



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**El asilo en España por actos de
persecución**

Por motivos políticos, de orientación sexual y de mutilación genital

Autor: Alberto Linares Obarrio

Tutora: Gabriela Alexandra Oanta

6º curso
Doble Grado en Derecho y ADE

Prof.^a Dra. de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales

Trabajo de Fin de Grado – Año 2017
UDC - Facultad de Derecho

Índice

Abreviaturas y siglas	pág. 2
Caso: El asilo en España por actos de persecución: por motivos políticos, de orientación sexual y de mutilación genital.....	pág. 3
Introducción	pág. 5
Cuestión I apartado a – Dictamen sobre los delitos imputables a José Suárez García.....	pág. 5
Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.....	pág. 5
Delito de robo con intimidación.....	pág. 10
Cuestión I apartado b - En el caso de que José Suárez García fuese nacional nigeriano y no español, dictamine la jurisdicción de los tribunales españoles a la hora de enjuiciar los posibles delitos cometidos.....	pág. 13
Cuestión II introducción – El sistema de protección internacional.....	pág. 16
Cuestión II apartado a – Dictamine sobre la competencia territorial de los Estados de Grecia, Bielorrusia, Lituania y España para conocer de la solicitud de protección internacional de Zulma B.....	pág. 18
Dictamen sobre la competencia de examen de Grecia.....	pág. 18
Dictamen sobre la competencia de examen de Lituania.....	pág. 21
Dictamen sobre la competencia de examen de Bielorrusia.....	pág. 22
Dictamen sobre la competencia de examen de España.....	pág. 23
Cuestión II apartado b - Dictamine acerca de cada una de las solicitudes de protección internacional presentadas en el caso.....	pág. 23
Dictamen sobre la solicitud de Maihla.....	pág. 23
Dictamen sobre la solicitud de Kouassi.....	pág. 24
Dictamen sobre la solicitud de Said.....	pág. 26
Dictamen sobre la solicitud de Zulma.....	pág. 28
Cuestión III apartado a - Determine 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?.....	pág. 29
Requisito relativo a la nacionalidad.....	pág. 30
Requisito relativo a la capacidad funcional.....	pág. 34
Requisito relativo a la edad.....	pág. 34
Requisito relativo a la inhabilitación y separación del servicio público.....	pág. 34
Requisito relativo a la titulación exigida.....	pág. 35
Cuestión III apartado b - Determine si adquiere el hijo de Maihla Aminu la nacionalidad española al haber nacido en Madrid.....	pág. 35
Conclusiones	pág. 38
Bibliografía y jurisprudencia	pág. 41

Abreviaturas y siglas

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

Art.: Artículo.

CC: Código Civil.

CEDH: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

CP: Código Penal.

DGRN: Dirección General del Registro y Notariado.

EBEP: Estatuto Básico del Empleado Público.

FJ.: Fundamento jurídico.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

RDGRN: Resolución de la Dirección General del Registro y el Notariado.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

SECA: Sistema Europeo Común de Asilo.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

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.

Caso: El asilo en España por actos de persecución: por motivos políticos, de orientación sexual y de mutilación genital

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

Los sistemas de protección internacional, así como la regulación de la situación de los extranjeros en Europa, son un tema de la más reciente actualidad. Constantemente en las noticias se narra la llegada de miles de inmigrantes a las fronteras europeas escapando de diversos conflictos y situaciones que vulneran sus derechos fundamentales. Estos viajes son aprovechados por diversas mafias que facilitan su llegada a Europa normalmente a cambio de elevadas sumas de dinero. Como consecuencia del incremento de estos flujos migratorios, las instituciones europeas y nacionales han aprobado y modificado diversos cuerpos legales con el fin de poder lograr un sistema armonizado de protección internacional en la Unión Europea (en adelante, UE), buscando sobre todo dar una solución a la actual crisis migratoria del Mediterráneo.

En el presente caso se realizará un análisis de las diferentes cuestiones que se suscitan en torno al viaje a España de cuatro inmigrantes: Maihla, Kouassi, Said y Zulma. En primer lugar, se analizarán los delitos de los que podrían ser objeto Maihla y Kouassi durante su viaje, a saber, el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y el de robo con intimidación. A continuación, se estudiará cómo los Estados de la UE se reparten la competencia para el examen de las solicitudes de asilo. Asimismo, partiendo de la historia personal de cada uno de los inmigrantes se analizarán las diversas causas que permiten la concesión de la protección internacional. Finalmente, y a modo ejemplificativo de los derechos que pueden ostentar los asilados en España, se examinará la posibilidad de acceso al empleo público mediante una oposición, así como la obtención de la nacionalidad española por parte de un asilado residente y de su hijo nacido en España.

Cuestión I apartado a

Dictamen sobre los delitos imputables a José Suárez García.

Atendiendo a los hechos expuestos en el caso, José Suárez García ha cometido dos delitos:

- Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, tipificado en el art. 318 bis del Código Penal (en adelante, CP)¹.
- Delito de robo con intimidación en las personas, tipificado en los arts. 237 y 242 CP.

Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros

De conformidad con el art. 318 bis.1 CP, el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, tras la reforma operada en 2015, castiga la ayuda a la entrada y tránsito en territorio español de un nacional de un Estado no perteneciente a la UE incumpliendo las disposiciones relativas al cruce de fronteras y estancia establecidas en la Ley Orgánica 4/2000² (en adelante, Ley de Extranjería). Nos encontramos, por tanto, ante una norma penal en blanco, pues debemos recurrir a la legislación administrativa para saber en qué casos se estaría vulnerando dicho precepto penal al producirse una entrada o tránsito irregular en España.

¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1995. Texto consolidado a fecha de 28 de abril de 2015, incluyendo la reforma operada por la 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 nº 77, de 31 de marzo de 2015.

² Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los Derechos y Libertades de los extranjeros y su integración social, BOE nº 10, de 12 de enero de 2000. Texto consolidado a fecha de 30 de octubre de 2015.

En este sentido, el art. 25.1 de la Ley de Extranjería recoge una serie de requisitos para la entrada en España entre los que cabe destacar, por su aplicación más directa a este caso, el cruce por los puestos fronterizos habilitados. Además, este precepto debe ser complementado con el art. 25.3 de la citada Ley que exime del cumplimiento de dichos requisitos para los casos en los que el extranjero solicite asilo, remitiéndose a la normativa sobre protección internacional en la cual no se establece ninguna formalidad adicional. Sin embargo, la legislación española sobre extranjería no define lo que debe entenderse por una entrada irregular en el territorio nacional, en parte por la ausencia de una sanción administrativa, por lo tanto, deberá realizarse una lectura a sensu contrario del citado art. 25 de la Ley de Extranjería para calificar un cruce de frontera como irregular³.

Estas referencias a la vulneración de la legislación administrativa y la ausencia de alusión a los derechos de los extranjeros hacen necesario concretar cuál es el objeto de protección de este delito. Resulta claro que el bien jurídico principal es el interés del Estado en la regulación de los flujos migratorios al que, tradicionalmente, se le añade la protección de los derechos de los extranjeros y su dignidad⁴. En este sentido, el Tribunal Supremo (en adelante, TS) ha afirmado en diversas ocasiones que este delito protege ambos bienes⁵, entendiendo la defensa de los derechos de los inmigrantes como la protección de su libertad, seguridad o dignidad de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) 1275/2016 de 3 de marzo⁶.

Sin embargo, la reforma del art. 318 bis CP en 2015 ha sido bastante importante en este punto, pues se ha constatado que el auténtico bien jurídico amparado es el interés del Estado en la regulación y control de los flujos migratorios⁷, y no los derechos de los extranjeros como indica el nombre del Título XV bis en el que se encuentra en el citado Código. En este sentido, el propio TS avala que dicho interés del Estado es el auténtico bien jurídico protegido, llegando a afirmar que el extranjero es el mero objeto del delito y no la víctima⁸ y que sus derechos solo constituirán un bien jurídico objeto de protección en los tipos agravados⁹.

Por otra parte, el TS también entiende que la afectación a los derechos de los extranjeros se derivará del traslado ilegal que provoca que los migrantes no puedan ejercer plenamente ni siquiera sus derechos más básicos¹⁰, en este sentido la afectación al control de los flujos implicará una vulneración de los derechos de los extranjeros. En cualquier caso, y siguiendo al TS en su sentencia 2287/2016 de 18 de mayo¹¹, la protección de los

³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 757.

⁴ SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAILLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Curso de Derecho Penal, parte especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016, p. 497.

⁵ STS 1275/2016 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 3 de marzo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:1275, FJ. 25º; STS 6968/2006 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 10 de noviembre de 2006, ECLI:ES:TS:2006:6968, FJ. 1º; STS 7378/2005 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 22 de noviembre de 2005, ECLI:ES:TS:2005:7378, FJ. 7º.

⁶ STS 1275/2016, *sent. cit.*, FJ. 25º.

⁷ POMARES CINTAS, E., “Reforma del código penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, vol. 19, nº. 29, 2015, p. 18.

⁸ STS 4501/2015 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 20 de octubre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:4501, FJ. 1º.

⁹ STS 824/2016 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 4 de marzo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:824, FJ. 7º.

¹⁰ STS 8791/2012 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 26 de diciembre de 2012, ECLI:ES:TS:2012:8791, FJ. 7º; STS 6181/2007 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 1 de octubre de 2007, ECLI:ES:TS:2007:6181, FJ. 2º.

¹¹ STS 2287/2016 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 18 de mayo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:2287, FJ. 3º.

derechos de los ciudadanos extranjeros quedará supeditada al incumplimiento de la legislación de extranjería al afirmar que dichos derechos estarán amparados de un modo colateral.

En cuanto al momento de comisión del ilícito penal, tras la reforma de 2015 del art. 318 bis CP, se han planteado dos corrientes doctrinales. Un grupo de autores considera que nos encontramos ante un delito de resultado en el que se exige para su comisión la efectiva entrada del extranjero en el territorio nacional¹². De acuerdo con esta interpretación se admitiría la tentativa para aquellos casos en los que se lleve a cabo una conducta idónea pero no se consiga el resultado de entrada en España¹³.

Por otro lado, la segunda corriente doctrinal mantiene que el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros continúa siendo de mera actividad¹⁴, tal y como era en su anterior redacción y en línea con lo establecido por el TS en diversos pronunciamientos¹⁵. Esto implica que no sería necesaria la entrada del inmigrante en España para entenderse cometido el delito, siendo suficiente la realización de cualquier acto de favorecimiento¹⁶.

Por el momento, el TS no se ha pronunciado sobre cuál de ambas interpretaciones es la más adecuada. Sin embargo, las Audiencias Provinciales vienen considerando que se trata de un delito de mera actividad, condenando a los sujetos activos del delito cuando los inmigrantes son interceptados en los puestos fronterizos antes de la entrada en el territorio nacional¹⁷. Para la resolución del caso optaremos por esta última vía.

Centrándonos en el supuesto concreto planteado, comenzaremos analizando el caso de Kouassi para comprobar si se comete el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. En este sentido, la entrada de Kouassi en el territorio nacional no infringe la ley administrativa española sobre el cruce de fronteras, y por lo tanto no lesiona el bien jurídico principal consistente en el control de los flujos migratorios. De la literalidad del art. 25 de la Ley de Extranjería se pueden deducir dos formas de infringir la legislación de entrada en España afectando al bien jurídico:

¹² MUÑOZ RUÍZ, J., “La ayuda humanitaria: ¿Una excusa absolutoria o una causa de justificación?”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18-08, 2016, p. 11; RODRÍGUEZ MESA, M.J., “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, Tomo III, vol. II, Ed. Iustel, Madrid, 2016, p. 20; VILLACAMPA ESTIARTE, C. *op. cit.*, p. 758.

¹³ RODRÍGUEZ MESA, M.J., *op. cit.*, p. 20.

¹⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. “Artículo 318 bis”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, Tomo III, Ed. Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 883; GARCÍA VALDÉS, C., *Lecciones de derecho penal: parte especial*, Ed. Edisofer, Madrid, 2015, pp. 194-195; SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAILLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 497.

¹⁵ STS 1027/2008 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 31 de enero de 2008, ECLI:ES:TS:2008:1027, FJ. 1º; STS 6185/2007 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 17 de septiembre de 2007, ECLI:ES:TS:2007:6185, FJ. 2º; STS 5061/2007 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 26 de junio de 2007, ECLI:ES:TS:2007:5061, FJ. 1º.

¹⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *op. cit.*, p. 883.

¹⁷ SAP Málaga 151/2016 (sección 7ª, Melilla), de 18 de octubre de 2016, ECLI: ES:APML:2016:151, FJ. 1º; SAP Málaga 28/2015 (sección 7ª, Melilla), de 3 de diciembre de 2015, ECLI:ES:APML:2015:28, FJ. 2º; SAP Cádiz 92/2015 (sección 6ª, Ceuta), de 7 de julio de 2015, ECLI:ES:APCE:2015:92, FJ. 5º.

- Una modalidad subrepticia, consistente en la evitación de los puestos habilitados para la entrada impidiendo así el control de la documentación necesaria y demás requisitos legalmente exigidos.
- Una modalidad fraudulenta, basada en usar artificios o engaños para lograr el cruce de la frontera con documentación o declaraciones falsas¹⁸.

Consideramos que la entrada de Kouassi en territorio español no se encuadra en ninguna de estas modalidades al realizarse tramitando una solicitud de protección internacional y a través del puesto fronterizo del aeropuerto Adolfo Suárez Madrid Barajas, el cual, de acuerdo con el art. 2.2 del Código de Fronteras Schengen¹⁹, se considera una frontera exterior por tratarse de un aeropuerto en el que no solo hay vuelos interiores entre los Estados miembros de la UE, sino también a terceros Estados no europeos. En este sentido, cabe añadir que el TS considera que no hay afectación al bien jurídico cuando las personas que cruzan la frontera lo hacen a la vista de las autoridades y sin que se simule una situación que no se corresponda con la realidad²⁰, es decir, cuando su conducta no encaja en alguna de las dos modalidades anteriores de entrada en el Estado.

Además, para que existiese la infracción penal, sería necesario que el comportamiento del sujeto activo, en este caso José, fuese idóneo para posibilitar el incumplimiento de la normativa administrativa de entrada en España²¹. Entendemos que esto tampoco se produce pues Kouassi recibe de José un billete de avión que lo conducirá al puesto fronterizo, sin que haya constancia de que le dé ningún tipo de indicación sobre cómo vulnerar los controles fronterizos en el aeropuerto, por lo tanto, puede entenderse que no existe intención por parte de José de que la entrada de Kouassi en España fuese ilegal.

Por lo tanto, en este caso y a pesar de que es José quien facilita la llegada a España de Kouassi, no se produce ningún tipo de daño en el bien jurídico protegido control de los flujos migratorios, como viene exigiendo la jurisprudencia²², y tampoco se aprecia una conducta dolosa en José. En consecuencia, no existe un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en relación con el viaje de Kouassi.

Cuestión diferente es la llegada a España de Maihla, la cual sí resulta constitutiva del delito analizado a pesar de ser descubierta por las autoridades al desembarcar en el puerto de Almería. Esto es así pues, como se ha explicado anteriormente, entendemos que el art. 318 bis CP tipifica un delito de mera actividad que se comete independientemente del buen resultado de la acción.

En cuanto a la forma de cruzar la frontera, como se ha apuntado anteriormente, debe de realizarse de un modo idóneo para vulnerar la legislación española de entrada de extranjeros. De no haber sido interceptada por las autoridades portuarias, Maihla habría contravenido las disposiciones del art. 25 de la Ley de Extranjería sobre entrada de

¹⁸ SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAILLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 496.

¹⁹ Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), DO L 77, 23.3.2016.

²⁰ STS 6968/2006, *sent. cit.*, FJ. 2º.

²¹ POMARES CINTAS, E., *op. cit.*, p. 15.

²² STS 6968/2006, *sent. cit.*, FJ. 1º; STS 3139/2006 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 19 de mayo de 2006, ECLI:ES:TS:2006:3139, FJ. 1º; STS 873/2005 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 15 de febrero de 2005, ECLI:ES:TS:2005:873, FJ. 1º; entre otras.

inmigrantes en la modalidad subrepticia anteriormente explicada. El hecho de cruzar la frontera dentro de una maleta evita el pertinente control de requisitos que se debe producir a las personas no ciudadanas de la UE que llegan a una frontera exterior como es un puerto, de acuerdo con el art. 2.2 del Código de Fronteras de Schengen. Esta evitación del control, siguiendo doctrina reiterada del TS, se considera un paso ilegal o clandestino infractor de las disposiciones administrativas de entrada de extranjeros en España²³.

Por su parte, el sujeto activo basta con que ayude a realizar un comportamiento idóneo para la entrada ilegal siendo consciente de dicha irregularidad. Lo que hace el precepto penal es elevar a la categoría de delito la cooperación de terceros a una conducta principal, que es la entrada ilegal, que será realizada por el inmigrante²⁴. En este sentido, el término ayuda debe interpretarse como un concepto amplio que alberga toda acción intencionada de cooperación a la entrada²⁵, en otras palabras, el delito contra los derechos de los extranjeros es un delito doloso. En el caso relatado, el hecho de que sea José el que facilite a Maihla la maleta y la introduzca en el ferry con destino a España prueba ampliamente su cooperación o ayuda a una entrada flagrantemente irregular, y más teniendo en cuenta que podría haber enviado a la joven en avión con Kouassi, lo cual podría apuntar a la existencia de unos planes diferentes para cada uno de los inmigrantes.

En conclusión, en el caso de Maihla a diferencia del de Kouassi, sí se dan todos los elementos del art. 318 bis 1 CP necesarios para el cumplimiento del tipo penal: ayuda dolosa a la entrada ilegal de un ciudadano no europeo y la afectación al bien jurídico protegido mediante el quebrantamiento de la normativa administrativa.

Finalmente, cabe añadir que, en este caso, el tipo básico estaría agravado por dos vías diferentes: el ánimo de lucro de José y el peligro para la vida o de causación de lesiones graves que supone para Maihla el viaje, tipificados dichos agravantes respectivamente en los arts. 318 bis.1 párrafo 3º y 318 bis.3. b. CP.

Por una parte, el ánimo de lucro, entendido como el ánimo de obtener cualquier tipo de beneficio o utilidad²⁶, queda totalmente probado por el hecho tanto del primer pago de 10.000 euros, en el caso de Maihla en especie con sus joyas, que incluye una comisión para el propio José, como por el posterior robo que sufrirán en Argelia Maihla y Kouassi.

En cuanto al agravante de peligro para la vida o de causación de lesiones graves, su apreciación supone una vulneración de los derechos fundamentales de Maihla. El TS considera que el peligro es algo abstracto²⁷ y por lo tanto no tiene por qué haber lesión física alguna²⁸. Para determinar la concurrencia de este peligro deberá llevarse a cabo un proceso de valoración de todas las circunstancias que se dan en el viaje para ver si, objetivamente, podrían haber existido dicho peligro para su vida o integridad física²⁹.

²³ STS 8542/2012 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 21 de diciembre de 2012, ECLI:ES:TS:2012:8542, FJ. 5º; STS 1319/2008 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 28 de abril de 2008, ECLI:ES:TS:2008:1319, FJ. 4º; STS 5061/2007, *sent. cit.*, FJ. 1º; entre otras.

²⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *op. cit.*, p. 757.

²⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 316.

²⁶ SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAILLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 498.

²⁷ STS 7751/2009 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 7 de diciembre de 2009, ECLI:ES:TS:2009:7751, FJ. 2º.

²⁸ STS 2607/2014 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 18 de junio de 2014, ECLI:ES:TS:2014:2607, FJ. 2º.

²⁹ STS 7632/2005 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 14 de diciembre de 2005, ECLI:ES:TS:2005:7632, FJ. 3º.

En esta línea, el TS ha considerado que concurre el citado agravante en casos como el de la STS 4391/2005 de 30 de junio³⁰ por el hecho de viajar escondido durante dos horas en una postura incómoda y necesitando de la ayuda de terceros para poder salir mostrando síntomas de desorientación y aturdimiento. También cabe destacar el pronunciamiento del mismo tribunal 3010/2004 de 4 de mayo³¹, que aprecia dicho agravante cuando se viaja escondido dentro de una bolsa y bajo varias maletas mostrando síntomas de asfixia. Por lo tanto, a la vista de la jurisprudencia citada, podemos concluir que el hecho de que Maihla haya viajado cerrada en una maleta y haya sido encontrada con síntomas de asfixia y desorientación es suficiente para la apreciación del agravante de peligro para la vida.

Delito de robo con intimidación

Atendiendo a los hechos descritos en el caso, la conducta llevada a cabo por José en Argelia contra Maihla y Kouassi es constitutiva de una lesión de dos bienes jurídicos: por una parte el patrimonio, al producirse una entrega indebida de dinero exigida por José y, por otra parte, la libre formación de la voluntad de ambos migrantes que se ven obligados a entregar dicha suma monetaria bajo la amenaza de José.

Teniendo en cuenta los bienes dañados, a priori podríamos calificar la conducta delictiva de tres maneras diferentes: delito de amenazas condicionales de los arts. 169 y 171 CP, pues se produce el anuncio de un mal con la imposición de una condición lucrativa; delito de extorsión del art. 243 CP, pues se obliga al sujeto pasivo a realizar una acción que perjudica su patrimonio; o delito de robo con intimidación en las personas de los art. 237 y 242 CP.

Primeramente, se debe descartar la aplicación del delito de amenazas condicionales pues, de acuerdo con la doctrina del TS recogida en la sentencia 5969/2008 de 23 de octubre³², para poder apreciarse el citado delito es necesario que la entrega del bien que daría cumplimiento a la condición impuesta se produzca en un momento futuro. Se entenderá por futuro aquel momento posterior al del anuncio del mal cuando entre ambos instantes haya existido un lapso temporal en el que la víctima haya recuperado la capacidad de actuar³³. Si la entrega del bien se produce en el momento de anuncio del mal, de acuerdo con la jurisprudencia anteriormente citada, estaríamos ante un delito de robo con intimidación en las personas. Además, en caso de concurrencia de amenazas y robo se produciría un concurso de normas que llevaría a la absorción de las amenazas ya que éstas formarían parte del delito de robo como forma de intimidación³⁴.

De la lectura del caso puede desprenderse que no existe dicho diferimiento entre el anuncio del mal por parte de José y la entrega del dinero, pues ambos hechos tienen lugar en Argelia justo antes de la partida a España, teniendo Kouassi que pagar por Maihla sin que ésta tenga oportunidad de conseguir el dinero de alguna otra forma. En conclusión, los hechos descritos no pueden ser calificados como un delito de amenaza al no existir dicho lapso temporal.

³⁰ STS 4391/2005 (de la Sala de lo Penal, sección 1ª), de 30 de junio de 2005, ECLI:ES:TS:2005:4391, FJ. 4º.

³¹ STS 3010/2004 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 4 de mayo de 2004, ECLI:ES:TS:2004:3010, FJ. 3º.

³² STS 5969/2008 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 23 de octubre de 2008, ECLI:ES:TS:2008:5969, FJ. 7º.

³³ QUINTERO OLIVARES, G., "De los robos", en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 52.

³⁴ STS 5969/2008, *sent. cit.*, FJ. 7º; STS 5051/2007 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 19 de julio de 2007, ECLI:ES:TS:2007:5051, FJ. 9º.

Una vez descartado el delito de amenazas condicionales, en cuanto al delito de extorsión, el art. 243 CP exige la existencia de un acto o negocio jurídico de disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo, sin que sea necesaria la suscripción de ningún tipo de documento tal y como apunta la STS 3005/2002 de 26 de abril³⁵. Sin embargo, lo que sí exige el tipo penal y que no se produce en los hechos descritos en el caso, es la existencia de un acto o negocio jurídico, entendidos como una declaración de voluntad con relevancia jurídica³⁶ que tendrían lugar como consecuencia de la intimidación o violencia.

En relación con el concepto de acto o negocio jurídico que debe darse en el delito de extorsión, el TS se ha pronunciado exigiendo que el acto de disposición debe implicar cierta complejidad jurídica, ya que la mera entrega de la cosa pretendida debería ser entendida como un robo al no tener la calificación de jurídica³⁷. Además, otra diferencia entre los delitos de extorsión y robo apuntada por el TS es la necesidad de la acción del sujeto pasivo sin la cual no se produciría el acto de disposición³⁸.

En el caso expuesto, Kouassi realiza una mera entrega del dinero que lleva consigo a José, sin que exista un mayor trasfondo jurídico, y además siendo totalmente prescindible su conducta pues este dinero podría haber sido perfectamente arrebatado por José. Siguiendo la línea jurisprudencial expuesta, se viene exigiendo una mayor complejidad al acto que la mera entrega del bien pretendido, se descarta así el delito de extorsión.

Por lo tanto, en este caso nos encontramos ante un delito de robo con intimidación en las personas tipificado en los arts. 237 y 242 CP. Este delito castiga al sujeto que, mediante intimidación, se apodera del patrimonio mueble ajeno, por lo tanto, este tipo penal está protegiendo los bienes jurídicos tanto del patrimonio como la libre decisión de la voluntad. En otras palabras, para la existencia de este delito deben concurrir dos elementos: un apoderamiento injusto que cause una lesión patrimonial al sujeto pasivo y una intimidación dolosa.

En cuanto al primer elemento, es necesario para la comisión del robo con intimidación la concurrencia de un acto de sustracción, lo cual es un requisito común a otros delitos como el robo con fuerza o el hurto. Dicho acto de sustracción debe provocar un daño patrimonial al sujeto pasivo y debe responder a un ánimo de lucro indebido del sujeto activo³⁹. Como patrimonio deberá entenderse el conjunto de bienes o derechos con valor económico y valorables económicamente, por lo tanto, una lesión en el mismo implicará una disminución económicamente evaluable⁴⁰. Por su parte, el ánimo de lucro del sujeto activo hace referencia a la voluntad de incrementar el patrimonio personal a costa de lo ajeno, sin mediar un motivo legal para ello de acuerdo con la STS 9004/2012 de 27 de diciembre⁴¹.

³⁵ STS 3005/2002 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 26 de abril de 2002, ECLI:ES:TS:2002:3005, FJ. 5º.

³⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Los delitos contra el patrimonio de apoderamiento tras la reforma penal de 2015*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 256.

³⁷ STS 6491/2009 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 22 de octubre de 2009, ECLI:ES:TS:2009:6491, FJ. 9º.

³⁸ *Ibidem*; STS 6940/2008 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 26 de diciembre de 2008, ECLI:ES:TS:2008:6940, FJ. 14º.

³⁹ QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, p. 50.

⁴⁰ MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 324.

⁴¹ STS 9004/2012 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 27 de diciembre de 2012, ECLI:ES:TS:2012:9004, FJ. 1º.

En este caso, José se apodera indebidamente del dinero de Kouassi al solicitar el pago de una cantidad a la cual no tiene derecho mediando una amenaza intimidatoria. El daño patrimonial para el inmigrante es evidente, así como el ánimo de lucro de José quien llega a adquirir la plena disponibilidad de dicho dinero.

En cuanto al segundo elemento del tipo penal, la intimidación dolosa sobre las personas, se deberá entender como tal cualquier forma de ataque personal que no implique fuerza física pero que afecte a la libre voluntad del sujeto pasivo, es decir, una coerción psicológica⁴². La jurisprudencia del TS viene aceptando la definición de intimidación recogida en los arts. 1267 del Código Civil⁴³ (en adelante, CC) que exige el anuncio de un mal inminente, grave, concreto, personal, posible y capaz de generar una situación de miedo en la víctima ante el temor de que pueda llegarse a producir dicha situación⁴⁴.

Para la concurrencia de intimidación bastará con la existencia de palabras o actitudes amenazantes que sean suficientemente coercitivas para la consecución del fin deseado por el autor⁴⁵. Para valorar esta capacidad de la amenaza de doblegar al sujeto pasivo y considerarla así una forma intimidatoria deberá de realizarse, de acuerdo con la doctrina del TS, una valoración subjetiva que atienda a las circunstancias de la víctima, del sujeto activo, del lugar, de la idoneidad instrumental o de cualquier otro elemento fáctico⁴⁶. Como se dijo anteriormente, en caso de que la intimidación se trate de una amenaza, esta debe ser inmediata y no de futuro⁴⁷.

El resultado de dicha intimidación será la entrega del bien pretendido con el fin de evitar el mal anunciado por el sujeto activo, tal y como se indica en la STS 5823/1999, de 30 de enero⁴⁸, en otras palabras, se produce una lesión de la libre voluntad del individuo para lograr el fin dispositivo del sujeto activo⁴⁹. De esta afirmación se deriva que debe existir una conexión entre el apoderamiento indebido del elemento patrimonial y la intimidación, de modo que el segundo sea el medio instrumental a través del cual se logra la obtención del primero⁵⁰.

En el caso de Kouassi, Maihla y José, la intimidación se produce mediante la amenaza de retención y no devolución por parte de José de la documentación de ambos inmigrantes. Como se ha apuntado anteriormente, para estimar si dicha amenaza es suficientemente intimidatoria deberá de valorarse las circunstancias que rodean los hechos: Maihla, mujer menor de edad, y Kouassi son dos inmigrantes que huyen de situaciones de peligro para su vida e integridad en sus respectivos lugares de origen ayudados por José, persona en la que depositan su confianza para que los lleve a Europa siendo totalmente dependientes de él. Por lo tanto, el hecho de encontrarse indocumentados en un país extranjero

⁴² DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, pp. 193-196.

⁴³ Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil, BOE nº 206, de 25 de julio. Texto consolidado a 6 de octubre de 2015.

⁴⁴ STS 440/2013 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 30 de enero de 2013, ECLI:ES:TS:2013:440, FJ. 4º; STS 4432/2012 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 15 de mayo de 2012, ECLI:ES:TS:2012:4432, FJ. 7º; STS 5969/2008, *sent. cit.*, FJ. 6º; STS 9828/2001 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 14 de diciembre de 2001, ECLI:ES:TS:2001:9828, FJ. 1º; entre otras.

⁴⁵ STS 5278/2000 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 28 de junio de 2000, ECLI:ES:TS:2000:5278, FJ. 2º.

⁴⁶ STS 440/2013, *sent. cit.*, FJ. 4º; STS 5969/2008, *sent. cit.*, FJ. 6º; STS 3440/1998 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 26 de mayo de 1998, ECLI:ES:TS:1998:3440, FJ. 4º; entre otras.

⁴⁷ QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, p. 52.

⁴⁸ STS 5823/1999 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 30 de enero de 1999, ECLI:ES:TS:1999:5823, FJ. 1º.

⁴⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, pp. 193-196.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 197.

desconocido para ellos supondría un grave peligro de desamparo, esta situación de precariedad y necesidad es de lo que se aprovecha José para que su amenaza surta un mayor efecto. También cabe apuntar el hecho de que lo más probable es que su entrada en Argelia haya sido irregular, como suele ser frecuente en este tipo de viajes, lo cual agravaría su situación en el país africano poniendo en peligro la posibilidad de ejercitar sus derechos más fundamentales.

Esta amenaza además de resultar bastante grave es también inminente y realizable, pues tiene lugar en el instante anterior a tomar el último transporte que los conducirá finalmente a España. Bastaría con que José huyese del lugar donde se encuentran los tres con la documentación sin que Maihla y Kouassi pudiesen volver a encontrarlo. Por todas estas circunstancias podemos considerar que la amenaza vertida por José es totalmente constitutiva de intimidación.

En conclusión, José comete un robo con intimidación en las personas, pues éste realiza una amenaza suficientemente grave como medio para la obtención de una ventaja patrimonial. Además, de acuerdo con la jurisprudencia del TS, el hecho de que José tenga disponibilidad sobre el dinero y abandone el lugar donde lo obtuvo supondrá la consumación del citado delito, es decir, el apoderamiento se considera que se produce cuando los objetos obtenidos ilegalmente entran en la esfera de disponibilidad del autor del delito⁵¹.

Finalmente, cabe apuntar basándose en la doctrina de la unidad de acción recogida en las SSTs 4039/2011 de 25 de mayo y 5123/1996 de 28 de septiembre⁵², que en este caso estaríamos ante un único delito de robo con intimidación pues la unión temporal, espacial y motivacional hacen que los hechos puedan ser calificados como una unidad.

Cuestión I apartado b

En el caso de que José Suárez García fuese nacional nigeriano y no español, dictamine la jurisdicción de los tribunales españoles a la hora de enjuiciar los posibles delitos cometidos.

Con el fin de determinar y concretar el ámbito del orden jurisdiccional penal español, deberán de tenerse en cuenta tres límites que permiten concretar en qué casos un tribunal penal español dispondrá de la jurisdicción necesaria para conocer de un determinado hecho, estos son: límites objetivos, límites subjetivos y límites territoriales.

Los límites objetivos, establecidos en los arts. 9.3 Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ)⁵³ y 10 Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵⁴, hacen referencia a que los tribunales penales españoles solo conocerán de aquellas cuestiones tipificadas en el CP y

⁵¹ STS 9004/2012, *sent. cit.*, FJ. 1º; STS 4889/2011 (Sala de lo Penal, sección 1ª) de 13 de junio de 2011, ECLI:ES:TS:2011:4889, FJ. 5º.

⁵² STS 4039/2011 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 25 de mayo de 2011, ECLI:ES:TS:2011:4039, FJ. 1º; STS 5123/1996 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 28 de septiembre de 1996, ECLI:ES:TS:1996:5123, FJ. 6º.

⁵³ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE nº 157, de 2 de julio. Texto consolidado a fecha de 28 de octubre de 2015, incluyendo la reforma operada por la 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 nº 63, de 14 de marzo, entre otras.

⁵⁴ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, BOE nº 260, de 17 de septiembre. Texto consolidado a fecha de 6 de octubre de 2015.

demás leyes penales, exceptuándose las que sean atribuidas a la jurisdicción militar⁵⁵. En este caso, los delitos de robo con intimidación en las personas y delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros superan esta limitación pues aparecen tipificados como delitos en el CP en los arts. 237 y 318 bis respectivamente.

Los límites subjetivos, por su parte, están relacionados con la inviolabilidad de determinadas personas como consecuencia del cargo que detentan. Dicha inviolabilidad viene establecida, como se señala en la doctrina⁵⁶, en diferentes normativas nacionales e internacionales y su contenido varía de una persona a otra. En el caso de José, independientemente de la nacionalidad que ostente, no existen datos en el caso que conduzcan a pensar que se le pueda aplicar alguna de estas limitaciones subjetivas.

Finalmente, respecto de los límites territoriales el art. 23 LOPJ prevé una restricción de la jurisdicción de los tribunales penales españoles en relación con el lugar de comisión del delito⁵⁷. En este sentido, la jurisdicción española se rige por el principio básico de la territorialidad y de matrícula o pabellón recogido en el art. 23.1 LOPJ, es decir, los tribunales penales conocerán de los hechos acontecidos en el territorio de España o en los buques o aeronaves españolas. Siguiendo la teoría de que el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros es de mera actividad, como se indicó anteriormente, éste se entenderá cometido con la realización de la conducta de ayuda por parte de José, la cual tuvo lugar en África y no en España.

Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia del TS, el principio de territorialidad y de matrícula o pabellón debe ser perfilado por otros fueros que también atribuirán jurisdicción a los tribunales españoles en determinados casos⁵⁸.

Entre estos principios complementarios cabe destacar el de personalidad o nacionalidad. De acuerdo con este fuero recogido en el art. 23.2 LOPJ, el hecho de que el sujeto activo sea español, y cumpliéndose unos requisitos establecidos en el citado artículo⁵⁹, resultaría suficiente para que los tribunales españoles tuviesen la jurisdicción necesaria para conocer del caso independientemente del lugar donde se haya producido la conducta punible. En el supuesto original, en el que José es español, este principio de personalidad sería el que dotaría de la jurisdicción necesaria a los tribunales españoles permitiéndoles conocer de los delitos imputados al mismo, siempre y cuando se cumpliesen los tres requisitos. Sin embargo, este precepto no podrá aplicarse en el caso de que José tuviese una nacionalidad diferente a la española, como se plantea en esta cuestión.

⁵⁵ GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ediciones jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 106.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 109.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 106.

⁵⁸ STS 1027/2008, *sent. cit.*, FJ. 1º; STS 4011/2007 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 25 de junio de 2007, ECLI:ES:TS:2007:4011, FJ. 3º; STS 4009/2007 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 21 de junio de 2007, ECLI:ES:TS:2007:4009, FJ. 3º; STS 4018/2007 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 15 de junio de 2007, ECLI:ES:TS:2007:4018, FJ. 3º; entre otras.

⁵⁹ "... concurririen los siguientes requisitos:

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

Complementario a los fueros anteriores, también existe el principio de la tutela estatal, recogido en el art. 23.3 LOPJ, conocido como principio real o de protección de los intereses nacionales. De acuerdo con la STS 4011/2007 de 25 de junio⁶⁰, este fuero busca la protección de los bienes jurídicos del Estado con independencia de la nacionalidad del autor o de la territorialidad. En el caso de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y robo con intimidación, no aparecen recogidos en la lista de ilícitos que figura en este artículo, y por tanto los tribunales españoles no dispondrán de jurisdicción en virtud del citado principio. Esto es así a pesar de que el art. 318 bis CP proteja un bien jurídico tan importante para el Estado como sería el control de los flujos migratorios.

En adición a los anteriores, se encuentra también el principio de universalidad de la jurisdicción española situado en el art. 23.4 LOPJ. En un primer momento, se configuró como una forma de proteger determinados bienes jurídicos de la comunidad internacional de modo que los delitos enumerados en este artículo podían ser perseguidos por los tribunales españoles, independientemente de la nacionalidad del autor y del lugar de comisión⁶¹. Sin embargo, este precepto ha venido sufriendo en los últimos años numerosas reformas que han ido limitando progresivamente su universalidad estableciendo la necesidad en diversos de casos de un nexo entre el hecho delictivo y el Estado español para poder dotar a los tribunales penales de la jurisdicción necesaria⁶².

En estas reformas también se han ido especificando un mayor número de delitos sobre los que los tribunales españoles podrían tener jurisdicción. Entre estos, cabe destacar la inclusión del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros para el cual no se estableció ningún tipo de requisito adicional o nexo especial para dotar a los tribunales españoles de jurisdicción.

Por lo tanto, en virtud de este precepto los tribunales penales podrán conocer del delito cometido contra Maihla independientemente de la nacionalidad de José o del lugar de comisión. Sin embargo, nada se dice en el art. 23 LOPJ del delito de robo con intimidación en las personas, por lo tanto no superaría esta limitación territorial de la jurisdicción.

En conclusión, y tras analizar las disposiciones relativas a la limitación de la jurisdicción española, podría afirmarse que, en el caso de que José tuviese nacionalidad nigeriana, en relación con el delito de robo con intimidación, los tribunales españoles no estarían dotados de jurisdicción como consecuencia de la limitación territorial. En otras palabras, Kouassi no podría ejercer acciones legales contra José ante los tribunales españoles. Sin embargo, en cuanto al delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, dichos tribunales sí dispondrían de jurisdicción en virtud del principio de la jurisdicción universal del art. 23.4.d LOPJ que permite superar las limitaciones territoriales a la jurisdicción. Además, ante la falta de datos que indiquen la apertura de un procedimiento o investigación en el extranjero, no cabe aplicar la excepción a la jurisdicción española recogida en el apartado 23.5 LOPJ. En cualquier caso debe añadirse que, de acuerdo con el art. 23.6 LOPJ, para que los tribunales españoles puedan perseguir dicho delito el Ministerio Fiscal o el agraviado deberán interponer querrela.

⁶⁰ STS 4011/2007, *sent. cit.*, FJ. 3º.

⁶¹ GIMENO SENDRA, V., *op. cit.*, pp.107-108.

⁶² MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional. Proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 54-55.

Cuestión II

Previamente a responder a esta cuestión conviene realizar una introducción al sistema de protección internacional operante en Europa y, más concretamente, en España.

La principal norma internacional reguladora de la protección internacional a los refugiados y que sienta las bases de los posteriores desarrollos legislativos, tanto nacionales como internacionales, es la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados⁶³ y el Protocolo adicional de Nueva York de 1967⁶⁴ (ambos, en adelante, Estatuto de los Refugiados). En estos textos, se contiene la definición de mínimos ampliamente aceptada de qué debe entenderse por refugiado, aunque con el tiempo ésta ha sido desarrollada y en muchos casos ampliada en diversos sistemas normativos regionales⁶⁵.

Uno de estos sistemas es el desarrollado en el marco de la UE, en donde se ha creado una política común en materia de protección internacional dando lugar a lo que se conoce como el Sistema Europeo Común de Asilo (en adelante, SECA). El SECA está constituido por una serie de disposiciones normativas que adoptan tanto la forma de Directivas como de Reglamentos destinadas a lograr una armonización de las políticas de refugio en los Estados miembros, así como a resolver las diversas cuestiones que se puedan suscitar entre ellos. Este régimen de protección internacional ha sido plasmado en España principalmente a través de la Ley 12/2009 de asilo y protección subsidiaria⁶⁶ (en adelante, Ley del Asilo).

En relación con esta progresiva armonización, el SECA diferencia tres estatutos de protección:

- El asilo, que protege mediante el acogimiento a los extranjeros en especial situación de vulnerabilidad huidos de su lugar de origen como consecuencia de un atentado, amenaza o persecución contra su vida, integridad, libertad u otros derechos fundamentales⁶⁷ por la pertenencia a un determinado grupo de población. En este sentido cabe apuntar que la normativa europea tiende a equiparar los términos de asilo y refugio, de este modo se aplicará el Estatuto de los Refugiados a los beneficiarios del asilo⁶⁸.
- La protección subsidiaria, que brinda amparo a aquellas personas que no han logrado obtener el estatuto de asilados por no reunir los requisitos, pero que son objeto de protección por el hecho de haber huido de situaciones que supondrían un riesgo grave para sus derechos fundamentales⁶⁹. Estas situaciones son las

⁶³ Convención sobre el Estatuto de los refugiados, Naciones Unidas, adoptado en Ginebra, el 28 de julio de 1951. Instrumento de adhesión de España de 22 de julio de 1978, BOE nº 252, de 21 de octubre de 1978.

⁶⁴ Protocolo sobre el Estatuto de los refugiados, Naciones Unidas, adoptado en Nueva York, el 31 de enero de 1967. Instrumento de adhesión de España de 22 de julio de 1978, BOE nº 252, de 21 de octubre de 1978.

⁶⁵ MORGADÉS GIL, S., "Refugiado", *EUNOMIA. Revista en cultura de la legalidad*, nº 10, 2016, p. 236.

⁶⁶ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE nº 263, de 31 de octubre de 2009. Texto consolidado a fecha de 26 de marzo de 2014.

⁶⁷ MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., "El asilo en el Derecho de la Unión Europea", en BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea (Tomo VIII)*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 160.

⁶⁸ MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., *op. cit.*, pp. 160-164.

⁶⁹ *Ibidem.*, p. 181.

derivadas de la existencia de conflictos armados, o de la aplicación de torturas y penas de muerte⁷⁰.

En este punto cabe añadir una forma complementaria de protección por razones humanitarias que en el caso español viene recogida en el art. 46.3 de la Ley del Asilo. Este régimen se aplica para casos en los que no se cumplan los requisitos de la protección subsidiaria pero el sujeto se encuentre en una situación de vulnerabilidad⁷¹, normalmente derivada del padecimiento de alguna enfermedad. A los beneficiarios de este estatuto, tal y como establece el citado art. 46.3, se les aplicará el régimen de los extranjeros contenido en la Ley de Extranjería.

- La acogida temporal, que se aplica en aquellos casos en los que se produce una afluencia masiva de personas desplazadas con el fin de darle protección y evitar que el sistema de asilo se colapse⁷². Busca sobre todo la cooperación de los diversos Estados miembros en el acogimiento de dichas personas⁷³.

A día de hoy en España, el art. 5 de la Ley del Asilo ha equiparado los dos principales regímenes, a saber, el del asilo y el de la protección subsidiaria, teniendo en ambos casos los efectos recogidos en el art. 36 de la citada Ley. Además, estarán regidos por el principio establecido en el art. 33 del Estatuto de los Refugiados de no devolución o *non-refoulement* consistente en que el solicitante de protección internacional no sea devuelto a un lugar en el que sus derechos fundamentales inderogables puedan ser puestos en peligro. También serán comunes a ambos regímenes los agentes causantes de las persecuciones, los cuales, y de acuerdo con el art. 13 de la Ley del Asilo, podrán ser el Estado, las organizaciones que lo controlan o sujetos particulares si el Estado u otras organizaciones internacionales toleran dichas persecuciones o su actuación para evitarlos es insuficiente.

Para conceder la protección internacional se deberá valorar la certeza del relato del refugiado, pues en caso de no estar suficientemente acreditadas las causas de concesión la protección podrá serle denegada. En este sentido, la prueba documental será de gran importancia. Sin embargo, de no existir ésta deberá atenderse al relato valorando positivamente el mayor número de detalles, la falta de contradicciones en la propia historia o con informaciones de las que se disponga sobre el país, la credibilidad general del sujeto o el hecho de haber presentado su solicitud de protección en cuanto le ha sido posible⁷⁴. También serán de gran importancia probatoria los informes emitidos por organismos internacionales como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, ACNUR), sobre todo en el caso de la protección subsidiaria, en la cual adquiere mayor importancia la situación general del lugar de origen que la persecución individual.

⁷⁰ Art. 10, Ley del Asilo.

⁷¹ STS 124/2016 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª), de 25 de enero de 2016, ECLI: ES:TS:2016:124, FJ. 4º; STS 1197/2012 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª), de 24 de febrero de 2012, ECLI: ES:TS:2012:1197, FJ. 7º.

⁷² Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, DO L 212, 7.8.2001, arts. 1 y 2.a.

⁷³ *Ibidem*, art. 1.

⁷⁴ STS 1878/2014 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª), de 6 de mayo de 2014, ECLI: ES:TS:2014:1878, FJ. 5º; STS 1257/2014 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª), de 31 de marzo de 2014, ECLI: ES:TS:2014:1257, FJ. 4º.

En conclusión, para la concesión tanto del asilo como de la protección subsidiaria deberá probarse suficientemente el peligro de sufrir daños graves en los derechos fundamentales en caso de retorno al lugar de origen (en el asilo estos daños deberán responder a una persecución basada en la pertenencia a un determinado grupo de población) y provocada por un agente perseguidor válido.

Cuestión II apartado a

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

Entre todas las normativas que componen el SECA, para la resolución de la presente cuestión será de aplicación el Reglamento (UE) 604/2013⁷⁵ (en adelante, Reglamento Dublín III) sobre el Estado miembro responsable del examen de la solicitud de protección internacional. Este cuerpo legal tiene por objeto establecer una serie de mecanismos que faciliten la tramitación de las solicitudes de asilo en los Estados miembros de la UE con un procedimiento más eficaz y garantista para los demandantes de protección internacional⁷⁶. En este sentido, se recoge una extensa normativa que permite determinar qué Estado será el encargado de examinar la solicitud de protección de un nacional de un tercer país ajeno a la UE o apátrida.

El Reglamento Dublín III en su art. 3.1 establece que solo un Estado podrá examinar la solicitud de protección internacional y éste será aquel que se determine en función de los criterios recogidos en el Capítulo III del propio Reglamento. Dichos criterios enumerados en los arts. 8 y ss. deberán aplicarse por el orden en que aparecen recogidos en el cuerpo legal y, en caso de no otorgarse la responsabilidad de examen a ningún Estado miembro, el art. 3.2 establece que deberá conocer de la solicitud el Estado ante el que la misma se haya presentado.

Procedemos a analizar a continuación la competencia de los Grecia, Lituania, Bielorrusia y España de acuerdo con los citados criterios del Reglamento Dublín III.

Dictamen sobre la competencia de examen de Grecia

De acuerdo con el art. 12.2 del Reglamento Dublín III, se reconoce la competencia de examen al Estado que ha emitido un visado válido al extranjero solicitante de protección internacional. En este caso, al ser Zulma nacional de Turkmenistán podrá obtener un visado que le permita entrar legalmente en los Estados de la UE⁷⁷, y en este caso el suyo ha sido expedido por el Estado griego. El visado de Zulma es de la modalidad de validez

⁷⁵ Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen 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.

⁷⁶ ORTEGA GIMÉNEZ, A., “Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen 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”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, 2013, pp. 191-192.

⁷⁷ Reglamento (CE) 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, DO L 81, 21.3.2001. Art. 1.1 y anexo I.

territorial limitada, es decir, sólo habilitará para la entrada y circulación en el Estado emisor del mismo y en ciertos Estados de la UE que hayan prestado consentimiento, pero no en todos, tal y como establece el art. 25.2 del Reglamento (CE) 810/2009⁷⁸. En este sentido, el art. 12.2 del Reglamento Dublín III solo hace referencia a la validez del visado, sin que en ningún momento en el citado cuerpo legal se exigiese que debiera de tratarse de un visado uniforme y no de validez territorial limitada. Además, se desconoce para qué países a parte de Grecia es válido el documento expedido a Zulma. Por lo tanto y teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, podría considerarse que el Estado heleno sería responsable del examen.

Sin embargo, las condiciones en las que se encuentran los solicitantes de protección internacional en Grecia descritas en el caso podrían suponer un problema para el envío de Zulma por parte de las autoridades españolas al país heleno. En este sentido, en caso de no garantizarse un adecuado procedimiento de examen de la solicitud de protección o de existir peligro de vulneración de los derechos fundamentales del extranjero, el art. 3.2 del Reglamento Dublín III obliga al Estado ante el que se ha presentado la solicitud, en este caso España, a no trasladar al extranjero y deberá de continuar analizando los criterios del Capítulo III para hallar otro Estado responsable, y en su defecto proceder él mismo al examen.

En concreto, en estos casos deberá valorarse la posible vulneración del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷⁹ (en adelante, CEDH), que prohíbe la tortura y el trato inhumano o degradante⁸⁰. Dicho precepto tiene carácter absoluto y no podrá exonerarse de su cumplimiento bajo ningún motivo⁸¹. El trato inhumano o degradante debe ser entendido como el conjunto de acciones que causan un grave padecimiento físico o psíquico o suponen una intensa humillación o envilecimiento para el sujeto que las recibe⁸². En concreto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) considera que existe trato degradante cuando la humillación supone una falta de respeto a la dignidad humana, generando sentimientos de miedo, angustia o inferioridad⁸³. Bastará que la víctima se vea humillada a sí misma, aunque este no fuese el objetivo⁸⁴.

El TEDH afirma que para poder considerar la gravedad de un maltrato y calificarlo como trato humillante o degradante deberá de analizarse todas las circunstancias particulares del caso⁸⁵. En este sentido, el propio Tribunal entiende que los demandantes de protección internacional constituyen un grupo especialmente vulnerable⁸⁶. En el caso griego, el

⁷⁸ Reglamento (CE) 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados), DO L 243, 15.9.2009.

⁷⁹ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho 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 n° 243, de 10 de octubre de 1979.

⁸⁰ STEDH (Gran Sala) de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n° 30696/2009, apartado 218.

⁸¹ *Ibidem*, apartado 223.

⁸² NARANJO DE LA CRUZ, R., “Derechos Fundamentales”, en AGUDO ZAMORA, M. [et al.], *Manual de Derecho Constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid, 2016, p. 471.

⁸³ *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, *sent. cit.*, apartado 220; STEDH (Sección 1ª), de 11 de junio de 2009, *S.D. c. Grecia*, demanda n° 53541/2007, apartado 46; STEDH (Sección 4ª), de 29 de abril de 2002, *Pretty c. Reino Unido*, demanda n° 2346/2002, apartado 52.

⁸⁴ *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, *sent. cit.*, apartado 220; *S.D. c. Grecia*, *sent. cit.*, apartado 46; STEDH (Sección 2ª), de 19 de abril de 2001, *Peers c. Grecia*, demanda n° 28524/1995, apartado 74.

⁸⁵ *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, *sent. cit.*, apartado 119; *S.D. c. Grecia*, *sent. cit.*, apartado 45.

⁸⁶ *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, *sent. cit.*, apartado 251.

TEDH ha determinado en el asunto *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*⁸⁷ que el hecho de que numerosos refugiados vivan en condiciones de mendicidad en las calles y sin acceso a los recursos más básicos, como cuenta Zulma, agravados por la pasividad de las autoridades nacionales supone una vulneración del art. 3 CEDH.

Ante la constatación o notorio conocimiento de las deficiencias en los procesos de asilo y el elevado riesgo a sufrir un trato degradante en Grecia, en el caso de que España enviase a Zulma al Estado heleno podría infringir también el art. 3 CEDH⁸⁸. En virtud del principio de no devolución existe la obligación de no enviar a una persona a un lugar en el que se pudiesen vulnerar sus derechos fundamentales, ya sea directamente por el Estado o indirectamente mediante el deficiente examen de la solicitud que implique una devolución al lugar de origen del que se ha huido.

En este sentido, corresponderá al Estado en que se solicitó el asilo la comprobación de que dichos derechos, al igual que el efectivo examen de la solicitud, serán respetados en el Estado a priori competente⁸⁹. No bastará con que el Estado de destino sea parte en tratados internacionales que le obliguen a respetar los derechos fundamentales para poderse presumir que efectivamente cumplirá con su obligación⁹⁰. En esta línea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha afirmado en el asunto *N.S. y otros contra Secretary of State for the Home Department y otros*⁹¹ que no se puede presumir, basándose en el principio de confianza mutua, que todos los Estados de la UE respetan los derechos fundamentales.

En consecuencia, de no producirse estas diligencias de comprobación y en el supuesto de enviar al refugiado a un país en el que sus derechos puedan ser vulnerados, en este caso Grecia, se podrá considerar que el Estado remitente, en este caso España, vulnera el art. 3 CEDH al poner al refugiado en una situación de peligro⁹².

Las diversas sentencias condenatorias a Grecia por vulnerar el art. 3 CEDH respecto a personas extranjeras, incluyendo demandantes de protección internacional, así como diversos informes de ONGs y del ACNUR hacen notoria la situación que se vive en Grecia, corroborándose así lo expuesto por Zulma en el caso. Por lo tanto, de ser enviada al país heleno se podría considerar que España estaría vulnerando el CEDH.

En conclusión, a pesar de que inicialmente el Estado griego resulte competente de acuerdo con los criterios del Capítulo III del Reglamento Dublín III, el hecho de la notoria vulneración de los derechos fundamentales de los refugiados, así como las deficiencias en el proceso de examen del asilo, llevan a que España deba considerar a Grecia no responsable del estudio de la solicitud de protección internacional.

⁸⁷ *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, sent. cit., apartados 254 y 263.

⁸⁸ STJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2011, *N.S. y otros c. Secretary of State for the Home Department y otros*, C-411/10 y C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, apartado 106.

⁸⁹ *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, sent. cit., apartados 342 y 359; STJUE (Gran Sala), de 14 de noviembre de 2013, *Bundesrepublik Deutschland c. Kaveh Puid*, C-4/11, ECLI:EU:C:2013:740, apartado 36.

⁹⁰ *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, sent. cit., apartado 353.

⁹¹ *N.S. y otros c. Secretary of State for the Home Department y otros*, sent. cit., apartado 105.

⁹² *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, sent. cit., apartados 360, 365 y 367.

Dictamen sobre la competencia de examen de Lituania

Al apreciarse que los derechos fundamentales de Zulma corren el riesgo de ser vulnerados en Grecia, el Estado español deberá de continuar analizando la lista de criterios para la determinación del Estado responsable para el examen de la solicitud⁹³. En este sentido, el art. 13 del Reglamento Dublín III establece que el Estado que deberá conocer de la demanda de protección internacional será aquel al cual primeramente se haya accedido de forma irregular mediante el cruce de la frontera proveniente de un Estado no perteneciente a la UE. En el caso de Zulma esta primera entrada en el territorio de la Unión se lleva a cabo en Lituania y desde Bielorrusia, el cual se considera un tercer país por no pertenecer a la UE.

De acuerdo con lo establecido en el mencionado art. 13, para poder en este caso declarar a Lituania competente para el examen deberá probarse que la entrada se produjo mediante el cruce irregular de su frontera y sin que hayan transcurrido más de 12 meses.

Con el fin de facilitar la prueba de dichas entradas, el Reglamento (UE) 603/2013⁹⁴ ha creado el sistema de Eurodac para la mejor aplicación del Reglamento Dublín III. Se trata de una base de datos centralizada que contiene un registro de huellas dactilares de extranjeros, permitiendo la comparación de las huellas de los solicitantes de protección internacional⁹⁵ por parte de los Estados miembros y de las agencias policiales como Interpol, que también tendrán acceso a dicha base de datos de acuerdo con el art. 1.2 del Reglamento (UE) 603/2013.

El principal objetivo de este sistema sería evitar el “*shopping de asilo*”, consistente en la realización de múltiples solicitudes de protección internacional en diversos Estados miembros, y las situaciones en las que ningún Estado quiere hacerse cargo del examen de una solicitud de asilo, conocido como “*refugiados en órbita*”⁹⁶.

De acuerdo con el art. 9.1 del Reglamento (UE) 603/2013 de Eurodac, se deberán tomar las huellas de los extranjeros en el momento de presentar la solicitud de protección internacional. El art. 14.1 del citado texto, extiende esta obligación a las autoridades que hayan interceptado extranjeros cruzando irregularmente una frontera de la UE sin ser automáticamente expulsado o si permanecen sin custodia en dicho Estado a la espera de su devolución. En el caso de Zulma, las autoridades lituanas al detenerla en el momento del cruce de frontera han tomado sus huellas, por lo tanto y de acuerdo con el sistema Eurodac, éstas deberían obrar en la base de datos, siendo esto prueba suficiente de que su primera entrada en el territorio de la Unión ha tenido lugar a través del país Báltico.

⁹³ *Bundesrepublik Deutschland c. Kaveh Puid, sent. cit.*, apartado 33; *N.S. y otros c. Secretary of State for the Home Department y otros, sent. cit.*, apartado 107.

⁹⁴ Reglamento (UE) 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n.º 604/2013, por el que se establecen 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, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia, DO L 180, 29.6.2013.

⁹⁵ BLASI CASAGRAM, C., “Límites del derecho europeo de protección de datos en el control de fronteras de la UE”, *Revista CIDOB d'afers internacionals*, n.º 111, diciembre 2015, p. 132.

⁹⁶ *Ibidem*.

En cuanto a la entrada de Zulma en Lituania, tal y como se indica en el caso su entrada es irregular, cumpliéndose así el requisito relativo al cruce de frontera exigido por el art. 13.1 del Reglamento Dublín III. A tenor de lo establecido en el art. 5 del Código de fronteras de Schengen, la irregularidad de la entrada podría deberse tanto al incumplimiento de la obligación de cruzar las fronteras exteriores a través de los puestos fronterizos, como del incumplimiento de alguno de los requisitos exigidos en cuanto a documentación o ausencia de causas de denegación como, por ejemplo, que el visado no sea válido para la entrada en Lituania, lo cual es un dato no aportado en el caso.

Finalmente, en cuanto al plazo temporal de 12 meses para solicitar asilo desde la entrada en el territorio de la UE, entendemos que este no se ha rebasado ya que, de acuerdo con los datos del caso, han transcurrido dos días entre el cruce de frontera y detención y su llegada al aeropuerto de Madrid-Barajas.

En resumen, como se ha considerado que en Grecia los derechos fundamentales de Zulma podrían ser vulnerados, en virtud del art. 3.2 del Reglamento Dublín III, Lituania sería responsable del examen de la solicitud de protección internacional.

Dictamen sobre la competencia de examen de Bielorrusia

Como es bien conocido, Bielorrusia no es un Estado miembro de la UE y, por lo tanto, las disposiciones del Reglamento Dublín III no le resultarán vinculantes. De este modo, Bielorrusia no será competente para conocer de la solicitud presentada en España.

Sin embargo, cabe destacar que el art. 3.3 del Reglamento Dublín III permite que las autoridades envíen al solicitante de protección internacional a un tercer país seguro en los términos establecidos en la Directiva 2013/32/UE⁹⁷, independientemente de que un Estado de la UE haya aceptado su responsabilidad en el examen de la solicitud y siempre que éste se lleve a cabo⁹⁸. Además, el art. 39.1 de la citada Directiva permite que los Estados miembros no examinen la solicitud de protección internacional cuando se pruebe la entrada ilegal del extranjero en el territorio de la UE desde un tercer país seguro. Esto podría ser de aplicación al caso de Zulma si Bielorrusia resulta tener la consideración de seguro. El hecho de que solo se haga referencia a Estados con la calificación de seguros es una manifestación del principio de *non-refoulement*⁹⁹.

De acuerdo con el art. 38 de la Directiva 2013/32/EU, se considera que un Estado es seguro cuando se respetan los derechos fundamentales inderogables de las personas y se garantiza la posibilidad de solicitud de asilo y el respeto al principio de no devolución. En el caso planteado, Zulma no podrá ser devuelta a Bielorrusia pues este país no cumple con el tercero de los requisitos adicionales que exige el art. 39.2 de la Directiva a los Estados europeos para considerarse seguros, a saber:

- La ratificación y aplicación de la Convención de Ginebra.
- La regulación mediante ley de la institución del asilo.
- La ratificación y aplicación del CEDH.

⁹⁷ 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, 29.6.2013.

⁹⁸ STJUE (Sala 4ª), de 17 de marzo de 2016, *Caso Shiraz Baig Mirza c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-695/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:188, apartado 53.

⁹⁹ MORGADES GIL, S., *op. cit.*, p. 235.

Bielorrusia no es un Estado miembro del Consejo de Europa y, en consecuencia, tampoco ha ratificado el CEDH. De este modo, no se puede considerar que Bielorrusia sea un tercer país seguro en el sentido de la legislación europea. Además, el TEDH ha considerado que en caso de devoluciones de extranjeros a dicho Estado, los derechos fundamentales de éstos no quedan garantizados, pronunciándose este Tribunal en contra de las extradiciones a este país¹⁰⁰. En consecuencia, serán los Estados miembros de la UE los que tengan que estudiar la solicitud de protección internacional de Zulma.

Dictamen sobre la competencia de examen de España

Como se ha comprobado, de acuerdo con los criterios de determinación del Estado responsable para examinar la solicitud de protección internacional, España no sería competente pues el encargado sería Lituania, ya que en el caso de que Zulma fuese devuelta a Grecia sus derechos fundamentales podrían ser vulnerados. Sin embargo, existe una excepción a la aplicación de los citados criterios recogida en el art. 17.1 del Reglamento Dublín III, a saber: el Estado ante el que se presenta la solicitud podrá, de motu proprio, conocer de la demanda de protección asumiendo así todas las responsabilidades derivadas de dicho examen, aun cuando conforme a los criterios del Reglamento sea otro el Estado responsable. Esa excepción es la que se conoce como cláusula de soberanía¹⁰¹.

Teniendo en cuenta esta cláusula puede afirmarse que España, al ser el país en el que Zulma presenta su solicitud de protección internacional, podría ser competente para conocer de la misma si decidiese aplicar lo establecido en la cláusula de soberanía.

Cuestión II apartado b

Dictamen acerca de cada una de las solicitudes de protección internacional presentadas en el caso.

Dictamen sobre la solicitud de Maihla

La solicitud de protección internacional de Maihla se basa en el temor a una grave vulneración de sus derechos fundamentales como consecuencia de los abusos sufridos por las mujeres en Nigeria.

Para poder considerar la existencia de un grupo social basado en el género a efectos de otorgarles protección internacional, deberán existir actos de persecución en contra de sus integrantes en el sentido del art. 6.2 de la Ley del Asilo¹⁰², pues el hecho de ser mujer no determina automáticamente la pertenencia a un grupo objeto de protección de acuerdo

¹⁰⁰ STEDH (sección 5ª), de 2 de septiembre de 2010, *Y.P. y L.P. c. Francia*, demanda nº 32476/2006, apartado 67.

¹⁰¹ *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, *sent. cit.*, apartado 339.

¹⁰² “Los actos de persecución definidos en el apartado primero podrán revestir, entre otras, las siguientes formas:

- a) actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual;
- b) medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o que se apliquen de manera discriminatoria;
- c) procesamientos o penas que sean desproporcionados o discriminatorios;
- d) denegación de tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o discriminatorias;
- e) procesamientos o penas por la negativa a prestar servicio militar en un conflicto en el que el cumplimiento de dicho servicio conllevaría delitos o actos comprendidos en las cláusulas de exclusión establecidas en el apartado segundo del artículo 8 de esta Ley;
- f) actos de naturaleza sexual que afecten a adultos o a niños.”

con el art. 7.1 de la citada Ley. En este sentido será necesario que el amparo brindado por las autoridades nacionales del Estado de origen a las mujeres sea inútil o inexistente, permitiéndose así que dichas conductas lesivas se lleven a cabo con total impunidad¹⁰³.

En este sentido, el TS ha afirmado en diversas ocasiones que se debe considerar la existencia de una persecución cuando se produce una marginación social, jurídica y política de las mujeres que suponga una vulneración de sus derechos más básicos¹⁰⁴. Del mismo modo, el hecho de forzar a una mujer a contraer un matrimonio indeseado¹⁰⁵, así como la mutilación que ocasione una lesión a su integridad física también se considerarán persecuciones. En otras palabras, las mujeres provenientes de Estado en los que se infrinja el principio de igualdad, manteniéndolas en un estatus legal inferior al del hombre, y de ello se deriven frecuentes ataques a sus derechos fundamentales inderogables, como el derecho a la integridad, sin que exista una protección eficaz frente a dichos actos podrán obtener el estatuto de asiladas en España¹⁰⁶.

Las situaciones vividas por Maihla referentes al matrimonio forzoso y la práctica de la mutilación genital, así como la ausencia de diversos derechos civiles que la protejan frente a dichos actos han sido calificadas por el TS en su sentencia 2781/2009 de 11 de mayo¹⁰⁷ como frecuentes en Nigeria gracias a los datos aportados por el ACNUR. Por lo tanto, se ha acreditado que se trata de prácticas ampliamente extendidas en el país entre sujetos particulares con el consentimiento del Estado, el cual no proporciona instrumentos para combatirlas o defender a las mujeres que las sufren. En conclusión, de acuerdo con lo expuesto Maihla obtendría el estatus de asilada en España.

Dictamen sobre la solicitud de Kouassi

Como apuntamos anteriormente, dentro del ámbito de la protección internacional pueden distinguirse, en función de los requisitos para su concesión y su objeto de protección, el régimen del asilo y el de la protección subsidiaria¹⁰⁸. La principal diferencia entre ambos estatutos es el requisito del carácter individualizado de la persecución pues, de acuerdo con los arts. 13 y 14 de la Ley del Asilo, tanto los agentes perseguidores como los de protección son comunes a ambos regímenes. Como consecuencia de las diferentes esferas que abarcan, el hecho de que no se reúnan los requisitos para la concesión del asilo no impide que se conceda la protección subsidiaria¹⁰⁹, pues se podrá solicitar la segunda de forma supletoria al primero.

¹⁰³ STS 4013/2011 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª), de 15 de junio de 2011, ECLI: ES:TS:2011:4013, FJ. 4º.

¹⁰⁴ STS 2781/2009 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 5ª), de 11 de mayo de 2009, ECLI: ES:TS:2009:2781, FJ. 3º; STS 277/2008 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 5ª), de 31 de enero de 2008, ECLI: ES:TS:2008:277, FJ. 5º; STS 4592/2005 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 5ª), de 7 de julio de 2005, ECLI: ES:TS:2005:4592, FJ. 4º.

¹⁰⁵ STS 4013/2011, *sent. cit.*, FJ. 4º; STS 2781/2009, *sent. cit.*, FJ. 3º; STS 277/2008, *sent. cit.*, FJ. 5º.

¹⁰⁶ STS 4013/2011, *sent. cit.*, FJ. 4º.

¹⁰⁷ STS 2781/2009, *sent. cit.*, FJ. 3º.

¹⁰⁸ STJUE (Gran Sala) de 2 de marzo de 2010, *Caso Aydin Salahadin Abdulla y otros c. Bundesrepublik Deutschland*, C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, ECLI:EU:C:2010:105, apartado 78; STS 5908/2012 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª), de 21 de septiembre de 2012, ECLI: ES:TS:2012:5908, FJ. 5º; STS 124/2016, *sent. cit.*, FJ. 4º.

¹⁰⁹ STS 3847/2012 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª), de 23 de mayo de 2012, ECLI: ES:TS:2012:3847, FJ. 10º; STS 6780/2005 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 5ª), de 4 de noviembre de 2005, ECLI: ES:TS:2005:6780, FJ. 4º.

Para la concesión del asilo es necesaria una persecución individualizada en el sujeto demandante de la protección internacional, en consecuencia, será fundamental el análisis del relato del solicitante a la hora de valorar la concesión¹¹⁰. Ante una situación de conflicto armado como la que describe Kouassi, y de conformidad con el art. 3 de la Ley del Asilo, solo se concederá el estatuto de asilado si se da la citada persecución derivada de la pertenencia a un grupo racial, religioso, político u otros tipos de grupos sociales. En caso contrario no podrá concederse este régimen de protección por la mera existencia de violencia generalizada¹¹¹. Del relato de Kouassi no se puede entender que exista algún tipo de persecución individualizada en los términos previamente definidos, por lo tanto no reúne los requisitos para ser un asilado en España.

En el caso de la protección subsidiaria no es necesaria la existencia de dicha persecución individualizada. Para la concesión de este régimen será suficiente con el análisis de la situación general en la región de origen, bastando con la existencia de un temor fundado a sufrir daños graves en caso de retorno¹¹². Habrá que centrarse sobre todo en las posibles vulneraciones de derechos a sufrir en caso de devolución o en la forma en la que un conflicto armado afecta a la población civil, pasando la historia personal del extranjero a un segundo plano¹¹³.

A diferencia del asilo, en la protección subsidiaria el demandante no tendrá que probar obligatoriamente la existencia de amenazas a su vida o integridad física y moral, sino que será el Estado que estudie la solicitud quien deberá apreciarlas¹¹⁴. En este sentido, para la concesión de la protección será importante que el ACNUR emita un informe en el que constate la situación declarada por el solicitante. A la hora de valorar la gravedad de la situación se tendrá en cuenta la localización geográfica de la fuente del temor y el lugar al que el demandante de protección sería devuelto, así como la existencia de indicios de peligro real¹¹⁵.

En cuanto a la historia de Kouassi, como se ha apuntado deberá valorarse si existe la probabilidad suficiente de sufrir los daños que permiten obtener la protección internacional en caso de retorno. Entre las vulneraciones de derechos que el art. 10 de la Ley del Asilo protege mediante la concesión de la protección subsidiaria se encuentran:

- la ejecución de una pena de muerte;
- el sometimiento a tortura o trato degradante;
- las amenazas a los derechos a la vida e integridad de las personas derivadas de una situación de un enfrentamiento interno o internacional en la región. Esta última afectación sería la que se ajusta a la narración de Kouassi.

¹¹⁰ STS 818/2014 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª), de 6 de marzo de 2014, ECLI: ES:TS:2014:818, FJ. 4º; STS 4631/2012 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª), de 29 de junio de 2012, ECLI: ES:TS:2012:4631, FJ. 3º; STS 4565/2012 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª), de 22 de junio de 2012, ECLI: ES:TS:2012:4565, FJ. 4º; STS 3847/2012, *sent. cit.*, FJ. 10º; entre otras.

¹¹¹ STS 4565/2012, *sent. cit.*, FJ. 4º.

¹¹² Art. 4, Ley del Asilo.

¹¹³ STS 124/2016, *sent. cit.*, FJ. 4º; STS 4608/2015 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª), de 4 de noviembre de 2015, ECLI: ES:TS:2015:4608, FJ. 5º; STS 818/2014, *sent. cit.*, FJ. 4º; STS 5908/2012, *sent. cit.*, FJ. 5º; STS 4631/2012, *sent. cit.*, FJ. 3º; STS 4565/2012, *sent. cit.*, FJ. 4º; STS 3847/2012, *sent. cit.*, FJ. 10º; entre otras.

¹¹⁴ STJUE (Gran Sala), de 17 de febrero de 2009, *Meki Elgafaji y Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, C-465/07, ECLI:EU:C:2009:94, apartado 43.

¹¹⁵ *Ibidem*, apartado 40.

En este punto conviene definir qué se debe entender por conflicto armado. El TJUE ha afirmado que la definición del mismo no será coincidente con la que da el Derecho Internacional Humanitario. Éste último solo otorga protección a aquellas personas que se encuentren en el territorio donde tiene lugar el conflicto, esto es así porque los fines que persigue el Derecho Internacional Humanitario son diferentes a los de la protección que brinda la institución del refugio¹¹⁶.

El TJUE ha afirmado que ante la ausencia de definición debe recurrirse al concepto común imperante en el lenguaje corriente¹¹⁷. En este sentido se entenderá por conflicto “una situación en la que las tropas regulares de un Estado se enfrenten a uno o varios grupos armados o en las que dos o más grupos armados se enfrenten entre sí”¹¹⁸. El TJUE además exige que la violencia derivada de dicho conflicto sea indiscriminada, entendiéndose como tal la que se ejerce contra cualquier persona, sin considerar su identidad o situación personal, de tal modo que en caso de devolución al territorio de conflicto el riesgo de sufrir vulneraciones graves de derechos fundamentales sea elevado¹¹⁹. Esta situación encaja con la descrita por Kouassi.

En estos conflictos el agente perseguidor podrá ser cualquiera de los enumerados en el art. 13 de la Ley del Asilo¹²⁰. En el caso narrado los enfrentamientos violentos tendrían lugar entre grupos armados particulares cumpliéndose la exigencia de que las autoridades estatales no ofrecen protección a la población civil¹²¹, y sin que conste la existencia de ningún tipo de agente de protección. Todas las circunstancias de violencia se valorarán independientemente del nivel de organización de los bandos o de la duración del conflicto¹²².

Al margen de lo anterior, cabe apuntar que no todos los conflictos armados darán lugar a la concesión de la protección subsidiaria a los individuos que la soliciten, sino que será necesario que dicho conflicto afecte de forma grave a los derechos fundamentales de la vida e integridad de las personas. Los actos violentos enumerados en el caso derivados del conflicto armado y ante la inactividad de las autoridades afectan claramente a los citados derechos, suponiendo un peligro grave para Kouassi su devolución a Burundi. En consecuencia, se cumplen todos los requisitos del art. 4 de la Ley del Asilo para que le sea otorgado el estatuto de la protección subsidiaria en España.

Dictamen sobre la solicitud de Said

En el caso de Said, para determinar si puede beneficiarse del estatuto de refugiado, primero deberá analizarse si un colectivo basado en la orientación sexual de sus individuos se puede considerar un grupo social objeto de protección. El art. 3 de la Ley del Asilo, al definir la condición de refugiado, cita como un posible grupo susceptible de

¹¹⁶ STJUE (Sala Cuarta), de 30 de enero de 2014, *Aboubacar Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux Apatrides*, C-285/12, ECLI:EU:C:2014:39, apartado 23 y 24.

¹¹⁷ *Ibidem*, apartado 28.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Meki Elgafaji y Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, *sent. cit.*, apartados 34 y 35.

¹²⁰ “Los agentes de persecución o causantes de daños graves podrán ser, entre otros:

- a) el Estado;
- b) los partidos u organizaciones que controlen el Estado o una parte considerable de su territorio;
- c) agentes no estatales, cuando los agentes mencionados en los puntos anteriores, incluidas las organizaciones internacionales, no puedan o no quieran proporcionar protección efectiva contra la persecución o los daños graves.”

¹²¹ STS 4608/2015, *sent. cit.*, FJ. 5º.

¹²² *Aboubacar Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux Apatrides*, *sent. cit.*, apartados 30 y 34.

amparo a los basados en la orientación sexual. Sin embargo, el art. 7.1.e de la misma Ley matiza que esta consideración como grupo dependerá de las circunstancias del Estado de origen del individuo. En este sentido dicho artículo establece que para poder hablar de grupo social deben de cumplirse dos requisitos:

- Los miembros que lo conforman deben de tener alguna característica común totalmente irrenunciable. En este caso la orientación sexual se considera un trazo de la personalidad fundamental que no puede ser cambiado de ninguna forma¹²³.
- El colectivo debe ser apreciado en el país de origen como un grupo diferenciado del resto de la sociedad¹²⁴. De acuerdo con jurisprudencia constante, el hecho de que exista una legislación penal que castiga específicamente la homosexualidad permite considerar que estas personas constituyen un grupo diferenciado¹²⁵.

En cuanto a los actos de persecución en los que se basen los temores del demandante de asilo, sería necesario probar que son llevados a cabo por parte de las autoridades argelinas, o al menos que dichas autoridades consienten su realización por parte de sujetos particulares¹²⁶. En ambos casos deben traer causa en la orientación sexual del individuo. De no cumplirse estos términos no estaríamos ante una persecución ni un agente perseguidor válidos en el sentido en el que los definen los arts. 6 y 13 de la Ley del Asilo.

El TJUE, en el asunto *Minister voor Immigratie en Asiel contra X e Y y Z contra Minister voor Immigratie en Asiel*¹²⁷, entiende que la mera existencia de una legislación penal que tipifique la homosexualidad, sin aplicación en la práctica, no se debe considerar un acto de persecución lo suficientemente grave para encuadrarse en la definición del art. 6 de la Ley del Asilo. Solo se debe considerar que existe una persecución grave por parte de las autoridades susceptible de protección cuando los tribunales castigan efectivamente a los individuos aplicando las penas recogidas en dichos preceptos penales, pues en este caso se estaría vulnerando el derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH al constituir una sanción discriminatoria y excesivamente gravosa¹²⁸.

En este sentido el derecho a la vida privada y familiar deberá entenderse como la existencia de un ámbito particular y reservado frente al resto de la sociedad, incluyendo determinadas relaciones o vínculos del individuo que pueden no pertenecer a la esfera estrictamente doméstica¹²⁹. Este derecho no se encuadra dentro de los calificados como inderogables recogidos en el art. 15 CEDH, el cual hace referencia solamente a la protección del derecho a la vida, la prohibición de la tortura, de la esclavitud, y de la condena en ausencia de Ley, recogidos respectivamente en los arts. 2, 3, 4 y 7 CEDH. A pesar de ello, violaciones reiteradas en derechos fundamentales diferentes de estos últimos pueden considerarse una persecución de acuerdo con el art. 6 de la Ley del Asilo.

¹²³ STJUE (Sala 4ª) de 7 de noviembre de 2013, *Minister voor Immigratie en Asiel c. X e Y y Z c. Minister voor Immigratie en Asiel*, C-199/12 a C-201/12, ECLI:EU:C:2013:720, apartado 46.

¹²⁴ *Ibidem*, apartado 47.

¹²⁵ *Ibidem*, apartado 48; STS 296/2016 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª), de 5 de febrero de 2016, ECLI: ES:TS:2016:296, FJ. 4º; STS 376/2014 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª), de 12 de febrero de 2014, ECLI: ES:TS:2014:376, FJ. 4º.

¹²⁶ STS 235/2016 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª), de 1 de febrero de 2016, ECLI: ES:TS:2016:235, FJ. 3º; STS 1878/2014, *sent. cit.*, FJ. 5º.

¹²⁷ *Minister voor Immigratie en Asiel c. X e Y y Z c. Minister voor Immigratie en Asiel, sent. cit.*, apartado 61.

¹²⁸ *Minister voor Immigratie en Asiel c. X e Y y Z c. Minister voor Immigratie en Asiel, sent. cit.*, apartados 57 y 58; STS 296/2016, *sent. cit.*, FJ. 4º; STS 376/2014, *sent. cit.*, FJ. 4º.

¹²⁹ NARANJO DE LA CRUZ, R., *op. cit.*, p. 484.

Entre los datos aportados en el caso por Said consta que, a pesar de que la homosexualidad se encuentra tipificada en el código penal argelino, estas penas no se aplican en la práctica, lo cual también ha sido corroborado por el TS en su sentencia 296/2016 de 5 de febrero¹³⁰. Por lo tanto, y de acuerdo a lo previamente expuesto, no se puede considerar que exista una persecución por motivos de orientación sexual en Argelia susceptible de ser protegida mediante la concesión del estatuto de refugiado.

También cabría añadir que en el presente caso no existiría un agente perseguidor en los términos recogidos en el art. 13 de la Ley del Asilo. De acuerdo con lo expuesto anteriormente, se puede descartar tanto al Estado como a las organizaciones que lo controlan ante la falta de aplicación de la sanción penal, siendo el único agente posible los individuos particulares con el consentimiento de las autoridades.

En este caso el propio Said reconoce que nunca ha tenido el menor problema con las autoridades argelinas derivado de su condición sexual, por lo que no se entiende que ante el elevado temor haya preferido huir del país a denunciar a sus familiares, cuando esta sería la solución más rápida para obtener la protección deseada.

Por todo ello, se puede afirmar que nos encontramos ante un posible delito común de amenazas que tiene lugar en un ámbito familiar y privado sin que intervenga de ningún modo las autoridades tolerándolo¹³¹, pues éstas, ante la falta de denuncia, ni si quiera tenían constancia de los hechos. Además, en ningún momento Said ha declarado que tuviese algún tipo de temor a recurrir a las autoridades policiales o que éstas fuesen a adoptar una actitud pasiva como consecuencia de su orientación sexual¹³².

En conclusión, ante la ausencia de agente perseguidor válido y de persecución en la que fundar el temor a ser objeto de daños graves, en el caso de Said tanto el asilo como la protección subsidiaria deberán ser denegadas.

Dictamen sobre la solicitud de Zulma

En el caso de Zulma, para analizar el resultado de su solicitud de asilo emplearemos la Directiva europea 2011/95/UE sobre el reconocimiento de la protección internacional¹³³ en vez de la normativa española. Las disposiciones contenidas en la Directiva serán comunes y de obligatoria trasposición para los Estados de la UE, permitiendo alcanzar un resultado idéntico en todos ellos. Esta opción por el empleo de fuentes legislativas europeas se debe a que, como se indicó en el apartado primero de esta cuestión, son competentes para resolver sobre su solicitud de protección internacional Lituania (ante la amenaza de vulneración de derechos fundamentales en Grecia) o España si desea aplicar la cláusula de soberanía.

En este caso, y de acuerdo con la definición que se da del término refugiado en el art. 2.d de la Directiva, se reconocerá el Derecho al asilo a aquellas personas que sean perseguidas con motivo de sus opiniones políticas, como sería el caso de Zulma. El legislador europeo

¹³⁰ STS 296/2016, *sent. cit.*, FJ. 4º.

¹³¹ STS 1878/2014, *sent. cit.*, FJ. 5º; STS 5908/2012, *sent. cit.*, FJ. 4º.

¹³² STS 1878/2014, *sent. cit.*, FJ. 5º.

¹³³ 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 337, 20.12.2011.

considera en los arts. 9.1.a y 10.1.e del mencionado texto legal que se produce dicha situación cuando, a causa de tener opiniones contrarias al régimen del Estado o a los partidos que lo controlan o a sus actuaciones y políticas, se vulneran los derechos fundamentales de las personas que mantienen esta ideología. El TEDH ha afirmado que no es necesario que el solicitante de protección haya sufrido dichos daños, sino que será suficiente con que personas cercanas si los hayan padecido¹³⁴.

Zulma teme que en caso de retornar a su país se produzcan detenciones arbitrarias acompañadas de torturas por parte de los representantes estatales como consecuencia de su ideología contraria al gobierno de Turkmenistán. Estos hechos vulnerarían su derecho a la libertad y a la integridad. Nos encontramos ante un agente perseguidor que sería el propio Estado. En consecuencia, y a tenor de lo expuesto, se considera que se cumplen los requisitos para la concesión del asilo en cualquiera de los dos Estados europeos. En todo caso, y tal y como se ha indicado en la introducción a esta cuestión, será necesario que Zulma aporte prueba suficiente que justifiquen su relato.

Cuestión III apartado a

Determine 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?

Para poder acceder como personal funcionario a un empleo público a través de una oposición, como son los deseos de Maihla, existen una serie de requisitos generales que vienen recogidos en el art. 56 del Estatuto Básico del Empleado Público¹³⁵ (en adelante, EBEP). Estas mismas exigencias se contemplan para el caso concreto de las oposiciones al Cuerpo de la Administración General del Estado en la Orden APU/3416/2007¹³⁶. Dichos requisitos son:

- Tener nacionalidad española.
- Gozar de capacidad funcional suficiente.
- Ser mayor de 16 años y menor de la edad máxima de jubilación forzosa.
- No estar inhabilitado o haber sido separado de las funciones públicas mediante expediente disciplinario.
- Tener la titulación exigida en la convocatoria de la oposición.

En el presente caso, de acuerdo con el art. 62.2 EBEP, Maihla tendría que acreditar el cumplimiento de estos requisitos una vez superado el proceso selectivo y antes de producirse el nombramiento para el cargo público. Con este fin, al publicarse oficialmente la relación definitiva de aprobados se abrirá un plazo para que dichas personas puedan justificar el cumplimiento de las exigencias de la convocatoria, las cuales incluyen las anteriormente citadas¹³⁷.

¹³⁴ *Y.P. y L.P. c. Francia, sent. cit.*, apartado 73.

¹³⁵ 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 nº 261, de 1 de noviembre de 2015. Texto consolidado a fecha de 31 de octubre de 2015.

¹³⁶ Orden APU/3416/2007, de 14 de noviembre, por la que se establecen las bases comunes que regirán los procesos selectivos para el ingreso o el acceso en cuerpos o escalas para la Administración General del Estado, BOE nº 284, de 27 de noviembre de 2007.

¹³⁷ CANTERO MARTÍNEZ, J., “Artículo 62, adquisición de la condición de funcionario de carrera”, en QUINTANILLA NAVARRO (coord.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 563.

De no producirse dicha acreditación, y a pesar de haber superado todas las pruebas necesarias, Maihla quedaría excluida del procedimiento concursal al dejarse sin efecto todas las actuaciones llevadas a cabo hasta el momento¹³⁸. En otras palabras, la falta de acreditación de estos requisitos no puede ser subsanada con posterioridad al nombramiento, haciendo que este quede invalidado¹³⁹.

En consecuencia, Maihla puede presentarse a la oposición, pero deberá cumplir los requisitos con antelación suficiente para poder acreditarlos en el debido momento y así acceder posteriormente al empleo público como personal funcionario. Procedemos a continuación a analizar individualmente cada uno de estos requisitos para ver si Maihla cumple con ellos.

Requisito relativo a la nacionalidad

El art. 56.1.a EBEP establece que los candidatos al empleo público deben poseer la nacionalidad española. Esta es una de las múltiples manifestaciones en las que la nacionalidad condiciona la participación de los diferentes individuos de una sociedad en la vida pública del Estado¹⁴⁰. Sin embargo, este precepto debe ser matizado por el art. 57 del citado Estatuto que recoge una serie de situaciones en las que los extranjeros podrían concurrir a un proceso selectivo. Este sería el caso de nacionales de otros Estados pertenecientes a la UE o de terceros Estados con los que existan acuerdos de libre circulación de trabajadores ratificados por España.

A lo largo de la historia narrada en el caso, y ante la falta de datos que indiquen lo contrario, se puede presumir que Maihla mantiene su nacionalidad nigeriana de origen sin que disponga en ningún momento de otra nacionalidad de un Estado de la UE. En consecuencia, la joven no tendría la posibilidad de acceder al empleo público por no ser nacional española o europea y no existir tratados de libre circulación con Nigeria.

A la vista de esta situación, y sin que Maihla cambie su nacionalidad, habría dos opciones para poder trabajar en una administración pública:

- El art. 57.4 EBEP permite que el personal laboral de las administraciones públicas sean personas extranjeras con residencia legal. La residencia de Maihla en España es legal, pues en virtud del art. 36.1.c de la Ley del Asilo, los beneficiarios de protección internacional dispondrán de una autorización de residencia en España. Sin embargo, en el caso Maihla expresa su deseo de presentarse a una oposición, de lo cual se puede deducir que quiere acceder al empleo público como personal funcionario.
- De acuerdo con el art. 57.5 EBEP se podría eximir del cumplimiento del requisito de nacionalidad en virtud del interés general. Esta disposición es aplicable a extranjeros de cualquier nacionalidad¹⁴¹, sin embargo, es altamente improbable que esto suceda con Maihla ya que en su caso no concurre ninguna circunstancia especial que justifique dicho interés.

¹³⁸ LÁZARO, J.L., “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio (arts. 55 a 62)”, en DEL REY GUANTER, S. (dir.), *Comentario al Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2008, p. 700.

¹³⁹ CANTERO MARTÍNEZ, J., *op. cit.*, p. 496.

¹⁴⁰ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil*, Ed. Bercal, Madrid, 2016, p. 137.

¹⁴¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios”, en SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 406.

Descartadas estas dos vías, procedemos a analizar si Maihla podría obtener la nacionalidad española y así poder cumplir el requisito en el futuro.

El CC recoge en su Título I del Libro I las formas de acceder a la nacionalidad española, pudiéndose diferenciar entre la nacionalidad de origen, que es aquella que se obtiene con el nacimiento, y la nacionalidad derivativa, que será la adquirida con posterioridad al nacimiento. Dentro de esta nacionalidad derivativa se pueden diferenciar dos modalidades: la adquisición por opción y la naturalización, ésta última agrupa la obtención por carta de naturaleza y por residencia¹⁴². Finalmente existiría una última vía excepcional recogida en el art. 18 CC conocida como posesión de estado que otorga la nacionalidad española a quien, en virtud de una inscripción registral que incluso podría ser nula, se ha comportado de buena fe durante un plazo de 10 años como un español¹⁴³.

Descartada la obtención de origen de la nacionalidad, dentro de la adquisición derivativa tampoco se puede recurrir a la vía de la opción por no encontrarse Maihla en ninguno de los casos del art. 20.1 CC¹⁴⁴ ya que estos supuestos se reservan sobre todo para personas con una conexión especial con España y que por cualquier circunstancia no pudieron adquirir la nacionalidad de origen¹⁴⁵. Para el caso de Maihla también se debe descartar la posesión de estado ya que ni existe inscripción registral ni ha transcurrido un plazo de 10 años en el caso. En cuanto a la concesión por carta de naturaleza recogida en el art. 21.1 CC, tampoco resultaría aplicable en este caso pues la nacionalidad será otorgada de forma discrecional a aquellos individuos en los que concurra alguna circunstancia excepcional establecida por el poder ejecutivo, como puede ser el hecho de ser víctima de los atentados terroristas del 11 de marzo de 2004 en Madrid, ser voluntario de Brigadas Internacionales o pertenecer al grupo judío sefardí¹⁴⁶.

Una vez acreditado que Maihla no podrá obtener la nacionalidad española por las anteriores vías, su única opción sería la naturalización mediante la residencia, recogida en los arts. 21.2 y 22 CC. Para poder adquirir la nacionalidad por esta vía es necesario que el solicitante cumpla una serie de requisitos tanto relativos a la residencia como a su forma de vida en España. Estas exigencias, de acuerdo con el art. 22.3 CC, deben de ser cumplidas con anterioridad a la presentación de la solicitud y deberán ser declaradas por el demandante de nacionalidad pues, de acuerdo con el art. 220 del Reglamento de la Ley del Registro Civil¹⁴⁷, en su solicitud deberá indicar, entre otras cosas, el tiempo de residencia en España y si se encuentra en alguna de las circunstancias que permiten una reducción del tiempo de residencia, si puede hablar el idioma español, si tiene antecedentes penales o policiales, así como cualquier hecho que acredite la existencia de integración en la sociedad española.

¹⁴² LASARTE, C., *Parte general y Derecho de la persona*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 239.

¹⁴³ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho español de la nacionalidad: Estudio práctico*, Ed. Comares, Granada, 2011, p. 97.

¹⁴⁴ “Tienen derecho a optar por la nacionalidad española:

- a) Las personas que estén o hayan estado sujetas a patria potestad de un español.
- b) Aquellas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España.
- c) Las que se hallen comprendidas en el segundo apartado de los artículos 17 y 19.”

¹⁴⁵ LASARTE, C., *op. cit.*, p. 239.

¹⁴⁶ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R., *op. cit.*, p.144.

¹⁴⁷ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, BOE nº 296, de 11 de diciembre de 1958. Texto consolidado a fecha de 7 de noviembre de 2015.

El primero de los requisitos exigidos en esta modalidad de obtención de la nacionalidad es el relativo al tiempo de residencia. El art. 22.1 CC establece que, para el caso de los beneficiarios de protección internacional como Maihla, deberán mantener una residencia legal y continuada durante un plazo de 5 años. Este periodo comenzará a contarse, tal y como ha afirmado el TS, desde el momento en que la residencia en España es legal, manteniéndose esta legalidad necesariamente durante el tiempo anteriormente citado¹⁴⁸.

En relación con ello, cabe señalar que un extranjero residirá de forma legal en España cuando lo haga en virtud de los permisos habilitantes obtenidos de acuerdo con la normativa de extranjería¹⁴⁹. En este sentido, las personas a las que se les concede la protección internacional, como es el caso de Maihla, en virtud de los arts. 36.1.c de Ley del Asilo y 34.3 de la Ley de Extranjería, obtienen la autorización de residencia en España desde el momento en que dicho estatus de protección internacional les es reconocido.

En el caso planteado, Maihla hace ocho años que goza del estatuto de asilada en España, en consecuencia, todo este periodo de residencia ha sido legal y mayor a los cinco años requeridos.

Del mismo modo, la residencia debe ser continuada y efectiva, lo cual implica la existencia del domicilio y “*el desarrollo de las esferas personales, familiares, sociales, administrativas y demás que conforman el régimen de vida del interesado*” en España¹⁵⁰. Para el cómputo de la residencia continuada se permiten ausencias justificadas del territorio español¹⁵¹. Consideramos que del caso no se desprenden motivos que induzcan a pensar que la residencia de Maihla ha sido discontinua.

En cuanto a los requisitos exigibles al sujeto independientemente de la residencia, éstos harán referencia a su comportamiento y adaptación a la sociedad española. Los requisitos son: la buena conducta cívica, la integración en la sociedad y la ausencia de motivos de orden público o interés nacional que desaconsejen la concesión de la nacionalidad.

Primeramente, el art. 22. 4 CC exige que el extranjero tenga una buena conducta cívica. El Tribunal Constitucional define la buena conducta cívica como el comportamiento del individuo adaptado a los valores morales propios de la sociedad española incluyéndose en esta definición el comportamiento que tiene lugar en la esfera privada¹⁵². Es decir, la buena conducta cívica no es la mera ausencia de sanciones penales o administrativas, sino que es necesario que el solicitante cumpla con los deberes cívicos exigibles y muestre un mínimo respeto por el resto de la sociedad¹⁵³. En este examen de la conducta se atenderá

¹⁴⁸ STS 2947/2005 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 10 mayo de 2005, ECLI: ES:TS:2005:2947, FJ. 3º.

¹⁴⁹ *Ibidem*; STS 3618/2001 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 3 de mayo de 2001, ECLI: ES:TS:2001:3618, FJ. 5º.

¹⁵⁰ STS 3220/2010 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 9 junio de 2010, ECLI: ES:TS:2010:3220, FJ. 2º.

¹⁵¹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 145.

¹⁵² STC 114/1987 (Sala 2ª), de 6 de julio, ECLI:ES:TC:1987:114, FJ. 4º.

¹⁵³ STS 5043/2015 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 4 de diciembre de 2015, ECLI: ES:TS:2015:5043, FJ. 3º; STS 2673/2015 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 19 de junio de 2015, ECLI: ES:TS:2015:2673, FJ. 3º; STS 7608/2011 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 14 de noviembre de 2011, ECLI: ES:TS:2011:7608, FJ. 3º; STS 7316/2011 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 14 de noviembre de 2011, ECLI: ES:TS:2011:7316, FJ. 5º; STS 8200/2005 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 23 de noviembre de 2005, ECLI: ES:TS:2005:8200, FJ. 3º.

a las circunstancias personales teniendo en cuenta la trayectoria vital del sujeto en España, pudiéndose entender cumplido este requisito por una persona con antecedentes¹⁵⁴.

El TS ha establecido que es el solicitante el que debe acreditar la concurrencia de elementos probatorios de esta buena conducta cívica¹⁵⁵, correspondiendo a la Administración la aportación de pruebas que impidan la apreciación de dicho comportamiento¹⁵⁶. Algunos ejemplos de datos que pueden indicar una buena conducta social serían:

- El matrimonio con español.
- Trabajos regulares en España, afiliación a la SS y pago de impuestos.
- La participación en asociaciones y actividades sociales.
- Informes favorables del ministerio fiscal o el Encargado del Registro Civil¹⁵⁷.

También el TS ha concluido que se debe apreciar la existencia de buena conducta cívica cuando el extranjero goza de una vida familiar estable con domicilio familiar conocido, hijos escolarizados en España o cuando goza de una buena reputación cívica en su entorno¹⁵⁸. En cualquier caso, la prueba será de libre apreciación¹⁵⁹.

En cuanto a Maihla, del caso no se desprende ningún dato que pueda cuestionar la existencia de buena conducta cívica, por lo tanto, sería suficiente con la aportación de un informe favorable del Juez encargado del Registro Civil para entenderse cumplido este requisito. Además, puede entenderse que durante estos años Maihla ha podido tener o tiene algún tipo de trabajo para mantenerse a ella misma y a su hijo y que ha cumplido con todas sus obligaciones fiscales.

En este sentido, hay que mencionar que, según el art. 22.4 CC con la buena conducta cívica debe concurrir la existencia de un suficiente grado de integración del extranjero en la sociedad española. La doctrina¹⁶⁰ ha afirmado que nos serán comunes los motivos que justifican la existencia de ambos requisitos.

La integración social debe ser entendida como la adaptación de la vida del extranjero a los principios y valores que rigen la sociedad española, mayoritariamente recogidos en la Constitución Española¹⁶¹. Para justificar la existencia de integración efectiva es necesario que el demandante de nacionalidad acredite su existencia mediante la aportación de informes de diversa tipología que, como mínimo deberán acreditar la existencia de una serie de circunstancias, a saber:

¹⁵⁴ STS 3658/2016 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 18 de julio de 2016, ECLI: ES:TS:2016:3658, FJ. 3º; STS 7316/2011, *sent. cit.*, FJ. 5º; STS 8200/2005, *sent. cit.*, FJ. 4º.

¹⁵⁵ STS 5043/2015, *sent. cit.*, FJ. 3º; STS 4785/2008 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 22 de septiembre de 2008, ECLI: ES:TS:2008:4785, FJ. 5º; STS 3658/2016, *sent. cit.*, FJ. 3º; entre otras.

¹⁵⁶ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 158.

¹⁵⁷ *Ibidem.*, pp. 164-165.

¹⁵⁸ STS 7801/2009 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 18 de diciembre de 2009, ECLI: ES:TS:2009:7801, FJ. 2º; STS 5636/2005 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 28 de septiembre de 2005, ECLI: ES:TS:2005:5636, FJ. 4º.

¹⁵⁹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 160.

¹⁶⁰ *Ibidem.*, p. 162.

¹⁶¹ STS 6352/2010 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 5ª), de 26 de noviembre de 2010, ECLI: ES:TS:2010:6352 FJ. 2º.

- Comprensión y expresión oral en español aceptable¹⁶².
- Conocimientos básicos sobre el Estado español y sus instituciones.
- Justificar el interés en la adquisición de la nacionalidad española¹⁶³.

En el caso de Maihla, el hecho de haber obtenido el graduado escolar en España podría probar un elevado grado de integración en la sociedad pues le ha permitido conocer tanto el idioma español, como el funcionamiento de las instituciones del Estado.

A pesar de que se cumplan estos requisitos relativos a la residencia y forma de vida del extranjero, se podrá denegar la concesión de la nacionalidad española cuando concurren motivos de orden público o interés nacional de conformidad con el art. 21.2 CC. La apreciación de estos motivos para la denegación de la nacionalidad deberá estar razonada por la Administración. En este sentido, cabe subrayar que en el caso planteado no consta ningún hecho encuadrable en esta tipología.

En conclusión, Maihla estaría en disposición de solicitar y obtener la nacionalidad española por cumplirse todas las exigencias que vienen recogidas en la Ley.

Requisito relativo a la capacidad funcional

El art. 56.1.b EBEP hace referencia a que el candidato deberá disponer de las cualidades físicas o psíquicas necesarias para llevar a cabo el trabajo¹⁶⁴. Se viene exigiendo que la capacidad mínima de la persona sea compatible con el desempeño del trabajo, permitiéndose así la inclusión en los procesos selectivos de personas con cierto grado de discapacidad que no les resulte impeditiva tal y como establece el art. 59 EBEP.

En el caso planteado no consta que Maihla sufra ningún tipo de minusvalía física o psíquica y por tanto entendemos que supera este requisito.

Requisito relativo a la edad

La edad mínima para presentarse a una oposición, de acuerdo con el art. 56.1.c EBEP, es de dieciséis años y esta puede ser elevada hasta los dieciocho en determinados casos tal y como establece el art. 9.3 de la Orden APU/3416/2007. Teniendo en cuenta que al inicio de este supuesto Maihla tenía dieciséis años y han transcurrido ocho desde entonces, en el momento en que se produce su encuentro con Kouassi ella tiene veinticuatro años. En conclusión, Maihla supera el mínimo de edad legal y, debido a su juventud, no cabe plantearse que pueda superar la edad máxima de jubilación forzosa. Por todo ello consideramos que se cumple con este requisito.

Requisito relativo a la inhabilitación y separación del servicio público

Incumplirá este requisito quien haya sido separado de la función pública mediante expediente disciplinario o el condenado por resolución judicial a la inhabilitación especial o absoluta para empleos públicos¹⁶⁵. Ambas situaciones difieren en la duración, mientras la separación del servicio público tiene efectos para toda la vida de la persona sancionada,

¹⁶² STS 6982/2004 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 29 de octubre de 2004, ECLI: ES:TS:2004:6982, FJ. 3º.

¹⁶³ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, pp. 178-181.

¹⁶⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M., *op. cit.*, p. 407.

¹⁶⁵ *Ibidem.*, p. 408.

la inhabilitación solo durará el plazo de tiempo establecido en la condena¹⁶⁶. El efecto excluyente de este requisito se extiende a los extranjeros que en su país de origen se encontrasen en situaciones análogas de conformidad con el art. 56.1.d EBEP.

En el presente caso no existe constancia de que Maihla se encuentre en alguno de estas situaciones.

Requisito relativo a la titulación exigida

El art. 9.5 de la Orden APU/3416/2007 establece que el candidato debe contar con la formación académica necesaria que se establezca en las bases específicas de la oposición, siendo ésta la que más se ajuste a las competencias necesarias para el desarrollo del trabajo¹⁶⁷. Tal y como apunta la doctrina¹⁶⁸, el candidato deberá estar en disposición del título exigido o haberlo solicitado, no admitiéndose la mera superación de las pruebas que permitan obtenerlo.

En el caso, Maihla dice que la oposición a la que se desea presentar es la acorde a su grado de formación, es decir, en la convocatoria solo se exigiría la tenencia del graduado escolar y, como se señala en el supuesto, ella dispone de dicho título habiéndolo obtenido en España. Por lo tanto, Maihla cumple con este requisito.

En conclusión, para que Maihla pueda formar parte del cuerpo de funcionarios de la Administración Pública deberá tratar de obtener la nacionalidad española vía naturalización por residencia. Deberá cumplir este requisito con anterioridad a su nombramiento para el cargo público, lo cual tendrá lugar una vez haya superado las pruebas de la oposición.

Cuestión III apartado b

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

En esta cuestión lo que se plantea es si el hijo de Maihla es español de origen o, por el contrario y al igual que su madre, deberá obtener la nacionalidad mediante naturalización, es decir, en un momento posterior al del nacimiento¹⁶⁹.

El principal criterio de atribución de la nacionalidad española de origen viene recogido en el art. 17.1.a CC y es el conocido como *ius sanguinis*. Esta modalidad permite adquirir la nacionalidad cuando al menos uno de los progenitores es español e independientemente del lugar de nacimiento¹⁷⁰. Tanto Maihla como el padre del hijo de ésta poseen la nacionalidad nigeriana, por lo tanto la opción de adquirir la nacionalidad mediante el *ius sanguinis* debe ser descartada.

¹⁶⁶ PÉREZ GÓMEZ, J.M., “Art. 56, requisitos generales”, en QUINTANILLA NAVARRO (coord.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 502.

¹⁶⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M., *op. cit.*, p. 409.

¹⁶⁸ PÉREZ GÓMEZ, J.M., *op. cit.*, p. 504.

¹⁶⁹ LASARTE, C., *op. cit.*, p. 236.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 237.

En cuanto a la segunda forma de adquirir la nacionalidad de origen, esta es la conocida como *ius soli*. Esta modalidad tiene un carácter residual respecto al *ius sanguinis*¹⁷¹ y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 17.1 apartados b, c y d CC, se relaciona la obtención de la nacionalidad con el nacimiento en territorio español. Por lo tanto, el primer requisito será la prueba de que el alumbramiento se ha producido en España¹⁷², lo cual es fácilmente demostrable en el caso de que se haya realizado la inscripción del nacimiento en el Registro Civil.

En este punto cabe señalar que, de acuerdo con la el art. 9 de la Ley 20/2011 del Registro Civil¹⁷³, independientemente de la nacionalidad del hijo o de la de sus progenitores, el nacimiento podría inscribirse en el Registro Civil ya que tendrán acceso al mismo los hechos que afectan a extranjeros y que hayan tenido lugar en territorio español. En este sentido, el art. 4.1 de la citada Ley considera que el nacimiento es un hecho inscribible. Sin embargo, dicho acceso al Registro Civil no implicará la adquisición de la nacionalidad por parte del recién nacido, pues esta inscripción no tiene carácter constitutivo¹⁷⁴.

La concesión de la nacionalidad española por *ius soli* solo será posible en una serie de casos concretos recogidos en el art. 17 CC. En este sentido se descarta la aplicación de los apartados 17.1.b¹⁷⁵ y 17.1.d¹⁷⁶ CC pues los padres del menor no han nacido en España y la filiación está perfectamente determinada. Sin embargo, se pueden plantear dudas en cuanto al apartado 17.1.c CC¹⁷⁷ pues, aunque los padres tienen la nacionalidad nigeriana, cabría la posibilidad de que el hijo no la adquiriese. Esta situación sería posible si el Derecho nacional nigeriano no reconociese el *ius sanguinis* como forma de adquirir la nacionalidad, haciendo que los descendientes de nigerianos que hayan nacido fuera del Estado sean apátridas.

A través del citado precepto, el Estado español da cumplimiento a la obligación internacional de especial protección de apatridia de menores. En este sentido cabe citar los arts. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷⁸ y 7 de la Convención de los Derechos del Niño¹⁷⁹, de los que España es parte, en virtud de los cuales se reconoce el Derecho de los menores a tener una nacionalidad.

¹⁷¹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 48.

¹⁷² *Ibidem.*, p. 66.

¹⁷³ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, BOE nº 175, de 22 de julio de 2011. Texto consolidado a fecha de 14 de julio de 2015.

¹⁷⁴ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R., *op. cit.*, p. 137.

¹⁷⁵ “1. Son españoles de origen: ...

b) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España.”

¹⁷⁶ “1. Son españoles de origen: ...

d) Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español.”

¹⁷⁷ “1. Son españoles de origen: ...

c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad.”

¹⁷⁸ Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Ratificado por España mediante instrumento de ratificación de 27 de abril de 1977, BOE nº 103, de 30 de abril de 1977.

¹⁷⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, hecho en Nueva York, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Ratificado por España mediante instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990, BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1990.

Para adquirir la nacionalidad española por esta vía es necesario probar que el ordenamiento del Estado de los progenitores no atribuye la nacionalidad al menor¹⁸⁰, pues por el hecho de ser descendiente de un asilado no se tiene por qué ser apátrida¹⁸¹. De acuerdo con el art. 91 Reglamento de la Ley del Registro Civil, se llevará a cabo dicha prueba de la legislación extranjera bien mediante una certificación consular o bien mediante declaración de un Notario español conocedor del cuerpo jurídico extranjero. Sin embargo, lo más frecuente en estos casos es el recurso a la experiencia anterior de la Dirección General de los Registros y el Notariado (en adelante, DGRN)¹⁸² plasmada en sus resoluciones. Estas resoluciones, a pesar de no tener la consideración de jurisprudencia, tienen una gran importancia práctica pues orientan las interpretaciones del derecho por parte de los encargados de los Registros Civiles¹⁸³.

En el caso concreto de la legislación nigeriana, de acuerdo con diversas resoluciones de la DGRN¹⁸⁴, la nacionalidad se transmite *iure sanguinis* y, por tanto, serán nacionales nigerianos desde el momento de su nacimiento, no produciéndose situaciones de apatridia. En esta misma doctrina de la DGRN, también se apunta que en el caso de nacionales de Nigeria no será necesario la inscripción en el registro consular para que el recién nacido adquiriera dicha nacionalidad.

En conclusión, el hijo de Maihla, a pesar de haber nacido en Madrid tendrá nacionalidad nigeriana y no española, esto es, no es español de origen. En cualquier caso, por el hecho de haber nacido en territorio español, el hijo de Maihla podrá obtener la nacionalidad por la vía de la naturalización del art. 22.2.a CC que exige una residencia por un plazo reducido de 1 año con los requisitos explicados en la cuestión anterior para el caso de la adquisición de la nacionalidad española por Maihla. En este caso, se deberá probar el nacimiento en España, para lo cual será suficiente con la existencia de la inscripción de nacimiento en el Registro Civil¹⁸⁵ tal y como hemos indicado con anterioridad.

¹⁸⁰ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 85.

¹⁸¹ *Ibidem.*, p. 75.

¹⁸² *Ibidem.*, p. 86.

¹⁸³ *Ibidem.*, p. 45.

¹⁸⁴ RDGRN (95ª), de 4 de noviembre 2013, sobre supresión de anotación en inscripción de nacimiento, JUR 2014/218190, FJ. 5º; RDGRN (6ª), de 4 de junio de 2009, sobre declaración de nacionalidad española, JUR 2010/316135, FJ. 3º; RDGRN (4ª), de 12 de marzo de 2007, sobre declaración de nacionalidad española, JUR 2008/169655, FJ. 3º; entre otras.

¹⁸⁵ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., “El status jurídico del hijo de extranjeros nacido en España. Nacionalidad y normativa de extranjería”, *Anales de Derecho*, nº 22, 2004, p. 229.

Conclusiones

Una vez desarrolladas las diferentes cuestiones suscitadas a raíz de la conducta delictual llevada a cabo por parte de José, de la solicitud de protección internacional por parte de Maihla, Kouassi, Said y Zulma, y del acceso al empleo público por parte de Maihla, así como la posibilidad de ésta y de su hijo de obtener la nacionalidad española, conviene realizar síntesis de los principales puntos tratados en el desarrollo del caso planteado.

Tras el análisis realizado del CP, la LOPJ y las acciones de José durante el viaje a España de Maihla y Kouassi puede concluirse que:

- El delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, tipificado en el art. 318 bis CP, castiga las conductas de ayuda a la entrada o tránsito irregular en el territorio español. Se entenderá por irregular aquella entrada que infrinja las disposiciones de la Ley de Extranjería, esto implicará que la entrada deberá realizarse de un modo subrepticio o fraudulento. Teniendo en cuenta el existente debate doctrinal tras la reforma del año 2015, consideramos que el art. 318 bis sigue siendo un delito de mera actividad, por lo tanto bastará con la realización de un acto de ayuda por parte del sujeto activo. En el presente caso, se entenderá cometido dicho ilícito por José respecto del viaje de Maihla, apreciándose los agravantes derivados de la existencia ánimo de lucro y peligro para la vida o causación de lesiones graves. En cuanto a Kouassi, no se producirá un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros pues su entrada se realiza de acuerdo con las disposiciones de la Ley Extranjería.
- El delito de robo con intimidación, tipificado en los arts. 237 y 242 CP, se cometerá cuando se produzca una apropiación injusta del patrimonio mueble ajeno mediante el recurso a una intimidación dolosa. Para su comisión, a diferencia de las amenazas condicionales, el sujeto activo deberá apoderarse del bien en el momento del anuncio del mal, sin que la amenaza sea de futuro. Por otra parte, a diferencia de la extorsión deberá producirse la mera entrega o apropiación sin que haya una mayor trascendencia jurídica en el acto. En el caso de José, este cometerá el delito pues obtiene el dinero de Kouassi ante la amenaza de huir en ese mismo momento con los pasaportes de ambos inmigrantes dejándolos indocumentados en un Estado extranjero lo cual, y teniendo en cuenta sus circunstancias personales, supone una intimidación suficiente a efectos de esta modalidad del delito de robo.
- Los tribunales penales españoles estarán dotados de la jurisdicción necesaria para conocer del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros independientemente de dónde se cometa y de la nacionalidad del sujeto activo. Esto es así pues se superan los límites objetivos del art. 9.3 LOPJ y 10 Ley de Enjuiciamiento Criminal por ser un delito tipificado en España, además ante la falta de datos contrarios se presume que no existen límites subjetivos y, finalmente, supera los límites territoriales pues en virtud del principio de jurisdicción universal recogido en el art. 23.4 LOPJ los tribunales penales españoles estarán dotados de jurisdicción para conocer del citado delito.
- En cuanto al delito de robo con intimidación, teniendo en cuenta las circunstancias relatadas en el caso, los tribunales españoles no estarán dotados de jurisdicción para su conocimiento en caso de que José no sea nacional español por no superar la limitación territorial del art. 23 LOPJ. De cualquier modo, aun siendo José español, solo tendrían jurisdicción en el caso de cumplirse los requisitos establecidos en el art. 23.2 LOPJ pues el ilícito ha tenido lugar en Argelia.

Tras el análisis de los criterios para determinar el Estado miembro de la UE responsable del estudio de las solicitudes de protección internacional del Capítulo III del Reglamento Dublín III, puede concluirse en lo relativo a la solicitud de asilo de Zulma que:

- Grecia, a pesar de ser el primer Estado competente como consecuencia de ser el emisor del visado válido expedido a Zulma, no podrá conocer de la solicitud. Esto se debe a la desprotección de los refugiados en dicho Estado que supone un elevado riesgo de vulneración de sus derechos fundamentales, así como la ausencia de garantías de un adecuado examen de la solicitud de protección, tal y como se describe en el caso. Como consecuencia de dicho peligro, el art. 3.2 del Reglamento Dublín III impide a España que envíe a Zulma a Grecia y le obliga a seguir estudiando los citados criterios en busca de otro Estado competente. Esta obligación de no devolución en caso de riesgo de vulneración de derechos es una manifestación del principio de *non-refoulement*.
- Lituania, al ser Grecia descartada, será competente para conocer de la solicitud de protección internacional de Zulma por ser el Estado a través del cual se ha entrado irregularmente en la UE. Esta entrada quedará probada como consecuencia de la detención de la inmigrante al cruzar la frontera, pues sus huellas dactilares deberán de formar parte de la base de datos de Eurodac.
- Bielorrusia, al no ser un Estado miembro de la UE no podrá ser competente en virtud del Reglamento Dublín III para conocer de la solicitud de asilo pues éste no le resultará vinculante. Además, en virtud del principio de *non-refoulement*, en ningún caso Zulma podrá ser devuelta a Bielorrusia pues no ha ratificado el CEDH y por tanto no tiene la consideración de tercer país seguro en los términos definidos en el art. 39 de la Directiva 2013/32/UE.
- España, al ser el Estado en el cual Zulma ha presentado la solicitud de protección internacional, podrá conocer de la misma si decide aplicar la cláusula de soberanía recogida en el art. 17.1 del Reglamento Dublín III.

Tras el análisis de las disposiciones de la Ley del Asilo y las solicitudes de protección presentadas por Maihla, Kouassi, Said y Zulma en España puede concluirse que:

- Maihla obtendrá la protección derivada del estatuto del asilo en España por motivos de persecución de género como consecuencia de la vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres y de la ausencia de protección por parte de las autoridades nigerianas que toleran dichos atentados.
- Kouassi obtendrá la protección derivada del estatuto de la protección subsidiaria en España pues, en caso de devolución a Burundi, existe una amenaza grave de vulneración de sus derechos a la vida e integridad como consecuencia de la situación de conflicto armado que tiene lugar ante la pasividad de las autoridades estatales. No obtendrá el estatuto de asilado pues no se produce una persecución individualizada por pertenencia a alguno de los grupos del art. 7 de la Ley del Asilo.
- Said no obtendrá ningún tipo de protección internacional en España pues se entiende que, al no aplicarse en la práctica sanción penal alguna u otro tipo de persecución contra el colectivo homosexual en Argelia, no existe una persecución válida a efectos de la Ley del Asilo. Además, en su caso tampoco queda probado que las autoridades participen en una persecución por causa de orientación sexual o que la toleren.
- Zulma obtendrá la protección derivada del estatuto del asilo en España o en Lituania por motivos políticos al ser una disidente el régimen de Turkmenistán pues, en caso de devolución a su lugar de origen, correría el riesgo de sufrir una vulneración de sus derechos fundamentales.

Tras el análisis de las bases generales de las oposiciones recogidas en el art. 56 del EBEP, las disposiciones relativas a la obtención de la nacionalidad española recogidas en los arts. 17 y ss. del CC, y la historia de Maihla puede concluirse que:

- Maihla deberá cumplir todos los requisitos establecidos en las bases de la convocatoria antes del nombramiento para el cargo público. Llegado este momento sin cumplirse dichas exigencias no podrán ser debidamente acreditadas y se excluirá del procedimiento concursal.
- De los requisitos establecidos, a saber, nacionalidad española, capacidad funcional suficiente, edad mínima de 16 años, falta de inhabilitación o separación del servicio público y contar con la titulación exigida, Maihla cumple con todos excepto con el de posesión de la nacionalidad española.
- Al haber residido Maihla de forma legal y continuada en España por plazo superior a 5 años y acreditándose su buena conducta cívica e integración social mediante el pertinente informe del Ministerio Fiscal o del Encargado del Registro Civil y el hecho de haber obtenido el graduado escolar en España, podrá obtener la nacionalidad española mediante naturalización por residencia. No se aprecia la existencia de motivos de orden público o interés nacional que lo impidan.
- El hijo de Maihla, a pesar de haber nacido en España, tendrá nacionalidad nigeriana pues esta se transmite *ius sanguinis*, de este modo, en ningún momento será un apátrida. Como consecuencia no se encontrará en ninguno de los supuestos de obtención de la nacionalidad española de origen mediante el *ius soli*.

Bibliografía

Monografías

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil*, Ed. Bercal, Madrid, 2016.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho español de la nacionalidad: Estudio práctico*, Ed. Comares, Granada, 2011.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Los delitos contra el patrimonio de apoderamiento tras la reforma penal de 2015*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015.

GARCÍA VALDÉS, C., *Lecciones de derecho penal: parte especial*, Ed. Edisofer, Madrid, 2015.

GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ediciones jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.

LASARTE, C., *Parte general y Derecho de la persona*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015.

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

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAILLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Curso de Derecho Penal, parte especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016.

Artículos y participación en obras colectivas

BLASI CASAGRAM, C., “Límites del derecho europeo de protección de datos en el control de fronteras de la UE”, *Revista CIDOB d’afers internacionals*, n. 111, diciembre 2015, pp. 127-151.

CANTERO MARTÍNEZ, J., “Artículo 62, adquisición de la condición de funcionario de carrera”, en QUINTANILLA NAVARRO (coord.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 557-564.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R. “Artículo 318 bis”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo III*, Ed. Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 881-886.

LÁZARO, J.L., “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio (arts. 55 a 62)”, en DEL REY GUANTER, S. (dir.), *Comentario al Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2008, pp. 671-700.

MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., “El asilo en el Derecho de la Unión Europea”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea (Tomo VIII)*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 159-192.

MORGADES GIL, S., “Refugiado”, *EUNOMIA. Revista en cultura de la legalidad*, nº 10, 2016, pp. 231-249.

MUÑOZ RUÍZ, J., “La ayuda humanitaria: ¿Una excusa absolutoria o una causa de justificación?”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18-08, 2016, pp. 1-27.

NARANJO DE LA CRUZ, R., “Derechos Fundamentales”, en AGUDO ZAMORA, M. [et al.], *Manual de Derecho Constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid, 2016, pp. 459-503.

ORTEGA GIMÉNEZ, A., “Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen 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”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, 2013, pp. 191-192.

PÉREZ GÓMEZ, J.M., “Art. 56, requisitos generales”, en QUINTANILLA NAVARRO (coord.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 495-504.

POMARES CINTAS, E., “Reforma del código penal español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, vol. 19, nº. 29, 2015, pp. 1-20.

QUINTERO OLIVARES, G., “De los robos”, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 48-71.

RODRÍGUEZ MESA, M.J., “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, Tomo III, vol. II, Ed. Iustel, Madrid, 2016, pp. 13-30.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., “El status jurídico del hijo de extranjeros nacido en España. Nacionalidad y normativa de extranjería”, *Anales de Derecho*, nº 22, 2004, pp. 223-237.

SÁNCHEZ MORÓN, M., “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios”, en SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 400-421.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 739-768.

Textos jurídicos de Derecho Internacional Público y de la Unión Europea

Convención sobre el Estatuto de los refugiados, Naciones Unidas, adoptado en Ginebra, el 28 de julio de 1951. Instrumento de adhesión de España de 22 de julio de 1978, BOE nº 252, de 21 de octubre de 1978.

Convención sobre los Derechos del Niño, hecho en Nueva York, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Ratificado por España mediante instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990, BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1990.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho 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 nº 243, de 10 de octubre de 1979.

Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, DO L 212, 7.8.2001.

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 337, 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, 29.6.2013.

Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Ratificado por España mediante instrumento de ratificación de 27 de abril de 1977, BOE nº 103, de 30 de abril de 1977.

Protocolo sobre el Estatuto de los refugiados, Naciones Unidas, adoptado en Nueva York, el 31 de enero de 1967. Instrumento de adhesión de España de 22 de julio de 1978, BOE nº 252, de 21 de octubre de 1978.

Reglamento (CE) 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, DO L 81, 21.3.2001.

Reglamento (CE) 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados), DO L 243, 15.9.2009.

Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), DO L 77, 23.3.2016.

Reglamento (UE) 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n.º 604/2013, por el que se establecen 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, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia, DO L 180, 29.6.2013.

Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen 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.

Textos jurídicos de Derecho español

Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, BOE n.º 296, de 11 de diciembre de 1958. Texto consolidado a fecha de 7 de noviembre de 2015.

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE n.º 263, de 31 de octubre de 2009. Texto consolidado a fecha de 26 de marzo de 2014.

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, BOE n.º 175, de 22 de julio de 2011. Texto consolidado a fecha de 14 de julio de 2015.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE n.º 281, de 24 de noviembre de 1995. Texto consolidado a fecha de 28 de abril de 2015.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, BOE n.º 10, de 12 de enero de 2000. Texto consolidado a fecha de 30 de octubre de 2015.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE n.º 157, de 2 de julio. Texto consolidado a fecha de 28 de octubre de 2015.

Orden APU/3416/2007, de 14 de noviembre, por la que se establecen las bases comunes que regirán los procesos selectivos para el ingreso o el acceso en cuerpos o escalas para la Administración General del Estado, BOE n.º 284, de 27 de noviembre de 2007.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, BOE nº 260, de 17 de septiembre. Texto consolidado a fecha de 6 de octubre de 2015.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil, BOE nº 206, de 25 de julio. Texto consolidado a 6 de octubre de 2015.

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 nº 261, de 1 de noviembre de 2015. Texto consolidado a fecha de 31 de octubre de 2015.

Jurisprudencia y resoluciones administrativas

Jurisprudencia española

STC 114/1987 (Sala 2ª), de 6 de julio de 1987, ECLI:ES:TC:1987:114.

STS 5123/1996 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 28 de septiembre de 1996, ECLI:ES:TS:1996:5123.

STS 3440/1998 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 26 de mayo de 1998, ECLI:ES:TS:1998:3440.

STS 5823/1999 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 30 de enero de 1999, ECLI:ES:TS:1999:5823.

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

STS 3618/2001 (Sala de Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 3 de mayo de 2001, ECLI:ES:TS:2001:3618.

STS 9828/2001 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 14 de diciembre de 2001, ECLI:ES:TS:2001:9828.

STS 3005/2002 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 26 de abril de 2002, ECLI:ES:TS:2002:3005.

STS 6982/2004 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 29 de octubre de 2004, ECLI:ES:TS:2004:6982.

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

STS 873/2005 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 15 de febrero de 2005, ECLI:ES:TS:2005:873.

STS 2947/2005 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 10 mayo de 2005, ECLI:ES:TS:2005:2947.

STS 4391/2005 (de la Sala de lo Penal, sección 1ª), de 30 de junio de 2005, ECLI:ES:TS:2005:4391.

STS 4592/2005 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 5ª), de 7 de julio de 2005, ECLI:ES:TS:2005:4592.

STS 5636/2005 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 28 de septiembre de 2005, ECLI:ES:TS:2005:5636.

STS 6780/2005 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 5ª), de 4 de noviembre de 2005, ECLI:ES:TS:2005:6780.

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

STS 8200/2005 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 23 de noviembre de 2005, ECLI:ES:TS:2005:8200.

STS 7632/2005 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 14 de diciembre de 2005, ECLI:ES:TS:2005:7632.

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

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

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

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

STS 4011/2007 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 25 de junio de 2007, ECLI:ES:TS:2007:4011.

STS 5061/2007 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 26 de junio de 2007, ECLI:ES:TS:2007:5061.

STS 5051/2007 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 19 de julio de 2007, ECLI:ES:TS:2007:5051.

STS 6185/2007 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 17 de septiembre de 2007, ECLI:ES:TS:2007:6185.

STS 6181/2007 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 1 de octubre de 2007, ECLI:ES:TS:2007:6181.

STS 277/2008 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 5ª), de 31 de enero de 2008, ECLI: ES:TS:2008:277.

STS 1027/2008 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 31 de enero de 2008, ECLI:ES:TS:2008:1027.

STS 1319/2008 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 28 de abril de 2008, ECLI:ES:TS:2008:1319.

STS 4785/2008 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 22 de septiembre de 2008, ECLI: ES:TS:2008:4785.

STS 5969/2008 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 23 de octubre de 2008, ECLI:ES:TS:2008:5969.

STS 6940/2008 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 26 de diciembre de 2008, ECLI:ES:TS:2008:6940.

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

STS 6491/2009 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 22 de octubre de 2009, ECLI:ES:TS:2009:6491.

STS 7751/2009 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 7 de diciembre de 2009, ECLI:ES:TS:2009:7751.

STS 7801/2009 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 18 de diciembre de 2009, ECLI: ES:TS:2009:7801.

STS 3220/2010 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 9 junio de 2010, ECLI: ES:TS:2010:3220.

STS 6352/2010 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 5ª), de 26 de noviembre de 2010, ECLI: ES:TS:2010:6352.

STS 4039/2011 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 25 de mayo de 2011, ECLI:ES:TS:2011:4039.

STS 4889/2011 (Sala de lo Penal, sección 1ª) de 13 de junio de 2011, ECLI:ES:TS:2011:4889.

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

STS 7316/2011 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 14 de noviembre de 2011, ECLI: ES:TS:2011:7316.

STS 7608/2011 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 14 de noviembre de 2011, ECLI: ES:TS:2011:7608.

STS 1197/2012 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª), de 24 de febrero de 2012, ECLI: ES:TS:2012:1197.

STS 4432/2012 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 15 de mayo de 2012, ECLI:ES:TS:2012:4432.

STS 3847/2012 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª), de 23 de mayo de 2012, ECLI: ES:TS:2012:3847.

STS 4565/2012 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª), de 22 de junio de 2012, ECLI: ES:TS:2012:4565.

STS 4631/2012 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª), de 29 de junio de 2012, ECLI: ES:TS:2012:4631.

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

STS 8542/2012 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 21 de diciembre de 2012, ECLI:ES:TS:2012:8542.

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

STS 9004/2012 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 27 de diciembre de 2012, ECLI:ES:TS:2012:9004.

STS 440/2013 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 30 de enero de 2013, ECLI:ES:TS:2013:440.

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

STS 818/2014 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª), de 6 de marzo de 2014, ECLI: ES:TS:2014:818.

STS 1257/2014 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª), de 31 de marzo de 2014, ECLI: ES:TS:2014:1257.

STS 1878/2014 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª), de 6 de mayo de 2014, ECLI: ES:TS:2014:1878.

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

STS 2673/2015 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 19 de junio de 2015, ECLI: ES:TS:2015:2673.

STS 4501/2015 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 20 de octubre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:4501.

STS 4608/2015 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª), de 4 de noviembre de 2015, ECLI: ES:TS:2015:4608.

STS 5043/2015 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 4 de diciembre de 2015, ECLI: ES:TS:2015:5043.

STS 124/2016 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª), de 25 de enero de 2016, ECLI: ES:TS:2016:124.

STS 235/2016 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª), de 1 de febrero de 2016, ECLI: ES:TS:2016:235.

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

STS 1275/2016 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 3 de marzo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:1275.

STS 824/2016 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 4 de marzo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:824.

STS 2287/2016 (Sala de lo Penal, sección 1ª), de 18 de mayo de 2016, ECLI:ES:TS:2016:2287.

STS 3658/2016 (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 6ª), de 18 de julio de 2016, ECLI:ES:TS:2016:3658.

SAP Cádiz 92/2015 (sección 6ª, Ceuta), de 7 de julio de 2015, ECLI:ES:APCE:2015:92.

SAP Málaga 28/2015 (sección 7ª, Melilla), de 3 de diciembre de 2015, ECLI:ES:APML:2015:28.

SAP Málaga 151/2016 (sección 7ª, Melilla), de 18 de octubre 2016, ECLI:ES:APML:2016:151.

Jurisprudencia del TEDH

STEDH (Sección 2ª), de 19 de abril de 2001, *Peers c. Grecia*, demanda nº 28524/1995.

STEDH (Sección 4ª), de 29 de abril de 2002, *Pretty c. Reino Unido*, demanda nº 2346/2002,

STEDH (Sección 1ª), de 11 de junio de 2009, *S.D. c. Grecia*, demanda nº 53541/2007.

STEDH (sección 5ª), de 2 de septiembre de 2010, *Y.P. y L.P. c. Francia*, demanda nº 32476/2006.

STEDH (Gran Sala) de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda nº 30696/2009.

Jurisprudencia del TJUE

STJUE (Gran Sala), de 17 de febrero de 2009, *Meki Elgafaji y Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, C-465/07, ECLI:EU:C:2009:94.

STJUE (Gran Sala) de 2 de marzo de 2010, *Caso Aydin Salahadin Abdulla y otros contra Bundesrepublik Deutschland*, C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, ECLI:EU:C:2010:105.

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

STJUE (Sala 4ª) de 7 de noviembre de 2013, *Minister voor Immigratie en Asiel c. X e Y y Z c. Minister voor Immigratie en Asiel*, C-199/12 a C-201/12, ECLI:EU:C:2013:720.

STJUE (Gran Sala), de 14 de noviembre de 2013, *Bundesrepublik Deutschland c. Kaveh Puid*, C-4/11, ECLI:EU:C:2013:740.

STJUE (Sala Cuarta), de 30 de enero de 2014, *Aboubacar Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux Apatrides*, C-285/12, ECLI:EU:C:2014:39.

STJUE (Sala 4ª), de 17 de marzo de 2016, *Caso Shiraz Baig Mirza c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-695/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:188.

Resoluciones de la Dirección General del Registro y Notariado

RDGRN (4ª), de 12 de marzo de 2007, sobre declaración de nacionalidad española, JUR 2008/169655.

RDGRN (6ª), de 4 de junio de 2009, sobre declaración de nacionalidad española, JUR 2010/316135.

RDGRN (95ª), de 4 de noviembre 2013, sobre supresión de anotación en inscripción de nacimiento, JUR 2014/218190.