A este respecto, resultan ilustrativas las palabras de DE LA ROSA CORTINA, J.M. [(2017) “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia” en *Actividad: << Sustracción parental de menores: aspectos civiles, penales y procesales>>*, Ed. Centro de Estudios Jurídicos, 2017. pág. 7: “Las consecuencias de esta supresión puede que no sean tan positivas como se ha tratado de argumentar, si se repara en que son frecuentes las resoluciones que, excluyendo la aplicación del art. 225 *bis*, aplicaban uno u otro precepto venial, sobre la base de que si bien la conducta enjuiciada no merecía un reproche tan grave como el previsto en el art. 225 *bis*, sí que era merecedora de una respuesta penal”.

⁷⁹ CALAZA LÓPEZ, S. (2016), “Los delitos de secuestro parental en España”, *Pensar, Fortaleza*, v. 21, n. 1, págs. 324-366.

⁸⁰ Art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “*Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus*

relación de educación y cariño hasta entonces llevada con ambos progenitores, así como a salvaguardar el marco geográfico en el que conformaba su desarrollo mediante un entramado de relaciones sociales, familiares, educativas o de esparcimiento...⁸¹.

El mantenimiento del *status quo* del menor, de forma que mantenga el contacto con sus progenitores y su entorno social y geográfico habitual, cobra gran importancia en el contexto de la sustracción de menores. Asimismo, la atención al bienestar del menor es coherente con la prevalencia del principio del interés superior del menor en el ordenamiento español⁸².

Por otro lado, la vulneración de la responsabilidad parental plantea una infracción de una serie de derechos y deberes que son garantizados por imposición legal, administrativa o judicial. Consecuentemente, la lesión del bien jurídico también implica el quebrantamiento de una relación jurídica y, en ciertas instancias, una resolución judicial. Esta concepción del bien jurídico protegido, según autores como ARMENDÁRIZ LEÓN⁸³, equivale a una modalidad de desobediencia, que ha de ser complementada con una privación de los derechos del menor⁸⁴. Sin embargo, el delito de sustracción no ha de ser comprendido como subsidiario del de desobediencia, ya que son tipos penales diferenciados⁸⁵.

V.2.2. Sujeto activo

El delito de sustracción de menores es un delito especial propio⁸⁶. Ello implica que solo los sujetos activos cualificados dentro del art. 225.5 *bis* CP podrán cometer el delito; por ende, cualquier otra persona que cometa una conducta delictiva similar será castigada por un delito distinto, como, por ejemplo, el de detención ilegal.

De forma esclarecedora, la AP Barcelona, en su Auto de fecha 22 de junio de 2005 (ECLI:ES:APB:2005:336), dispone que podrá ser sujeto activo “*el progenitor que ostentando la titularidad de la patria potestad tan sólo cuenta con un derecho de visita*”. Del mismo modo, la AP de Cantabria, de 22 de marzo de 2012 (ECLI:ES:APS:2012:166)

padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

⁸¹ Véase también la SAP Barcelona, de 16 de junio de 2009 [ECLI:ES:APB:2009:571]: “*el bien jurídico protegido por el artículo 225 bis del CP es el derecho del menor a mantener su ámbito familiar afectivo...*”. O bien, la SAP Guadalajara, de 27 de septiembre de 2009 [ECLI:ES:APGU:2009:28]: “*el objeto de protección en el art. 225 bis CP (...) es el derecho del menor a relacionarse regularmente con sus dos padres en caso de crisis familiar...*”.

⁸² Art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

⁸³ ARMENDÁRIZ LEÓN, C. (2014) “Delitos contra los derechos...” op. cit. pág. 6

⁸⁴ ROSA CORTINA, J.M. [(2017) “El delito de sustracción...” op. cit. pág. 12

⁸⁵ Cfr., en este sentido, AAP Sevilla, secc. 1.ª, nº 477/2004, de 8 de noviembre, del que fue ponente D. CARLOS L. LLEDÓ GONZÁLEZ: “*El Juzgado de Instrucción analizó los hechos desde la sola perspectiva del delito de desobediencia, y en punto a ello hemos de coincidir en que efectivamente no concurren los elementos definidores de tal figura delictiva*”.

⁸⁶ Como señala DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2004) “El nuevo delito de sustracción parental de menores”. *Estudios Homenaje al Profesor Ruiz Antón*. Tirant Lo Blanch: “*nos encontramos ante un delito especial propio, en la medida en que el precepto sólo puede ser cumplido por sujetos que poseen cierta cualidad personal de parentesco, cualidad que determinará que la conducta realizada conlleve en la mayoría de los casos la infracción por el autor de un deber jurídico específico de protección del bienestar del menor*”.

declara que “*el sujeto activo es el progenitor que no ostenta la custodia, o con el que el menor no convive habitualmente*”.

Por lo tanto, para ser sujeto activo no solo hace falta sustraer al menor, sino que también es necesario que el progenitor desobedezca los derechos de custodia del progenitor perjudicado, los cuales han sido fijados previamente por resolución judicial⁸⁷. En este punto cobra especial relevancia lo declarado por la STC, de 2 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:196):

[P]ara que la retención del menor sea penalmente relevante no basta con que tal conducta impida el ejercicio de los derechos reconocidos por la legislación civil a los padres, pues es necesario que medie una resolución judicial o administrativa que determine el contenido concreto de las facultades atribuidas al progenitor perjudicado, de manera que la retención a que se ha hecho mención suponga la frustración de tales facultades y el correlativo incumplimiento del “deber” a que se refiere el tipo penal.

Con fundamento en lo expuesto, cabe ya adelantar, que Paul no podría ser calificado como sujeto activo del delito del art. 225 *bis* CP. Y es que, de acuerdo con los datos que conforman el supuesto de hecho, Paul y María ostentan la custodia compartida de Oxana *ex lege* y no en virtud de resolución judicial.

Sin embargo, en relación con la conclusión expuesta, debe significarse que, en el supuesto enjuiciado en la SAN, de 15 de marzo de 2016 (ECLI:ES:AN:2016:2642), se condena a un progenitor por el delito de sustracción de menores del 225 *bis* CP, a pesar de tener atribuido el ejercicio de la custodia por ministerio de la ley. A este respecto, la AN argumenta en apoyo de su tesis que solo el apartado 2.2 del art. 225 *bis* CP exige la existencia de una resolución judicial, mientras que el apartado 1 y el 2.1 del referido precepto se refieren, simplemente, a la sustracción sin causa justificada, así como el traslado del menor sin consentimiento por parte del progenitor con el que convive habitualmente. Del mismo modo, la AN entiende que una interpretación flexible sería más coherente con lo previsto en el Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, ratificado por España⁸⁸, que no exige la existencia de una resolución judicial y establece que el sustractor puede ser titular de custodia compartida con el otro progenitor.

No obstante, a pesar de que la decisión tome una postura más abierta⁸⁹, no es lo suficiente para que Paul sea castigado por un delito de sustracción, dado que, en la SAN previamente

⁸⁷ SAP Barcelona, de 16 de junio de 2009 (ECLI:ES:APB:2009:571): “*las conductas tipificadas en el art. 225 bis del CP deben situarse en el marco de una situación de crisis matrimonial regulada por una resolución judicial, no en una mera relación de hecho, lo que hace necesaria la existencia de una resolución judicial o administrativa que acuerde la custodia por uno de los progenitores, y no solo para el supuesto del núm. 2 del apartado 2 (retención), sino también para el supuesto del núm. 1 (traslado del menor), y ello aún cuando el legislador sólo exige de forma expresa la existencia de la citada resolución en el supuesto del segundo apartado*”

⁸⁸ Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980

⁸⁹ STS 870/2015, de 19 de enero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:84): “*fueron los propios cónyuges los que establecieron un régimen de guarda y custodia compartido pero rotatorio, es decir, repartido o dividido, pero no conjunto, unido o mezclado, lo que fue aprobado por el Juzgado de Primera Instancia...Por ello debemos ratificar la calificación de los hechos ocurridos en el mes de agosto de 2008 como constitutivos del delito de sustracción o retención de menores por parte del progenitor recurrente llevada a cabo sin*

mencionada, a diferencia del caso de María y Paul, la progenitora perjudicada no proporciona su consentimiento para el desplazamiento⁹⁰. La ausencia de consentimiento⁹¹, como se verá en el apartado sobre el tipo básico, es uno de los elementos esenciales para la punición del delito en su modalidad de traslado.

V.2.6. Elemento objetivo

V.2.6.a) Tipo básico

El tipo básico del delito de sustracción de menores está regulado en el primer y segundo apartado del art. 225 *bis* CP. El precepto establece la existencia de dos modalidades de sustracción diferenciadas: el traslado y la retención del menor.

La modalidad de traslado conlleva el desplazamiento del menor de su lugar de residencia habitual a una nueva residencia. Aquí, el cambio geográfico debe ser suficientemente notorio para impedir al progenitor perjudicado el ejercicio de sus derechos de custodia, así como la alteración del entorno social del menor⁹². Del mismo modo, para su aplicación es necesaria la ausencia de consentimiento por parte del progenitor custodio perjudicado. En el caso objeto de estudio, María supuestamente accedió al desplazamiento de Paul y Oxana a Reino Unido, aunque dicho consentimiento se hubiera dado bajo el pretexto de una visita temporal y no un cambio de residencia.

Es importante destacar que el precepto no menciona la necesidad de una resolución judicial para su aplicación. Pese a ello, o tal vez por ello, tanto la doctrina científica como la doctrina jurisprudencial discrepan a la hora de interpretar el referido requisito⁹³. Centrándonos ahora en los pronunciamientos judiciales, nos encontramos, por un lado, con sentencias, como la SAN, 15 de marzo de 2016 (ECLI:ES:AN:2016:2642), que determinan que la resolución judicial no sería necesaria y, por otro lado, con otras resoluciones, como el AAP Almería, de 29 de noviembre de 2011

justificación alguna, puesto que incluso la preferencia o voluntad de los menores, que se alega, por viajar con su padre, frente a lo dispuesto en el convenio homologado judicialmente, es irrelevante”

⁹⁰ Ibidem. “ *El iter discursivo ofrecido por la resolución sostiene no sólo la simple desavenencia conyugal, sino también la ausencia de consentimiento de la madre en lo tocante al traslado* ”

⁹¹ Con todo, de acuerdo con el supuesto de hecho, no se determina de forma expresa que María haya otorgado su consentimiento, sin embargo, dado que dispone: “ *Ante el devenir de los acontecimientos, visto que Paul no regresaba en la fecha inicialmente prevista, María intenta infructuosamente ponerse en contacto con él, tras lo cual denuncia los hechos en comisaría.*” se entiende que hubo un pacto entre ambos para retornar en una determinada fecha. Consecuentemente, sí hubo un consentimiento para el desplazamiento. Asimismo, la vulneración de un consentimiento inicialmente otorgado es una ocurrencia frecuente en los casos de sustracción internacional de menores, lo cual se observa en la SAP B, de 13 de julio de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:7565)

⁹² Cfr., sobre este particular, STERN BRIONES, E. (2007), “La sustracción internacional de menores” Centro de Estudios jurídicos (edición electrónica) pág. 10 A juicio del citado autor, “*el traslado debe consistir en un desplazamiento con aspiración a lograr una verdadera modificación del lugar de residencia del menor, a su sustitución por la hasta entonces habitual, pretendiendo su integración en un nuevo domicilio fuera de la guarda de quien hasta entonces la ejercía*”.

⁹³ A título meramente ilustrativo, entre los autores que no consideran necesaria la existencia de una resolución judicial, se encuentra TORRES FERNÁNDEZ, M.E. (2003), “Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, ISSN 0211-2744, Nº 4, 2003, págs. 1810-1830; la opinión contraria, en cambio, es sustentada, entre otros, por una resolución judicial, y DE LA ROSA CORTINA, J.M. [(2017) “El delito de sustracción...” op. cit. pág. 34

(ECLI:ES:APAL:2011:242) –que cuenta con amplio respaldo del resto de la jurisprudencia menor⁹⁴- que declaran lo contrario:

[E]l legislador, quizás de forma confusa, define lo que se entiende por sustracción, describiendo tanto el traslado, como la retención, y solo exige expresamente en este segundo apartado la existencia de una resolución judicial o administrativa, lo que parece excluir en el primero. Pero esta interpretación resulta excesivamente amplia, y no casa con las exigencias del derecho penal, y sobre, todo se contradice por la propia Exposición de Motivos, de cuyo tenor se deduce la necesidad de una resolución judicial o administrativa que acuerde la custodia del menor.

Consecuentemente, si se entiende que la resolución judicial es irrelevante para la aplicación del precepto, entonces las conductas de Paul podrían ser subsumidas dentro de la modalidad de traslado. Sin embargo, como ya ha sido mencionado, el consentimiento prestado por María para el desplazamiento impide la aplicación de la modalidad de traslado.

El carácter permanente del delito de sustracción exige la tipificación de la conducta que se extiende en el tiempo, la cual se corresponde con la modalidad de retención. Esta modalidad exige expresamente la existencia de una resolución judicial previa, por lo que las conductas de Paul no serían subsumibles dentro de este apartado. Del mismo modo, el requisito de gravedad del precepto conlleva que todos los incumplimientos leves, ocasionales o faltos de dolo no serán penalizados. Asimismo, un amplio sector de la doctrina jurisprudencial establece, causando conflicto dentro de la doctrina⁹⁵, que tampoco serán castigadas las retenciones que vulneren los derechos de visitas de uno de los progenitores, permitiendo solo las que vulneren los derechos de guarda.

En definitiva, la restrictiva aplicación de la modalidad de retención supone que no sea posible la tipificación de las conductas de Paul con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2.2 del art. 225 *bis* CP. Por lo tanto, Paul no podrá ser castigado por el tipo básico del delito de sustracción de menores, ya que María consintió al desplazamiento de Paul y Oxana a Reino Unido, y no media ninguna resolución judicial sobre la custodia. Asimismo, a los fines de aplicar el subtipo agravado de sustracción internacional hace falta que concurran los requisitos del tipo básico⁹⁶. Consecuentemente, Paul no podrá ser imputado por el art. 225 *bis* CP, ya sea por el tipo básico o el agravado.

⁹⁴ A este respecto, en la SAP Barcelona, de 16 de junio de 2009 (ECLI:ES:APB:2009:571) ya se señalaba que *“las conductas tipificadas en el art. 225 bis del CP deben situarse en el marco de una situación de crisis matrimonial regulada por una resolución judicial, no en una mera relación de hecho, lo que hace necesaria la existencia de una resolución judicial o administrativa que acuerde la custodia por uno de los progenitores, y no solo para el supuesto del núm. 2 del apartado 2 (retención), sino también para el supuesto del núm. 1”*.

⁹⁵ AAP Sevilla, de 19 de abril de 2005 ponente Miguel Carmona Ruano (ECLI:ES:APSE:2005:186) *“es cierto que tal precepto habla de “régimen de custodia”, lo que ha llevado a entender por alguna resolución judicial que lo que se sanciona en el nuevo tipo penal es el quebrantamiento de la resolución judicial o administrativa por la que se atribuye la guardia y custodia del menor a una persona, familia o institución tutelar y que no incluye los simples incumplimientos episódicos del régimen de visitas, que en sí mismo no afectan a “régimen de custodia”. Pero lo cierto es que los términos amplios del nuevo precepto penal permiten incluir en él los quebrantamientos, siempre que no sean simplemente episódicos, del régimen global fijado en cuanto a la custodia de los menores, que también incluye el régimen de visitas”*.

⁹⁶ DE LA ROSA CORTINA, J.M. [(2017) “El delito de sustracción...” op. cit. pág. 50.

VI. RELEVANCIA PENAL DEL DEPÓSITO DE OXANA EN EL UMBRAL DE LAS PUERTAS DE LA IGLESIA DE ST. AUDOEN, LLEVADO A CABO POR PAUL

VI.1. Hechos

Con el inicio del año nuevo, Paul decide emprender una nueva vida sin ataduras de ningún tipo y el día 5 de enero, en un viaje relámpago a Dublín, deja a Oxana, la cual tiene menos de un año, en una canastilla ante las puertas de St. Audoen's Church.

A continuación, se procederá a examinar la relevancia penal del depósito de Oxana en el umbral de las puertas de la iglesia de St. Audoen.

VI.2. Delimitación del tipo penal aplicable

Los delitos relacionados con el abandono de menores se encuentran recogidos en el Capítulo III del Título XII del CP, relativo a los delitos contra relaciones familiares.

A continuación, se tratarán los aspectos esenciales del delito, entre los que se encuentran el bien jurídico protegido, el elemento subjetivo y objetivo, las circunstancias modificativas y la determinación de la pena.

VI.2.1. Bien jurídico protegido

El concepto de relaciones familiares representa el bien jurídico protegido por el referido Título XII del CP. Eso se debe a dos factores. Primero, ya sea por razones históricas o una proclividad natural⁹⁷, la familia se ha convertido en una institución esencial en la sociedad⁹⁸; por ende, el legislador tiene el deber de protegerlo mediante su efectivo reflejo en el ordenamiento jurídico. Segundo, el menor como persona vulnerable y miembro de la familia también ha de ser protegido.

VI.2.2. Sujeto activo y pasivo

De entrada, debe tenerse presente que, en los delitos de abandono, el sujeto activo es aquella persona sobre la que recaiga el deber de asistencia o sustento sobre el sujeto pasivo. Por lo tanto, pueden serlo aquellos quienes ejerzan la patria potestad o desempeñen la tutela, la guarda o el acogimiento familiar; así como los ascendientes, descendientes o cónyuges de la persona necesitada de protección⁹⁹. El sujeto pasivo, en cambio, sería aquella persona sobre la que se establecen los deberes de asistencia o sustento previamente mencionados.

VI.2.3. Elemento subjetivo

Los delitos de abandono solo pueden ser cometidos con dolo¹⁰⁰. Y debe señalarse, que, en esta instancia, Paul actúa conscientemente con la intención de abandonar a Oxana para eliminar sus ataduras con su antigua vida; por tanto, cabe sostener que los dos elementos propios del dolo, tanto el conocimiento como la voluntad, están presentes.

⁹⁷ VICENTE DE CASTRO, F.; CABANILLAS DIESTRO, M.ª T. (2010) "La familia. Una realidad histórica y sociocultural". *Revista galego-portuguesa de psicoloxía e educación: revista de estudos e investigación en psicología y educación*, ISSN 1138-1663, Vol. 18, 2, 2010, págs. 31-40.

⁹⁸ RICCIARDELLI. "Violazione degli obblighi di assistenza familiare del nuovo Codice penale". *Rivista Penale*, julio 2012, pág. 290.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ ARMENDÁRIZ LEÓN, C. (2014) "Delitos contra los derechos y los deberes familiares en el Código Penal español", *Revista Penal México - Universidad Complutense de Madrid*, núm. 6, marzo-agosto de 2014

VI.2.4. Elemento objetivo

VI.2.4.a) Tipo básico

El tipo básico del delito de abandono está regulado en el art. 226.1 CP, que dispone:

1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.

En cuanto a los elementos caracterizadores del tipo básico, éste se distingue por ser permanente, una norma penal en blanco, perseguido solo a instancia de parte, que puede llegar a provocar la pérdida de patria potestad¹⁰¹. Asimismo, el tipo requiere un incumplimiento por parte de, en este caso, Paul de sus facultades como titular de la patria potestad. Consecuentemente, es necesario determinar si el depósito de Oxana en una iglesia va en contra de alguno de los deberes de Paul.

En esencia, *ex art. 154 CC*, la patria potestad conlleva que su titular tenga que velar por sus descendientes, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes. En este sentido, se entiende que los deberes de las figuras paternas respecto a sus descendientes van más allá de la provisión de bienes económicos y de alimento, de suerte tal que, como se constata de un examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las carencias afectivas y de apoyo moral pueden ser también indicativas de una vulneración de la patria potestad¹⁰². Consecuentemente, Paul, al abandonar a Oxana delante de una iglesia con intención de no retornar, está desatendiendo sus obligaciones.

En conexión con lo expuesto, debe significarse que el sujeto pasivo del delito debe necesitar la asistencia del titular de la patria potestad, lo cual es innegable en este caso, ya que Oxana tenía menos de un año cuando se perpetró el abandono.

VI.2.4.b) Tipos especiales y agravados

En lo que aquí resulta de interés, los hechos objeto de análisis podrían subsumirse, al margen del tipo básico del art. 226 CP, en los supuestos de hecho de los art. 229 CP, atinente el delito de abandono de menores, y 231 CP, relativo la entrega del menor a un establecimiento público o a un tercero. Con todo, según lo previsto en el art. 8.1 del CP, debe advertirse que en el caso de que haya un concurso de normas “*el precepto especial se aplicará con preferencia al general*”.

Así las cosas, con base en la descripción de los hechos, se puede determinar que la modalidad de abandono impropio reflejada en el art. 231 CP es la que mejor se ajusta al supuesto de hecho. El referido art. dispone lo siguiente:

1. El que, teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección, lo entregare a un tercero o a un establecimiento público sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado, o de la autoridad, en su defecto, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

¹⁰¹ ARMENDÁRIZ LEÓN, C. (2014) “Delitos contra los derechos...” op. cit. pág. 10

¹⁰² *Vid.*, por todas, STS, 23 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:965).

2. Si con la entrega se hubiere puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

La razón de su aplicación se debe a que Paul depositó a Oxana delante de una iglesia con la más que probable intención de que sus miembros se encarguen del cuidado de la niña, ya que éste es un hecho que no solo ocurre de forma frecuente en muchas partes del mundo, sino que, en otras, como en Estados Unidos, se ha formalizado para asegurar la protección del menor¹⁰³. No obstante, el hecho de que Paul dejara a Oxana en el umbral de la puerta sin avisar a los miembros de la comunidad religiosa conlleva unos riesgos, ya que no podía saber cuándo los feligreses iban a ver la canastilla o si otra persona la vería antes. En consecuencia, se ha de valorar la aplicabilidad del art. 231.2 CP, en tanto que se ha podido crear un peligro a la vida, salud, integridad física o libertad sexual de Oxana¹⁰⁴.

En relación con el interrogante planteado, cabe mencionar que el art. 231.2 CP recoge un delito de peligro abstracto, ya que lo que se castiga es la creación de peligro y no su consumación en una vulneración de los bienes jurídicos protegidos. Además, debe señalarse que, en orden a su aplicación, los tribunales deberán atenerse a las circunstancias específicas y determinar si el peligro se ha producido efectivamente¹⁰⁵.

Pues bien, haciendo aplicación de lo expuesto al caso de Paul y Oxana, cabría sostener que el abandono de un menor de edad inferior a un año sin garantías de que vaya a ser atendido y que no pueda cuidarse a sí mismo implicaría una vulneración de lo dispuesto en el mencionado art. 231.2 CP.

VI.2.5. Circunstancias modificativas

VI.2.5.a) Circunstancias atenuantes

En el supuesto objeto de estudio no resulta de aplicación ninguna de las circunstancias atenuantes previstas en el artículo 21 CP. En particular, el carácter premeditado del delito cometido implica que la circunstancia atenuante de arrebatado quede descartada. Del mismo modo, la ausencia de menciones al consumo de alcohol en la realización del plan y comisión del delito determina la no aplicabilidad de la atenuante por grave adicción. Y la existencia de la modalidad de abandono impropio conlleva que, a pesar de que Paul pudiera haber intentado disminuir los efectos de la modalidad de abandono propio mediante el depósito de Oxana delante de la iglesia, la atenuante del art. 21.5 CP también deba también ser rechazada.

VI.2.5.b) Circunstancias agravantes

En el caso estudiado, tampoco las circunstancias agravantes previstas en el artículo 22 CP resultan aplicables. En particular, cabe referir que la alevosía no podría ser apreciada, ya que “en el caso de un recién nacido se ha desestimado dicha agravante al entender que un

¹⁰³ FindLaw (2018) “Safe Heaven Laws”. Recuperado en <https://family.findlaw.com/adoption/safe-heaven-laws.html>

¹⁰⁴ Como pone de relieve GIRALDO PÉREZ, S. [(2015), “Manual de derecho Penal-Policia” *Punto Rojo Libros (15 de julio de 2015)*, ASIN: B011STP2FO: “los bienes jurídicos protegidos en relación con el apartado segundo del citado artículo 231 ya no se concretan únicamente en las relaciones familiares, sino que comprenden la salud, la integridad de las personas y la vida.”

¹⁰⁵ ARMENDÁRIZ LEÓN, C. (2014) “Delitos contra los derechos...” op. cit. pág. 10

bebé nunca podría estar en la situación de poder defenderse”¹⁰⁶. Esta línea argumentativa, el hecho de que los delitos de abandono de menores se sustenten en ese desequilibrio de fuerzas entre aquel que ostente la patria potestad y el menor, implica que las agravantes por abuso de confianza y superioridad tampoco resulten de aplicación.

VI.2.5.c) *Circunstancia mixta de parentesco*

La denominada circunstancia mixta de parentesco es objeto de regulación en el art. 23 CP, conforme al cual:

Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, 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.

En el caso que se analiza, no cabe duda de que la circunstancia mixta de parentesco tendría *a priori* un encaje perfecto, por cuanto que el agraviado es descendiente del autor del delito. Sin embargo, en la medida en que la circunstancia apuntada pudiera estar subsumida en el tipo penal aplicable, cabría plantearse una posible vulneración del principio *non bis in idem*. A este respecto, debe indicarse que, a falta de un ulterior pronunciamiento judicial clarificador, no es posible ofrecer una respuesta concluyente.

No obstante, en la medida en que la patria potestad consiste en la titularidad y ejercicio de obligaciones derivadas de las relaciones parentales que son esenciales para la aplicabilidad de la circunstancia mixta de parentesco¹⁰⁷, se puede colegir que tanto en el art. 23 CP como en el art. 231.2 CP se están contemplando y sancionando hechos similares.

VI.2.6. Pena

VI.2.6.a) *Pena principal*

Paul podría ser condenado por la comisión del delito de abandono impropio del segundo apartado del art. 231 CP a una pena de prisión de 6 meses a 2 años.

VI.2.6.b) *Penas complementarias y penas accesorias*

Además de la pena principal, debe tenerse en cuenta que en el art. 233 CP se establecen unas sanciones complementarias a los delitos de abandono propio e impropio. En concreto, de acuerdo con el referido precepto:

1. El Juez o Tribunal, si lo estima oportuno en atención a las circunstancias del menor, podrá imponer a los responsables de los delitos previstos en los artículos 229 a 232 la

¹⁰⁶ VILA CORO, M. P. (2018) “La alevosía: análisis de la dogmática y de los casos particulares” *Escudero García Calderón, Beatriz (dir.) Trabajo de Fin de Grado, CUNEF*, Recuperado en http://biblioteca.cunef.edu/gestion/catalogo/doc_num.php?explnum_id=2504

¹⁰⁷ SAP de Tarragona, de 19 de enero de 2012, (ECLI:ES:APTA:2012:49), de acuerdo con la cual:

“La circunstancia mixta de parentesco resulta aplicable cuando, en atención al tipo delictivo, la acción merece un reproche mayor o menor del que generalmente procede, a causa de la relación parental de que se trate. En los delitos contra las personas, su carácter de agravante no está basado en la existencia de un supuesto cariño o afectividad entre agresor y ofendido, exigencia que llevaría a su práctica inaplicación como agravante en los delitos violentos contra las personas, sino en la mayor entidad del mandato contenido en la Ley dirigido a evitar esas conductas en esos casos, **en atención precisamente a las obligaciones que resultan de las relaciones parentales.**”

pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

2. Si el culpable ostentare la guarda del menor por su condición de funcionario público, se le impondrá además la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

3. En todo caso, el Ministerio Fiscal instará de la autoridad competente las medidas pertinentes para la debida custodia y protección del menor.

Con base en el supuesto de hecho, Paul no abandona a Oxana por una situación de dificultad económica, sino que lo hace porque no desea responsabilizarse de su cuidado y de su educación, así como el resto de las tareas que conlleva la patria potestad. Por tanto, si se considera el interés superior del menor, lo más prudente sería inhabilitar a Paul para el ejercicio de la patria potestad, dado que no tiene intención de responsabilizarse del cuidado de la menor, por un periodo de 4 a 10 años.

En este orden de ideas interesa resaltar que no se podrían imponer a Paul las penas accesorias contempladas en el art. 55 CP, a causa de la duración de la pena de prisión¹⁰⁸, ni las del art. 57 CP, debido a que el delito de abandono no se encuentra entre los delitos mencionados en este precepto¹⁰⁹. De igual modo, tampoco entrarían en juego las penas accesorias previstas en el art. 56 CP¹¹⁰, toda vez que, *ex art. 54 CP, “Las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras penas las llevan consigo”*.

¹⁰⁸ Conforme a lo dispuesto en el art. 55 CP: *“La pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate. El Juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia”*.

¹⁰⁹ En concreto, los delitos mencionados en el art. 57 CP son los siguientes: homicidio, aborto, lesiones, delitos contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

¹¹⁰ A tenor de lo dispuesto en el art. 56 CP: *“1. En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes: 1. ° Suspensión de empleo o cargo público.- 2. ° Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- 3. ° Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código”*.

VII. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE Y DE LA JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DE LOS HECHOS ANALIZADOS EN LAS CUESTIONES SOBRE LA RELEVANCIA PENAL

VII.1. Preliminar

El proceso para determinar la jurisdicción competente¹¹¹ y la ley aplicable en un caso con fuertes matices internacionales es complejo, ya que, en ciertas instancias, no solo hay que atenerse al ordenamiento jurídico español –en el que se incluyen los convenios internacionales¹¹²– sino también a la legislación de países extranjeros.

En el desarrollo de la presente cuestión, se delimitará, en primer término, la jurisdicción competente para enjuiciar las lesiones mutuas causadas por Paul y María y para conocer del delito de abandono, sobre la base de lo previsto en la LECrim¹¹³ y en la LOPJ¹¹⁴. En segundo término, se analizará la sustracción de Oxana a Reino Unido, desde la perspectiva del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores¹¹⁵, al tiempo que se dilucidará el carácter ilícito de la sustracción, el proceso judicial para lograr el retorno de Oxana y los órganos competentes para acordar un régimen de custodia en España.

VII.2. La ley aplicable y la jurisdicción competente para conocer el delito de lesiones y el delito de abandono

VII.2.1. Jurisdicción competente en relación con el delito de lesiones

VII.2.1.a) Preliminar. Las lesiones como delito conexo

Con carácter general, el art. 17.1 LECrim dispone que “*Cada delito dará lugar a la formación de una única causa*”, precisándose a continuación en el citado precepto que “*los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes...*”.

Asimismo, en lo que aquí resulta de interés, debe destacarse que, conforme a lo establecido en el art. 17.2. 6º LECrim, en la redacción dada por la LO 41/2015, de 5 de octubre¹¹⁶, “*A los efectos de la atribución de jurisdicción y de la distribución de la competencia se consideran delitos conexos: [...] 6.º Los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos*”¹¹⁷. De este modo, es posible concluir

¹¹¹ LACALLE NORIEGA, M. (2013). *La Persona Como Sujeto Del Derecho SL*. – DYKINSON ISBN: 9788490313541 pág. 305: “La jurisdicción es la potestad, derivada de la soberanía del Estado, de aplicar el Derecho en el caso concreto resolviendo de modo definitivo e irrevocable la controversia, potestad que es ejercida en forma exclusiva por los Tribunales de Justicia integrados por jueces autónomos e independientes. “

¹¹² Art. 96 de la Constitución Española: “*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno (...)*”.

¹¹³ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

¹¹⁴ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹¹⁵ Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 BOE-A-1987-19691.

¹¹⁶ Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales (BOE núm. 239, de 6 de octubre).

¹¹⁷ Así se señala, de manera expresa, entre otras muchas, en la SAP de León, núm. 1042/2016, 11 de noviembre (ECLI:ES:APLE:2016:1042): “*las presuntas y recíprocas agresiones entre Arcadio y Bernabé*

que las lesiones recíprocas causadas por Paul y María tienen la consideración de delitos conexos y dado que, como señala CUBILLO LÓPEZ¹¹⁸, tales agresiones recíprocas comparten un mismo conjunto fáctico, deben ser analizadas conjuntamente.

En este orden de ideas, el carácter conexo de las lesiones hace necesario referirse también al art. 18.1 LECrim, a cuyo tenor: “*Son Jueces y Tribunales competentes, por su orden, para conocer de las causas por delitos conexos: 1.º El del territorio en que se haya cometido el delito a que esté señalada pena mayor.*”

Así las cosas, procede ahora concretar la jurisdicción competente para enjuiciar los delitos de lesiones de Paul y María, fijando la competencia objetiva, funcional y territorial.

Con todo, antes de efectuar el análisis propuesto, en la medida en que Paul es de origen británico, se considera oportuno clarificar que, de acuerdo con lo establecido en el art. 23.1 de la LOPJ, “*En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte*”. Por lo tanto, dado que Paul y María cometieron los delitos de lesiones en Madrid, se entiende que ambos serán juzgados bajo el sistema judicial español¹¹⁹.

VII.2.1.b) Competencia objetiva

Para atribuir la competencia objetiva a un órgano jurisdiccional, existen tres reglas: una de carácter general y otras dos especiales, que resultan de aplicación preferente. Sin embargo, ninguna de las reglas especiales es aplicable en relación con el caso objeto de estudio. En efecto, la primera de las reglas especiales aludidas se caracteriza por la naturaleza especial del delito, mas, como pone de relieve GASCÓN INCHAUSTI¹²⁰, ninguna de las materias previstas recoge los delitos agravados en materia de violencia de género. La segunda regla especial atiende a la persona contra la que se dirige el proceso y se

han de considerarse infracciones conexas, según el artículo 17.2. 6º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que considera delitos conexos los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos”.

¹¹⁸ CUBILLO LÓPEZ, I.J. (2017) “Las causas de conexión penal y su aplicación tras la reforma operada por la Ley 41/2015”, *Estudios de Deusto* Vol. 65, núm. 2, pág. 26.

¹¹⁹ Idéntica conclusión se alcanza, analizando la cuestión desde la perspectiva del Derecho inglés aplicable a sus nacionales que cometen delitos en el extranjero. Así, con base en *Air India v Wiggins* [1980] 2 All E.R. 593, los crímenes cometidos en el extranjero, con ciertas excepciones entre las que no se encuentran las lesiones, están al margen de la jurisdicción británica: “*Tales delitos [cualquier delito que haya sido cometido contra la ley británica por un extranjero y fuera del territorio británico] ... estarán fuera de la jurisdicción de los tribunales británicos, a menos que se haya establecido el carácter extraterritorial en la ley que creo esos delitos*”. Sin embargo, Reino Unido posibilita la determinación de la competencia con relación a la nacionalidad británica de la víctima o del agresor. No obstante, como señalan algunos autores como EVANS, M. (2018) (*International Law*, Oxford University Press, ISBN-13:9780198791836, pág. 15) o HENRIKSEN, A. (2019) (*International Law*, Oxford University Press, ISBN-13:9780198828723 C, pág. 6) ese criterio se limita a circunstancias de máxima gravedad (cfr., *v. gr.*, *United States v Fawaz Yunis, A/k/a Nazeeh, Appellant*, 924 F.2d 1086 (DC Cir. 1991) y se aplica escasamente.

¹²⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F. (2019), *Derecho procesal penal: materiales para el estudio*, Universidad Complutense de Madrid, I.S.B.N.: 978-84-09-14502-7, págs. 54-55.

refiere, en concreto, a las personas aforadas, entre las que no se encontrarían Paul y María¹²¹.

Así las cosas, la regla general de atribución de competencia se basa en la gravedad de la pena. Para su aplicación es necesario atender a lo establecido en la LECrim con relación al procedimiento abreviado; en concreto, a los arts. 757 y ss. LECrim. Con base en lo expuesto por RIFÁ, RICHARD y RIAÑO, el procedimiento abreviado se compone de dos fases: la fase de instrucción y el juicio oral¹²². En esta instancia, al haber un delito de violencia de género de por medio, la fase de instrucción será ejecutada por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer del partido dónde se hubiera cometido el delito¹²³.

Asimismo, el art. 14.3 LECrim establece lo siguiente:

Artículo 14.- Fuera de los casos que expresa y limitadamente atribuyen la Constitución y las leyes a Jueces y Tribunales determinados, serán competentes: [...]

3. Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años..., el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido, o el Juez de lo Penal correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en su caso, o el Juez Central de lo Penal en el ámbito que le es propio, sin perjuicio de la competencia del Juez de Instrucción de Guardia del lugar de comisión del delito para dictar sentencia de conformidad, del Juez de Violencia sobre la Mujer competente en su caso, en los términos establecidos en el artículo 801, así como de los Juzgados de Instrucción competentes para dictar sentencia en el proceso por aceptación de decreto.

En este caso, a tenor de lo previsto en el art. 148.4 CP, Paul será condenado a una pena de prisión de entre 2 y 5 años de duración, por lo que el delito de lesiones se podría subsumir bajo el mencionado precepto. Por lo tanto, como señala MONTERO AROCA, la fase oral será ejecutada por el Juzgado de lo Penal correspondiente a la circunscripción del Juzgado de la Violencia sobre la Mujer¹²⁴.

VII.2.1.c) Competencia funcional

En esencia, por medio del criterio de la competencia funcional se trata de determinar el órgano jurisdiccional encargado de los recursos, la ejecución de la sentencia y los incidentes. No obstante, esta afirmación hay que matizarla con lo previsto en el art. 9 LECrim, de acuerdo con el cual: “*Los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de una causa determinada, la tendrán también para todas sus incidencias, para llevar a efecto las providencias de tramitación y para la ejecución de las sentencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 801*”. En consecuencia, en lo que aquí importa, se

¹²¹ *Ibidem*, págs. 55-56.

¹²² RIFÁ SOLER, J.M., RICHARD GONZÁLEZ, M., RIAÑO BRUN, I. (2006), *Derecho Procesal Penal*, Gobierno De Navarra-Instituto Navarro de Administración Pública, ISBN: 84-235-2862-6, págs. 81-83.

¹²³ Conforme al art. 87 *ter.1* LOPJ: “*Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos: a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, ... siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia...*”.

¹²⁴ MONTERO AROCA, J. (2014), *Jurisdicción y Competencia*, Editorial Tirant Lo Blanch, págs. 10-11.

puede concluir que en materia de ejecución de sentencias¹²⁵ e incidencias el órgano jurisdiccional competente será el Juzgado de lo Penal, ya que es el que ostenta la competencia objetiva¹²⁶.

VII.2.1.d) Competencia territorial

Como se ha tenido ocasión de mencionar, el criterio de la competencia territorial obedece a determinar el órgano jurisdiccional competente, dentro de los que están en el mismo grado, que va a conocer del asunto penal en primera instancia¹²⁷. La norma general para su aplicación es la del *forum delicti commissi*¹²⁸; sin embargo, en el presente caso, al mediar un delito de violencia de género, hay que atender a lo previsto en el art. 15 bis LECrim: “*En el caso de que se trate de algunos de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima...*”

VII.2.2. Jurisdicción competente en relación con el delito de abandono

En relación con el supuesto de hecho, debe recordarse que el abandono de Oxana se produjo en territorio irlandés, por lo que, según el ya mencionado art. 23.1 LOPJ, su enjuiciamiento quedaría fuera de la jurisdicción del Estado español¹²⁹.

En este orden de ideas, cabría plantearse también la posible aplicabilidad de un criterio de extraterritorialidad en función de la nacionalidad del autor del delito¹³⁰. Y es que conforme a lo dispuesto en el art. 23.2 LOPJ:

También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, **siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho** y concurrieren los siguientes requisitos:

- a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.
- b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles.
- c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

¹²⁵ Art. 794 LECrim: “*Tan pronto como sea firme la sentencia, se procederá a su ejecución por el Juez o por la Audiencia que la hubiere dictado*”.

¹²⁶ RIFÁ SOLER, J.M., RICHARD GONZÁLEZ, M., RIAÑO BRUN, I. (2006), *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pág. 92.

¹²⁷ *Ibidem*, op. cit., pág. 94.

¹²⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2012), *Introducción al proceso penal*, Universidad de Alicante, pág. 3.

¹²⁹ El abandono de menores también se halla tipificado como delito en Irlanda en el art. 246 del Children Act, 2001: 246.—“(1) *It shall be an offence for any person who has the custody, charge or care of a child wilfully to assault, ill-treat, neglect, abandon or expose the child, or cause or procure or allow the child to be assaulted, ill-treated, neglected, abandoned or exposed, in a manner likely to cause unnecessary suffering or injury to the child's health or seriously to affect his or her wellbeing.*”

¹³⁰ RIFÁ SOLER, J.M., RICHARD GONZÁLEZ, M., RIAÑO BRUN, I. (2006), *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pág. 73.

Sin embargo, en el supuesto de hecho únicamente se indica que Paul nació en Reino Unido y no se determina, en ningún momento, que hubiese obtenido la nacionalidad española. En consecuencia, según los datos ofrecidos, la nacionalidad de Paul es la británica, por razón del lugar de nacimiento¹³¹.

Así las cosas, como ya se tuvo ocasión de señalar, tampoco en Gran Bretaña se suelen aplicar criterios de competencia extraterritorial fundamentados en la nacionalidad del agresor. Y, en conexión con lo expuesto, debe subrayarse, asimismo, que tampoco la nacionalidad de la víctima en casos de abandono permite la aplicación de criterios de competencia extraterritoriales. De ahí que, sobre la base de las consideraciones efectuadas, y en la medida en que el delito se cometió en Irlanda, serían los órganos jurisdiccionales de este Estado los únicos competentes para enjuiciar a Paul por un delito de abandono.

En principio, el tribunal competente en los delitos de abandono según el sistema judicial irlandés sería el *Children Court*¹³². Ello por cuanto que el mencionado tribunal se encarga de enjuiciar los delitos regulados en el *Children Act 2001*, entre los cuales, como ya se ha indicado, se encuentra el abandono¹³³. Sin embargo, a tenor de las penas previstas en el art. 246 del *Children Act 2001*, Paul podría ser castigado con una pena de prisión inferior a los 12 meses, lo cual constituye una “*minor offence*”¹³⁴, o con una pena superior a 12 meses¹³⁵, lo que permite dos posibilidades. Por un lado, Paul podría seguir siendo juzgado por el *Children Court*, mientras que, por el otro, si el Juez del *Children Court* así lo considera, podría ser juzgado por el *Central Criminal Court*¹³⁶.

VII.3 La ley aplicable y la jurisdicción competente para conocer el hecho ilícito de la sustracción de menores

VII.3.1. Competencia internacional: Convenio de la Haya de 1980

En la cuestión referente a la relevancia penal de la sustracción de Oxana, se concluyó que Paul no había incurrido en un delito de sustracción de menores. No obstante, esto no significa que María no pueda recurrir a la vía civil para lograr el retorno de la menor. Para ello, cabe ya adelantar, habrán de seguirse los mecanismos y procedimientos previstos en el Convenio de la Haya de 1980, del cual España es parte, que serán objeto de estudio a continuación.

¹³¹ Government UK, “Check if you are a British citizen”. Recuperado de <https://www.gov.uk/check-british-citizenship/born-in-the-uk-on-30-april-2006-onwards>. En todo caso, uno de los padres de Paul tendría que ser ciudadano británico o europeo y vivir en Reino Unido.

¹³² The Court Service of Ireland (2015) “Children Court”. Recuperado de <http://www.courts.ie/Courts.ie/Library3.nsf/PageCurrent/9FEE308102F3B50A80257FBC004C0472?opendocument&l=en>

¹³³ Asimismo, el referido tribunal enjuicia delitos que sean cualificados como “*minor offences*” y, si el juez correspondiente lo considera de forma potestativa, puede llegar a enjuiciar el resto de los delitos relacionados con los menores (*ibidem*).

¹³⁴ *Kingswell v The Queen* - [1985] 159 CLR 264.

¹³⁵ *Mallon v Minister of Agriculture* [1996] 1 IR 517.

¹³⁶ The Court Service of Ireland (2015) “Children Court”. Recuperado de <http://www.courts.ie/Courts.ie/Library3.nsf/PageCurrent/9FEE308102F3B50A80257FBC004C0472?opendocument&l=en>

VII.3.2. Ilícitud de la sustracción de Oxana

En primer lugar, es necesario determinar si la sustracción de Oxana a Reino Unido es legalmente relevante a tenor de lo previsto en el Convenio de la Haya de 1980. De forma clarificadora, su art. 3 dispone que:

El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

En este caso, el derecho de custodia no había sido determinado por una resolución judicial; sin embargo, ambos progenitores ostentaban la patria potestad sobre Oxana. Esto es relevante, ya que, con base en la STS, de 26 de octubre de 2012¹³⁷, la decisión del traslado de domicilio de un menor es una facultad inherente a la patria potestad¹³⁸. Por tanto, la sustracción de Oxana puede considerarse constitutiva de una infracción del derecho de custodia de María y, por tanto, ser calificada como ilícita.

VII.3.3. Proceso de retorno

La sustracción de menores es un hecho ilícito de carácter permanente, cuya consumación comienza con la sustracción de Oxana producida en España y se prolonga durante la retención indefinida de la menor en Reino Unido¹³⁹. Así las cosas, se hace necesario concretar cuál es la jurisdicción competente para resolver la situación ilícita y el proceso para lograr el retorno de Oxana a España.

¹³⁷ STS 642/2012, de 26 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:642), -Ponente Seijas Quintana, J.A.- en cuyo FJ 2º se dispone: “*la guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar, según dispone el artículo 70 del Código Civil, para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 68 del Código Civil, respecto de la obligación de vivir juntos*”.

¹³⁸ PÉREZ VERA, E. (1980) “Informe explicativo del Convenio núm. XVIII de la conferencia de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores”, págs. 27 y 29: “*La obligación impuesta a las Autoridades centrales de facilitar información sobre el contenido del derecho de su Estado para la aplicación del Convenio aparece en la letra e. Tal deber se refiere especialmente a dos aspectos: por una parte, en el caso de que el traslado haya tenido lugar antes de que se haya dictado una resolución relativa a la custodia del menor, la Autoridad central del Estado de la residencia habitual de este menor podrá expedir una certificación sobre el contenido del derecho de dicho Estado*”.

¹³⁹ SAP de Pontevedra, Secc. 4.ª –penal– N.º 143/2019, de 28 de junio (ECLI:ES:APPO:2019:1678): el delito de impago de pensiones es considerado “*como un delito permanente de tracto sucesivo acumulativo, pues para su consumación exige una pluralidad de omisiones, que son consecuencia del incumplimiento de una obligación de tracto sucesivo, pero que una vez producido el primer período típico de omisiones, las posteriores se acumulan, de forma que la consumación se mantiene en el tiempo y cesa con la reanudación del pago*”.

Con base en el Convenio de la Haya de 1980, el procedimiento se sustenta en el retorno del menor a su lugar de residencia habitual para allí determinar el régimen de custodia entre los progenitores¹⁴⁰.

No obstante, debe significarse que la decisión sobre el retorno de Oxana ha de ser tomada en los tribunales de Reino Unido, en concreto, por un juez del *High Court* de la *Family Division* en Londres¹⁴¹. Y, por lo tanto, la decisión última acerca de si concurren o no alguna de las excepciones del Convenio de la Haya de 1980 para impedir el retorno de Oxana a España¹⁴² dependerá de la discreción de dicho tribunal.

VII.3.4. Jurisdicción competente para fijar la custodia

Tras el retorno de Oxana a España, serán los tribunales españoles los encargados de fijar el régimen de custodia. En concreto, el tribunal competente se encuentra regulado en el art. 769.3 LEC, que dispone:

En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. En el caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor.

El art. transcrito presenta un fuero electivo, por lo que María podría interponer la demanda ante el tribunal competente del domicilio de Paul o el correspondiente a la residencia de Oxana. Por un lado, en el supuesto de hecho no se determina el domicilio de Paul, sin embargo, se puede establecer que, si se encuentra en Reino Unido o Irlanda, el órgano jurisdiccional correspondiente será el perteneciente a los *Family Courts* de uno de esos dos países. Por el otro lado, la alternativa correspondiente a la residencia de Oxana presenta un problema, ya que en el precepto en cuestión no se determina si la residencia es la habitual o no. A este respecto, cabría atenerse a lo previsto por el Auto del TS 12405/2019, 19 de noviembre¹⁴³, de acuerdo con el cual:

¹⁴⁰ LIÉBANA ORTIZ, J.R. (2015) “El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores”, *REDUR*, ISSN 1695-078X, núm. 13, pág. 10. En este orden de ideas, no resulta ocioso recordar que, para lograr el retorno del menor, se debe hacer uso de las autoridades centrales de cada país, que son creadas por lo previsto en el Convenio. En el caso español, la autoridad central es la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, cuya función principal es la de asegurar la rápida y efectiva localización del menor, así como mediar con las autoridades del país en el que el menor se encuentra para asegurar su pronto regreso.

¹⁴¹ Ministry of Justice (2020) “Practice Direction 12f – International Child Abduction” Recuperado de https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/family/practice_directions/pd_part_12f. En relación con el procedimiento ante el *High Court* cabe señalar que María dispondrá de asistencia legal, así como órdenes de protección para Oxana, mediante la autoridad central de Reino Unido, la ICACU.

¹⁴² Vid. Art. 13. B) Convenio de la Haya 1980: “No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: [...] b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”. Asimismo, en tanto que María desatendió las necesidades vitales de Oxana, hay que atender a lo prevista en la N.º de RG 11/01062, 28 June 2011, Cour d'appel de Bordeaux (France) [INCADAT] Reference: HC/E/FR 1128 Recuperado de <https://www.incadat.com/en/case/1128>

¹⁴³ ATS 12405/2019, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:12405A).

[L]as partes residen en partidos judiciales diferentes y que la demandante [madre] ha optado por el Juzgado del domicilio de residencia de los menores, esto es, Granada, procede declarar la competencia territorial del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de esta ciudad, pese a que el padre, también demandante, aprovechase la coyuntura meramente circunstancial de que dos de sus tres hijos estuvieran residiendo [temporalmente] con él durante un periodo de vacaciones pactado para así presentar la demanda [en Toledo], pues no cabe duda de que el lugar efectivo de residencia de los menores es Granada, habiendo tenido la pareja el último domicilio familiar en la provincia de Granada hasta la ruptura de la convivencia en que pasaron a convivir con la madre en un Centro de Acogida de Granada.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que el último lugar de domicilio familiar y la residencia habitual de Oxana sigue siendo en Madrid, lo más probable es que el Juzgado de Primera instancia sea el correspondiente a dicho domicilio.

VIII. CONCLUSIONES

Primera

Con arreglo al art. 10 LTRHA y el art. 221 CP, se puede determinar que los contratos de maternidad subrogada realizados en el Estado español son nulos de pleno derecho y perseguidos penalmente.

En cuanto al reconocimiento por el Estado español de una decisión extranjera sobre filiación en casos de maternidad subrogada, es necesario atender a lo previsto en la RDGRN de 5 de octubre de 2010, y la STS, de 6 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247). Mediante estas dos resoluciones judiciales, se establece que, si María quiere registrar la filiación de Oxana, aquélla puede obtener una resolución judicial de los tribunales ucranianos que corrobore la filiación, adoptar a Oxana, o instar a Paul a que reclame la paternidad como padre biológico de la menor.

Segunda

Respecto a las lesiones cometidas por Paul contra María, éste podrá ser imputado por el art. 148.4 CP sobre lesiones agravadas, bajo una pena de 2 a 5 años de prisión. Del mismo modo, si el tribunal correspondiente así lo considera, se le podrá aplicar a las conductas de Paul, las circunstancias eximentes o atenuantes relativas a su alcoholismo.

Debido al carácter recíproco de las lesiones, María podrá ser imputada por las penas previstas en el art. 153.2 CP en su mitad superior al haber cometido el delito en presencia de Oxana, a tenor de lo expuesto en el art. 153.3 CP. Asimismo, se le podrá reducir la pena, si el Tribunal correspondiente así lo considera, debido a la depresión que sufre en función de la circunstancia atenuante por analogía de trastorno mental transitorio.

Tercera

Con base en el art. 225 bis CP, el delito de sustracción de menores no es aplicable en este caso. La razón se debe al incumplimiento de los requisitos exigidos por el precepto y sus dos modalidades de traslado y retención.

Por un lado, en la modalidad de traslado, se exige la ausencia de consentimiento por parte del progenitor perjudicado a la hora de autorizar el desplazamiento del menor. En esta instancia, el traslado fue mutuamente acordado por ambos progenitores, bajo el pretexto de que Paul iba a presentar a Oxana a sus parientes más cercanos.

Por el otro lado, en la modalidad de retención, se exige la vulneración de una resolución judicial que fije la custodia de la menor, sin embargo, en este caso no la había.

Cuarta

De acuerdo con lo previsto en el art. 231 CP, Paul podría ser castigado por un delito de abandono impropio bajo una pena de prisión de 6 meses a 2 años. Asimismo, se le podrá imputar unas sanciones complementarias según lo expuesto en el art. 233 CP.

Quinta

Con relación a los delitos de lesiones, el carácter recíproco de las mismas conlleva que se deban analizar como una misma causa, a tenor de lo previsto en el art. sobre los delitos conexos. En cuanto a la jurisdicción competente, cabe resaltar que, en la fase de instrucción, el tribunal correspondiente será el Juzgado de Violencia sobre la Mujer,

mientras que en la fase oral será el Juzgado de lo Penal. Asimismo, el Juzgado de lo Penal de la circunscripción madrileña, con base en el principio de *forum delicti commissi*, será el encargado de la competencia funcional.

Con relación al delito de abandono, el Tribunal competente, al haberse cometido la conducta delictiva en la jurisdicción irlandesa y que no se cualifique dentro de los criterios de extraterritorialidad, será el *Children Court* o el *Central Criminal Court* de Irlanda. La decisión a la hora de escoger uno de los dos tribunales previamente mencionados recaerá sobre el juez correspondiente del *Children Court*.

Con relación al hecho ilícito de sustracción de menores, a tenor de lo previsto en el Convenio de la Haya de 1980, el *High Court* de la *Family Division* en Londres será el tribunal competente para decidir, de forma razonada y con base en las limitadas excepciones para negar el retorno expuestas en el Convenio previamente mencionado, si Oxana debe regresar a España o no. En el caso de que retorne a España, el Juzgado de Primera Instancia de la residencia habitual de Oxana, que se corresponde con su residencia previa a la sustracción, o el tribunal correspondiente al domicilio de Paul serán los encargados de fijar el régimen de custodia. La decisión a la hora de escoger los dos órganos jurisdiccionales previamente mencionados recae sobre María, a tenor de lo previsto en el art. 769.3 LEC.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M. (2002), “Los delitos de mera actividad”, *Revista De Derecho Penal y Criminología*, 2.^a Época, n.º 10 (2002), págs. 11-45.

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2014). “El futuro de la maternidad subrogada en España”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 6(2),

ANDREU MARTÍNEZ, M. B. (2018), “La Doble Maternidad tras la Reforma del Artículo 7.3 LTRHA y la Resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente Avanzamos o Hemos Retrocedido?” *InDret*, Vol. 2, 2018.

ARMENDÁRIZ LEÓN, C. (2014) “DELITOS CONTRA LOS DERECHOS Y LOS DEBERES FAMILIARES EN EL CÓDIGO PENAL español”, *Revista Penal México - Universidad Complutense de Madrid*, núm. 6, marzo-agosto de 2014

ARROYO ZAPATERO, L. Y OTROS. (2018), “Curso de Derecho Penal: Parte General”, *Ediciones Experiencia, S.L.; Edición: 3 ISBN-10: 8494497928*

ÁVILA HERNÁNDEZ, C.J. (2017): “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”. *Cadernos de Dereito Actual*, núm. 6º, pp. 313-344

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (1982), “El delito de lesiones”, *Edit. Salamanca: Universidad Salamanca*.

BRAGE CENDÁN, S. (1999) “Los delitos de lesiones en el CP de 1995”, *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela.*, Vol. 8, nº 1, 49-69 ISSN 1132-9947

CALAZA LÓPEZ, S. (2016), “Los delitos de secuestro parental en España”, *Pensar, Fortaleza*, v. 21, n. 1, págs. 324-366.

CALVO CARAVACA, A.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2015). “Gestación Por Sustitución Y Derecho Internacional Privado. Más Allá Del Tribunal Supremo Y Del Tribunal Europeo De Derechos Humanos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 7(2), págs. 45-113

CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2011) “Sustracción Internacional De Menores: Una Visión General” *Institución Fernando el Católico* pág. 9

CUBILLO LÓPEZ, I.J. (2017) “Las Causas De Conexión Penal Y Su Aplicación Tras La Reforma Operada Por La Ley 41/2015” *Vol. 65, Núm. 2, Estudios de Deusto*

DE LA ROSA CORTINA, J.M. [(2017) “El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia” en *Actividad: << Sustracción parental de menores: aspectos civiles, penales y procesales>>*, Ed. Centro de Estudios Jurídicos, 2017

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1997), “Los delitos de lesiones”, *Tirant lo Blanch ISBN 9788480025195*

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2004) “El nuevo delito de sustracción parental de menores”. *Estudios Homenaje al Profesor Ruiz Antón*. Tirant Lo Blanch.

EVANS, M. (2018) “International law” *Oxford University Press ISBN-13:9780198791836* Capítulo 10

FERNÁNDEZ DE MINGO, J. P. “ Delito de lesiones ” *García Valdés, Carlos (dir.). Trabajo fin de máster, Universidad de Alcalá, 2018. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10017/39175>*

FindLaw (2018) “Safe Heaven Laws”. Recuperado en <https://family.findlaw.com/adoption/safe-haven-LAWS.HTML>

FOSSI, J. (2015), “ El dolo eventual. Ensayo sobre un modelo límite de imputación subjetiva ” Venezuela: *Editorial Livrosca*.

GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J. (2006), “Delito de lesiones: Tipos agravados y cualificados”. *ed. Ramón Areces, 2006.*

GASCÓN INCHAUSTI, F. (2019) “Derecho Procesal Penal: Materiales Para El Estudio ” *Universidad Complutense de Madrid I.S.B.N.: 978-84-09-14502-7*

GIRALDO PÉREZ, S. [(2015), “Manual de derecho Penal-Policial ” *Punto Rojo Libros (15 de julio de 2015), ASIN: B011STP2FO*

GODOY VÁZQUEZ, O. (2018) “La Gestación Subrogada en la Jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo” *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx, N° 34. ISSN 0213-988X* págs. 111-131

Government UK “Apply for citizenship if you have a British parent” Recuperado de <https://www.gov.uk/apply-citizenship-british-parent/born-on-or-after-1-july-2006>

Government UK “Check if you are a British citizen” Recuperado de <https://www.gov.uk/check-british-citizenship/born-in-the-uk-on-30-april-2006-onwards> [Uno de los padres de Paul tendría que ser ciudadano británico o europeo y vivir en Reino Unido.]

HENRIKSEN, A. (2019) “International law” *Oxford University Press ISBN-13:9780198828723* Capítulo 5, pág. 6

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. (2014). “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 6(2), 147-174

LACALLE NORIEGA, M. (2013) “La Persona Como Sujeto Del Derecho” *S.L. – DYKINSON ISBN: 9788490313541*

LAMM, E. (2012) “ Gestación por sustitución: realidad y derecho” *InDret 3/2012 Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas Argentina*

LIÉBANA ORTIZ, J.R. (2015) “ El Nuevo Proceso Relativo A La Sustracción Internacional De Menores” *Universidad Internacional de la Rioja ISSN 1695-078X*

MARRADES PUIG, A. (2017) “La Gestación Subrogada En El Marco De La Constitución Española: Una Cuestión De Derechos” *ISSN-e 2386-9062, Vol. 65/1, págs. 219-241* Recuperado en <http://www.revista-estudios.deusto.es/>

Ministry of Justice (2020) “ Practice Direction 12f – International Child Abduction ” Recuperado de https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/family/practice-directions/pd_part_12f

MONTERO AROCA, J. (2014) “Jurisdicción y Competencia” *Editorial Tirant Lo Blanch*

ORTEGA GIMÉNEZ, A. COBAS COBIELLA, M. E. HEREDIA SÁNCHEZ, L.S. (2018) “ Los contratos de gestación subrogada en España: A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el Consulado español en Kiev” *Diario la Ley*, núm. 9281, 2018

PÉREZ VERA, E. (1980) “Informe explicativo del Convenio núm. XVI II de la conferencia de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores” *Impresión de las Actas y Documentos de la decimocuarta sesión (1980), tomo III, Secuestro de niños*

PLASCENCIA VILLANUEVA, R. (2004), “Teoría del delito” (3.ª reimpresión) ISBN 968-36-6604-3 *Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México*

RICCIARDELLI. “Violazione degli obblighi di assistenza familiare del nuovo Codice penale”. *Rivista Penale*, julio 2012,

RIFÁ SOLER, J.M., RICHARD GONZÁLEZ, M., RIAÑO BRUN, I. (2006) “Derecho Procesal Penal “ *Gobierno De Navarra ISBN: 84-235-2862-6*

ROPERO CARRASCO, J. ZAMORANO MORENO, P. (2000), “Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal”, *en Studia Carande, vol. 5, 2000*, pp. 115-139

RUIZ-RICO RUIZ, J.M. (2020) “ Los efectos de la determinación de la filiación: ¿Automaticidad o supervisión previa?” *Revista de Derecho de Familia num.86/2020*

SILVA SARASOLA, I. (2017), “Causas eximentes de la responsabilidad criminal” *Sáenz de Pipaón del Rosal, Leyre (dir) Trabajo de Fin de Grado, CUNEF*

SOSPEDRA FONTANA, A. (2018) “La Gestación Subrogada En España” *Cuestiones de Interés Jurídico, ISSN 2549-8402, IDIBE*

STERN BRIONES, E. (2007), “La sustracción internacional de menores” *Centro de Estudios jurídicos (edición electrónica)*

TERESA LÓPEZ Y LÓPEZ, M. Y OTROS. (2017) “ Informe Del Comité De Bioética De España Sobre Los Aspectos Éticos Y Jurídicos De La Maternidad Subrogada” *Comité de Bioética de España*

The Court Service of Ireland (2015) ”Children Court” Recuperado de <http://www.courts.ie/Courts.ie/Library3.nsf/PageCurrent/9FEE308102F3B50A80257FB C004C0472?opendocument&l=en>

The Crown Prosecution Service (2019) “Jurisdiction” Recuperado de <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/jurisdiction>

TORRES FERNÁNDEZ, M.E. (2003), “Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, ISSN 0211-2744, N° 4, 2003*, págs. 1810-1830

TRABADO ÁLVAREZ, C. (2011) “La regulación de las lesiones psíquicas del artículo 147 del Código Penal” *Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 7651, 2011*

VARSİ ROSPIGLIOSI, E. (2017). “ Determinación de la filiación en la procreación asistida” *ISSN: 1870-2147*

VICENTE DE CASTRO, F.; CABANILLAS DIESTRO, M.^a T. (2010) “La familia. Una realidad histórica y sociocultural”. *Revista galego-portuguesa de psicoloxía e educación: revista de estudos e investigación en psicología y educación*, ISSN 1138-1663, Vol. 18, 2, 2010, págs. 31-40

VILA CORO, M. P. (2018) “La alevosía: análisis de la dogmática y de los casos particulares” *Escudero García Calderón, Beatriz (dir.) Trabajo de Fin de Grado, CUNEF*

X. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

X.1 Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STDEH Wagner y J.M.W.L. v. Luxemburgo, de 28 de junio de 2007 (RJ 76240/01)

STEDH Haddad v. España (16572/17) de 18 de junio de 2019 (ECLI:TEDH:2019:16572)

X.2 Sentencias del Tribunal Constitucional

STC 196/2013, de 2 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:196)

STC 54/1989, de 23 de febrero de 1989 (ECLI:ES:TC:1989: 54).

X.3 Sentencias del Tribunal Supremo

Auto del TS 335/2015, de 2 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:335A)

SAP VA 1144/2018, de 11 de octubre de 2018 (ECLI:ES:APVA:2018:1144)

STS 1037/2017, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:1037)

STS 1037/2017, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:1037).

STS 111/2010, de 24 febrero (ECLI:ES:TS:2010:111)

STS 1378/2018, de 17 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1378)

STS 1471/2000, de 2 de octubre (ECLI:ES:TS:2000:1471)

STS 2018/2000, 22 de diciembre de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:2018)

STS 210/2007, de 15 de marzo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:210)

STS 247/2014, de 6 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247)

STS 261/2005, de 28 de febrero de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:261)

STS 318/2014, de 11 de abril (ECLI:ES:TS:2014:318)

STS 357/2016, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2016:357)

STS 363/2019, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:3723)

STS 376/2003, 10 de marzo de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:376):

STS 3936/2019, de 11 de diciembre de 2019, (ECLI:ES:TS:2019:3936)

STS 4353/2018, de 20 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4353)

STS 513/2014, 2 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:513)

STS 565/2018, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:565).

STS 566/2014, de 16 de junio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:566)

STS 732/2014, de 26 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:732).

STS 965/2018, 23 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:965).

STS, de 19 de enero de 2016 (RJ: 870/2015)

STS, de 9 de junio de 1998 (RJ 1747/1997)

X.4. Sentencias de la Audiencia Nacional

SAN 2642/2016, 15 de marzo de 2016 (ECLI:ES:AN:2016:2642)

X.5 Sentencias de la Audiencia Provincial

AAP Almería 242/2011, de 29 de noviembre de 2011 (ECLI:ES:APAL:2011:242A)

AAP de Santa Cruz de Tenerife 1692/2008, de 20 de mayo de 2008 (RJ 1692/2007A)

AAP Sevilla 186/2005, de 19 de abril de 2005 (ECLI:ES:APSE:2005:186A)

SAP Álava 348/2015, de 27 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:APVI:2015:348).

SAP Almería 1004/2007, de 6 de julio de 2007 (ECLI:ES:APAL:2007:1004)

SAP B 7565/2017, 13 de julio de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:7565)

SAP Badajoz 76/2015, de 21 de octubre de 2015 (ECLI:ES:APBA:2015:76)

SAP Barcelona 336/2005, 22 de junio de 2005 (ECLI:ES:APB:2005:336)

SAP Barcelona 571/2009, de 16 de junio de 2009 (ECLI:ES:APB:2009:571)

SAP de Cantabria 166/2012, de 22 de marzo de 2012 (ECLI:ES:APS:2012:166)

SAP de Tarragona (Rec 1123/2011), de 19 de enero de 2012, (ECLI:ES:APTA:2012:49)

SAP Guadalajara 28/2009, de 27 de septiembre de 2009 [ECLI:ES:APGU:2009:28]

SAP Pontevedra 293/2016, de 16 de junio de 2016 (ECLI:ES:APPO:2016:293)

SAP Valencia 949/2011, de 23 de noviembre de 2011 (ECLI:ES:APV:2011:5738)

X.6 Sentencias del ‘Common Law’

Kingswell v The Queen - [1985] 159 CLR 264

Mallon v Minister of Agriculture [1996] 1 IR 517.

United States v Fawaz Yunis, A/k/a Nazeeh, Appellant, 924 F.2d 1086 (DC Cir. 1991)