



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**EL ASILO EN ESPAÑA POR ACTOS DE PERSECUCIÓN.
POR MOTIVOS POLÍTICOS, DE ORIENTACIÓN
SEXUAL Y DE MUTILACIÓN GENITAL.**

Trabajo Fin de Grado

Tutora: Gabriela Alexandra Oanta

Autora: Iria García Freire

Profesora contratada doctora de Derecho Internacional Público

Simultaneidad del Grado en Derecho y ADE

Curso académico 2016-2017

Facultad de Derecho

ÍNDICE

GLOSARIO DE ABREVIATURAS	3
ANTECEDENTES DE HECHO	4
INTRODUCCIÓN	6
I.CUESTIÓN PRIMERA	7
I.1. Dictamen sobre los delitos imputables a José S.G	7
I.1.1. Pago a mayores.....	7
I.1.2. Trayecto con destino a España.....	10
I.1.2.1. Entrada de Kouassi.....	10
I.1.2.2. Entrada de Maihla	11
I.2. Jurisdicción de los tribunales españoles	16
II.CUESTIÓN SEGUNDA	19
II.1. Competencia territorial para conocer de la solicitud de protección internacional ...	19
II.1.1. Normativa aplicable	19
II.1.2. Grecia.....	20
II.1.3. Lituania.....	24
II.1.4. España	25
II.1.5. Bielorrusia.....	25
II.2. Dictamen acerca de cada una de las solicitudes de protección internacional	28
II.2.1. Concepto de protección internacional	28
II.2.2. Solicitud de Maihla.....	29
II.2.3. Solicitud de Kouassi	31
II.2.4. Solicitud de Zulma B.	32
II.2.5. Solicitud de Said.....	33
III. CUESTIÓN TERCERA	35
III.1. Subsanación de requisitos por parte de Maihla para presentarse a la oposición	35
III.2. Nacionalidad del hijo de Maihla	39
IV. CONCLUSIONES	42
V. BIBLIOGRAFÍA	43
V.1. Obras.....	43
V.2. Textos de derecho.....	45
V.3. Jurisprudencia.....	47

GLOSARIO DE ABREVIATURAS:

ACNUR: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

Carta: Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

CC: Código Civil.

CEDH: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

CP: Código Penal.

CPT: Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes.

DGRN: Dirección General del Registro y Notariado.

EBEP: Estatuto Básico del Funcionario Público.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TS: Tribunal Supremo.

UE: Unión Europea.

ANTECEDENTES DE HECHO:

Maihla Aminu es una niña de 16 años nacional de Nigeria que vive con su familia en una aldea próxima a la ciudad de Lagos. Los padres de Maihla la han prometido, en contra de su voluntad, con el gobernador local, un hombre adinerado cuarenta años mayor que ella y ya casado con otra mujer a la que maltrata. Ante la inminente boda, Maihla está aterrada por la previsible práctica de ablación del clítoris, costumbre arraigada en las tradiciones nigerianas, y es previa al enlace matrimonial.

Siendo conocedora de que las autoridades gubernamentales toleran dichas conductas lesivas contra la mujer y que, de negarse a ser parte de las mismas, sería perseguida y rechazada por la comunidad, decide huir de su casa en cuanto le es posible. En la huida, se lleva consigo su documento identificativo y alguna de las joyas que su prometido le había regalado.

Maihla se esconde durante un tiempo en casa de una amiga en la ciudad de Lagos, donde recibe noticias de que tanto su familia como su prometido la buscan por toda la ciudad y pueblos vecinos. Ante la insostenibilidad de la situación, la amiga le comenta que conoce a un hombre mayor de edad llamado Kouassi Ndimira, que pretende llegar a España para conseguir asilo. Para ello, Kouassi se ha puesto en contacto con José Suárez García, de nacionalidad española, que promete facilitarle el transporte hasta Argelia y, desde allí, un billete de avión para aterrizar en el aeropuerto de la capital española a cambio de 10.000 euros (lo que incluye el coste del billete y la comisión que se llevará José Suárez).

Kouassi Ndimira proviene de una aldea de Ruyigi, en Burundi, donde el control de la región ha sido tomado por diversos grupos paramilitares enfrentados entre sí. Ante esta situación el gobierno mantiene una postura pasiva y tolerante, lo que impide el restablecimiento de la paz y ha derivado en múltiples episodios violentos contra la población civil (secuestros, desapariciones, asesinatos, agresiones sexuales, ejecuciones extrajudiciales y extorsiones).

Maihla A., ante lo desesperado de su situación, acepta viajar con José S.G. y Kouassi N., pagando ambos el precio pactado (Kouassi en metálico y Maihla con sus joyas) y entregando sus documentos identificativos a José para tramitar las diversas gestiones fronterizas que les permita la llegada a Argelia. Maihla y Kouassi tienen pensado tomar el avión a Madrid desde el aeropuerto internacional de Argel, pero una vez allí, José les exige una mayor cantidad de dinero bajo la amenaza de no devolverles su documentación. Maihla no dispone de la cantidad exigida.

Kouassi accede a pagar parte de lo que le corresponde a su compañera Maihla, ante lo cual José les devuelve su documentación. Kouassi recibe su billete de avión pero, dado que el dinero sufragado para Maihla no es suficiente según el criterio de José, la misma es llevada al puerto de Argel, desde el que viajará en ferry hasta Almería. Dicho trayecto debe realizarlo escondida en una maleta sellada, siendo imposible su apertura sin contar con ayuda de terceras personas. Al llegar al puerto de Almería, la autoridad aduanera solicita la apertura del equipaje para ser revisado. Al abrir el mismo, Maihla es encontrada inmóvil, con síntomas de asfixia y desorientación. En cuanto tiene oportunidad, Maihla expresa su deseo de solicitar asilo en España.

En cuanto a Kouassi, una vez en el aeropuerto de Madrid-Barajas, se dirige al puesto fronterizo, lugar en el que solicita asilo. Allí se encuentra con Said M. y Zulma B., que también solicitan asilo en ese mismo momento.

Said Menad, mayor de edad de origen argelino, alega su orientación sexual como motivo de su solicitud de asilo, dado que la homosexualidad es sancionada por la legislación penal argelina, a pesar de que en la práctica no se producen detenciones ni condenas judiciales o cualquier tipo de acoso por parte de las autoridades nacionales. Said M. no quiere volver a Argelia pues su familia y amigos lo han rechazado y expulsado de su domicilio tras conocer que mantenía una relación con otro hombre, recibiendo amenazas por parte de su padre y de su tío en caso de que Said M. se presentase en la residencia o en el negocio familiar. Said M. no ha puesto en conocimiento de las autoridades competentes de su país estos hechos por el respeto que aún tiene a sus familiares.

Por su parte, Zulma Bielak, mayor de edad, es una disidente política del régimen dictatorial de Turkmenistán. Ha huido del país ante el temor de ser detenida y torturada por las autoridades como consecuencia de su militancia en partidos contrarios al régimen. Zulma cuenta con un visado de validez territorial limitada en vigor expedido por Grecia. Sin embargo, Zulma es conocedora de la dificultad existente en este país a la hora de solicitar asilo y de la precaria situación que allí padecen los refugiados al no tener asegurado un alojamiento digno teniendo que vivir muchos de ellos en la calle sin acceso a luz, agua o alimentos.

Como consecuencia, Zulma ha preferido entrar en el territorio de la Unión Europea cruzando de forma irregular la frontera terrestre entre Bielorrusia y Lituania. Al cruzar la frontera es interceptada por las autoridades lituanas, quienes toman sus huellas dactilares, dejándola posteriormente en libertad. A los dos días toma un avión a Madrid y allí solicita asilo.

Ocho años más tarde, Maihla A. y Kouassi N. se encuentran por la calle del barrio de Tetuán en Madrid donde ambos residen. Kouassi N. decide entablar conversación con Maihla A., con la que queda a tomar un café esa misma tarde en el domicilio de éste. Maihla A. le cuenta que, tras haber obtenido el graduado escolar español, valora presentarse a una oposición para el ingreso en el cuerpo de la Administración General del Estado acorde a su grado de formación y de la que ha comprobado que cumple todos los requisitos recogidos en las bases específicas de la convocatoria. Además, Maihla A. le enseña a Kouassi N. una serie de fotos del bebé que ha tenido hace un año con un ciudadano nacional de Nigeria.

INTRODUCCIÓN:

Al respecto del caso expuesto debemos apuntar lo fuertemente relacionado que se encuentra con la actualidad. En los últimos años hemos visto incrementados los flujos migratorios con destino a Europa por parte de aquellos individuos que huyen de sus países de origen en busca de países en los que poder establecer un nuevo hogar dejando atrás conflictos armados que destrozan sus países de procedencia, todo esto unido a la ya crisis migratoria que se venía sufriendo anteriormente con destino a Europa y que en muchos casos se realiza con entrada por España.

De la mano de la huida masiva a Europa y la desesperación de muchos siempre surgen aquellos que encuentran en la necesidad de otros la oportunidad de lucro. De mano de la normativa penal al respecto podremos ver en la resolución del caso en qué consiste el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y cómo es tratado por la jurisprudencia.

Esta enorme movilización de solicitantes de protección internacional ha supuesto una serie de desafíos para los sistemas de asilo tanto de la Unión Europea como de sus Estados miembro han visto sobrepasado con creces los mecanismos con los que contaban para hacer frente a las diversas solicitudes de protección internacional.

Fruto de este desbordamiento sufrido se han producido situaciones en las que la protección internacional ha supuesto vulneración de derechos fundamentales para aquellos que buscaban en Europa una vida digna lejos las condiciones a las que se veían sometidos en sus países.

Sin embargo, no es solo el desbordamiento el que ha ocasionado esas vulneraciones de derechos, sino la mala gestión de los flujos y reparto de los solicitantes de protección internacional. La mala praxis unido a cada vez posturas más beligerantes contrarias a la aceptación de estas personas que huyen de conflictos armados en su territorio ante la creciente desconfianza surgida a través de diversas especulaciones acerca de la procedencia de terrorista islámicos ha llevado a tal situación.

Al respecto, la Unión Europea busca cooperación y una gestión adecuada de la situación a través de diversas directivas y reglamentos que buscan coordinar las actuaciones de los Estados miembros con un Plan de Acción Común. Sin embargo, en la práctica, la gestión de la situación resulta mucho más ardua y compleja por lo que muchas veces el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha condenado que se protejan ante todo los derechos de los solicitantes de asilo.

Esta controversia y algunas de las gestiones que una vez conseguido el asilo los refugiados deben experimentar, entre otros, la posibilidad de obtener la nacionalidad, son algunas de las temáticas que trataremos en este caso.

I. CUESTIÓN PRIMERA: DELITOS Y COMPETENCIA JURISDICCIONAL

I.1. Dictamen sobre los delitos imputables a José S.G.

Los hechos sobre los que se solicita dictamen abarcan los relacionados con la actuación de José S.G. en la gestión del viaje de Kouassi y Maihla a España.

A este respecto, en un primero momento, José S.G. acuerda con Koaussi el pago de una suma pecuniaria, comisión incluida, a cambio de proporcionarle a este transporte hasta Argelia y un billete de avión a Madrid. Es en un momento posterior cuando al plan fraguado por José S.G. y Kouassi se une Maihla que huye de una situación desesperada en su país por diversos motivos personales. Ante esta adhesión al plan, Maihla sufraga también la parte que corresponde a su viaje. Kouassi afronta el pago con dinero mientras Maihla lo hace con joyas. Sin embargo, una vez que ambos entregan la documentación a José S.G. para que realice las gestiones oportunas en relación con el viaje, José S.G solicita más dinero del pactado amenazándolos con no devolverles la documentación si no acceden al pago de dicha cantidad extra. Como resultado, Koaussi sufraga el extra de su parte y lo que puede de la cantidad a mayores de Maihla que no ha podido hacer frente a la totalidad de la cantidad extra solicitada con el remanente de joyas en su posesión. Ante esta situación y dado que el montante aportado para el viaje de Maihla no concuerda con lo solicitado por José S.G., este decide proporcionarle a Koaussi transporte hasta Argelia y un billete de avión a Madrid mientras que Maihla irá en maleta en ferry hasta Almería.

Ante los hechos relatados, debemos distinguir entre los delitos con respecto a la gestión del viaje, es decir, el pago a mayores aportado a José S.G., y los relacionados con el transcurso del propio viaje.

I.1.1 Pago a mayores:

A este respecto analizamos la situación derivada de la entrega por parte de Maihla y Kouassi de una cantidad a mayores de la pactada para poder realizar su viaje con destino a España.

Basándonos en los hechos expuestos, nos encontramos ante una entrega no voluntaria, prácticamente una sustracción, de una cuantía dineraria ante el miedo que infunde en Maihla y Kouassi la posibilidad de que no les sea devuelta la documentación y con ello complicar su viaje de huida.

La descripción de la conducta responde a la definición de hurto, sin embargo, es el componente por el que se permite dicha sustracción el que encaja la conducta en otro delito: el de robo con violencia o intimidación, recogido en el artículo 237 del Código Penal (en adelante CP)¹.

Como resulta obvio por lo expuesto en el caso, las cantidades aportadas pertenecían legítimamente a Maihla y Kouassi, pero es el miedo que les infiere José S.G. con la advertencia de no devolverles la documentación lo que provoca la entrega de los bienes que, de no existir, no provocaría la entrega por parte de ambos de ese dinero a mayores

¹ Ley 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 281, de 24 de noviembre. Este texto ha sido modificado en diversas ocasiones, la última de ellas por obra de la Ley Orgánica 1/2015 «BOE» núm. 77, de 31 de marzo. Texto consolidado a fecha de 28 de abril de 2015.

del pactado, por lo que no existiendo violencia física sí se da un componente amedrentador que posibilita la comisión del delito.

En este caso, como hemos expuesto, no podemos entender que haya existido violencia física como se observa en los hechos relatados, sin embargo, sí intimidación. La intimidación es entendida como el anuncio de un mal inmediato, grave, posible, susceptible de inspirar miedo, que no se limita al empleo de medio físicos o uso de armas, sino que bastan palabras o actitudes conminatorias o amenazantes idóneas, según las circunstancias de la persona intimidada². El Tribunal Supremo (en adelante TS) así lo entiende al considerar que no es necesario contacto físico, sino una coerción psicológica que genera una aprensión racional que hace que el sujeto pasivo consienta o permita el desapoderamiento³. Esta situación es la que surge al anunciar José S.G. que en caso de no pagar la cantidad solicitada a mayores no les será devuelta su documentación, por lo que sin contar con un contacto físico ambos permiten la sustracción de dicha cantidad.

Esta intimidación, además, debe ser considerada en relación a las condiciones de la víctima, es decir, que en la situación en la que se encuentra el sujeto pasivo esa intimidación genere la posibilidad de provocar en el mismo un miedo o temor efectivo que lo lleve a permitir tal sustracción. El anuncio de este mal, por tanto, debe tener la suficiente entidad para doblegar la voluntad del sujeto pasivo en la situación en la que se encuentre el mismo, aunque dicho mal en la práctica no sea tal⁴. Es, por tanto, la intimidación entendida en relación con el conjunto de circunstancias a las que el sujeto sobre el que se comete el delito es sometido las que permiten dotar de la suficiente entidad esa coerción psicológica.

En el presente caso, la situación, sin lugar a duda, es de especial vulnerabilidad tanto para Maihla como para Kouassi. Ambos huyen desesperadamente de sus lugares de origen y posiblemente el dinero con el que cuenten sea limitado por lo que José S.G. y la cantidad que ya han pagado son los únicos recursos con los que posiblemente cuenten para emprender la huida tan deseada y desesperada por parte de ambos. Kouassi, por una lado, huyendo de los conflictos militares y Maihla, por otro, huyendo de un matrimonio forzado y la violencia derivada del mismo. De que este viaje resulte depende el futuro que les espera y si no entregan dicha cantidad, ambos individuos pueden entender que José S.G. no les proporcionará el transporte prometido por el que ya han pagado además de quedarse sin documentación, con lo que a la postre todos sus planes se verían truncados. Esta situación de desesperación, sin contar con otro tipo de opción y la celeridad con la que deben realizar dicho viaje encaja con la posibilidad de que se haya provocado una merma efectiva de libertad de elección como única salida.

Además cabe resaltar, como otra característica primordial de esta figura delictiva, que la violencia o intimidación deben ser instrumentales, bien para la comisión del delito, bien para proteger la huida o bien contra los que acuden a auxiliar a la víctima⁵. Es decir, que sin esa violencia o intimidación no se hubiese podido cometer el delito. No se requiere,

² GALLEGO SOLER, J.I., “Delitos contra bienes jurídicos patrimoniales de apoderamiento”, en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Manual de derecho penal partes especial*, tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 488.

³ STS 1198/2000 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 28 de junio, ECLI:ES:TS:2000:5278, FJ. 2º.

⁴ Ibidem.

⁵ GARCÍA ALBERO, R., “Delitos contra el patrimonio”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Compendio de la parte especial del derecho penal*, Ed. Thomas Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p. 217.

eso sí, un mal efectivo posterior, como serían las lesiones en el empleo de violencia, para cometer dicho delito ya que esto desembocaría en un concurso, sino que, como indicamos, simplemente sirva a modo instrumental.

En el caso expuesto vemos como la comisión del delito se da precisamente por esa intimidación, como exponemos, que en caso de no existir no supondría la desposesión por parte de ambos de sus bienes, sino que la reacción lógica en caso de encontrarse ante una situación similar en la que el conductor de un autobús, por ejemplo, le solicitase una cantidad a mayores de la establecida para un trayecto normal en dicho medio de transporte, sería negarse. Es, por tanto, la conexión con el contexto y situación de la víctima de un delito de robo con violencia o intimidación lo que permite entender la existencia de esa violencia o intimidación y la entidad de la misma.

Por último cabe destacar que esta figura delictiva de robo con intimidación (en este caso) es que se califica como un delito pluriofensivo, es decir, resulta necesario que al cometer el delito resulten dañados diversos bienes jurídicos como la posesión, la libertad, la salud o la vida⁶.

En relación a la situación a la que son sometidos Maihla y Kouassi se muestra cómo no sólo su patrimonio se ve afectado, sino que resulta también mermada su libertad de decisión ante la intimidación provocada por José S.G. que genera esa coerción psicológica constitutiva del tipo penal del robo con intimidación.

Cabe apuntar, en todo caso, que es posible que se confunda este delito de robo con violencia o intimidación con el de extorsión, ya que también se trata de un delito que obliga a otro, con violencia o intimidación, a que realice u omita un acto o negocio jurídico de cualquier clase, en perjuicio del patrimonio de un tercero. Sin embargo, el criterio distintivo es que es un tipo relacionado con un acto jurídico formal o informal por parte de la víctima, que podría ser una promesa de entregar efectivo o realizar una transferencia bancaria o firmar un documento⁷, por ejemplo, pero siempre teniendo en cuenta una separación temporal, pues en caso contrario, de ser la entrega inmediata, estaríamos ante un robo⁸ como es el caso presente.

Además, tampoco consideramos que la actividad delictiva que José S.G. pudiese ser entendida como un delito de amenazas condicionales, ya que éstas implican el anuncio de un mal futuro, pero separado temporalmente, ya que de ser el anuncio de un mal inmediato - como el caso presente con el que se amenaza con no devolverles los documentos en ese momento- estaríamos ante una violencia intimidatoria⁹, parte del tipo básico de robo con violencia o intimidación.

Por todo lo expuesto, reiteramos en base a la apreciaciones analizadas anteriormente que establecemos la tipificación de los delitos contra Maihla y contra Kouassi, respectivamente, como dos delitos de robo con intimidación sin ningún tipo agravante ni atenuante. Con respecto a los agravantes el tipo penal no comprende ninguna circunstancia que permita aumentar la penalidad en el caso. Por su parte, tampoco existe

⁶ GÓMEZ RIVERO, M.C., et al., “Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (dir.), *Nociones fundamentales de derecho penal: parte especial*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 2015, p. 75.

⁷ STS 511/1982 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 25 de octubre, ECLI: ES:TS:1982:511, CDO. 6º.

⁸ GARCÍA ALBERO, RAMÓN, *op.cit.*, p. 219.

⁹ QUINTERO OLIVARES, G., “Delitos contra la libertad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Compendio de la parte especial del derecho penal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2016, p. 102.

ningún elemento que permita considerar que la intimidación fuese de menor entidad, como indica el artículo 242 apartado 4 del CP, ya que José S.G. aprovechó la situación de extrema necesidad y urgencia en la que se encontraban Maihla y Kouassi.

I.1.2 Trayecto con destino a España:

Al respecto del trayecto con destino a España cabe diferenciar la actuación de José S.G. con respecto a Kouassi y Maihla. Con respecto al primero, este ha podido sufragar la totalidad de la cantidad acordada en un primer momento y la cantidad exigida a mayores en un momento posterior, por lo que Kouassi viaja en avión hasta el aeropuerto Madrid- Barajas. Por su parte Maihla ha podido hacer frente a la cantidad solicitada en un principio pero no a la cuantía solicitada a posteriori, motivo por el cual a esta se le oferta como único modo de transporte posible el viajar introducida en una maleta junto al resto de la carga en un ferry con destino a Almería.

Lo que se desprende con respecto a la situación y trámites del viaje, y sobretodo el segundo por la bizarra situación en la que Maihla viaja, es si existe algún delito que se haya podido dar contra estos dos individuos cuyo perfil podría encajar en un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previsto en el artículo 318 bis del CP español.

En la redacción de este delito encontramos elementos como la existencia de un sujeto que presta “ayuda intencionada” a otro sujeto “no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea” con el objetivo de entrar o transitar en territorio español “vulnerando la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros”.

En un principio, la definición sí nos recuerda a la situación presente ya que se ayuda a dos nacionales de un tercer país a entrar en territorio español, aunque en este caso la ayuda haya sido a cambio de una cantidad monetaria. Pero necesitamos saber si se vulnera o no la legislación de entrada o tránsito con el objeto de entender si encaja alguna de las situaciones en esta figura típica.

Para ello acudimos a la legislación sobre entrada o tránsito de españoles, como indica el tipo, en lo cual nos debemos remitir a la Ley 4/2000 de Extranjería¹⁰. Ésta recoge en su artículo 25 que aquel sujeto que quiera entrar en territorio español debe hacerlo por los puestos habilitados, provisto de pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad válido para el fin del extranjero y no estar sujeto a prohibiciones expresas además de presentar documentos que justifiquen el objeto y condiciones de su estancia y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que este pretenda permanecer en España.

I.1.2.1. Entrada de Kouassi:

En el caso de Kouassi, éste entra en territorio español en avión y pisa territorio por primera vez en el aeropuerto de Madrid- Barajas, contando con toda la documentación necesaria, presumimos, tanto para sus planes de estancia como de entrada, por tanto, cumpliendo todos los requisitos relativos a la documentación y quedando por discernir la legalidad de su entrada por puesto habilitado o no.

¹⁰ Ley 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería, BOE núm.20, de 12 de enero. Este texto ha sufrido diversas modificaciones, la última de en su artículo 59 bis.2 mediante la Ley Orgánica 8/2015 de protección de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, «BOE» núm. 175, de 23 de julio. Texto consolidado a fecha 30 de octubre de 2015.

Para entender cuáles son los puestos habilitados para la entrada en territorio español acudimos al Código de Fronteras Schengen¹¹ que en su artículo 2 apartado 8 habla de paso fronterizo y lo define como aquel habilitado por las autoridades competentes para cruzar las fronteras exteriores, que explica el mismo artículo su apartado 2 son “*las fronteras terrestres de los Estados miembros, incluidas las fronteras fluviales, lacustres y marítimas, así como los aeropuertos y puertos marítimos, fluviales y lacustres, siempre que no sean fronteras interiores*”, es decir, aquella frontera que permite el acceso o salida del territorio Schengen desde o hacia Estados no firmantes del Acuerdo¹².

En relación con ello, quisiéramos señalar que, para su habilitación como puesto fronterizo al que alude el Código de Fronteras Schengen, y también en el artículo 21 de la Ley 12/2009¹³, acudimos al artículo 2 del Reglamento de la Ley 4/2000 en el que se expone que para la habilitación de los puestos fronterizos es necesaria una Orden Ministerial de la Presidencia a propuesta conjunta con otros ministerios e informes favorables de órganos autónomos del que dependa el aeropuerto o puerto, en caso concreto de que el puesto a habilitar sea de este tipo. Como bien es conocido, el aeropuerto Madrid- Barajas se encuentra en la lista de puestos habilitados a tales efectos¹⁴.

Por todo ello, Kouassi entra por puesto habilitado y sobre la base de la presunción de que cumple todos los requisitos necesarios para que su entrada sea considerada legal a efectos de documentación por no ser expuesto caso contrario en los hechos relatados, declaramos que la entrada de Kouassi es legal y por tanto José S.G. no ayuda a realizar entrada en territorio español vulnerando la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, por lo que no incurre en el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del artículo 318 bis del CP.

I.1.2.1. Entrada de Mahila:

Con respecto a Mahila, debemos hacer otra serie de consideraciones para analizar si ha lugar a dicho delito o no, conociendo más a fondo el tipo penal de este delito 318 bis del CP.

En primer lugar, y aunque la joven contase con la documentación necesaria aportada por José S.G, como presumimos en el caso de Kouassi, ésta ha entrado en territorio español de modo clandestino, es decir, como expone el Tribunal Supremo “que emplee algún tipo de artificio orientado a burlar los controles legales establecidos en el ámbito de la inmigración”¹⁵.

¹¹ Reglamento 562/2006 el Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), DO L 105, 13.4.2006, pp. 4-5.

¹² DURÁN AYAGO, A.; CARRILLO CARILLO, B.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, “Régimen general de extranjería: entrada de los extranjeros en España”, en CALVO CARAVACA, A.L.y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dir.), *Curso de nacionalidad y extranjería*, Ed. Colex, Madrid, 2008, p. 197.

¹³ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm. 263, de 31 de octubre. Se ha modificado su artículo 40 por la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado. Texto consolidado a 26 de marzo de 2014.

¹⁴ Al respecto véase: DE LA VILLA GIL, L. E., “Habilitación de puestos”, en RAMOS QUINTANA, M. I. (dir.), *Comentario al reglamento de extranjería*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 96.

¹⁵ STS 569/2006 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 19 de mayo, ECLI: ES:TS:2006:3139, FJ. 1º.

Según la Real Academia Española clandestino responde a “*Secreto, oculto, y especialmente hecho o dicho secretamente por temor a la ley o para eludirla*”¹⁶. En la misma línea otra sentencia del TS de 14 de mayo de 2003 habla de entrada clandestina como la llegada a territorio español de una persona de modo secreto, oculto, subrepticio o ilegal y entiende que este comportamiento abarca el transporte, organización e incluso la realización y posterior acogida en territorio español¹⁷.

Algún autor incide en intentar burlar los controles y autoridades en diferencia a la ilegal, a la vista, sin documentos, como entiende algún autor¹⁸, mientras que otros entiende que será ilegal o clandestina cualquier inmigración o tráfico de personas que se efectúe eludiendo los controles policiales de fronteras¹⁹.

De cualquier modo la entrada de Maihla en España corresponde con la de una entrada clandestina, requisito de la conducta típica de este tipo de delito, que la entrada sea ilegal o clandestina²⁰. Sin embargo, para continuar con el análisis del caso, debemos entender cuál es el “fondo” del artículo, aquel bien jurídico que busca proteger, para poder entender la conducta ante la que nos encontramos y su encuadre típico, ya que de igual modo que la legislación penal, existe legislación de extranjería para penar aquellas conductas de ayuda a entrada ilegal en territorio español, y es necesario entender la diferencia entre ambas indagando en su trasfondo.

Para ello, observemos de modo fugaz la polémica y modificaciones que dicho precepto ha sufrido a lo largo de su existencia que ha generado un cambio total a la hora de interpretar tal precepto, y a la hora de entender el bien jurídico que protege.

Este artículo ve su primer atisbo, desde el punto de vista de contenido, en la redacción originaria del Código Penal del año 1995 a través del artículo 313.1 “de los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en el cual se refería a “promover o favorecer por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España”. Pero es a través de la disposición final segunda de la Ley de Extranjería cuando surge con carácter autónomo e independiente el artículo 318 bis.

Con la reforma obrada por la Ley Orgánica 15/2003 de reforma del Código Penal se le da idéntico tratamiento jurídico y significación con el delito de favorecimiento de la inmigración clandestina²¹. También se incluye el tráfico o inmigración clandestina de personas con el propósito de explotarlas sexualmente, con lo que se supedita la trata de seres humanos a la violación de las normas nacionales de extranjería, entendiéndolo la doctrina mayoritaria como una reforma fruto de una desafortunada interpretación de la Directiva 2002/90/CE²² del Consejo destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. La propia Unión Europea (en adelante UE) en su informe de 6 de diciembre de 2006 lamenta que España no cuente con “*una distinción*

¹⁶ Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., Madrid, 2014. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=9OqKyBG>. Consultado el 12 de diciembre de 2016.

¹⁷ STS 739/2003 (Sala de lo Penal, sección 1^a), de 14 de mayo, ECLI:ES:TS:2003:3271, FJ. 4^o.

¹⁸ MAYORDOMO RODRIGO, V., *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 107.

¹⁹ SÁNCHEZ- COVISA VILLA, J. , “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: artículo 318 bis del Código Penal”, en BALLESTEROS MARTÍN, J. M. (dir.), *Extranjería y cooperación judicial internacional*, Ed. CISS, Madrid, 2010, p. 204.

²⁰ GÓMEZ RIVERO, M. C., et al., *op. cit.*, p. 249.

²¹ SÁNCHEZ- COVISA VILLA, J., *op. cit.*, p. 186.

²² Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, DO L 328, 05.12.02.

clara entre la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de emigrantes” ya que en ningún caso la trata se puede confundir con un ilícito de tráfico de migrantes o con delitos de favorecimiento de la inmigración clandestina, ni con la ayuda a la entrada, circulación y estancias irregulares²³.

Es la reforma del CP mediante la Ley 1/2015²⁴, citada anteriormente, la que busca aportar mayor concordancia con la normativa europea de la Directiva 2002/90/CE destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares y la Decisión marco del Consejo 2002/946/JAI destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular²⁵, delimitando el ámbito típico de este delito con el de trata de seres humanos. Así, el artículo 318 bis dejaba de incluir elementos en la redacción que implicasen forzar la voluntad o comprometer la libertad de decisión del individuo extranjero.

En la propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015 que reforma el CP se establece que si bien la reforma del 2010 había tenido en cuenta lo establecido en la Directiva 2011/36/UE²⁶ relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, existían cuestiones que no fueron reflejadas y que eran necesarias para realizar la óptima trasposición europea. En concreto, la tipificación separada de la trata de seres humanos no había supuesto la reducción de la penalidad que permanecía extraordinariamente agravada y desproporcionada. Además, desvincula del precepto la entrada en territorio español exclusivamente y le aporta esa concepción europea aludiendo a la entrada o tránsito ilegal de un ciudadano extracomunitario en el territorio de cualquier Estado miembro de la Unión Europea. También deja impune al autor que solo buscarse prestar ayuda humanitaria, lo cual resulta especialmente resaltable, ya que deja entrever que no son los flujos migratorios lo único que protege esta normativa. Lo cual nos lleva a tratar cuál es el bien jurídico protegido.

La redacción primigenia del artículo llevaba a diversas conclusiones sobre cuál era éste, por ejemplo, relacionando este nuevo artículo con el 188. del CP del 1995 de tráfico para explotación sexual y la inmigración clandestina con finalidad de explotación laboral del 313.1 del CP de 1995, éste en comparación, defendía la dignidad humana, convirtiéndose en el tipo básico de tráfico ilegal, siendo los supuestos específicos los anteriormente mencionados. Se sostenía en ese entonces que el interés protegido por este precepto debía identificarse con un interés que dotase de antijuridicidad material la conducta típica no permitiese que se convirtiese en un delito formal. Esta consideración ha sido objeto de numerosas opiniones divergentes.

Tras las diversas reformas, ha sido el propio Tribunal Supremo el que se ha pronunciado al respecto entendiéndose que aun cuando se entienda que el bien jurídico protegido en el artículo es el control de los flujos migratorios, la ubicación sistemática del precepto, exige que las circunstancias que rodean la conducta sean generadoras de un riesgo relevante para tales derechos de los ciudadanos extranjeros a consecuencia de ese

²³ En este sentido, SÁNCHEZ- COVISA VILLA, J., *op. cit.*, p. 188.

²⁴ 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, BOE núm. 77, de 31 de marzo.

²⁵ Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular, DO L 328, 5.12.2002.

²⁶ Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI, DO L 101, 15.4.2011.

favorecimiento del tráfico o inmigración ilegal. Por ello, no se podrá reducir dicho delito a la infracción de la normativa pertinente en extranjería, sino que se requerirá una afectación negativa de los derechos del inmigrante.

La STS 1465/2005²⁷ establece que el bien jurídico protegido no está constituido solo por el control de los flujos migratorios sino que existe un interés de proteger la libertad, seguridad, dignidad y derechos laborales de los inmigrantes; y entiende que algunos sectores doctrinales han alentado la interpretación de mero control de flujos migratorios por su vinculación con la Ley de extranjería, pero que es necesario para su interpretación ir más allá y entender lo que se desprende del mismo, ese “mens legis”, orientando el precepto a un plano supranacional, no sólo la procura del orden socioeconómico, sino, también, el cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y su dignidad como seres humanos.

En la misma línea se pronuncia la STS 1378/2011 que, valiéndose de anterior jurisprudencia, reitera que el objeto de defensa de este artículo no está constituido sin más por los flujos migratorios, sino al especial cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros evitando que sean tratado como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral²⁸.

Añadir, además, que tal y como señala la STS 1087/ 2006²⁹ y de la que se hace eco la STS 1378/2011³⁰, el interés por los flujos migratorios, ya viene protegido por la acción administrativa, por lo que, solo encuentran protección penal si se ven afectados los derechos de los ciudadanos extranjeros, y además se entiende que el hecho de interpretar tal precepto con la necesidad de esta protección a los derechos de los ciudadanos extranjeros implique la desaparición de la subsistencia en el tipo por la preocupación de los Estados por los flujos migratorios, ya contenida en la legislación de extranjería³¹.

Por tanto, vemos como la jurisprudencia más reciente ha consolidado esta afectación al bien jurídico de los derechos de los ciudadanos extranjeros, y así, ha dejado fuera del tipo la ausencia de antijuridicidad material los actos de colaboración que tienden a mejorar la situación en el Estado español³², como citamos con anterioridad.

De todo lo expuesto, y volviendo a valorar el caso que nos ocupa, además del modo de la entrada debemos analizar si se ha vulnerado algún derecho del extranjero para poder entender que se comete dicho delito.

Con respecto de Kouassi, aunque su entrada no es ilegal, tampoco existe ninguna vulneración de sus derechos. Sin embargo, en el caso de Maihla, es introducida en una maleta para realizar el periplo, lugar no apto para transportar a alguien. Además la joven

²⁷ STS 1465/2005 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 22 de noviembre, ECLI: ES:TS:2005:7378, FJ. 7º.

²⁸ STS 1087/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 10 de noviembre, ECLI: ES:TS:2006:6968, FJ. 1º; STS 378/2011 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 17 de mayo, ECLI: ES:TS:2011:3111, FJ. 1º; STS 1238/2009 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 11 de diciembre, ECLI: ES:TS:2009:7788, FJ. 11º; STS 1378/2011 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 14 de diciembre, ECLI: ES:TS:2011:9139, FJ. 2º.

²⁹ STS 1087/ 2006, *sent. cit.*

³⁰ STS 1378/2011, *sent. cit.*

³¹ STS 1087/2006 *sent. cit.*, FJ. 1º; STS 1378/2011 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 14 de diciembre, ECLI: ES:TS:2011:9139, FJ. 1º, 2º y 3º.

³² IGLESIAS SKULJ, A. , “Artículo 318 bis: delitos contra los ciudadanos extranjeros”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 979.

al salir de la maleta es encontrada inmóvil, con síntomas de asfixia y desorientación y no sólo eso, sino que la situación en la que fue encontrada puede calificarse y encajarse en la agravante del apartado 3.b del artículo 318 bis CP actual “*Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves*”.

A este respecto, vemos como el artículo no requiere para la agravación una efectiva lesión, no se objetiva el daño físico, como determina la STS 103/2014 de 18 de junio exponiendo que la agravación tendrá relación con la mera puesta en peligro, entendiendo que la configuración del lugar en el que viajaba el inmigrante y el tiempo de permanencia comprende la existencia del tipo agravado de este delito. Además, dicha sentencia, también alude a la inviabilidad de la apertura desde el interior del lugar en el que viajaba el sujeto del caso enjuiciado en tal momento, caso exacto al de Maihla, que viaja en la maleta y no es hasta que llega al puerto que puede salir de la misma gracias a ayuda exterior pero no podría hacerlo desde el interior³³.

De igual modo, el Tribunal Supremo comprende dicha agravación en el caso de que el sujeto se encuentre en una postura de “singular incomodidad”³⁴ durante horas y, en la misma línea apunta dicho tribunal en su sentencia 610/2004³⁵, en el caso de que el sujeto viaje en una bolsa de viaje, aunque estuviese abierta pero debajo de varias maleta, mantas y otros bultos; recogiendo de igual modo esa puesta en peligro cuando el inmigrante permaneció oculto en un doble fondo del coche y al salir del mismo presentaba desorientación y aturdimiento³⁶ o el posible peligro para su salud de ir en el compartimento del motor e inhalar los gases procedentes de él, sin aludir en ningún momento al efectivo resultado³⁷.

Como vemos, el caso de Maihla es comparable a las sentencias anteriormente expuestas que, a excepción de la de inhalación de gases, sólo trataban del lugar y la postura en la que los individuos viajaban además del tiempo que tuvieron que permanecer. Respecto de este último elemento entender que la travesía hasta España en ferry se da desde Argel lo que supondría unas 9 horas aproximadamente en el que la joven no se pudo mover, ni ingerir ningún tipo de líquido ni atender a sus necesidades más básicas, además de tener que sufrir los golpes provocados por viajar con el resto de equipajes de los viajeros.

Queda por tanto constatada la existencia de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros contenido en el artículo 318 bis del CP.

Añadimos, a todo lo expuesto, que en la actuación de José S.G. la intención con la que este les aporta documentos y facilidades a ambos para entrar en territorio español es, en todo caso, a cambio de una suma dineraria. Al ser esta condición una agravación, el Tribunal Supremo ha considerado que debe probarse la existencia de la misma y no considerarla por no encontrar otra finalidad a la ayuda prestada por el individuo a los extranjeros³⁸. A este respecto la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado

³³ STS 503/2014 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 18 de junio, ECLI: ES:TS:2014:2607, FJ. 2º.

³⁴ STS 887/2005 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 30 de junio, ECLI: ES:TS:2005:439, FJ. 4º.

³⁵ STS 610/2004 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 4 de mayo, ECLI: ES:TS:2004:3010, FJ. 3º.

³⁶ STS 887/2005 (Sala de lo Penal, sección 1ª), *sent. cit.*, FJ. 4º.

³⁷ STS 1025/2012 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 26 de diciembre, ECLI: ES:TS:2012:8791, FJ. 5º.

³⁸ *Ibidem*, FJ. 4º.

respecto a la existencia de este ánimo de lucro por parte de todo aquel que haya recibido dinero por dicho viaje³⁹.

Por todo lo expuesto, apreciamos la existencia de este ánimo de lucro que permite agravar la pena, y es que no sólo exige una cantidad de dinero determinada, en la que ya se incluye una comisión, sino que posteriormente les exige una mayor suma, lo que enfatiza ese carácter de lucrarse lo máximo posible y no de mera ayuda humanitaria.

Por todo ello se determina un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del artículo 318 bis del CP cometido con agravante de ánimo de lucro del 318.1 bis y de puesta en peligro de la vida del sujeto del artículo 318.3. b).

I.2. Dictamen sobre la jurisdicción de los tribunales españoles en el caso de que José S.G fuese nacional nigeriano.

Para poder abarcar esta cuestión debemos acudir a la Ley Orgánica del Poder judicial⁴⁰ (en adelante LOPJ) a su artículo 23, y en sus distintos apartados distinguir los diversos fueros para poder determinar si existe alguno de ellos al que España se pueda acoger para contar con la jurisdicción necesaria para enjuiciar los delitos cometidos. A tal respecto dichos fueros a examinar son el fuero territorial, el fuero de la nacionalidad, el fuero de la tutela estatal y el fuero de la “jurisdicción universal”.

- i. Fuero territorial: aparece recogido en el apartado 1 del artículo 23 LOPJ e incluye aquellos delitos y faltas que se hayan cometido en territorio español o a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en que España sea parte.
- ii. Fuero de nacionalidad: recogido en el apartado 2 del artículo 23 LOPJ alude a aquellos delitos 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 determinados requisitos.
- iii. Fuero de la tutela estatal: regulado en el apartado 3 del artículo 23 LOPJ, comprende delitos con el Estado o la Corona, falsificación de moneda española así como cualquier otra falsificación que perjudique el crédito o interés del Estado, atentados contra autoridades o funcionarios públicos españoles o delitos cometidos por funcionarios públicos en el extranjero, entre otros.
- iv. Fuero de la “jurisdicción universal”: en el apartado 4, reconoce la competencia española para conocer de determinados delitos que lesionen bienes jurídicos de la Comunidad Internacional en su conjunto, y por tanto perseguibles por todo Estado independientemente de la nacionalidad y lugar de comisión del delincuente. Al respecto del caso, decir que en este artículo encontramos entre la lista, en la letra d, el de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Esta inclusión se da de mano de la modificación operada por de la

³⁹ STS 740/2009 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 30 de junio, ECLI:ES:TS:2009:4689, FJ. 2º; STS 270/2008 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 13 de mayo, ECLI:ES:TS:2008:2250, FJ. 5º.

⁴⁰ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificado su contenido en diversas ocasiones entre ellas el artículo 21.2 por la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, BOE núm. 157, de 2 de junio. Texto consolidado a fecha de 28 de octubre de 2015.

LO 1/2014⁴¹ con la que se hace la última ampliación de la lista de delitos de este apartado, y se introduce en el subapartado d. el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros junto a los ya tradicionales de genocidio, lesa humanidad o terrorismo⁴². Esta reforma también restringe el criterio de universalidad ya por lo sucedido con respecto a casos como los de el del genocidio de Guatemala o el genocidio de China en los que España se atribuía competencia y que llevó a que con esta reforma la persecución en España se condicionase a que existiese querrela del Ministerio fiscal o de la víctima española⁴³. Eso sí, este delito no será perseguible en España si se hubiese iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en otro Tribunal Internacional que se haya constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte o en el lugar en el que hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión⁴⁴.

Una vez conocidos los fueros existentes, debemos descartar aquellos que de ningún modo pueden corresponder a los delitos tratados en el presente caso. Hablamos concretamente del foro de nacionalidad, que no resulta de aplicación ya que suponemos en este dictamen que José S.G. es nacional nigeriano, y el contenido en el 23.3 relacionado con la tutela estatal por aquellos delitos que afecten al mismo alguno de los numerados y que tampoco resulta de aplicación a este caso.

Una vez descartados los anteriores, debemos analizar el foro de territorialidad. En el caso del robo con intimidación, éste se produce indudablemente en territorio no español ya que se hace antes de emprender si quiera viaje. Sin embargo, con respecto al delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, que aparece explícitamente nombrado en el artículo relativo a la jurisdicción universal, la resolución no es tan sencilla, y es que debemos entrar a analizar si dicho delito fue cometido en territorio español o no, y para ello entender si estamos ante un delito de mera actividad o de resultado, es decir, si es necesario que para que se de dicho delito se consiga la finalidad, es decir, que los extranjeros lleguen a España y por tanto exista un resultado efectivo de esa ayuda prestada a los extranjeros para introducirse en territorio español, o si el elemento punible es la mera ayuda aunque no se consiga que los individuos lleguen a España.

A este respecto la doctrina no es nada clara, y a lo largo de los años y de las modificaciones ha perdurado el eterno debate existiendo posturas a favor de una y otra calificación, distintas incluso dentro de la misma calificación. Un sector establece que es un delito de resultado y que para que exista se exige la entrada en territorio español considerándose todo acto que no alcance dicho fin tentativa⁴⁵, mientras que otros considerándolo de resultado no precisa exactamente que sea necesaria la entrada en España, sino un acto que genere y sea capaz de incidir de forma positiva y real en el

⁴¹ Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial relativa a la justicia universal, BOE núm. 63, de 14 de marzo.

⁴² GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, Ed. Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 107.

⁴³ MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 54.

⁴⁴ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., "Jurisdicción y competencia, I", en AA.VV., (dir.), *Derecho Procesal Penal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2014, p. 85.

⁴⁵ Al respecto, véase: GÓMEZ RIVERO, M. C., et al., *op. cit.*, p. 251.

desplazamiento de los sujetos pasivos y que el desplazamiento se haya por lo menos iniciado⁴⁶.

Otros, sin embargo, entienden que es un delito de mera actividad atendiendo a su estructura típica y de lesión del bien jurídico por las condiciones⁴⁷ y, por tanto, que es irrelevante si logra que los inmigrantes entren o no en el espacio Schengen.

Esta concepción de consumación anticipada fue un gran avance para que los tribunales canarios, tan expuestos a este tipo de litigios por su ubicación, pudieran contar con jurisdicción⁴⁸. En este tipo de situaciones ha sido crucial el posicionamiento del Tribunal Supremo⁴⁹, y por tanto prevalece la idea que se consuma tanto en el lugar donde se realiza la preparación del delito o se inicia la ejecución del mismo, como el lugar en el que debería producirse el resultado⁵⁰.

De hecho, pese a la divergencia de opiniones, aun con las diversas modificaciones sufridas por el precepto, entendemos que, como siempre se ha venido diciendo en la jurisprudencia del TS, es un delito que si bien controla los flujos migratorios, no resulta sancionable de tal modo cuando no existe un perjuicio para los derechos de los ciudadanos extranjeros, tal y como establece el propio nombre del precepto, por tanto, de entender que el delito sólo se tendrá por consumado cuando lleguen a las costas españolas, quedarían como tentativas acciones que revisten un importante perjuicio para los derechos de los ciudadanos extranjeros, pero que al no llegar a costas españolas no podría serle aplicada la totalidad de la pena para estipulada para tal delito.

Por tanto, consideramos que España cuenta con jurisdicción para conocer de dicho delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del artículo 318 bis del CP si se considera de resultado, y por tanto se comete con su llegada a España, por vía del artículo 23.1 de la LOPJ; mientras que si es considerada de mera actividad -posición que defendemos- y por tanto cometido ya en Argel, también contaría con jurisdicción pero por vía del artículo 23.4 d) LOPJ. De igual modo cuenta con competencia para conocer de los dos delitos de robo con intimidación por haber sido cometidos en España, por vía del artículo 23.1 de la LOPJ.

⁴⁶ RODRÍQUEZ MESA, M. J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.86.

⁴⁷ PÉREZ FERRER, F., *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Ed. Dykinson D.L., Madrid, 2006, p.84.

⁴⁸ SÁNCHEZ- COVISA VILLA, J., *op.cit.*, p. 207.

⁴⁹ STS 561/2007 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 15 de junio, ECLI: ES:TS:2007:4018, FJ. 3º; STS 582/2007 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 21 de junio, ECLI: ES: TS: 2007:4009, FJ. 3º; STS 556/2005 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 25 de abril, ECLI: ES:TS:2005:2543, FJ. 3º; STS 122/2008 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 18 de febrero, ECLI: ES:TS:2008:1306, FJ. 3º; STS 788/2007 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 8 de octubre, ECLI: ES:TS:2007:6378, FJ. 3º.

⁵⁰ SÁNCHEZ- COVISA VILLA, J., *op.cit.*, p. 208.

II. CUESTIÓN SEGUNDA:

II.1. Competencia territorial para conocer de la solicitud de protección internacional:

Dictamen sobre la competencia territorial de los Estados de Grecia, Bielorrusia, Lituania y España para conocer de la solicitud de protección internacional de Zulma B.

II.1.1 Normativa aplicable:

La competencia territorial de los Estados miembros para conocer de la solicitud de protección internacional de Zulma B. viene establecida por el orden determinado en el Reglamento 604/2013 que establece los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida⁵¹.

El sistema de reparto que introduce dicho Reglamento, también denominado Dublín III, establece que cada solicitud de asilo que se presente en la Unión Europea será conocido sólo por un Estado miembro. En su artículo 7 se establece que los criterios de determinación del Estado miembro responsable se aplicarán en el orden que figura en el capítulo III atendiendo a las diversas circunstancias que se vayan presentando. Así, en caso de que un nacional de un tercer país haya solicitado asilo en un Estado miembro que con arreglo a lo establecido en el Reglamento no sea responsable en primer lugar del examen de dicha solicitud, el Reglamento establece mecanismos que permitan trasladar al solicitante de asilo a ese Estado miembro considerado responsable en primer lugar.

Sin embargo, la enorme afluencia migratoria que se ha dado en los últimos años, en concreto con respecto a los Estados miembros de la Unión y más en concreto a Grecia, ha llevado a que se hayan dado situaciones que desvirtúan la propia figura del refugiado que huye en busca de unas condiciones de vida que le permitan vivir con dignidad y respeto a sus derechos más fundamentales. En muchas ocasiones se ha visto cómo una vez que llegan a territorio europeo las condiciones a las que se ven expuestos no se ven respaldadas por ningún tipo de garantía llegando en ocasiones a que tales condiciones puedan ser constitutivas de tratos inhumanos y degradantes.

A este respecto se ha llegado a plantear por parte de los Estados vinculados por este Reglamento con respecto al predecesor de este, el Reglamento 343/2003⁵² con menos garantías que el actual, hasta qué punto se debe seguir el orden establecido a tal fin cuándo de hacerlo se vulneren derechos fundamentales. Por ello, las diversas disputas han generado las modificaciones hoy incluidas en el actual Reglamento vigente, el 604/2013, y una doctrina consolidada acerca de las garantías que estos procesos de atribución de exámenes de solicitudes de protección internacional deben establecer.

⁵¹ Reglamento 604/2013 del Parlamento europeo y el Consejo, de 26 de junio de 2013, que establece los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, DO L 180, 29.6.2013, p. 31.

⁵² Reglamento 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, DO L 50, 25.2.2003.

Siguiendo lo establecido a lo largo del articulado del Reglamento, y por tanto tal y como establece el artículo 7, el orden establecido de competencia por parte de los Estados miembros, estableceremos cuáles son aquellos países que se consideran competentes para conocer del examen de la solicitud de Zulma B. de protección internacional.

I.1.2. Grecia:

A este respecto recordamos que de lo expuesto en el caso sabemos que Zulma cuenta con un visado de validez territorial limitada en vigor expedido por Grecia.

Si acudimos al Reglamento, a lo largo del articulado vemos que para seguir el orden establecido de países competentes para los exámenes de las solicitudes de protección internacional el primer artículo que podríamos aplicar al caso sería el 12, ya que los anteriores que habla de países competentes sólo lo hacen respecto a menores y aquellos que viajen con familia o cuenten con familiares en territorio europeo.

En el artículo 12 vemos como en el apartado 2 que si el solicitante es titular de un visado válido expedido por un miembro de la UE, es entonces dicho Estado miembro que haya expedido dicho visado el que es responsable de analizar el examen de la solicitud de protección internacional del sujeto solicitante.

En el presente caso, Grecia se postula, por tanto, como primer país responsable en el sentido del artículo 12.2. Sin embargo, en el decimonoveno considerando del Reglamento se recoge que los criterios que determinan el Estado miembro responsable del examen de dicha solicitud deben garantizar la protección efectiva de los derechos de las personas solicitantes y por tanto contar con garantías jurídicas y de una tutela judicial efectiva en aras de garantizar el respeto del Derecho Internacional, en conformidad con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante Carta) que garantiza ese derecho a una tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Esta garantía se extiende a una tutela judicial efectiva tanto con respecto al examen de la solicitud como de la situación de hecho y de derecho del Estado miembro al que se traslada al solicitante. No solo esto, sino que el trigésimo noveno considerando alude al respeto del Reglamento a los derechos fundamentales y principios establecidos en la Carta y asegurar el pleno respeto al derecho de asilo garantizado el artículo 18 de La Carta por lo que insta a los Estados a aplicar dicho Reglamento en consecuencia.

Es por ello que para poder determinar si verdaderamente Grecia es competente, no sólo se ha de tener en cuenta que sea el primer país que por el orden establecido al largo del texto sea el que debe conocer, sino que se debe entrar a dirimir cuál es la situación existente en Grecia y si se desprende de la misma que la solicitud de Zulma B. será debidamente estudiada y si la situación de hecho del Estado provocará una vulneración de los derechos fundamentales de la misma.

En el caso expuesto se relata la situación precaria que los solicitantes de asilo viven en Grecia que los obliga a vivir sin contar con medios de vida dignos, lo que deriva en una vulneración de sus derechos fundamentales. Esta condición provoca, en caso de permitir que Grecia se encargase de estudiar esta petición, a la postre, la vulneración de los derechos fundamentales de Zulma B.

Con respecto a esta vulneración de derechos fundamentales expuesta en el caso y que por tanto establecemos como no discutible, añadiremos aún así la constatación de esta vulneración de derechos fundamentales en diversos informes internacionales que ya desde el año 2006 expresaban preocupación por esta situación, tanto por parte de la Unión Europea como de organizaciones internacionales como Amnistía Internacional o el mismo ACNUR. Esta primera expresaba, en una declaración pública en 2008 respecto del examen de solicitud de asilo en Grecia, que este no contaba con las suficientes garantías legales⁵³ y en el mismo sentido se pronuncia el informe de ACNUR de asilo en la Unión Europea⁵⁴. Además, con respecto a las condiciones a las que son expuestos los solicitantes de asilo en Grecia, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (en adelante CPT) se ha pronunciado en el año 2015 constatando la situaciones a las que están sometidos los solicitantes de asilo⁵⁵.

Es aquí dónde debemos sacar a colación la jurisprudencia existente acerca de cómo se debe aplicar el Reglamento con respecto a la protección de los derechos fundamentales protegidos por la Unión Europea. Cobra especial relevancia la sentencia del año 2011 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) acerca de la atribución por parte de Bélgica a Grecia de la competencia para realizar el examen sobre la solicitud de protección internacional⁵⁶. Esta sentencia fue especialmente relevante ya que dejó constatada la necesidad de cerciorarse de que la solicitud de protección será estudiada adecuadamente y que el solicitante de protección debe, con el resultado de la concesión de la misma, lograr una efectiva seguridad e integración en dicho país receptor de ese examen sin la vulneración de sus derechos más esenciales. Esta sentencia, recalamos, eso sí, se da como necesidad de establecer las condiciones en las que se debía aplicar el Reglamento que precede al hoy vigente, en el que no existían algunos de los considerandos que establecen que los Estados deben prestar atención a las condiciones de los Estados a los que remitan el examen de dichas solicitudes.

Esta sentencia nos sirve en nuestro caso a dos efectos. En primer lugar, con respecto al análisis de la situación de Grecia por aquel entonces, que aunque no aplicable a la situación a 2017 sí permite constatar un precedente contrastado de lo que ocurría anteriormente. Por otro lado nos permite entender qué papel debe jugar España a este respecto y cuál ha de ser su deber, hoy más claro en la redacción del Reglamento vigente 604/2013.

Con respecto al primer efecto, a lo largo de esta sentencia se exponen las condiciones degradantes a las que se ha visto sometido el solicitante de protección internacional a su llegada y estadía en Grecia que vulnerarían el artículo 3 y 13 del Convenio Europeo

⁵³ Declaración pública de Amnistía Internacional, 27 de febrero de 2008. Descarga disponible en: <https://www.amnesty.org/es/documents/EUR25/002/2008/en/>. Consultado el 8 de noviembre de 2016.

⁵⁴ ACNUR, "Asylum in the european Union: A study of the implementation of the qualification directive", noviembre de 2007. Disponible en: <http://www.unhcr.org/protection/operations/47302b6c2/asylum-european-union-study-implementation-qualification-directive-2007.html>. Consultado el 8 de noviembre de 2016.

⁵⁵ Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, *Report to the Greek Government on the visit to Greece carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 14 to 23 April 2015*, 1 de marzo de 2016. Disponible en: <http://www.cpt.coe.int/documents/grc/2016-04-inf-eng.pdf>. Consultado el 13 de noviembre de 2016.

⁵⁶ STEDH (Gran Sala), de 21 de enero de 2011, *M.S.S c. Bélgica y Grecia*, demanda núm. 30696/2009.

para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante CEDH)⁵⁷ referentes el primero a la prohibición de la tortura o penas o tratos degradantes o inhumanos, y el segundo al derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional ante la violación de derechos y libertades contenidos en dicho Convenio.

Con respecto al primero de estos artículo del CEDH, el 3, relata el sujeto demandante como se vio obligado a permanecer retenido en un local con otras veinte personas, sin tener acceso a los servicios de modo libre y con apenas comida, durmiendo sobre colchones sucios en el suelo y siendo golpeado en numerosas ocasiones⁵⁸. El Tribunal considera en este caso respaldada la versión basándose, no solo en lo relatado por el solicitante de asilo, sino en diversos informes -como se señaló anteriormente- que no hacen referencia solo a las condiciones de vida de los refugiados en dicho territorio sino a los trámites y efectividad de las gestiones que éstos desarrollan en dicho país, con lo que también entiende vulnerado el artículo 13 que alega el sujeto. Con respecto a la vulneración del artículo 13 apunta la Abogacía General del Estado en una nota de jurisprudencia acerca de esta sentencia, que sólo se estiman un 0.1% de las solicitudes y los procedimientos se prolongan durante años⁵⁹.

ACNUR, por su parte, pone de manifiesto en la sentencia y alerta de que el desbordamiento que vive Grecia por la enorme afluencia de refugiados no se debe sin más al flujo masivo sino a fallos en el desarrollo del proceso de tramitación de los mismos, es decir, que es el propio Estado el que con su gestión imposibilita una efectiva protección, que incluyen retornos forzados, colectivos o individuales, hacia Turquía⁶⁰. Además, condiciones como las de la “tarjeta rosa”, que permiten a estas personas que puedan trabajar durante el tiempo que tienen que aguardar por la resolución de los diversos trámites de asilo, en realidad no son efectivos ya que el enorme entramado burocrático no permite el efectivo desarrollo de la medida⁶¹.

Todas las condiciones que Grecia debería cumplir con respecto a los solicitantes de asilo vienen recogidas, según cita la sentencia, en un Decreto Presidencial de trasposición de la directiva de acogida. Al respecto, destaca la sentencia que las autoridades deben asegurar las condiciones materiales de acogida para los solicitantes de asilo para garantizar un nivel de vida adecuado a su estado de salud y así poder proteger los derechos humanos, cosa que efectivamente Grecia no hace amparado por otras sentencia contra Grecia por comida y condiciones degradantes, y por lo que el CPT ya ha enviado diversos comunicados a tal Estado. Considera el Tribunal, por tanto,

⁵⁷ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966 respectivamente. Instrumento de ratificación de España de 24 de noviembre de 1977, BOE núm 243, de 10 de octubre de 1979.

⁵⁸ STEDH (Gran Sala), de 21 de enero de 2011, *sent. cit.*, apartado 34 y 42.

⁵⁹ Notas de jurisprudencia elaboradas por la Abogacía del Estado, “Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la aplicación del Convenio y Reglamento “Dublín” para la resolución de las peticiones de asilo en la Unión Europea”. Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292348626392?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DSentencia_del_tribunal_europeo_de_derechos_humanos_en_relacion_con_la_aplicacion_del_conve%20nio_y_reg.PDF&blobheadervalue2=Docs_TEDH_Tribunal. Consultado el 6 de enero de 2016.

⁶⁰ STEDH (Gran Sala), de 21 de enero de 2011, M.S.S c. Bélgica y Grecia, *sent. cit.*, apartado 281.

⁶¹ *Ibidem*, apartado 261.

que sí se vulneró la dignidad humana con las condiciones a las que fue sometidas el individuo y que se incrementaron por la condición de asilante del mismo.

De todo esto extraemos, que efectivamente, Grecia no cumple con una protección efectiva de los derechos de las personas solicitantes, y por tanto el orden expuesto por el Reglamento debe ser seguido descartando el envío a Grecia del examen de la solicitud por la vulneración de derechos fundamentales que de hacerlo se produciría.

Con respecto al segundo efecto, en atención al deber del Estado que ha recibido la solicitud también se refiere la sentencia anteriormente comentada, que entiende que un Estado no está obligado por ninguna imposición jurídica internacional a transferir al demandante si ese país de destino no cumple con las obligaciones del Convenio, por lo que considera que Bélgica también ha vulnerado el artículo 3 de la CEDH, ya que contaba Bélgica con lo establecido en el artículo 3.2 de Dublín II (anterior al vigente Dublín III), denominada cláusula de soberanía, por lo que entiende el TEDH que podría no haber transferido al solicitante entendiendo que el Grecia no satisfacía las obligaciones asumidas en virtud del Convenio⁶². Constatan además que Bélgica sabía o debía haber sabido que no existía garantía de que la solicitud de asilo fuera examinada seriamente por las autoridades griegas y tenían, por tanto, medios para rechazar ese traslado.

De mismo modo consideró que Bélgica vulneraba el artículo 13 de la Carta (CEDH) en la medida en que considera que el sistema de recursos previstos contra la expulsión no es suficiente⁶³.

En esta línea se pronuncia la sentencia del caso N.S contra Secretary of State for the Home Department y M.E y otros⁶⁴ que entiende que el Estado está obligado a ejercer su derecho a examinar dicha solicitud con arreglo al artículo 3.2 del Reglamento n° 343/2003, cuando el solicitante de asilo corre grave peligro de que sean vulnerados sus derechos fundamentales consagrados en la CEDH⁶⁵. Es decir, corresponde a los Estados garantizar que el procedimiento de asilo ofrece garantías suficientes y por tanto el Estado está obligado en caso de que se vulnere. Como muestra de ello alude esta sentencia al Tribunal Constitucional Austríaco (Verfassungsgerichtshof) que establecía que no se puede presumir automáticamente, sin una garantía individual de las autoridades competentes en función del caso concreto, que exista una efectiva manutención del a cargo del Estado, es decir, no se puede presumir que lo establecido se cumpla sin un estudio previo del caso⁶⁶.

Por todo ello el Tribunal entiende que un estado miembro estará obligado a ejercer su derecho a examinar la solicitud cuando el solicitante corra grave peligro de que sean vulnerados sus derechos fundamentales consagrados en la Carta y por tanto un acto de aplicación del artículo 51 apartado 1 de la Carta en referencia al respecto de los principios y derechos consagrados en la misma⁶⁷.

⁶² Ibidem, apartado 340.

⁶³ Notas de jurisprudencia elaboradas por la Abogacía del Estado, *doc. cit.*, p.2.

⁶⁴ STJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2011, *N.S contra Secretary of State for the Home Department y M.E y otros*, C-411/10 y C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865.

⁶⁵ Ibidem, apartado 127.

⁶⁶ Ibidem, apartado 103.

⁶⁷ Ibidem, conclusiones 1 y 3.

Por todo lo expuesto, y entendiendo que las sentencias se pronunciaban sobre el Reglamento que precede al actual 604/2013, sí hemos de entender que a pesar de no estar ya vigente y de contar el presente Reglamento, denominado Dublín III, con preceptos ya incluidos a lo largo del articulado, sí nos permite ver cuál es el espíritu de la normativa europea y del Reglamento, y es que no muestra solo una mera repartición de exámenes de solicitudes sino que enmascara todo un acto de responsabilidad por parte de aquellos Estados firmantes que debe velar por el cumplimiento y respeto a los derechos fundamentales de los solicitantes de asilo, incurriendo en caso contrario en un incumplimiento de dicho Reglamento.

Eso sí, debemos destacar que en los últimos años y gracias a la colaboración con ACNUR, se han establecido mejoras en los sistemas de asilo pero no se puede entender que se hayan alcanzado las condiciones necesarias para considerar Grecia país adecuado para examinar dicha solicitud⁶⁸ y por tanto nos pronunciamos en contra del envío por parte de España a Grecia del examen de dicha solicitud.

I.1.3. Lituania:

El siguiente país al que correspondería el examen de la solicitud de protección internacional subsidiaria siguiendo lo establecido en el Reglamento 604/2013 aquel por el que el sujeto entra de forma irregular por vía terrestre, marítima o aérea a la Unión Europea procedente de un tercer país, es decir, el primer país europeo miembro, tal y como establece el artículo 13.

Este artículo 13 también establece que con el fin de probar la efectiva entrada por el país que se cree ha entrado en la Unión, deben existir pruebas o indicios que el Reglamento establece su artículo 22 o existir datos que el Reglamento 603/2013 relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento 604/2013⁶⁹ enumera, haciendo referencia al sistema Eurodac, creado en dicho Reglamento 603/2013 con el fin de facilitar la determinación del Estado responsable del examen de la solicitud de protección internacional, es decir, de determinar y aplicar con mayor facilidad el Reglamento 604/2013.

Con respecto al sistema Eurodac cabe señalar que el mismo consiste en un Sistema Central que gestiona una base central informatizada de datos dactiloscópicos, así como en los medios electrónicos de transmisión entre los Estados miembros y el Sistema Central.

En el caso tratado a Zulma B. se expone que le han tomado las huellas dactilares en Lituania por lo que, atendiendo a los datos ya incluidos en esa base de datos Eurodac, Lituania sería el tercer Estado responsable del examen de dicha solicitud, aunque esta obligación cesa tras doce meses desde el cruce irregular de fronteras, tal y como establece el artículo 13 del Reglamento 604/2013.

Al respecto decir que en el caso no se expone ningún dato que haga dudar de la efectividad del examen de la solicitud de protección internacional en dicho estado ni de

⁶⁸ CABOT, HEATH, *On the doorstep of Europe: asylum and citizenship in Greece*, Ed. University of Pennsylvania Press, Estados Unidos, 2014, p. 39.

⁶⁹ Reglamento 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n° 604/2013, DO L 180, 29.06.2013, art.1.

la vulneración de los derechos humanos de Zulma B., por lo presumimos en este caso concreto no debemos entrar a dirimir las condiciones de Lituania que damos por adecuadas. Por tanto Lituania sí contaría con competencia para estudiar dicha petición como primer país, ya que Grecia a pesar de ser el primero que debiera conocer, dada la falta de garantías no computa a tal efecto.

I.1.4.España:

Con respecto a España, se establece en el artículo 17 del Reglamento 604/2013 de criterios y mecanismos de atribución de responsabilidad del examen de solicitud la existencia de cláusulas discrecionales que permiten examinar solicitudes de protección internacional a aquellos Estados a los que en primer momento no les atañería el examen de dicha solicitud por el orden establecido en el Reglamento, pero que, sin embargo, podrán conocer si el solicitante de tal protección ha realizado su solicitud en dicho país. Es decir, que España puede considerar sin más conocer el examen de dicha solicitud, independientemente del orden.

Este país debe, eso sí, informar de tal decisión tanto al sistema Eurodac y a través de la red de comunicación electrónica “Dublinet” al Estado miembro anteriormente responsable o que se haya requerido para serlo.

Al respecto, también debemos añadir lo comentado en el caso de Grecia y establecido por diversa jurisprudencia europea, y es que de no poder cerciorarse de que el país al que le tocará examinar dicha solicitud de protección lo hará efectivamente y respetando los derechos fundamentales del individuo, España estará obligada a recurrir a esa competencia atribuida por el anterior artículo 3.2, hoy con la existencia de la cláusula discrecional del artículo 17.

En el presente caso, ya que Lituania sería el segundo país competente por el Reglamento, aunque primero de facto para conocer, España no cuenta con dicha obligación ya que no existen motivos para considerar que Lituania no cumplirá con su mandato con todas las garantías, pero reiteramos eso sí que puede conocer en todo caso si así lo decide.

I.1.5. Bielorrusia:

Por último, con respecto a Bielorrusia destacar en primer lugar que no es Estado miembro parte de la Unión Europea, así que la posibilidad de que la solicitud de protección internacional sea estudiada por este Estado se postula en base al artículo 3.3 del Reglamento para la determinación del Estado que debe analizar la petición, en el que se establece que todo Estado miembro conservará la posibilidad de enviar a un solicitante a un tercer país seguro, de conformidad con las normas y garantías establecidas en la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional⁷⁰.

En esta Directiva se establece el concepto de tercer país seguro y tercer país seguro europeo en los artículos 38 y 39 de dicha directiva respectivamente. Se entiende haciendo un examen de los dos que Bielorrusia no puede considerarse país seguro según los mismos y es que el artículo 39 establece que los países miembros podrán solicitar no

⁷⁰ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, DO L 180/60, 31.12.2008.

realizar completamente o, directamente, no realizar un examen de la solicitud de protección internacional y de la seguridad del solicitante en sus circunstancias particulares cuando una autoridad competente haya comprobado que ha entrado en su territorio procedente de un tercer país seguro, que será tal si ha ratificado la Convención de Ginebra, como en este caso ha hecho Bielorrusia; cuenta con un procedimiento de asilo prescrito, con el que también cuenta; y ha ratificado el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que en este caso no cumple, ya que no forma parte del Consejo Europeo. Como no cumple con estas características, se entiende que ya no cuenta con unas exigencias europeas básicas, pero añadiremos un estudio de la situación del país que muestre si se dan las circunstancias para considerarlo “tercer país seguro” según el artículo 38, para enfatizar una vez más, el espíritu garantista del Reglamento 604/2013 al tener en cuenta estas consideraciones remitiéndose a la Directiva citada.

A este respecto cabe destacar que la determinación del estatuto de refugiado depende de circunstancias individuales por lo que ningún país de origen debería calificarse como “seguro” en términos generales ya que podría derivar en discriminaciones de algunos grupos de personas refugiadas e incluso provocar una posterior expulsión a los países de los que huyen vulnerando el principio de non-refoulement consagrado en la Convención de Ginebra⁷¹. Por tanto habrá que valorar la aplicación práctica del Derecho, respeto a los derechos humanos o inexistencia de persecución o daños graves por los motivos que cada refugiado alega y en la que basa su petición de protección internacional. Es la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la que ha interpretado el artículo 3 del CEDH no solo prohibiendo la tortura y otros tratos inhumanos, sino también el retorno de la persona a un país donde exista riesgo real de ser sometido a tales tratos⁷².

El Tribunal en la sentencia citada de M.M.S contra Bélgica y Grecia deja claro que pueden existir violaciones de derechos humanos dentro de la Unión Europea y que el solicitante de asilo no tiene que demostrar que el Estado receptor no cumple las obligaciones; la presunción puede ser rebatida por fuentes externas por lo que se tiene en cuenta especialmente el papel de las opiniones de ACNUR y es que tanto el reglamento de Dublín I como el de Dublín II, han recibido críticas por basarse en el sistema de la mutua confianza y entender que el otro Estado cumplirá con sus obligaciones⁷³. Por todo lo expuesto, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de mayo de 2008 anulaba los artículos 29.1 y 29.2 y 36.3 de la Directiva precedente a la 2013/32/UE, es decir la 2005/85/CE, en la que se establecían unos sistemas de determinar la condición de país seguro por la inclusión de el estado objeto de determinación en unas listas elaboradas por el Consejo de Europa⁷⁴.

Los factores determinantes de un retorno a un "tercer país seguro" deberían ser que los interesados tengan acceso a un procedimiento de asilo justo y disfrutar de todos sus derechos. Incluso si un Estado cumple plenamente con la Convención de Refugiados de

⁷¹ Comisión Española de Ayuda al Refugiado, *Informe relativo al acuerdo de la Unión europea-Turquía adoptado el 18 de marzo de 2016 y las consecuencias de su aplicación en los derechos de las personas migrantes y refugiadas*, p. 5. Disponible en: <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/05/INFORME-COMISARIO-EUROPEO-DDHH.pdf>. Consultado el 26 de diciembre de 2016.

⁷² *Ibidem*, p. 6.

⁷³ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados (ACNUR), *La situación de los refugiados en el mundo en busca de solidaridad*, Ed. Icaria, Madrid, 2012, p. 242.

⁷⁴ STJUE (Gran Sala), 6 de mayo de 2008, *Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea*, C-113/06, ECLI:EU:C:2008:257.

Ginebra de 1951⁷⁵ y el Protocolo de 1967⁷⁶, no sólo el hecho de que un país respete el derecho de non-refoulement.

La Directiva establece, en primer lugar, que su vida o su libertad no estén amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular u opinión pública. A este respecto existen informes de ACNUR que establecían, hace ya años, la preocupante situación con respecto a los derechos humanos en Bielorrusia que incluía la persistente supresión del derecho a la libertad de expresión, incluyendo libertad de prensa y derecho de reunión pacífica, la ausencia del concepto de tortura en su Código penal, las continuas denuncias de torturas y otros tratos degradantes por funcionarios del estado o la ausencia de un poder judicial independiente⁷⁷.

Al respecto en el año 2006 el gobierno de Lukashenka introdujo cambios en el Código Civil que suponían un aumento de las penas para todo aquello que afecte al la seguridad del Estado y que podría abarcar desde el uso de armas y explosivos a las grandes manifestaciones y el uso de los medios para propagarlas⁷⁸, aunque su política de centralización del poder en el gobierno llevó ya en 1994 a la reforma de la Constitución. La propia presidencia de Europa declaró que las relaciones con Bielorrusia dependían del respeto a los derechos humanos y el progreso hacia la democracia de ese país⁷⁹ cuyas relaciones con el mismo se habían visto congeladas por su sistema político y de garantías hasta que en 2002 comienzan a restablecerse, aunque ya en 2004 este país decide introducir restricciones de visado para aquellos relacionados con las elecciones fraudulentas en Bielorrusia.

El desarrollo político de la República de Bielorrusia dista de la de sus países colindantes que han buscado caminos de mayor transparencia y democracia mientras que ésta ha llevado a un mayor autoritarismo⁸⁰. Es por tanto, que siendo Zulma una disidente política aunque no del régimen bielorruso, no quedaría determinado si existiría una verdadera protección óptima para la misma.

No es la única exigencia sino que también se debe atender a aquellas derivadas de la Directiva 2011/95/UE por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas

⁷⁵ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951. Instrumento de ratificación de España de 22 de julio de 1978, BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978.

⁷⁶ Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. Instrumento de ratificación de España de 22 de julio de 1978, BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978.

⁷⁷ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Polonia 20/11/2000, examen de los informes presentados por los estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención*, 2000, p. 2. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2005/3330>. Consultado el 15 de diciembre de 2016.

⁷⁸ MARPLES, R.D., “The failed Revolution: reflections on the 2006 elections in Belarus”, en SCHMIDTKE, OLIVER, *Europe’s Last Frontier? Belarus, Moldova and Ukraine between Russia and the European Union*, Ed. Palgrave Mcmillan, Inglaterra, 2008, p. 176.

⁷⁹ GÄNZLE, S., “EU- Russia Relations and the Repercussions on the “In- Betweenes””, en SCHMIDTKE, O., *Europe’s Last Frontier? Belarus, Moldova and Ukraine between Russia and the European Union*, Ed. Palgrave Mcmillan, Inglaterra, 2008, p. 219.

⁸⁰ RUDLING, A., “Belarus in the Lukashenka Era: National Identity and Relations with Russia”, en SCHMIDTKE, O., *Europe’s Last Frontier? Belarus, Moldova and Ukraine between Russia and the European Union*, Ed. Palgrave Mcmillan, Inglaterra, 2008, p. 55.

con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida⁸¹. Ésta comprende aquellas garantías y condiciones que el Estado debe aportar efectivamente con esa protección internacional y que comprende permiso de residencia, de acceso al empleo, a la educación, a protección social, asistencia sanitaria, acceso a la vivienda, a la unidad familiar, proveer documentos de viaje y protección contra la no devolución entre otros. Al respecto ACNUR ha estado trabajando desde los años 90 para lograr construir y desarrollar sistemas de asilo efectivo. Para ello cuenta con el apoyo de ONG's y el gobierno, los resultados se ven mermados por los continuos cambios organizativos en los departamentos al cargo de los procesos de asilo, sin embargo los indicadores de desarrollo humano y las privatizaciones han aumentado y con ello los ingresos salariales.⁸² Por tanto la situación socioeconómica parece estable y posibilita una efectiva política que aporte las condiciones que esta Directiva exige. También observa ACNUR que se han llevado a cabo transformaciones en la legislación nacional de asilo y sigue trabajando para lograr mayor alcance, pero sí reconocen que la mayor parte de los refugiados se encuentran con dificultades para lograr su integración y los beneficios sociales básicos⁸³.

Por tanto Bielorrusia no es competente según la normativa europea al respecto para conocer de la solicitud de protección internacional de Zulma B.

II.2. Dictamen acerca de cada una de las solicitudes de protección internacional.

II.2.1. Concepto de protección internacional.

En un primer momento debemos entender ante qué concepto nos encontramos cuando hablamos de protección internacional. Este concepto comprende la figura del asilo y de la protección subsidiaria, contenidas ambas en la Ley 12/2009 de derecho de asilo y de la protección subsidiaria⁸⁴.

En referencia al asilo, el Derecho de asilo es una protección dispensada a los nacionales no comunitarios o apátridas a quienes se reconoce la condición de refugiado⁸⁵, es decir, que para contar con esa protección hace falta ser considerado refugiado antes.

La definición de refugiado y sus elementos se contemplan en los ordenamientos jurídicos nacionales, que en la mayoría de casos se remiten a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Ginebra de 1951 y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de Nueva York de 1967. La normativa esencial española es la Ley del Derecho de asilo y protección subsidiaria junto a lo establecido en la Directiva

⁸¹ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, DO L 33, 20.12.2011.

⁸² Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Country Operations Plans 2007: Belarus, Moldova, Ukraine*, p. 1. Disponible en: <http://www.refworld.org/type,COP,,BLR,450553812,0.html>. Consultado el 20 de diciembre de 2016.

⁸³ Ibidem, p. 6.

⁸⁴ Ley 12/2009, de 30 de octubre, de derecho de asilo y protección subsidiaria, BOE núm. 263, de 31 de octubre.

⁸⁵ ALONSO GARCÍA E., et al, "El régimen jurídico aplicable a los solicitantes de protección internacional en España", en ORTEGA GIMÉNEZ, A., *Manual práctico orientativo de Derecho de extranjería*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2016, p. 31.

comunitaria 2011/95/UE que establece normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional⁸⁶, sin perjuicio de lo establecido en dicha Convención y Protocolo.

En el artículo 3 de la Convención de Ginebra, al igual que en el 3 de la Ley de Asilo y protección subsidiaria, se establece que refugiado es aquella persona perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones públicas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede, o a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país. Pero bien es cierto que si bien es cierto que la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 14 establece el derecho de toda persona perseguida a buscar asilo y disfrutar de él en cualquier país, en ningún caso incluye una obligación de la concesión de la misma por parte de los Estados excepto del cumplimiento del principio de non-refoulement del artículo 33 de la Convención de Ginebra⁸⁷.

Con respecto a esta figura de protección cabe decir que el régimen de asilo ha sufrido a lo largo de su historia importantes modificaciones dados los cambios sociales, medioambientales y reconocimiento de derechos que han llevado a pasar de aquella consideración de asilado como sujetos cuyo estatuto de ciudadanía con el Estado del que son nacionales o residentes se quiebra y sus derechos quedan desprotegidos, a incluir en tal término a, los denominados por ACNUR, refugiados medioambientales, por ejemplo, lo que demuestra el necesario dinamismo de dicho concepto de adaptarse a las nuevas situaciones.

Cabe decir también que el derecho de asilo permite al asilado obtener permiso de residencia en el país que concede asilo, obtener documentos de viaje e identidad necesarios, autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales o mercantiles y asistencia social y económica en los términos precisados reglamentariamente⁸⁸

Por otro lado está la protección subsidiaria que se establece en el artículo 4 de la Ley 12/2009 como la dispensada a personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de la misma Ley.

Conocido que el concepto protección internacional, debemos señalar que al respecto existen cuatro solicitudes de asilo: la de Maihla, la de Kouassi, la de Zulma B. y la de Said.

⁸⁶ Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y Consejo, de 13 de diciembre, que establece normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, DO L 337, 20.12.2011.

⁸⁷ MERINO SANCHO, V., *Tratamiento jurídico de las demandas de asilo por violencia contra las mujeres en el ordenamiento jurídico español*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2012, p.164.

⁸⁸ DURÁN AYAGO, A.; CARRILLO CARILLO B.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Régimen de apátridas, indocumentados, refugiados y asilados”, en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dir.), *Curso de nacionalidad y extranjería*, Ed. Colex, Madrid, 2008, p. 344.

II.2.2. Solicitud de Maihla:

Con respecto al caso de Maihla sabemos que en su pueblo natal la han comprometido con un hombre ya casado con otra mujer a la que existe constancia de que maltrata. Además, la ablación es práctica común en ese país antes de contraer nupcias. Por todo ello decide abandonar el país y llega a España en dónde solicita asilo.

Como se decía en la exposición de la figura del asilo, éste ha sufrido diversas modificaciones con respecto a la inclusión de casos que podrían ser amparados por tal figura. Esto ha llegado a la disputa de considerar si los casos de violencia de género se podrían considerar como parte de la protección.

En un principio las demandas de asilo por violencia de género se consideraban no ser lo suficientemente graves para dicha protección y ser tal estatuto de refugiado un régimen neutro con respecto al género⁸⁹. Ha sido a lo largo de los años y de los avances en reconocimiento de derechos humanos cuando ha comenzado a plantearse la violencia de género no como una acto privado y no concebirlo como de carácter patológico y extraordinario⁹⁰.

A este respecto ha sido esencial la labor de ACNUR y sus recomendaciones y directrices para exhortar a los Estados a considerar susceptibles de alcanzar el grado de persecución los actos violentos basados en género y al reconocimiento del estatuto de refugiada justificado por la falta de protección eficaz de quienes se enfrentan a situaciones de violencia con motivo de transgresión de las normas sociales injustas o una discriminación grave por parte de los poderes públicos⁹¹. Además, también ha sido ACNUR la que ha emitido documentos específicos para definir el contenido y significado de la categoría “pertenencia a un grupo social determinado” y afirma que la indeterminación del concepto permite extender la protección a nuevos supuestos.

En la sentencia del Tribunal Supremo 15 de junio de 2011 se plasma lo referido al respecto por ACNUR en la Guía de Protección de las Mujeres Refugiadas que entiende que las mujeres que teman ser perseguidas o sufrir discriminación debido a su sexo deben ser consideradas a tal efecto miembros de un grupo social determinado considerando y que la negación sus derechos convierte su vida “inteligible”⁹².

Esta misma sentencia se pronuncia al respecto de una mujer argelina maltratada por su marido con el que si vio obligada a casarse. En este caso el Tribunal expone que los malos tratos a los que ha sido sometida son de suficiente entidad como para considerarlos inhumanos y degradantes lo que permite incardinar el caso en motivos de género y que ante la falta de protección eficaz por parte de las autoridades del país de origen le permite que le sea concedido el derecho de asilo⁹³. Añade además con respecto a la modificación anterior a la actual de 2007 que ya con esta se permitía reconocer el derecho de asilo respecto de aquellas ciudadanas que sufrieran por motivos de género cualquier tipo de persecución que no les permitiera desarrollar libremente su personalidad, proscribiendo toda clase de Tratos inhumanos o degradantes procedentes de poderes públicos o de propios particulares.

⁸⁹ Ibidem, p.159.

⁹⁰ Ibidem, p. 160.

⁹¹ Ibidem, p. 181.

⁹² STS 4013/2011 (Sala de lo Contencioso, sección 3ª), de 15 de junio, ECLI: ES:TS:2011:4013, FJ. 4º.

⁹³ Ibidem.

Es sobre la base de las sentencias del Supremo de 15 de febrero de 2007 y de 11 de mayo de 2009 en las que esta sentencia va un paso más allá y establece que si se acredita la existencia de “indicios suficientes” para entender que una mujer sufre persecución por su pertenencia al género femenino y le sean impuestas prácticas contrarias a la dignidad humana como el matrimonio forzoso o la mutilación genital y a su vez el régimen del país no aportan una protección eficaz esa concesión de asilo es procedente.

En el caso de Maihla no está casada todavía ni se le ha practicado la ablación, sin embargo, la figura del asilo tiene principalmente en cuenta el relato personal y la constatación de una situación de persecución personal, como indica la sentencia del Alto Tribunal de 21 de septiembre de 2012 en diferencia a la protección subsidiaria⁹⁴.

Al respecto de determinar “indicios suficientes” la sentencia del mismo tribunal de 11 de mayo de 2009 recoge el criterio de ACNUR acerca de la práctica de la ablación en Nigeria, país del que también procede Maihla al igual que la mujer del caso sentenciado, y que expone la falta de pruebas para determinar que en Nigeria se otorgue protección a aquellas mujeres que huyan de la realización de esa práctica y que la no existe demostración fehaciente de la prohibición de la práctica que se documenta sigue siendo extendida en todo el Estado, estimando que el 60% de las mujeres nigerianas han sido sometidas a una ablación⁹⁵.

Por tanto, la sentencia entiende que la huida sería totalmente objeto de incardinación en los motivos de concesión de asilo por una persecución en base a razón de género acorde a la Convención de Ginebra. También aporta dicha sentencia que es el propio Código Penal el que incluye la violencia ejercida por hombres a mujeres dentro del matrimonio como constitutivas de parte de la costumbre del país en caso de no provocar daños corporales graves.

Por último destacar que también queda patente con los datos aportados en tal sentencia que las autoridades nigerianas no proporcionan protección a aquellas mujeres que soliciten ayuda⁹⁶.

Por lo expuesto no resultaría discutible que efectivamente Maihla reúne las condiciones necesarias para obtener dicha condición en lo que respecta a las condiciones en su país de origen ya que, como expusimos anteriormente como argumento para considerar tal asilo en otras sentencias, las autoridades no ofrecen ningún tipo de protección y el propio Estado permite tales conductas. Por tanto Maihla sí obtendrá la condición de asilada.

Podríamos añadir a lo expuesto, eso sí, que en todo caso sería recomendable que, a pesar de que cuente con este respaldo jurisprudencial para lograr la condición de refugiada, ya que Maihla todavía no ha sido sometida a tal ablación ni a tal matrimonio forzoso debería narrar su relato coherentemente dejando claras desde un principio que existe ese temor referido a ella concretamente, es decir constatación en los hechos que narra de que efectivamente nos es la situación del país que permite estas prácticas únicamente lo que la hace huir sino la amenaza que inminentemente y en relación a la ablación y maltrato recaen sobre ella y motivo en el que basa su petición de asilo.

⁹⁴ STS 5908/2012 (Sala de lo Contencioso, sección 3ª), de 21 de septiembre, ECLI: ES:TS:2012:5908, FJ. 5º.

⁹⁵ STS 2718/2009 (Sala de lo Contencioso, sección 5ª), de 11 de mayo, ECLI: ES:TS:2009:2781, FJ. 3º.

⁹⁶ Ibidem, FJ. 3º.

Todo esto se recalca en la sentencia que hemos venido comentado en la que a pesar de que no supuso finalmente motivo para denegar la protección dada la constatación de la situación de la mujer, sí consideró el Tribunal que debería haber establecido correctamente en su relato cuál era su nacionalidad⁹⁷ y la estricta relación de su petición con la ablación⁹⁸ en aras de haber eliminando todo tipo de duda desde el comienzo.

De todos modos, y al igual que consideramos ocurre con Maihla, esta sentencia termina por determina que existe una efectiva persecución por pertenencia al género femenino que le impone un matrimonio no deseado y la práctica anteriormente mencionada, por eso entendemos esta última consideración acerca de su relato como una recomendación a tener en cuenta.

II.2.3. Solicitud de Kouassi:

Kouassi, en su caso, huye por la situación de conflicto que se vive en su país de origen y que origina un entorno inseguro y peligroso.

A este respecto hacemos referencia concreto a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2012⁹⁹ en la que se expone la diferencia esencial entre la figura de asilo y de protección subsidiaria. En esta sentencia se pronuncia el TS entendiendo que cuando se trata de asilo, y por tanto obtener la condición de refugiado, es esencial el temor personal y la persecución con carácter individual, no una situación de conflicto generalizada que provoque violencia indiscriminada. En el primero de los casos, se obtendría la condición de asilo por esa condición personal de persecución, mientras que en el caso de existir simplemente una situación generalizada de conflicto social, entonces se está ante la protección subsidiaria, que se concede por razones humanitarias, pero que no es la finalidad de la figura del refugiado.

Este es el caso que corresponde a la situación de Kouassi tal y como se describe en el caso, un conflicto armado en el cual se genera un perjuicio para su día a día pero no existe una persecución personal como individuo concreto por lo que podría obtenerse la protección subsidiaria pero no se le concedería el asilo.

Otro caso similar se presenta en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2014¹⁰⁰ en la que se habla de la situación inestable de Costa de Marfil y se justifica que se suspenda cualquier tipo de devolución al país de origen y la concesión de la protección subsidiaria. De hecho, si acudimos al artículo 10 de la Ley 12/2009 en el que aparecen los considerados daños graves que posibilitan la obtención de la protección subsidiaria, en el apartado c) las amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno.

Decir al respecto que son diversas las sentencias que en este sentido se pronuncia y se considera innecesario seguir numerando jurisprudencia reiterativa.

⁹⁷ Ibidem, FJ. 4º.

⁹⁸ Ibidem, FJ. 5º.

⁹⁹ STS 5908/2012 (Sala de lo Contencioso, sección 3ª), *sent. cit.*, FJ. 5º.

¹⁰⁰ STS 1325/2014 (Sala de lo Contencioso, sección 3ª), de 3 de abril, ECLI: ES:TS:2014:1325.

II.2.4. Solicitud de Zulma B.:

El siguiente análisis se da respecto de Zulma B. que huye de su país por ser disidente política.

Volvemos a la legislación de la Ley de asilo y protección subsidiaria y en los distintos actos de persecución encontramos el de violencia física o psíquica, medidas legislativas administrativas, policiales o judiciales discriminatorios en sí mismas, procesamientos o penas desproporcionadas o discriminatorias, denegación de tutela judicial con penas desproporcionadas o discriminatorias entre ellas, todos ellos actos de persecución que son plausibles con la situación de Zulma B.

Como se expone en el caso Zulma B. teme ser detenida y torturada por las autoridades como consecuencia de su militancia en partidos políticos, por lo que damos por constatada tal situación en el país. Entre los motivos de persecución recoge el artículo 7 de la Ley en su apartado d) recoge el concepto de opiniones políticas, profesión de ideas especialmente relacionadas con los agentes potenciales de persecución o con sus políticas o métodos, como es el caso de Zulma B.

Como venimos exponiendo a lo largo de las explicaciones sobre las concesiones de asilo, en este caso se observa que Zulma B. estaría sometida a una persecución individualizada, es decir que afecta a su persona concreta y no a una comunidad general, y que además esta es llevada a cabo por las propias autoridades estatales lo que permite conceder tal concesión de asilo con el relato coherente de la misma.

II.2.5. Solicitud de Said:

En el último caso hablamos del caso de Said que huye de Argelia por su orientación sexual ya que en allí ser homosexual está penado por la legislación argelina.

A este respecto y como expusimos anteriormente Said podría optar a la condición de la obtención de la protección subsidiaria por pertenencia a un grupo social que estuviese discriminado, como podría ser el colectivo homosexual. Sin embargo, existe jurisprudencia del Tribunal Supremo basada en jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que exponen aspectos a tener en cuenta en un casos similares. En este caso la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2016¹⁰¹.

En esta se deniega la protección internacional por considerar que en Argelia a pesar de existir tipificación en el Código Penal por ser homosexual, no existe una certeza de que se haya condenado ni perseguido a nadie por tal motivo¹⁰² y por tanto que no se cree que al devolver al individuo a su país de origen sufriría un riesgo real, que sería necesario como establece el artículo 10 de la Ley asilo y protección subsidiaria para obtener dicha protección.

A este respecto existe una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 7 de noviembre de 2013¹⁰³ pronunciándose en respuesta a una cuestión prejudicial y expone que en caso de una legislación nacional tipifique un delito por conductas homosexuales los receptores de tal norma es un grupo social determinado, y por tanto, como hemos

¹⁰¹ STS 296/2016 (Salsa de lo Contencioso, sección 3ª), de 5 de febrero, ECLI: ES:TS:2016:296.

¹⁰² Ibidem, FJ. 4º.

¹⁰³ STJUE (Cuarta Sala), de 7 de noviembre de 2013, *Minister voor Immigratie en Asiel y Otros contra X y otros*, C-199/12 a C-201/12, ECLI:EU:C:2013:720.

expuesto, es cierto que Said contaría con la condición necesaria para poder obtener protección internacional.

Sin embargo, la sentencia europea prosigue y hace una distinción esencial para la resolución del caso, y es que diferencia entre la mera tipificación como delito y la aplicación efectiva de una legislación de tales características. Para ello expone que exista tal tipificación no conlleva un perjuicio para el interesado como para que por tal condición ya sea motivo suficientemente fundado para constituir una persecución como tal, es la posterior y efectiva aplicación de la misma la que lo hace.

La sentencia, en su fundamento jurídico 4º, establece que el recurrente no acredita haber sufrido ningún tipo de persecución por su orientación y por tanto no existe motivo para creer que corre riesgo al volver a su país.

Añadir al respecto que, aprovechando que el caso de la sentencia también se basa en Argelia y por tanto de idéntica resolución, vemos que se realiza un informe de instrucción que examina la legislación argelina en la que sí constata la existencia de ese delito con penas privativas de libertad, sin embargo añade que las fuentes consultadas al efecto del informe no constatan en ningún caso que nadie haya sido condenado en Argelia por este motivo, y por lo que concluye el informe que esa tipificación constituye una huella de la sociedad tradicional argelina pero que de facto y en el día a día es mucho más tolerante¹⁰⁴. Al respecto de lo expuesto se pronuncia en el mismo sentido la sentencia de 12 de febrero de 2014¹⁰⁵.

Podemos añadir que, además, en esta sentencia el solicitante de asilo sufre lesiones por parte de su familia por tal motivo, y por lo tanto expone la misma que no puede entender, por tanto, que esa persecución sea por parte del Estado argelino, por lo que esa situación no deviene de una falta de protección del Estado o persecución por parte del mismo. En este caso aunque Said no sufre ningún tipo de lesión, sí podemos relacionar que como se expone en el caso ese rechazo y persecución se da por parte de su familia, y no por parte del Estado argelino, como apunta la sentencia de 21 de septiembre de 2012 del Tribunal Supremo¹⁰⁶.

En conclusión, Said no obtendría ningún tipo de protección internacional.

¹⁰⁴ Ibidem, FJ. 4º.

¹⁰⁵ STS 376/2013 (Sala de lo Contencioso, sección 3ª), de 12 de febrero, ECLI: ES:TS:2014:376.

¹⁰⁶ STS 5908/2012 (Sala de lo Contencioso, sección 3ª), *sent. cit.*, FJ. 4º.

III. CUESTIÓN TERCERA:

III.1. Subsanación de requisitos por parte de Maihla para presentarse a la oposición convocada

Determinación de si Maihla Aminu podría presentarse a la oposición convocada atendiendo exclusivamente a las bases comunes. En caso de que la respuesta fuese negativa, ¿qué requisito incumpliría? ¿Podría subsanarlo?

Cabe señalar, ya de entrada, que los requisitos generales relativos a la adquisición de un puesto como empleado público están recogidos en el artículo 56 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP)¹⁰⁷. Se trata pues de analizar si Maihla cuenta con todos los requisitos generales necesario partiendo de la base, como se expone en el caso, de que los requisitos especiales los cumple.

- i. Primer requisito: Contar con la nacionalidad española.

Con la incorporación de España a la UE fue necesario modificar el requisito de nacionalidad presente en la legislación española relativo al empleo público en este país de para incorporar el principio de libre circulación de trabajadores e igualdad de trato en el acceso al empleo dentro de la UE.

Fue el TJUE¹⁰⁸ el que fue delimitando los puestos de trabajo que deben desempeñar nacionales de los Estados miembros en todo caso, en referencia a aquellos empleos públicos que suponen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tiene por objeto la defensa de los intereses del Estado o de las demás colectividades públicas, y por tanto precisen de esa especial solidaridad con respecto al Estado¹⁰⁹. Es por ello, que como regla general podrán concurrir en igualdad de condiciones que los nacionales del estado al empleo público, establecido en el artículo 57 del EBEP.

Además, se contempla dicha condición también a los cónyuges de españoles o nacionales de la Unión Europea que no estén separados legalmente y a sus descendientes y a los de su cónyuge que sean menores de 21 años o mayores de dicha edad dependientes. También en caso de personas incluidas en la aplicación de Tratados internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España en lo que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores y en el mismo sentido el artículo 4 de la Ley 4/2000 se habla de la posibilidad de que nacionales de Estados miembros de la Unión y extranjeros con residencia legal en España puedan acceder a puestos en las Administraciones públicas españolas como personal laboral en igualdad de condiciones que los españoles.

¹⁰⁷ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, BOE núm. 261, de 31 de octubre.

¹⁰⁸ El TJUE se denominaba Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 1 de diciembre de 2009.

¹⁰⁹ PÉREZ, J. M., “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”, en PALOMAR OLMEDA, A.; SEMPERE NAVARRO, A. V. (dirs.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2008, p. 498.

Visto lo expuesto, debemos resaltar al respecto del concepto de nacionalidad que ésta permite la participación en asuntos públicos del Estado como refleja la Constitución¹¹⁰, por lo que es especialmente relevante su adquisición.

Ésta puede obtenerse de diversos modos, y es el Código Civil (en adelante CC)¹¹¹ el que a la hora de dividirlos lo hace en función de los supuestos de adquisición de la nacionalidad española por *ius sanguinis* (“hijos de españoles”) e *ius soli* (“españoles nacidos en España”), dando prevalencia al primero y reservando el segundo para casos concretos como los de apatridia.

Se podrá obtener la nacionalidad por residencia, por opción o naturalización. Encajamos el caso concreto de Maihla en el de residencia recogido en el artículo 22 del CC para el cual el requisito es de diez años de forma “legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición”. Sin embargo, se reduce a cinco en caso de refugiados o asilados, con lo cual Maihla puede adquirir la nacionalidad cuando lleve cinco años residiendo en territorio español. Al respecto, Maihla al obtener el asilo también contará con permiso de residencia como se señaló anteriormente, y presumimos que no abandonará España en un futuro próximo.

Eso sí, ésta concesión ha de venir aceptada previa entrega de impreso habilitado a tal fin, justificación la residencia de forma legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición durante cinco años, y en el expediente debe acreditarse buena conducta cívica y grado de integración en la sociedad española por el artículo establecido por el artículo 22.4 del CC.

Es necesario decir que ninguno de estos dos se presumen nunca. Una vez que se solicita la nacionalidad española por esta vía, se forma un expediente registral cuya decisión final corresponde al Ministerio de Justicia, siendo antes instruido por el Encargado del Registro Civil del domicilio del interesado y por la Dirección General de Registros y Notariado (en adelante DGRN)¹¹².

Por el hecho de ser un concepto jurídico indeterminado, a la buena conducta cívica anteriormente solo se le exigía un certificado de ausencia de antecedentes penales, pero el Tribunal Supremo ha entendido que esta ausencia de antecedentes no acreditan esa buena conducta y es por ello que se exige en la actualidad que el solicitante justifique positivamente que su conducta ha sido conforme a las normas de convivencia cívica, no solo por no infringir las normas del ordenamiento jurídico sino por cumplir los deberes cívicos notablemente exigibles. En este sentido, el TS deniega la nacionalidad a un dominicano condenado por un delito contra la salud pública¹¹³.

Esta buena conducta debe ser probada por el peticionario como un comportamiento recto y justo conforme a las normas de convivencia, que podrían ser: contar con una familia estable, pagar impuestos o gozar de buena fama cívica en su entorno sin que sea

¹¹⁰ Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978, BOE núm. 311, de 29 de diciembre. Texto consolidado a 27 de septiembre de 2011, fecha de la última modificación.

¹¹¹ Código civil, 24 de julio de 1889, BOE núm. 206, de 25 de julio. Modificado en diversas ocasiones. Texto consolidado a 6 de octubre de 2015.

¹¹² DURÁN AYAGO, A.; CARRILLO CARILLO B.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Adquisición de la nacionalidad española”, en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dir.), *Curso de nacionalidad y extranjería*, Ed. Colex, Madrid, 2008, p. 111.

¹¹³ ÁLVAREZ RODRIGUEZ, A., *Nacionalidad Española: Normativa vigente e interpretación jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2008, p. 95.

necesaria una conducta intachable, sino simplemente correcto, valorando la trayectoria conjunta personal del individuo¹¹⁴.

La buena conducta puede inferirse, según el Tribunal Supremo, del matrimonio y el trabajo regular en España y como falta de buena conducta se entendería una trayectoria delictiva, contraer matrimonio simulado, vivir con sus dos esposas, dedicarse a actividades relacionadas con locales de alterne, tenencia de sustancias estupefacientes o verse envuelto en disputas, entre otros¹¹⁵.

Con respecto al grado de integración, decir que es equivalente al grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles. Componente positivos a la hora de entender que existe un alto grado de integración son el conocimiento del idioma, sin embargo, la Audiencia Nacional entiende que además es preciso contar con conocimiento de las instituciones, costumbres y adaptación al modo de vida, para lo que resulta necesario un informe del Encargado del Registro Civil que concluya dicho aspecto, además de vivir conforme a los principios y valores sociales españoles recogidos en la Carta Magna o estar fuertemente implicado en las relaciones económicas, sociales y culturales españolas¹¹⁶.

El propio Tribunal Supremo se pronuncia en contra de la consideración de existencia de integración en el caso de que se desconozcan aspectos esenciales de la sociedad española, considerando que no se hayan respondido correctamente preguntas de aspectos esenciales de la sociedad de la sociedad española, que considera, no deben solo a su inadecuada integración en la vida social española a su aislado círculo de relaciones personales, sino su desconocimiento de aspectos esenciales del funcionamiento de las instituciones públicas españolas y que no se puede justificar con un limitado nivel académico¹¹⁷.

En el caso de Maihla, este requisito de nacionalidad es subsanable, pero para ello deberá acreditar lo anteriormente expuesto. Se puede entender que cuenta con buena conducta ya que mantiene a su hijo sola en España, no cuenta con ningún tipo de antecedente, presumimos, y además ha conseguido el graduado escolar y pretende presentarse a una oposición, lo cual permite vislumbrar cierto grado de integración y conocimiento del funcionamiento de las instituciones españolas, apoyado además por haber estudiado en España. De todos modos, como se ha expuesto, es el encargado de Registro el que debe acreditar dicha condición.

ii. Segundo requisito: capacidad funcional.

Es necesario contar con capacidad funcional del 56.1.b para el desempeño de las tareas, que proviene del artículo 30.d de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles de Estado¹¹⁸ de 1964 de no padecer enfermedad o defecto físico que impida el desempeño de las correspondientes funciones.

¹¹⁴ DURÁN AYAGO, A. Y, CARRILLO CARILLO B.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZA, J., *op. cit.*, p. 112.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 115.

¹¹⁶ SAN 156/2015 (Sala de lo Contencioso, sección 3ª), de 15 de enero, ECLI:ES:AN:2015:156, FJ. 1º.

¹¹⁷ STS 5936/2011 (Sala de lo Contencioso, sección 6ª), de 26 de septiembre, ECLI: ES:TS:2011:5936, FJ. 3º.

¹¹⁸ Decreto 315/1964, por el que se aprueba la Ley Articulada de Funcionarios Civiles de Estado, de 7 de febrero, BOE núm. 40, de 15 de febrero.

A este respecto, este concepto de lenguaje técnico sanitario se refiere a determinados requisitos físicos que no impidan a la persona desempeñar válidamente su función, no queriendo decir esto, que por contar con cierto grado de minusvalía se considera que no es válido para dicho puesto, sino que el puesto en sí mismo es el que debe modular los requisitos. Estos requisitos de capacidad, por tanto, pueden ser de aptitud física, altura mínima o límite de peso dependiendo del puesto. Y se recoge en el artículo 61.5 EBEP con respecto a procesos selectivos, la posibilidad de exigir un reconocimiento médico.

De hecho, el EBEP recoge en su artículo 59 una medida de discriminación positiva en la cual las ofertas de empleo público establecerán una reserva de un cupo no inferior al 5% de las vacantes para ser cubiertas por personas con discapacidad.

Establecemos que en el presente caso Maihla no cuenta con ninguna circunstancia que se haya enunciado en el caso que reduzca su capacidad funcional.

- iii. Tercer requisito: Tener cumplidos dieciséis años (antes establecida en 18) y no exceder de la edad máxima de jubilación forzosa.

Maihla en el caso cuenta con una edad superior a 16 años pero no con la de jubilación máxima que viene establecida por la jubilación forzosa en el artículo 67.3 EBEP en que se declara de oficio a los 65 años. Eso sí, en Leyes de Función Pública de desarrollo del estatuto, se podrá solicitar la ampliación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta los 70 años de edad¹¹⁹.

III.1.4. Cuarto requisito:

No haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas, ni contar con inhabilitación absoluta o especial para empleos o cargos públicos por resolución judicial y en caso de ser de otro estado tampoco hallare inhabilitado o en situación equivalente ni haber sido sometido a sanción disciplinaria o equivalente que impida el acceso al empleo público en su Estado.

En este caso, entendemos que Maihla no cuenta con ninguna vinculación laboral anterior a la administración en España ya que acaba de llegar a dicho territorio, por lo que no cuenta con separación definitiva del servicio, ni despido disciplinario. Tampoco se dice que cuenta con una sentencia de inhabilitación absoluta o especial para el ejercicio de empleos públicos, pero si fuese es caso, a diferencia de lo ocurrido con la incapacidad para poder aspirar a ser empleado público que dura toda la vida, la inhabilitación dura la vigencia de la condena.

- iv. Quinto requisito: titulación exigida.

Contar con la titulación exigida, que debe ser, por supuesto, acorde a la labor que se desempeñará en dicho cargo público, no otra no relacionada. Por el enunciado entendemos que la oposición a la que se presenta es acorde a su formación, así que entendemos que cumple este requisito.

¹¹⁹ LÁZARO, J. L., “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio, en DEL REY GUANTER, S. (dir.), *Comentarios al Estatuto Público Básico del Empleado Público*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 680.

Por último, se podrán exigir requisitos a mayores si son necesario para el puesto, entre los que se podrían incluir el conocimiento de lenguas cooficiales.

Se recoge en el artículo 56.3 del EBEP que pueden exigir el cumplimiento de otros requisitos específicos siempre que reúnan las siguientes notas avaladas por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es decir, guardar relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar, y que sean establecidos de manera abstracta y general.

v. Requisito discrecional: lenguas cooficiales.

Con respecto a las lenguas cooficiales, entiende el Tribunal Constitucional y posteriormente el Tribunal Supremo, no puede contar con carácter eliminatorio, ya que se considera que el conocimiento del idioma cooficial es imputables a la Administración autonómica en su conjunto pero no a cada empleado en concreto, y en caso contrario, de contar con carácter eliminatorio, supondría una vulneración el principio de igualdad consagrado en la Constitución, sino que sólo se permite dicha interpretación en aquellos puestos de trabajo directamente vinculados con la utilización por los administrados de dichas lenguas o como dice la STC 76/1983¹²⁰, conocida como caso LOAPA, entre otras, se den en aras de garantizar del derecho de los ciudadanos de dicha Comunidad a utilizar ambas lenguas.

De todas modos, este es un aspecto que cuenta con jurisprudencia contrario por entender que no se sufre discriminación y que por tanto es coherente pedir tal requisito, así que se atenderá en cada caso a la legislación lingüística de cada Comunidad Autónoma y a las normas aplicables a la administración como apuntan el Tribunal Constitucional en su diversa jurisprudencia¹²¹.

En este caso, dependería por tanto de puesto que desempeñase Maihla y la Comunidad Autónoma en la que lo desempeñase, así que no es posible determinar en este caso con absoluta firmeza si cumple dicho requisito o no.

III.2. Determine si adquiere el hijo de Mahila Aminu la nacionalidad española al haber nacido en Madrid.

El legislador español, como se ha expuesto anteriormente, utiliza dos grandes criterios para determinar la adquisición de la nacionalidad española: “ius sanguinis”, es decir hijos de españoles; e “ius soli”, nacidos en España, orientada a casos como los de evitar la apatridia.

En este caso, se descarta el “ius sanguinis” ya que ya que el hijo no es hijo de ningún español. Sí ha nacido, sin embargo, en territorio español, y el artículo 17.1 c del Código Civil establece, entre otros, que serán españoles de origen aquellos hijos de padres extranjeros que habiendo nacido en España, no cuenten con nacionalidades o las nacionalidades con las que cuenten los padres no les sea atribuida a sus hijos. Es decir, que es necesario que la nacionalidad de ninguno de los padres cuente con legislaciones en sus países de origen que atribuyan a los hijos, en vista del principio “iure sanguinis”, la respectiva nacionalidad.

¹²⁰ STC 76/1983 (Pleno), 5 de agosto, ECLI:ES:TC:1983:76.

¹²¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios”, en SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.), *Comentarios al a Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. LEX NOVA, Valladolid, 2008, p. 409.

Al respecto la Dirección General de Registros y Notariado establece que no son españoles los hijos nacidos en España de, entre otros, nigerianos que serán nigerianos de origen “iure sanguinis”. Además, tampoco serán españoles “iure soli” aquellos nacidos en España de madre nigeriana y padre desconocido, ya que cuentan igualmente con la nacionalidad nigeriana¹²².

A este respecto existen diversas resoluciones del Registro Notarial como la de 7 de septiembre de 2001 o la de 10 de septiembre de 2001¹²³, entre otras muchas, que establecen que son nigerianos los nacidos en el extranjero cuando uno de sus padres es nigeriano sin que sea necesaria la inscripción en la sección consular de la Embajada que solo sería un requisito formal para constatar lo atribuido “ex lege”, lo que hace que no exista una atribución de la nacionalidad española “iure soli” del artículo 17.1c) del Código Civil, previsto para evitar la apatridia originaria en caso de no contar con otra nacionalidad “iure sanguinis”.

Por tanto, solo queda la posibilidad de la petición de nacionalidad para lo que existen las posibilidades obtener la nacionalidad por opción para lo que es necesario vivir con la creencia de buena fe de ser español durante largos años, que descartamos en este momento para el hijo de Maihla ya que solucionamos la cuestión en base a la situación actual del hijo. De mismo modo descartamos la obtención por opción que precisa algún tipo de filiación o patria potestad con algún español, o la de naturaleza que tampoco parece tener encaje en la situación de este sujeto ya que se da para circunstancias excepcionales.

La opción que queda es la de residencia, y a este respecto, aprovechando la condición de que el hijo de Maihla sí nace en territorio español aunque no adquiere la nacionalidad automáticamente por no obtener la nacionalidad por “ius sanguinis”, encontramos posible la petición por residencia contenida en el artículo 22.2 apartado a) del CC con una plazo de residencia muy reducido: un año. Esta petición, con este plazo de residencia tan reducido, se permite dada la estrecha vinculación en estos casos que se entiende del sujeto con España. Para ello, eso sí, debe ser un tiempo de residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición.

Entendemos que, siendo hijo de Maihla, sí cuenta con dicho permiso de residencia legal ya que se concede asilo por extensión a los descendientes de los refugiados en primer grado¹²⁴ y, de cumplir esa residencia durante un año de modo continuado e inmediato, podría solicitarse la nacionalidad para dicho hijo.

Decir al respecto, que la adquisición de la nacionalidad española por residencia por parte de un menor de edad requiere la autorización previa a los representantes legales del menor que concede, en interés de éste, el Encargado del Registro Civil¹²⁵ del

¹²² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Adquisición de la nacionalidad española”, en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dir.), *Curso de nacionalidad y extranjería*, Ed. Colex, Madrid, 2008, p. 73.

¹²³ Resolución núm. 1/2001 de 10 septiembre. RJ 2002\1734, FD. 3º; Resolución núm. 7/2001 de 7 septiembre. RJ 2001\8438, FD. 4º.

¹²⁴ DURÁN AYAGO, A.; CARRILLO CARILLO B.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Régimen de apátridas, indocumentados, refugiados y asilados”, en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dir.), *Curso de nacionalidad y extranjería*, Ed. Colex, Madrid, 2008, p. 358.

¹²⁵ Resolución núm. 3/2002 de 29 noviembre. RJ 2003\1109 FD. 2º.; Resolución de 8 febrero 1993. RJ 1993\1404, FD. 2º.

domicilio de los representantes legales. En este caso el representante legal de su hijo será Maihla así que será ella quien deba solicitar dicha residencia para su hijo, en caso de que lo quiera hacer mientras el mismo todavía es menor.

Por tanto el hijo de Maihla no adquiere la nacionalidad española automáticamente al haber nacido en Madrid, sino que lo podrá hacer si cumple con los trámites y requisitos necesarios, a través de un periodo de residencia legal, continuado e inmediatamente anterior de un año.

IV. CONCLUSIONES:

Con respecto a los delitos cometidos por parte de José S.G. se establece la comisión de dos delitos de robo con intimidación contra Maihla y contra Kouassi, respectivamente, sin ningún tipo de agravante ni atenuante con respecto al dinero que les fue extraído a ambos a mayores del pactado para poder realizar el viaje a España.

Del mismo modo, en atención a las condiciones a las que fueron sometidos durante el trayecto y la entrada en territorio español Maihla y Kouassi, se entiende que con respecto a Kouassi no existe ningún delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del artículo 318 bis del CP, pero sí se comete tal delito contra Maihla con la agravante de ánimo de lucro y de haber puesto en peligro la vida de la menor.

Con respecto a la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de los delitos cometidos por José S.G. en caso de que este fuese nigeriano, dictamos que España cuenta con jurisdicción para conocer de dicho delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del artículo 318 bis del CP si se considera de resultado y por tanto se comete con su llegada a España por vía del artículo 23.1 de la LOPJ; mientras que si es considera de mera actividad y por tanto cometido ya en Argel, también contaría con jurisdicción pero por vía del artículo 23.4 d) LOPJ. De igual modo cuenta con competencia para conocer de los dos delitos de robo con intimidación por haber sido cometidos en España, por vía del artículo 23.1 de la LOPJ.

En relación a la competencia territorial de los Estados de Grecia, Bielorrusia, Lituania y España para conocer de la solicitud de protección internacional presentada por Zulma B. se establece que siguiendo lo establecido en la normativa Europea cuentan con competencia territorial España, Lituania y Grecia. Bielorrusia conforme a tal normativa no lo resultaría por no poder entender que se trata de un tercer país seguro.

Sin embargo podrán conocer efectivamente Lituania y si así lo decidiese España en todo caso que sea su deseo por lo que le permite la cláusula discrecional del artículo 17. Con respecto a Grecia decir que en ningún caso sería competente ya que el examen de solicitud no se enviaría a dicho Estado por parte de España por no garantizar las condiciones ni gestión adecuada del examen de la solicitud de protección internacional.

En relación a cada una de las solicitudes de protección internacional presentadas en el caso se determina que a Maihla le será concedida la condición de refugiada y por tanto el asilo; a Kouassi le será concedida la protección subsidiaria; A Zulma B. le será concedido el asilo y a Said no le será concedido ni el asilo ni la protección subsidiaria.

Por su parte, en atención a si Maihla podrá subsanar aquellos requisitos de las bases comunes para presentarse a la oposición convocada, ésta podrá subsanar el requisito de nacionalidad tras cinco años de residencia demostrando buena conducta y suficiente grado de integración, entendiéndose que cumple el resto de requisitos a excepción del conocimiento de la lengua cooficial que dependerá de si la Comunidad Autónoma en la que la convocan dicha oposición cuenta con lengua cooficial y si es realmente intrínseca a dicho puesto.

Por último, **con respecto a la nacionalidad del hijo de Maihla** decir que este no obtendrá la nacionalidad española “iure sanguinis” ya que “iure sanguinis” tendrá la nigeriana, pudiendo solicitar la nacionalidad española tras un año de residencia en territorio español por haber nacido en España, trámite que podrá iniciar la propia Maihla

contando con la autorización previa para hacer por parte del Encargado del Registro Civil de su domicilio.

V. BIBLIOGRAFÍA:

V.1. Obras:

- **Monografías:**

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *La situación de los refugiados en el mundo en busca de solidaridad*, Ed. Icaria, Madrid, 2012.

GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, Ed. Castillo de Luna, Madrid, 2015.

MAYORDOMO RODRIGO, V., *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.

MERINO SANCHO, VÍCTOR, *Tratamiento jurídico de las demandas de asilo por violencia contra las mujeres en el ordenamiento jurídico español*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2012.

MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

PÉREZ FERRER, F., *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Ed. Dykinson D.L., Madrid, 2006.

RODRÍQUEZ MESA, M. J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Comentario al art. 318 bis CP: Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II.

- **Capítulos de libros:**

ALONSO GARCÍA E., et al, “El régimen jurídico aplicable a los solicitantes de protección internacional en España”, en ORTEGA GIMÉNEZ, A., *Manual práctico orientativo de Derecho de extranjería*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2016.

ÁLVAREZ RODRIGUEZ, A., *Nacionalidad Española: Normativa vigente e interpretación jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2008.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Adquisición de la nacionalidad española”, en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dir.), *Curso de nacionalidad y extranjería*, Ed. Colex, Madrid, 2008.

DE LA VILLA GIL, L. E., “Habilitación de puestos”, en RAMOS QUINTANA, M. I. (dir.), *Comentario al reglamento de extranjería*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007.

DURÁN AYAGO, A.; CARRILLO CARILLO B.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Adquisición de la nacionalidad española”, en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dir.), *Curso de nacionalidad y extranjería*, Ed. Colex, Madrid, 2008.

DURÁN AYAGO, A.; CARRILLO CARILLO B.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Régimen de apátridas, indocumentados, refugiados y asilados”, en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dir.), *Curso de nacionalidad y extranjería*, Ed. Colex, Madrid, 2008.

DURÁN AYAGO, A.; CARRILLO CARILLO, B.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, “Régimen general de extranjería: entrada de los extranjeros en España”, en CALVO CARAVACA, A.L.y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dir.), *Curso de nacionalidad y extranjería*, Ed. Colex, Madrid, 2008.

GALLEGO SOLER, J.I., “Delitos contra bienes jurídicos patrimoniales de apoderamiento”, en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Manual de derecho penal partes especial*, tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GÄNZLE, S., “EU- Russia Relations and the Repercussions on the “In- Betweens””, en SCHMIDTKE, O., *Europe’s Last Frontier? Belarus, Moldova and Ukraine between Rusia and the European Union*, Ed. Palgrave Mcmillan, Inglaterra, 2008.

GARCÍA ALBERO, R., “Delitos contra el patrimonio”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Compendio de la parte especial del derecho penal*, Ed. Thomas Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

GÓMEZ RIVERO, M.C.et al., “Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (dir.), *Nociones fundamentales de derecho penal: parte especial*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 2015.

IGLESIAS SKULJ, A. , “Artículo 318 bis: delitos contra los ciudadanos extranjeros”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

LÁZARO, J. L., “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio, en DEL REY GUANTER, S. (dir.), *Comentarios al Estatuto Público Básico del Empleado Público*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

MARPLES, R.D., “The failed Revolution: reflections on the 2006 elections in Belarus”, en SCHMIDTKE, OLIVER, *Europe’s Last Frontier? Belarus, Moldova and Ukraine between Rusia and the European Union*, Ed. Palgrave Mcmillan, Inglaterra, 2008.

PÉREZ, J. M, “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”, en PALOMAR OLMEDA, A.; SEMPERE NAVARRO, A. V. (dirs.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2008.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. , “Jurisdicción y competencia, I”, en AA.VV., J. L., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2014.

QUINTERO OLIVARES, G., “Delitos contra la libertad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Compendio de la parte especial del derecho penal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2016.

RAMIRO ORTIZ, J. L., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en OLIVARES QUINTERO, G. (dir.), *Compendio de la parte especial del derecho penal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2015.

RUDLING, A., “Belarus in the Lukashenka Era: National Identity and Relations with Russia”, en SCHMIDTKE, O., *Europe’s Last Frontier? Belarus, Moldova and Ukraine between Rusia and the European Union*, Ed. Palgrave Mcmillan, Inglaterra, 2008.

SÁNCHEZ- COVISA VILLA, J. , “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: artículo 318 bis del Código Penal”, en BALLESTEROS MARTÍN, J. M. (dir.), *Extranjería y cooperación judicial internacional*, Ed. CISS, Madrid, 2010.

SÁNCHEZ MORÓN, M., “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios”, en SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.), *Comentarios al a Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. LEX NOVA, Valladolid, 2008.

- **Informes internacionales y españoles:**

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Polonia 20/11/2000, examen de los informes presentados por los estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención*, 2000, p. 2. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2005/3330>. Consultado el 15 de diciembre de 2016.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Country Operations Plans 2007: Belarus, Moldova, Ukraine*, p. 1. Disponible en: <http://www.refworld.org/type,COP.,BLR,450553812,0.html>. Consultado el 20 de diciembre de 2016.

ACNUR, “*Asylum in the European Union: A study of the implementation of the qualification directive*”, noviembre de 2007. Disponible en: <http://www.unhcr.org/protection/operations/47302b6c2/asylum-european-union-study-implementation-qualification-directive-2007.html>. Consultado el 8 de noviembre de 2016.

Declaración pública de Amnistía Internacional, 27 de febrero de 2008. Descarga disponible en: <https://www.amnesty.org/es/documents/EUR25/002/2008/en/>. Consultado el 8 de noviembre de 2016.

Comité Europeo de Prevención de la Tortura y tratos degradantes e inhumanos, *Report to the Greek Government on the visit to Greece carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 14 to 23 April 2015*, 1 de marzo de 2016. Disponible en: <http://www.cpt.coe.int/documents/grc/2016-04-inf-eng.pdf>. Consultado el 13 de noviembre de 2016.

Comisión Española de Ayuda al Refugiado, Informe relativo al acuerdo de la Unión europea-Turquía adoptado el 18 de marzo de 2016 y las consecuencias de su aplicación en los derechos de las personas migrantes y refugiadas, p. 5. Disponible en: <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/05/INFORME-COMISARIO-EUROPEO-DDHH.pdf>. Consultado el 26 de diciembre de 2016.

Notas de jurisprudencia elaboradas por la Abogacía del Estado, “Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la aplicación del Convenio y Reglamento “Dublín” para la resolución de las peticiones de asilo en la Unión Europea”. Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292348626392?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DSentencia+del+tribunal+europeo+de+derechos+humanos+en+relacion+con+la+aplicacion+del+convenio+y+reg.PDF&blobheadervalue2=Docs_TEDH_Tribunal. Consultado el 6 de enero de 2016.

V.2. TEXTOS DE DERECHO:

- **Nacional:**

Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978, BOE núm. 311, de 29 de diciembre. Texto consolidado a 27 de septiembre de 2011, fecha de la última modificación.

Código civil, 24 de julio de 1889, BOE núm. 206, de 25 de julio. Modificado en diversas ocasiones. Texto consolidado a 6 de octubre de 2015.

Decreto 315/1964, por el que se aprueba la Ley Articulada de Funcionarios Civiles de Estado, de 7 de febrero, BOE núm. 40, de 15 de febrero.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificado su contenido en diversas ocasiones entre ellas el artículo 21.2 por la por Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, BOE núm. 157, de 2 de junio. Texto consolidado a fecha de 28 de octubre de 2015.

Ley 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 281, de 24 de noviembre. Este texto ha sido modificado en diversas ocasiones, la última de ellas por obra de la Ley Orgánica 1/2015 «BOE» núm. 77, de 31 de marzo. Texto consolidado a fecha de 28 de abril de 2015.

Ley 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería, BOE núm.20, de 12 de enero. Este texto ha sufrido diversas modificaciones, la última de en su artículo 59 bis.2 mediante la Ley Orgánica 8/2015 de protección de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, «BOE» núm. 175, de 23 de julio. Texto consolidado a fecha 30 de octubre de 2015.

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm. 263, de 31 de octubre. Se ha modificado su artículo 40 por la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado. Texto consolidado a 26 de marzo de 2014.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 152, de 23 de junio.

Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial relativa a la justicia universal, BOE núm. 63, de 14 de marzo.

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, BOE núm. 77, de 31 de marzo.

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, BOE núm. 261, de 31 de octubre.

- **Internacional público y Derecho de la Unión Europea:**

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951. Instrumento de ratificación de España de 22 de julio de 1978, BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978.

Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. Instrumento de ratificación de España de 22 de julio de 1978, BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966 respectivamente. Instrumento de ratificación de España de 24 de noviembre de 1977, BOE núm 243, de 10 de octubre de 1979.

Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular, DO L 328 de 5.12.2002.

Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, DO L 328, 05.12.02.

Reglamento 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembro por un nacional de un tercer país, DO L 50, 25.2.2003.

Reglamento 562/2006 el Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), DO L 105, 13.4.2006, pp. 4-5.

Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI, DO L 101, 15.4.2011.

Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y Consejo, de 13 de diciembre, que establece normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, DO L 337, 20.12.2011.

Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, DO L 33, 20.12.2011.

Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, DO L 180/60, 31.12.2008.

Reglamento 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) no 604/2013, DO L 180, 29.06.2013.

Reglamento 604/2013 del Parlamento europeo y el Consejo, de 26 de junio de 2013, que establece los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, DO L 180, 29.6.2013.

V.3. JURISPRUDENCIA:

- **Nacional:**

STS 511/1982 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 25 de octubre, ECLI: ES:TS:1982:511.

STC 76/1983 (Pleno), 5 de agosto, ECLI:ES:TC:1983:76.

STS 1198/2000 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 28 de junio, ECLI:ES:TS:2000:5278.

STS 739/2003 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 14 de mayo, ECLI:ES:TS:2003:3271.

STS 610/ 2004 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 4 de mayo, ECLI: ES:TS:2004:3010.

STS 556/2005 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 25 de abril, ECLI: ES:TS:2005:2543.

STS 887/2005 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 30 de junio, ECLI: ES:TS:2005:439.

STS 1465/2005 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 22 de noviembre, ECLI: ES:TS:2005:7378.

STS 569/2006 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 19 de mayo, ECLI: ES:TS:2006:3139.

STS 1087/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 10 de noviembre, ECLI: ES:TS:2006:6968.

STS 561/2007 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 15 de junio, ECLI: ES:TS:2007:4018.

STS 582/2007 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 21 de junio, ECLI: ES: TS: 2007:4009.

STS 788/2007 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 8 de octubre, ECLI: ES:TS:2007:6378.

STS 122/2008 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 18 de febrero, ECLI: ES:TS:2008:1306.

STS 270/2008 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 13 de mayo, ECLI:ES:TS:2008:2250.

STS 2718/2009 (Sala de lo Contencioso, sección 5ª), de 11 de mayo, ECLI: ES:TS:2009:2781.

STS 740/2009 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 30 de junio, ECLI:ES:TS:2009:4689.

STS 1238/2009 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 11 de diciembre, ECLI: ES:TS:2009:7788.

STS 378/2011 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 17 de mayo, ECLI: ES:TS:2011:3111.

STS 4013/2011 (Sala de lo Contencioso, sección 3ª), de 15 de junio, ECLI: ES:TS:2011:4013.

STS 5936/2011 (Sala de lo Contencioso, sección 6ª), de 26 de septiembre, ECLI: ES:TS:2011:5936.

STS 1378/2011 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 14 de diciembre, ECLI: ES:TS:2011:9139.

STS 5908/2012 (Sala de lo Contencioso, sección 3ª), de 21 de septiembre, ECLI: ES:TS:2012:5908.

STS 1025/2012 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 26 de diciembre, ECLI: ES:TS: 2012:8791.

STS 376/2013 (Sala de lo Contencioso, sección 3ª), de 12 de febrero, ECLI: ES:TS:2014:376.

STS 1325/2014 (Sala de lo Contencioso, sección 3ª), de 3 de abril, ECLI: ES:TS:2014:1325.

STS 503/2014 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 18 de junio, ECLI: ES:TS:2014:2607.

SAN 156/2015 (Sala de lo Contencioso, sección 3ª), de 15 de enero, ECLI:ES:AN:2015:156.

STS 296/2016 (Salsa de lo Contencioso, sección 3ª), de 5 de febrero, ECLI: ES:TS:2016:296.

- **Internacional y de la Unión Europea:**

STJUE (Gran Sala), 6 de mayo de 2008, *Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea*, C-133/06, ECLI:EU:C:2008:257.

STEDH (Gran Sala), de 21 de enero de 2011, *M.S.S c. Bélgica y Grecia*, demanda núm. 30696/2009.

STJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2011, *N.S contra Secretary of State for the Home Department y M.E y otros*, C-411/10 y C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865.

STJUE (Cuarta Sala), de 7 de noviembre de 2013, *Minister voor Immigratie en Asiel y Otros contra X y otros*, C-199/12 a C-201/12, ECLI:EU:C:2013:720.

- **Resoluciones administrativas:**

RDGRN de 8 de febrero de 1993. JUR\1993\1404.

RDGRN 7/2001, de 7 septiembre de 2001. JUR\2001\8438.

RDGRN 1/2001, de 10 de septiembre de 2001. JUR\2002\1734.

RDGRN 3/2002 de 29 noviembre de 2002. JUR\2003\1109.