

Grado en Derecho
Trabajo de fin de Grado
Curso académico 2019/2020

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

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

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

Ángela González Varela

Tutor del Trabajo:

Carlos Alberto Amoedo Souto



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	3
ANTECEDENTES DE HECHO	4
1. LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE GESTACIÓN CONTEMPLADO EN EL SUPUESTO DE HECHO.....	4
I. Concepto.....	4
II. Regulación.....	5
III. Derecho comparado. Especial referencia a Ucrania.....	7
2. POSIBILIDADES DE DETERMINACION DE LA FILIACIÓN DE OXANA RESPECTO DE MARÍA.....	8
I. Concepto y regulación de la filiación en España a la luz de la LTRHA	8
II. Inscripción en el Registro Civil Español de la filiación determinada a través de la gestación subrogada realizada en países permisivos	10
2.II.1 Resolución General de la DGRN de 18 de febrero de 2009	10
2.II.2 Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010	11
2.II.3 Argumentos del Tribunal Supremo.....	12
2.II.4 Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019	13
III. Adopción tras la gestación por sustitución	14
IV. Conclusiones.....	15
3. RELEVANCIA PENAL Y CONSECUENCIAS DE LAS SIGUIENTES CONDUCTAS.....	16
I. Intercambio de golpes entre María y Paul	16
3.I.1 Delito de lesiones.....	17
3.I.1.1 Bien jurídico protegido y sujetos del delito.....	17
3.I.1.2 Tipo básico y tipos atenuados	18
3.I.1.3 Tipos agravados	19
3.I.1.4 Figuras especiales. Particular referencia a la violencia en el ámbito familiar.....	21
3.I.2 Conclusiones.....	22
II. Permanencia indefinida de Paul y Oxana en Londres, en contra de la voluntad de María.....	23
3.II.1 Delito de sustracción de menores	23
3.II.1.1 Aproximación al bien jurídico protegido en el 225 bis CP	24
3.II.1.2 Sujetos del delito	24
3.II.1.3 Conducta típica	26
3.II.1.4 Tipos agravados y supuestos de tratamiento privilegiado	28
3.II.2 Conclusiones.....	29
III. El depósito de Oxana en el umbral de las puertas de una iglesia, llevado a cabo por Paul.....	30
3.III.1 Delito de abandono de menores	30
3.III.1.1 Bien jurídico protegido	31
3.III.1.2 Sujetos del delito	32
3.III.1.3 Conducta delictiva.....	33
3.III.1.4 Tipo agravado y tipo atenuado	35
3.III.2 Conclusiones.....	35
4. LEY APLICABLE Y JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DE LOS HECHOS ENUNCIADOS EN EL APARTADO PRECEDENTE.....	36

I. Extensión y límites de la jurisdicción penal española	36
II. Competencia objetiva	38
III. Breve alusión a la interpretación jurisprudencial	40
IV. Conclusiones.....	41
CONSIDERACIONES FINALES	44
BIBLIOGRAFÍA	46
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....	48

ABREVIATURAS

AAVV	Autores varios
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECRim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LRC	Ley del Registro Civil
LTRHA	Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
RRC	Reglamento del Registro Civil
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

ANTECEDENTES DE HECHO

El presente trabajo abordará una serie de cuestiones jurídicas planteadas a través del siguiente supuesto de hecho:

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

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

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

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

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

1. LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE GESTACIÓN CONTEMPLADO EN EL SUPUESTO DE HECHO

I. Concepto

Debido a la gran trascendencia social que acarrea la legalidad de este tipo de procedimientos, la primera cuestión que se plantea en torno al tema que se va a tratar a continuación es la elección de un término que sea lo más preciso y adecuado posible.

Denominaciones como “gestación por sustitución”, “maternidad sustituida”, “maternidad por sustitución”, “vientre de alquiler...” son indicativos de una serie de cambios que se han ido produciendo en la comprensión del sentido actual de la filiación. De acuerdo con la autora REYES LÓPEZ, “(...) *ésto unido a los avances producidos en el ámbito de la reproducción asistida, posibilita técnicas de gestación que requieren una especial protección jurídica, encaminada a que se respeten los derechos de los gestantes, de los futuros padres y, fundamentalmente, los derechos de los menores*”¹.

El término más apropiado y que seguiré a lo largo del desarrollo de este trabajo es el de “gestación por sustitución” ya que, tal y como afirma SÁNCHEZ ARISTI, “*carece de connotaciones que sugieran una suerte de jerarquía entre las distintas categorías de madres*”².

Pasando ya a la definición de este concepto, hay que hacer referencia a la sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, SAP) de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 (ECLI:ES:APV:2011:5738), que establece en su fundamento jurídico primero que la llamada gestación por sustitución consiste en un “*contrato , oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos*”.

De esta definición se desprenden varias ideas. Por un lado, distinguimos dos partes diferenciadas en este contrato de gestación por sustitución y, por otro, encontramos diferentes modalidades de gestación según quien sea el aportante de los gametos.

Atendiendo a lo anterior, sabemos que ocupan la posición de comitentes (también conocidos como padres intencionales), la persona, mujer o varón, o pareja que decide llevar a cabo este procedimiento de gestación y lo encarga a la otra parte, la mujer gestante. Ésto puede llevarse a cabo por ella a partir de sus propios óvulos o de los aportados por la mujer comitente, fecundados por gametos de un donante o de su cónyuge. Igualmente, el varón comitente podrá aportar o no sus gametos³.

II. Regulación

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA) (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con>), establece en su artículo 10 que:

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

¹ REYES LÓPEZ, M.J.: “El contrato de gestación subrogada en algunos países fuera de la Unión Europea” en AA VV, *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson, S.L., Madrid, 2019, p.131.

² SÁNCHEZ ARISTI, R., “La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos”, *Revista Humanidades Médicas*, núm. 49 (2010), p. 14.

³ DÍAZ ROMERO, M^o del R., *Autonomía de la Voluntad y Contrato de Gestación Subrogada: Efectos Jurídicos*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 23.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

Como vemos, la Ley descarta lo que se denomina “gestación por sustitución”, ya que la filiación queda determinada por el parto, pero, incluso, aún sin la existencia de dicha norma, el contrato sería nulo por ilicitud de causa y por razón de su objeto, al considerarse fuera del comercio de los hombres la capacidad de gestar⁴, es decir, existe una instrumentalización y una cosificación de las personas en juego, por un lado, de la gestante, respecto a su gestación y maternidad, y, por otro, del *nasciturus*, como mero objeto de intercambio⁵.

Reiterándome en lo anterior, la gestación por sustitución llevada a cabo en España será nula en todos los casos, independientemente de si contamos con la renuncia a la filiación de la mujer gestante o como si se ha llevado a cabo a cambio de un precio o se ha realizado de manera altruista.

De acuerdo con este artículo, sabemos que la madre legal del niño será la madre gestante, ya que la filiación queda determinada por el parto, es decir, rige aquí un principio que proviene del Derecho Romano, *mater semper certa est*⁶.

En cuanto al comitente varón que ha aportado sus gametos, el artículo 10 LTRHA permite que el padre biológico reclame la paternidad acudiendo a los tribunales y siguiendo la acción de las normas generales contenidas en los artículos 764 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/1/2000/01/07/1/con>)⁷.

Otro tema de importante relevancia aquí tiene que ver con la determinación de la filiación, ya que algunos autores defienden que la única posibilidad para conseguirla sería en el supuesto en el que un varón casado presta su consentimiento para la fecundación de una mujer distinta a su cónyuge con sus gametos y consiga que la madre gestante preste su asentimiento para la adopción, una vez transcurridas seis semanas desde el parto, tal y como permiten los artículos 176 y 177 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil⁸ (en adelante, CC) (ELI:[https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)).

Además, los sujetos que intervienen en la celebración de este contrato de gestación por sustitución podrán ser sancionados si realizan algunas de las conductas tipificadas en los artículos 220 y 221 de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP, en lo sucesivo) (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>) referidas a los

⁴ LLEDÓ YAGÜE, F., *Fecundación artificial y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, p.148.

⁵ FERRER VANRELL, M.P., “La gestación subrogada en la legislación española. Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”, en AA VV, *Gestacion subrogada...op. cit*, p. 28.

⁶ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret* (2009), p.5.

⁷ *Ibidem*.

⁸ LLEDÓ YAGÜE, F.: “La Ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida”, *Anuario de Derecho Civil* (1998), pp. 1256 y 1257.

supuestos de suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor⁹.

Todo lo anterior ha traído consigo una importante problemática como es la inscripción en el Registro Civil de la filiación determinada a través de la gestación por sustitución llevada a cabo en países permisivos, que se analizará posteriormente en otro apartado.

III. Derecho comparado. Especial referencia a Ucrania

Una vez conocida la situación jurídica de la gestación por sustitución en España, se tratarán brevemente, a continuación, las disparidades existentes a la hora de regular esta práctica por parte de los legisladores extranjeros. Nos encontramos con ordenamientos jurídicos que recogen condiciones y requisitos muy diferentes, no existiendo una tendencia a la armonización a la hora de legislar esta práctica.

Debido a estas diversas respuestas jurídicas, se viene produciendo un fenómeno conocido como “turismo reproductivo” que en términos generales puede definirse como “*el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro, para acceder a las técnicas de reproducción asistida (concretamente, la gestación por sustitución)*”¹⁰.

En cuanto a la clasificación para distinguir las múltiples regulaciones que nos encontramos en el derecho comparado, podemos diferenciar países con una prohibición general, bien de forma expresa o por falta de regulación como, por ejemplo, España, Italia, Austria, China o Japón; países con prohibición para extranjeros, como Reino Unido o India; países sin regulación que la prohíben como Chipre o Argentina; países sin legislación, pero tolerantes como sería el caso de Bélgica, Brasil o Perú o países permisivos como Rusia, Ucrania, Grecia o Portugal¹¹.

Por último, conviene diferenciar, también, el carácter oneroso o altruista que puede revestir la misma. Reino Unido, Israel o Grecia forman parte del grupo de regiones donde la gestación por sustitución es legal, pero únicamente en la modalidad altruista. Por otro lado, Ucrania o Rusia hacen un reconocimiento en sentido amplio, medie o no contraprestación económica por parte de la mujer gestante¹².

Remitiéndonos ya al supuesto de hecho que nos ocupa, Paul y María se trasladan a Kiev a los fines de que una mujer ucraniana geste un óvulo con los gametos aportados por el propio Paul, por lo que conviene hacer una especial mención a como se encuentra regulado el contrato de gestación por sustitución en Ucrania.

Reiterándome a lo mencionado, la gestación por sustitución está permitida de manera amplia en este país. El Ministerio de Salud ucraniano, a través de la Orden número 771, de 23 de diciembre de 2009, aprobó la Instrucción sobre Aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida en la que se admite expresamente esta práctica¹³. Además, en el

⁹ DÍAZ ROMERO, M^a del R., *Autonomía de la Voluntad...*, op.cit, p. 25.

¹⁰ LAMM, E., “Gestación por sustitución”, *InDret* (2012), pp. 21-22.

¹¹ DÍAZ ROMERO, M^a del R., *Autonomía de la Voluntad...*, op.cit, p. 59-87.

¹² *Ibidem*.

¹³ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., *La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿incoherencia normativa o legislación garantista?*, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 187.

punto 2 del artículo 123 del Código de Familia rige el criterio de que “*nadie tiene el derecho a limitar el derecho reproductivo de un ser humano*”¹⁴.

Se admiten diferentes modalidades de gestación en cuanto a la aportación de los gametos, pero es importante aclarar que se permite tanto la gestación por sustitución onerosa como la altruista¹⁵.

Por otro lado, en cuanto a los sujetos intervinientes en este procedimiento, se exige el cumplimiento de unos requisitos, entre ellos, que los comitentes sean un matrimonio heterosexual y mayores de edad, quedando excluidas, por tanto, las personas solas y las parejas homosexuales. Además, se requiere un certificado médico español que demuestre que la madre de intención está imposibilitada para conseguir el embarazo o llevarlo a término¹⁶. En relación con la gestante, ésta “*debe ser mayor de edad, haber tenido al menos un hijo propio, estar sana a nivel tanto físico como psicológico y ser capaz de llevar un embarazo a término y dar a luz*”¹⁷.

Respecto de la determinación de la filiación, el Código de Familia ucraniano establece que los cónyuges que concibieron al niño con la ayuda de las tecnologías de la reproducción asistida son sus padres legales¹⁸. Asimismo, el artículo 139 de este mismo Código priva a la gestante del derecho a reclamar la maternidad cuando el niño haya nacido por gestación por sustitución y se exige que preste su consentimiento de forma escrita ante notario¹⁹.

Por último, y haciendo referencia a la inscripción del menor en el Registro Civil español, éste debe hacerse mediante adopción por parte de la madre comitente, una vez reconocida la filiación del padre y deben entregarse unos documentos: el certificado de nacimiento a nombre del padre biológico y la gestante, con la renuncia de esta última²⁰.

2. POSIBILIDADES DE DETERMINACION DE LA FILIACIÓN DE OXANA RESPECTO DE MARÍA

I. Concepto y regulación de la filiación en España a la luz de la LTRHA

Desde un punto de vista jurídico, ACEVEDO BERMEJO define la filiación como “*el hecho natural de la generación, es decir, el nexo que une al progenitor con el hijo reconocido jurídicamente, produciendo unos efectos legales entre ambos*”²¹.

¹⁴ REYES LÓPEZ, M.J.: “El contrato de gestación subrogada en algunos países fuera de la Unión Europea” en AA VV, *Gestación subrogada...op. cit*, p. 161.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ DÍAZ ROMERO, M^a del R., *Autonomía de la Voluntad...*, *op.cit*, p. 76.

¹⁷ REYES LÓPEZ, M.J.: “El contrato de gestación subrogada en algunos países fuera de la Unión Europea” en AA VV, *Gestación subrogada...op. cit*, p. 161-163.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., *La gestación por sustitución y...op.cit*, p. 188.

²⁰ DÍAZ ROMERO, M^a del R., *Autonomía de la Voluntad...*, *op.cit*, p. 76.

²¹ ACEVEDO BERMEJO, A., *Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 31.

El artículo 108 CC establece que *“la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí”*.

Por consiguiente, el origen genético da lugar al nacimiento de una relación jurídica de la que se derivan derechos y obligaciones, lo que se conoce como la relación paterno-filial y, estas, pueden no tener un origen biológico, cuando el hecho de la filiación se produce por adopción²².

La clara diferencia entre filiación por naturaleza y filiación por adopción *“se ha oscurecido como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción asistida, al permitirse que consten como progenitores por naturaleza los que se sabe a ciencia cierta que no son biológicos”*²³.

La LTRHA recoge en sus artículos 7 a 10 la determinación de la filiación en los casos en donde la gestación se haya llevado a cabo a través de técnicas de reproducción humana asistida. Este artículo 7 comienza estableciendo que *“la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos”*.

De lo anterior concluimos que debemos remitirnos al CC y a las leyes forales (en su caso) para poder conocer la determinación de la maternidad y la paternidad, con excepción de lo establecido en los artículos siguientes, donde encontraríamos la gestación por sustitución.

Centrándonos ya en la determinación de la paternidad del marido, en este caso de Paul, se podría atender a la presunción recogida en el artículo 116 CC que establece que *“se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”*, pero en el caso concreto, para determinar la paternidad de Paul, acudimos al artículo 10.3 LTRHA, ya que Oxana es fruto de un procedimiento de gestación por sustitución, por lo que Paul puede ejercitar la acción de reclamación de la paternidad al haber sido aportante de sus gametos siendo, por tanto, el padre biológico. Éste puede acudir a los tribunales para reclamar su paternidad a través de las acciones generales, que son las reguladas en los artículos 764 y siguientes de la LEC²⁴.

En diferente situación se encuentra María, ya que el artículo 10.2 LTRHA establece que el parto determina la filiación, por lo que la madre sería la gestante de Oxana, pero se ha establecido la posibilidad de que María, madre comitente, la adopte, una vez Paul reclame su paternidad y Oxana sea inscrita como su hija biológica, lo que causa cierta controversia entre algunos autores²⁵.

De acuerdo con MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, se debe abordar, a continuación, una cuestión de Derecho Internacional Privado que será analizado a través

²² *Ibidem*.

²³ AA VV.: “La filiación”, *Manual de derecho Civil, Derecho de Familia* (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., Coord.) Bercal S.A., Madrid, 2015, p. 213.

²⁴ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret* (2009), p.5.

²⁵ DÍAZ ROMERO, M^a del R., *Autonomía de la Voluntad...*, *op.cit*, p. 76.

de las soluciones aportadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) y por el Tribunal Supremo (TS, en lo sucesivo). Para él:

“se plantea un problema en relación con la inscripción registral y el reconocimiento de la filiación determinada conforme a la legislación extranjera (cuando uno de los progenitores es español) que permite el uso de la gestación por sustitución y reconoce efectos legales a la renuncia de la filiación de la madre gestante a favor de los comitentes”²⁶.

II. Inscripción en el Registro Civil Español de la filiación determinada a través de la gestación subrogada realizada en países permisivos

A continuación, se analizará en los siguientes apartados la evolución de la postura que ha ido adoptando la DGRN desde el año 2009 hasta la actualidad en cuanto a la inscripción en el Registro Civil de los nacidos a través de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero y, se abordará, también, la jurisprudencia al respecto que ha dejado plasmada en TS en el año 2014.

2.II.1 Resolución General de la DGRN de 18 de febrero de 2009

Esta resolución de la DGRN es consecuencia de un recurso interpuesto por dos ciudadanos varones españoles ante este órgano directivo. Ellos solicitaban la inscripción del nacimiento de dos hijos como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución llevado a cabo en un país permisivo con esta práctica, concretamente California. El problema surge cuando esta inscripción es denegada por el encargado del Registro Civil Consular, el cual alegaba el carácter nulo de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español basándose en el artículo 10 LTRHA.

La DGRN fundamentó su respuesta, en un primer lugar, en el artículo 81 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (en adelante, RRC) (ELI:[https://www.boe.es/eli/es/d/1958/11/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/d/1958/11/14/(1)/con)) que establece que “*el documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales*”.

En este caso, los dos ciudadanos españoles contaban con una certificación registral de California, por lo que la DGRN aclara que “*el acceso de la misma al Registro Civil español no es una cuestión de Derecho aplicable, sino una cuestión de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España*”²⁷, es decir, lo que se planteaba era si podía acceder al Registro Civil español una filiación ya determinada en el extranjero a través de una certificación registral.

²⁶ MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el Derecho Internacional Privado Español”, *Revista Aranzadi Doctrinal* (2014), p. 194.

²⁷ Resolución General de la DGRN de 18 de febrero de 2009 [En línea]. (Consulta: 1 de abril 2020). Disponible con suscripción en Westlaw Aranzadi: <https://insignis.aranzadidigital.es>

Atendiendo a lo establecido en el artículo 81 RRC, es necesario que esta certificación registral con la que contaban los dos españoles tuviese la consideración de un documento público. Para ello, la DGRN hace alusión aquí al artículo 323.2º LEC que dispone que *“se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos”*: por un lado, *“que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio”*, y, por otro, *“que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España”*. Hace referencia, también, al artículo 86 del RRC que establece la necesidad de traducción de ese documento extranjero.

Por otro lado, la DGRN alude al artículo 85 RRC que fija la necesidad de que la autoridad que certifica ese documento extranjero lleve a cabo funciones que sean análogas a las de las autoridades registrales españolas.

Y, por último, trata la cuestión de si se está produciendo, con esta inscripción, una vulneración del orden público internacional español. Para contestar a esto, se basa, en primer lugar, en el artículo 7.3 LTRHA que permite que se determine la filiación de un hijo en el Registro Civil a favor de personas del mismo sexo, como ocurre en el caso concreto y alude también al concepto de “interés superior del menor” recogido en el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897 a 38904). Este artículo establece que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Por todo lo anterior, la DGRN consideró en esta resolución que la certificación registral extranjera con la que contaban esos dos ciudadanos españoles cumplía con todos los requisitos establecidos en los artículos mencionados y que la única manera de asegurar el cumplimiento y la prevalencia del interés superior del menor era con la inscripción de esta certificación registral californiana en el Registro Civil español.

Esta resolución de la DGRN fue impugnada por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (SJPI, en lo sucesivo) de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 (ECLI: ES:JPI:2010:25); impugnación que fue ratificada más tarde por el Tribunal Supremo.

Ante esto, la DGRN reaccionó a través de la publicación de la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

2.II.2 Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010

La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 (BOE núm. 243, 7 de octubre de 2010, Sec. I. p. 84803) tuvo como finalidad aclarar cuales eran las condiciones para poder inscribir en el Registro Civil a los nacidos mediante la práctica de gestación por sustitución en el extranjero.

Establecía como requisito previo la presentación de una resolución judicial dictada en el país de origen ante el Encargado del Registro²⁸. Lo que se pretendía con esto era controlar que en el país en donde se ha llevado a cabo este procedimiento de gestación se estaba cumpliendo con los requisitos legales establecidos, protegiendo así, tanto a la madre gestante, que ha aceptado renunciar a su maternidad, como a los nacidos en consecuencia de esta técnica de reproducción humana asistida.

En definitiva, la DGRN se manifestó concretando lo siguiente:

“Si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución, al requerirse previamente el *exequatur* de ésta de acuerdo con lo establecido en la LEC. Por el contrario, si estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción.

En los casos en los que se solicite la inscripción de nacidos en el extranjero mediante estas técnicas sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por *exequatur*, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción. Ello no impedirá que el solicitante intente dicha inscripción por los medios ordinarios regulados en el artículo 10.3 LTRHA y los artículos 764 y siguientes de la LEC²⁹.

Con todo lo anterior, la DGRN deja claro la imposibilidad de la inscripción de los nacidos en el extranjero a través de estas técnicas con la presentación única de una certificación registral extranjera donde no conste la identidad de la madre gestante, tal y como permitía la anterior Resolución General de la DGRN de 18 de febrero de 2009.

La finalidad del establecimiento de estas condiciones para que estos nacidos puedan ser inscritos en el Registro Civil es, sobre todo, evitar supuestos de tráfico internacional de menores y proteger a la gestante a la hora de prestar el consentimiento para llevar a cabo este tipo de procedimiento³⁰.

2.II.3 Argumentos del Tribunal Supremo

La sentencia del Tribunal Supremo (STS, en adelante), de 6 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247) impugnó la Resolución General de la DGRN de 18 de febrero de 2009. En el fallo se denegó la inscripción de la filiación de esos dos nacidos por medio de la gestación por sustitución en California basándose, principalmente, en dos líneas argumentales diferentes.

En primer lugar, aludieron al orden público internacional español y concluyeron que el reconocimiento de esta filiación en España era contrario al mismo ya que no respeta

²⁸ En el caso de este supuesto de hecho, tendría que ser una resolución emanada de los Tribunales ucranianos.

²⁹ Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE núm. 243, 7 de octubre de 2010, Sec. I. p. 84803).

³⁰ DÍAZ ROMERO, M^a del R., *Autonomía de la Voluntad...*, *op.cit.*, p. 25-45.

los valores constitucionales recogidos en nuestra norma suprema y, además, es incompatible con lo dictado por el artículo 10 LTRHA.

Concretamente, argumentaron que *“la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución. No puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que mantienen los recurrentes”*³¹.

En segundo lugar, basaron su respuesta en el interés superior del menor razonando que, al ser éste un concepto jurídico indeterminado, habrá que analizarlo teniendo en cuenta las leyes y principios constitucionales de cada sociedad. Replicaron a la DGRN sosteniendo que:

“el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone un perjuicio para el menor. Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil [...]. La protección de este interés no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de California”³².

2.II.4 Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019

La Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019 sustituía y actualizaba la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

Coincidía con la misma, por un lado, en la posibilidad de la inscripción en España de la filiación de los nacidos en el extranjero a través de estas técnicas de reproducción humana asistida con la presentación de una resolución judicial del Tribunal competente del país del origen de estos nacidos. Por otro lado, establecía la denegación de aquellas inscripciones a través de una certificación registral extranjera, pero abría la posibilidad de que si en esta consta la identidad de la madre gestante se pudiera incribir el nacimiento de estos niños *“acreditando la filiación del menor respecto de un progenitor español, conforme al artículo 9³³ de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil”*³⁴ (en lo sucesivo, LRC) (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/l/2011/07/21/20/con>).

La DGRN continúa más adelante argumentando que *“para acreditar de forma indubitada la realidad de esa filiación paterna [...] el medio preferente por su sencillez,*

³¹ STS de 6 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

³² *Ibidem*.

³³ Artículo 9 LRC: *En el Registro Civil constarán los hechos y actos inscribibles que afectan a los españoles y los referidos a extranjeros, acaecidos en territorio español. Igualmente, se inscribirán los hechos y actos que hayan tenido lugar fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones sean exigidas por el Derecho español.*

³⁴ Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la DGRN, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución [En línea]. (Consulta: 3 de abril 2020). Disponible en <https://www.elindependiente.com/wp-content/uploads/2019/07/instrucción-14-febrero-2019.pdf>

*aunque no exclusivo, podrá ser la correspondiente prueba de ADN, que se habrá de realizar y acreditar con plenas garantías médicas y jurídicas*³⁵.

Con esto, nacía la posibilidad de que estos niños pudiesen ser inscritos a través de una certificación registral donde constara la identidad de la madre gestante, con una previa prueba de ADN para demostrar el vínculo biológico con alguno de los comitentes.

Ante este nuevo planteamiento, cuatro días después, la DGRN publica la Instrucción de 18 de febrero de 2019 que deroga esta nueva posibilidad, dejando vigente lo establecido en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 y razonando lo siguiente:

“La gestación por sustitución constituye un fenómeno en el que se produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes [...]. Resulta además claro que la lucrativa actividad de las agencias mediadoras que operan en este terreno no puede considerarse ajustada a derecho. Por lo demás, este problema no se limita a España, sino que se desenvuelve en un ámbito exterior, por lo que sería necesaria una actuación internacional coordinada para hacerle frente de forma eficaz”³⁶.

III. Adopción tras la gestación por sustitución

Sabiendo que la gestación por sustitución es nula en nuestro ordenamiento jurídico y conociendo la doctrina establecida por la DGRN para proceder a la inscripción de la filiación de los nacidos en el extranjero a través de esta técnica de reproducción humana asistida, se plantea la cuestión de si, estando la filiación determinada por el parto, es posible entregar al niño en adopción a los padres de intención, o si una vez reconocida la paternidad del comitente de acuerdo con el artículo 10.3 LTRHA, podría ser adoptado por el cónyuge o la pareja unida por una relación de análoga afectividad³⁷.

El problema que se debate y que algunos autores defienden es que, si esto se permite, se estaría dejando realizar de manera indirecta lo que el legislador considera nulo llevar a cabo de manera directa, es decir, se estaría yendo en contra de la voluntad del legislador³⁸.

Tras acudir a otro país para llevar a cabo esta técnica, los comitentes, si se dan los requisitos, consiguen una inscripción registral del nacimiento practicada por el Registro Consular español en dicho país, donde se identifica como padre del menor a un miembro de la pareja y como madre a la gestante³⁹, y todo ello, sin perjuicio de lo establecido en la STS de 6 de febrero de 2014 que establece que “*figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción, permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo*”.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Instrucción de 18 de febrero de 2019 de la DGRN, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (ELI:[https://www.boe.es/eli/es/ins/2019/02/18/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ins/2019/02/18/(1))).

³⁷ LAMM E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Observatori de Bioètica y Dret, Barcelona, 2014, p. 74-76.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ GIL CORDOBES, M^a del M., “Adopción tras gestación subrogada”, en AA VV, *Gestación subrogada...op.cit*, p. 409.

Por lo explicado anteriormente, sabemos que para la inscripción en los Registros Consulares españoles es necesario el cumplimiento de lo establecido en las Instrucciones de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019 de la DGRN, donde se exige la existencia de una resolución judicial dictada por el Tribunal competente, lo que permite la inscripción directa de este nacido, pudiendo después la pareja del comitente iniciar los trámites de la adopción, pero más dificultad se suscita en los supuestos donde no existe dicha resolución judicial⁴⁰.

En estos casos, el padre biológico reclamará su paternidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.3 LTRHA y en el CC, siendo necesaria la renuncia de la madre gestante para poder iniciar los trámites de la adopción a favor de la pareja del padre, de acuerdo con los artículos 176 y siguientes del CC y con los artículos 33 a 42 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/02/15>).

El artículo 177 CC hace referencia al asentimiento para llevar a cabo esta adopción y aquí es donde se plantean dificultades, ya que la gestante se encuentra en el extranjero.

La práctica habitual es que ésta suscriba algún documento o acuerdo⁴¹ donde acepta someterse a este procedimiento de gestación por sustitución renunciando expresamente a sus derechos como madre e incluso afirmando ser consciente de que la pareja del padre comenzará los trámites de adopción en España⁴². En todo caso, el artículo 177 CC establece que “*el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto*”.

Puesto en marcha el expediente de adopción, es necesario que la madre gestante vuelva a prestar su asentimiento a través de una comisión rogatoria, que de acuerdo con el Diccionario de Español Jurídico de la Real Academia Española es una “*comunicación dirigida a un juzgado o tribunal extranjero en solicitud de auxilio judicial*”⁴³. En conclusión, se trata de un complejo proceso judicial hasta que el nacido en el extranjero como consecuencia de la gestación por sustitución consta legalmente en el Registro Civil como hijo de la pareja⁴⁴.

IV. Conclusiones

Haciendo una recopilación de todo lo anterior, sabemos que de acuerdo con el artículo 10 LTRHA, por un lado, la gestación por sustitución es nula en nuestro ordenamiento jurídico quedando la filiación determinada por el parto y, por otro, que el padre biológico podrá ejercer las acciones generales para reclamar su paternidad.

En el supuesto que nos ocupa, Paul y María acuden a Kiev a los fines de que una mujer geste un óvulo con los gametos aportados por el propio Paul.

⁴⁰ GIL CORDOBES, M^a del M., “Adopción tras gestación subrogada”, en AA VV, *Gestación subrogada...op.cit.*, p. 417- 425.

⁴¹ Ante fedatario público, ante el Encargado de asuntos Consulares o en un contrato privado de gestación y, además, se haya realizado de acuerdo con el proceso judicial del país correspondiente.

⁴² GIL CORDOBES, M^a del M., “Adopción tras gestación subrogada”, en AA VV, *Gestación subrogada...op.cit.*, p. 417- 425.

⁴³ <https://dej.rae.es/lema/comisión-rogatoria> (Consulta: 7 de abril de 2020).

⁴⁴ GIL CORDOBES, M^a del M., “Adopción tras gestación subrogada”, en AA VV, *Gestación subrogada...op.cit.*, p. 426.

Ambos pudieron llevar a cabo este procedimiento en Ucrania porque cumplían con los requisitos que la legislación de este país exige, ya que eran un matrimonio heterosexual y, suponemos que mayores de edad. Además, a María en 2016 se le diagnostica un trastorno funcional en los ovarios, por lo que ésta debería contar con un certificado médico español donde constaría su impedimento para tener descendencia biológica.

Una vez llevado a cabo este procedimiento de gestación por sustitución, en 2019 nace Oxana, por lo que, de acuerdo con lo explicado, se les entrega a los padres de intención un certificado de nacimiento a nombre del padre biológico, en este caso Paul y la gestante, con la renuncia de esta última⁴⁵.

Mientras tanto en España, la DGRN dicta la Instrucción de 18 de febrero de 2019 que, como ya he analizado anteriormente, se remite a lo establecido en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, donde se exige, para la inscripción directa en el Registro Civil español, la existencia de una resolución judicial dictada por los Tribunales competentes. El problema que se plantea es que en Ucrania no se otorga la filiación por resolución judicial, por lo que Oxana no puede quedar directamente inscrita en el Registro Civil.

En consecuencia, el único camino posible a seguir por Paul y María sería que Paul reclamase su paternidad de acuerdo con lo establecido en el art. 10.3 LTRHA y los artículos 764 y siguientes de la LEC y, una vez éste la reclame y conste como padre biológico de Oxana, teniendo el documento donde la madre gestante renunció a sus derechos, María podría iniciar los trámites de adopción siguiendo la tramitación procesal establecida en la LJV y cumpliendo con los requisitos recogidos en el CC.

En conclusión, a pesar de ser un procedimiento lento y complejo que, a día de hoy, causa gran controversia, no solo desde una perspectiva jurídica, sino también moral y ética, Oxana quedaría inscrita en el Registro Civil español como hija biológica de Paul y como hija adoptiva de María, siendo la adopción la única vía para que María quede determinada como madre legal de Oxana.

3. RELEVANCIA PENAL Y CONSECUENCIAS DE LAS SIGUIENTES CONDUCTAS

A continuación, se analizarán detalladamente una serie de figuras penales con el fin de estudiar si las conductas llevadas a cabo en este supuesto de hecho son subsumibles en estos tipos penales. Conviene aclarar que todas las figuras delictivas que van a exponerse están incluidas en el Libro II CP: “Delitos y sus penas”.

I. Intercambio de golpes entre María y Paul

En este epígrafe, se expondrá el delito de lesiones y su configuración penal, junto con algunas de las corrientes jurisprudenciales y doctrinales al respecto, sobre todo en relación con aquellos puntos que han podido causar cierta controversia.

⁴⁵ DÍAZ ROMERO, M^a del R., *Autonomía de la Voluntad...*, op.cit, p. 76.

3.I.1 Delito de lesiones

El Título III CP lleva por rúbrica “De las lesiones”. La clasificación legal de esta materia gira en torno a un tipo básico (artículo 147.1 CP) y a los delitos leves de lesiones (artículos 147.2 y 147.3 CP). Se recogen, también, una serie de tipos agravados (artículos 148-150 CP), un tipo imprudente (artículo 152 CP) y unos tipos autónomos: la violencia en el ámbito familiar (artículo 153 CP), la riña tumultuaria (artículo 154 CP) y los delitos de lesiones consentidas (artículo 155 y 156 CP).

3.I.1.1 Bien jurídico protegido y sujetos del delito

El análisis del bien jurídico protegido ha causado cierta desavenencia doctrinal entre quienes parecen defender como bien jurídico tutelado la salud, quienes se posicionan a favor de la integridad corporal, y, por último, aquellos que abogan por un bien jurídico triple (salud, integridad e incolumidad personal)⁴⁶.

En cuanto a lo anterior, ha sido criticada la referencia al concepto “integridad corporal” porque éste solo alude al aspecto físico, concretamente a “*la plenitud anatómico-funcional interna y externa*”, olvidándose de la vertiente psíquica⁴⁷.

Parece, por tanto, que la doctrina mayoritaria defiende un único bien jurídico, concretamente, la salud entendida en un sentido amplio y estando incluido dentro de este concepto la referencia a la integridad corporal⁴⁸.

Directamente relacionado con este bien jurídico, nos encontramos con un reconocimiento en el artículo 15 de la Constitución Española (en adelante, CE) (ELI:[https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)) que establece que “*todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (...)*”. En este mismo sentido, el artículo 43.1 de nuestra norma suprema “*reconoce el derecho a la protección de la salud*”.

Otro tema importante previo al estudio de los diferentes tipos que conforman esta figura penal es la delimitación de los sujetos intervinientes.

Sujeto activo solo puede ser aquella persona física que lleva a cabo una acción que reúne los elementos necesarios para encontrarse dentro del tipo delictivo y sujeto pasivo será otro ser humano, vivo y con vida independiente. En consecuencia, se excluye aquí a los carentes de vida y a aquellos que poseen una vida humana dependiente, es decir, a los fetos⁴⁹.

⁴⁶ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 23.

⁴⁷ <https://www.tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/login.do?user=coruna&password=consello> , Documento TOL 24.364 (consulta: 15 de mayo de 2020), p. 1.

⁴⁸ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., *Delito de lesiones... op.cit.*, p. 26.

⁴⁹ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., *Delito de lesiones... op.cit.*, p. 31.

Por tanto, sujeto pasivo, de acuerdo con la redacción del artículo 147.1 CP, solo podrá ser “otro” de tal forma que las autolesiones van a ser consideradas impunes⁵⁰.

3.I.1.2 Tipo básico y tipos atenuados

El tipo básico del delito de lesiones se encuentra recogido en el artículo 147.1 CP. Este dice así:

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

Así pues, de este artículo se desprende la idea de que es necesaria la concurrencia de tres elementos: lesión, primera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico.

En cuanto a la lesión, conviene aclarar que ésta puede ser llevada a cabo por cualquier medio o procedimiento, por lo que estamos ante un tipo básico cuyos medios para producir la lesión son indeterminados. Autores como MUÑOZ CONDE consideran incluidos en el tipo “*comportamientos en los que se empleen medios violentos que suponen la utilización de la fuerza física sobre el cuerpo del sujeto pasivo, pero también aquellos que, sin ejercer fuerza física sobre la víctima, tienen capacidad para afectar a su salud, como suministro de venenos, aspiración de gases, contagio de enfermedades, etc*”⁵¹.

Asimismo, DIEZ RIPOLLÉS incluye, también, aquellos medios que vayan a afectar a la salud mental del sujeto pasivo, es decir, medios que afecten a la vertiente psíquica. Se refiere a “*suministrar informaciones especialmente sensibles productoras de emociones intensas, privaciones afectivas, tratos desconsiderados que desencadenan situaciones de angustia o de pérdida de autoestima, etc*”⁵².

En segundo lugar, la acción típica requiere de la existencia de una primera asistencia facultativa por lo que es conveniente examinar este concepto.

Aquí, DIEZ RIPOLLÉS nos vuelve a aportar una definición y entiende por tal la “*ayuda, atención o cuidados que los profesionales de la sanidad pueden prestar a otra persona que los necesita a partir de las especiales capacidades personales y medios de que disponen*”⁵³. Se entiende que encajan aquí, a modo de ejemplo, cuidados paleativos,

⁵⁰ BRAGE CENDÁN, S.B., “Los delitos de lesiones en el Código Penal de 1995”, *Dereito*, Vol.8, nº1 (1999), p. 51.

⁵¹ BRAGE CENDÁN, S.B., “Los delitos de lesiones en...”, op.cit, p. 52.

⁵² <https://www-tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/login.do?user=coruna&password=consello>, Documento TOL 24.366 (consulta: 16 de mayo de 2020), p. 2.

⁵³ <https://www-tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/login.do?user=coruna&password=consello>, Documento TOL 24.366 (consulta: 16 de mayo de 2020), p. 2.

actos médicos dirigidos únicamente al diagnóstico o aquellos que disminuyen o eliminan los menoscabos de la salud⁵⁴.

En tercer lugar, el precepto exige que el sujeto pasivo haya requerido de un tratamiento médico o quirúrgico.

Por tratamiento médico, de acuerdo con la STS de 28 de febrero de 2009 (ECLI: ES:TS:2009:1239) se entiende “*la planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina, con finalidad curativa*”.

De lo anterior se desprende que se trata de una acción prolongada y reiterada, llevada a cabo por un profesional de la sanidad y, además, ha de ser objetivamente necesario (así lo establece el propio precepto), por lo que entendemos que el tratamiento debe ser imprescindible⁵⁵.

Por tratamiento quirúrgico, la STS de 30 de enero de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:218) establece que “*debe entenderse la realización de cualquier intervención médica de esta naturaleza (cirugía mayor o menor), que sea objetivamente necesaria para reparar el cuerpo humano o para restaurar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida por las lesiones*”.

Finaliza el precepto puntualizando que la simple vigilancia de la lesión no se considerará tratamiento médico.

Acercándonos al supuesto de hecho que nos ocupa, conviene traer a colación dos sentencias: la ya mencionada STS de 28 de febrero de 2009 (ECLI: ES:TS:2009:1239), puesto que en ella el ingreso hospitalario fue considerado tratamiento médico y la STS de 26 de mayo de 1998⁵⁶ que considera que la fractura de un hueso del cuerpo humano necesita obligatoriamente de tratamiento médico.

Por último, los apartados 2 y 3 del precepto recogen los tipos atenuados. El artículo 147.2 CP se refiere a las lesiones sin necesidad de tratamiento médico o quirúrgico siendo éstas castigadas con una pena de multa de uno a tres meses y el artículo 147.3 CP que recoge lo que se conoce como maltrato de obra, es decir, aquel donde no se genera lesión y basta con probar la existencia de golpes o conductas similares y cuya consecuencia jurídica será una pena de uno a dos meses de multa⁵⁷.

3.I.1.3 Tipos agravados

Los artículos 148, 149 y 150 CP recogen un conjunto de agravaciones al tipo básico de lesiones.

⁵⁴ AA VV: *Memento práctico Francis Lefevre Penal* (MOLINA FERNÁNDEZ, F. coord.), Francis Lefevre, Madrid, 2018, <https://online.elderecho.com> (Consulta: 16 de mayo de 2020).

⁵⁵ <https://www.tirantonline-com.accedys.udc.es/tol/login.do?user=coruna&password=consello>, Documento TOL 24.366 (consulta: 16 de mayo de 2020), p. 5-7.

⁵⁶ STS de 26 de mayo de 1998 [En línea]. (Consulta: 17 de mayo de 2020). Disponible con suscripción en Westlaw Aranzadi: <https://insignis.aranzadigital.es>

⁵⁷ AA VV: *Memento práctico Francis Lefevre Penal* (MOLINA FERNÁNDEZ, F. coord.), Francis Lefevre, Madrid, 2018, <https://online.elderecho.com> (Consulta: 17 de mayo de 2020).

En primer lugar, el artículo 148 CP agrava la pena atendiendo a la modalidad de ejecución de la conducta delictiva, siendo estas circunstancias de carácter potestativo y tomando en consideración el resultado o el riesgo producido⁵⁸.

El precepto prevé para estas agravaciones una pena de prisión de 2 a 5 años y entre ellas se encuentran: la utilización de medios concretamente peligrosos, ensañamiento o alevosía, víctima menor de doce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección, víctima que sea o haya sido esposa, mujer o que esté o hubiese estado ligada al autor por una relación de análoga afectividad, aun sin convivencia y, por último, víctima especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Corresponde hacer especial mención a la agravante de violencia de género. Ésta fue incluida por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/lo/2004/12/28/1/con>), ley que lo que pretende es:

“actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

Este mayor reproche penal ha generado ciertas críticas ya que hace referencia únicamente a las agresiones donde el sujeto activo es hombre y el pasivo mujer, excluyendo aquellas llevadas a cabo por mujer a hombre y olvidándose de las parejas formadas por personas del mismo sexo⁵⁹. Ante esta problemática, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 59/2008, de 14 de mayo (ECLI:ES:TC:2008:59) resolvió que “*el distinto tratamiento penal se justifica no en una discriminación positiva, es decir, no porque la mujer sea especialmente vulnerable, sino porque la conducta del maltratador es más reprochable, dada la posición de superioridad y dominación del hombre, y además más frecuente*”.

Por otro lado, los artículos 149 y 150 CP recogen una serie de agravaciones que son de obligatoria aplicación y que atienden a la magnitud del resultado producido⁶⁰.

El artículo 149 CP agrava la pena cuando se produce “*la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, un sentido, impotencia o esterilidad, deformidad grave o grave enfermedad somática o psíquica y cuando se cause una mutilación genital*”.

Además, este subtipo agravado impone una pena mayor para los casos en que la víctima es menor o persona necesitada de especial protección.

Por último, el artículo 150 CP castiga con una pena de prisión de tres a seis años “*la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad*”.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ AA VV: *Memento práctico Francis Lefevre Penal* (MOLINA FERNÁNDEZ, F. coord.), Francis Lefevre, Madrid, 2018, <https://online.elderecho.com> (Consulta: 18 de mayo de 2020).

⁶⁰ *Ibidem*.

3.I.1.4 Figuras especiales. Particular referencia a la violencia en el ámbito familiar

El CP regula de sus artículos 153 a 156 unas figuras delictivas especiales: la violencia en el ámbito familiar, la riña tumultuaria y las lesiones consentidas.

Centrándonos en el supuesto de hecho que nos ocupa, a continuación, se hará una mención especial al artículo 153 CP, precepto que recoge la violencia en el ámbito familiar.

Este delito castiga al que causa *“un menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad o maltrate de obra sin causar lesión”* siempre que la víctima se encuentre mencionada dentro de las clases de personas a las que alude el CP. Por tanto, las conductas que realice el sujeto activo han de ser aquellas previstas en los ya citados artículos 147.2 y 147.3 CP.

El artículo 153.1 CP hace referencia a aquellos supuestos donde la víctima *“sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”*.

Este apartado fue incluido a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>) y trajo consigo, de nuevo, críticas en relación a que las penas en este apartado son superiores a las del resto de sujetos pasivos. Se planteó una posible vulneración al principio de igualdad, porque otra vez aquí, el reproche penal es mayor cuando la conducta es llevada a cabo por un hombre y la víctima es mujer⁶¹.

Esta problemática fue resuelta por la STC de 14 de mayo de 2008 con los argumentos ya expuestos y, asimismo, en ella se aclara que *“el objetivo es combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad”*.

También conviene traer a colación aquí, la STS de 20 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4353) que alude a los casos de agresiones recíprocas en la pareja y dice que *“los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella con independencia de cual sea la motivación o la intencionalidad”*.

El apartado 2º del artículo 153 CP establece otra consunción jurídica para el caso en que las víctimas del delito sean:

“cónyuge o ex – cónyuge o persona que haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia; descendiente, ascendiente o hermano por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente; menor o incapaz que con él conviva o que se halle sujeto a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente; persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar;

⁶¹ AA VV: *Memento práctico Francis Lefevre Penal* (MOLINA FERNÁNDEZ, F. coord.), Francis Lefevre, Madrid, 2018, <https://online.elderecho.com> (Consulta: 19 de mayo de 2020).

persona que, por su especial vulnerabilidad, se encuentre sometida a custodia o guarda en centro público o privado”⁶².

A continuación, el artículo 153.3 CP impone la pena en su mitad superior en aquellos casos donde el delito se lleve a cabo *“en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”*.

Conviene hacer una precisión en relación con la “presencia de menores”. En este sentido, la STS de 18 de abril de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1378) establece que:

“la agravante prevista para las agresiones de violencia de género consistente en actuar “en presencia de menores” no puede restringirse a las percepciones visuales directas, sino que ha de extenderse a las percepciones sensoriales de otra índole que posibiliten tener conciencia de que se está ejecutando una conducta agresiva de hecho o de palabra propia de una escena de violencia. En tales supuestos es patente que el menor resulta directamente afectado de forma muy negativa en su formación y desarrollo personal, en su maduración psicosocial y en su salud física y mental”.

Por último, se atenua la pena, de acuerdo con el artículo 153.4 CP, atendiendo a las circunstancias personales del autor y del hecho.

3.I.2 Conclusiones

La noche del uno de septiembre, María y Paul discuten violentamente en presencia de Oxana, llegando a golpearse mutuamente. Paul termina con varios hematomas en el bajo vientre y en la cara y María hospitalizada con fractura de costillas.

Corresponde ahora analizar la relevancia penal y las consecuencias jurídicas de dichas conductas.

En cuanto a la fractura de costillas de María y su consecuente hospitalización, conviene concluir que estamos ante una lesión del tipo básico del artículo 147.1 CP. Se cumplen los tres elementos que el propio precepto exige: una lesión, en este caso una fractura de costillas; una primera asistencia facultativa, que serían las primeras atenciones que recibe María por parte del personal de sanidad y, por último, un tratamiento médico, que, en este caso, sería el hecho de su necesaria hospitalización.

No sabemos por los datos que nos aporta el supuesto de hecho si María requirió, también, de un tratamiento quirúrgico, pero de acuerdo con las ya mencionadas STS de 28 de febrero de 2009 y la STS de 26 de mayo de 1998 el simple hecho de ser hospitalizada y la fractura de un hueso del cuerpo humano, en este caso, las costillas, necesita obligatoriamente de tratamiento médico.

Asimismo, potestativamente, se podrá aplicar la agravante del artículo 148.4º: *“si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”*.

⁶² AA VV: *Memento práctico Francis Lefevre Penal* (MOLINA FERNÁNDEZ, F. coord.), Francis Lefevre, Madrid, 2018, <https://online.elderecho.com> (Consulta: 19 de mayo de 2020).

En conclusión, Paul comete un delito de lesiones del tipo básico del artículo 147.1 CP, agravado por la circunstancia del artículo 148.4º CP, es decir, por el hecho de que el sujeto pasivo, María, sea su esposa. La consecuencia jurídica de esta conducta llevada a cabo por Paul será castigada con “*una pena de prisión de dos a cinco años*”.

En cuanto a los hematomas de Paul, estos encajan con las lesiones leves previstas en artículo 147.2 CP, ya que se ha causado un resultado de lesión que no ha requerido de tratamiento médico o quirúrgico. El supuesto de hecho no nos aporta más información, pero podría ser que esos hematomas hayan necesitado, como mucho, de una primera asistencia facultativa y es posible que haya podido aplicarse algún antiinflamatorio o analgésico, pero, de acuerdo con la STS de 11 de marzo de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:1700), éstos no son considerados tratamiento médico a no ser que hayan sido prescritos, porque su finalidad no es curar, sino aliviar el dolor o la incomodidad.

Sin embargo, al ser Paul el cónyuge de María, estaríamos hablando más bien de la figura penal del artículo 153.2 CP, es decir, un delito de violencia en el ámbito familiar. Esto se debe a que la condición de cónyuge de Paul junto con la comisión de un delito de lesiones leve del artículo 147.2 CP conlleva a la aplicación de esta figura especial.

Por tanto, María tendrá que ser castigada por un delito de violencia en el ámbito familiar cuya consecuencia jurídica será una “*pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años*”.

Además, corresponde aplicar la agravación del artículo 153.3 CP porque este delito de lesiones se perpetra en presencia de un menor, en este caso Oxana, hija de ambos, por lo que la pena que se le imponga a María tendrá que agravarse en su mitad superior.

II. Permanencia indefinida de Paul y Oxana en Londres, en contra de la voluntad de María

Este epígrafe tratará el estudio de las cuestiones más relevantes que suscita el delito de sustracción de menores, un tema de actualidad que en algunos casos ha llegado a tener una gran repercusión mediática⁶³.

3.II.1 Delito de sustracción de menores

El Capítulo III del Título duodécimo del CP lleva por rúbrica “De los delitos contra los derechos y deberes familiares” y, concretamente, en su Sección 2ª, el artículo 225 bis tipifica el delito de sustracción de menores. La conducta típica se describe así:

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

⁶³ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *El delito de sustracción de un menor por su progenitor. Colección de delitos 102*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 11-14.

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

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

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

Esta sección fue incorporada por la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/lo/2002/12/10/9>), que en su Exposición de Motivos establece que lo que se pretende principalmente es la protección de los intereses de los menores, sobre todo en los casos de posibles crisis familiares⁶⁴.

3.II.1.1 Aproximación al bien jurídico protegido en el 225 bis CP

Esta es una cuestión controvertida ya que no hay acuerdo sobre cuál es el bien jurídico tutelado en este artículo.

Dentro de las diferentes posturas doctrinales destacan, por un lado, los que defienden que el único bien jurídico protegido es el interés del menor; por otro lado, los que apuestan por incluir en esta protección, también el interés de los progenitores, y, por último, los que abogan por la protección, no solo de los intereses del menor, sino también del funcionamiento pleno de la administración pública⁶⁵.

Teniendo en cuenta la rúbrica bajo la que se encuentra este artículo cabe inferir que lo que se tutela está relacionado con el ámbito familiar, “*concretamente con los derechos de guardia y custodia, que han de ser respetados para mantener la paz en las relaciones familiares*”⁶⁶.

La SAP de Barcelona, de 5 de julio de 2011 (ECLI:ES:APB:2011:9893) concluyó que “*lo que se pretende mediante dichos tipos de protección es desalentar comportamientos parentales en los que los menores sean víctimas de un proceso de cosificación o de mera utilización instrumental, de abandono afectivo y personal por aquéllos que tienen la obligación de procurarles cariño y protección*”.

3.II.1.2 Sujetos del delito

El delito de sustracción de menores se trata de un delito especial, debido a que la realización de las conductas típicas se limita a unos sujetos precisos. El apartado 1º del artículo 225 bis hace mención directa a los progenitores y el párrafo 5º recoge una extensión de sujetos refiriéndose a “*los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad*”.

Generalmente, el sujeto activo de este delito es uno de los progenitores, pero se ha planteado la cuestión de si las conductas, tanto de traslado como de retención, pueden ser

⁶⁴ Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/lo/2002/12/10/9>).

⁶⁵ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *El delito de sustracción de...op.cit*, p. 23-32.

⁶⁶ MONGE FERNÁNDEZ, A., *El delito de sustracción de menores. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Bosch Editor, Barcelona, 2017, pp. 53-54.

llevadas a cabo solo por el progenitor no custodio o, también, por el progenitor que tenga atribuida legalmente la guarda del menor⁶⁷.

Esta discusión ha sido resuelta por la jurisprudencia que ha considerado que tales conductas solo pueden ser realizadas por el progenitor no custodio. En esta misma línea, se ha manifestado el Auto de la Audiencia Provincial (en adelante, AAP) de las Palmas, de 25 de mayo de 2011 (ECLI:ES:APGC:2011:777A) donde se ha argumentado lo siguiente:

“La semántica de la palabra sustraer es de difícil engarce con la persona que tiene al menor viviendo consigo, y la mención al traslado de "con quien conviva habitualmente" nos ofrece la misma idea de que es un delito que no va dirigido al progenitor custodio. Es decir, que sujeto activo de este delito sólo puede ser el progenitor que no tenga la custodia, teniéndola el otro progenitor”.

Asímismo, la Exposición de motivos de la LO 9/2002, de 10 de diciembre deja claro que:

“en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara”⁶⁸,

es decir, se refirma así la postura de que solo puede ser sujeto activo del delito el progenitor no custodio.

Por otra parte, es indiferente que los progenitores estén unidos en matrimonio o a través de un vínculo de análoga significación o que la filiación lo sea por naturaleza o por adopción⁶⁹.

En cuanto a la previsión de los sujetos activos extensivos (artículo 225 bis 5º) y ya para ultimar con lo relacionado a este tipo de sujetos, su fundamento se encuentra en una razón sociológica debido a que éstos no son ajenos al círculo familiar y pueden actuar de manera auxiliar a los progenitores, o incluso, realizar personalmente la sustracción, y si no existiera tal previsión, no sería posible castigarles por este delito⁷⁰.

Pasando ya al análisis del sujeto pasivo, aquí se va a depender de la posición tomada respecto del bien jurídico protegido.

La doctrina minoritaria deduce que, al encontrarse este artículo bajo la rúbrica de derechos y deberes familiares, el sujeto pasivo será el otro progenitor, pero

⁶⁷ MONGE FERNÁNDEZ, A., *El delito de sustracción... op.cit*, p. 59-63.

⁶⁸ Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/lo/2002/12/10/9>)

⁶⁹ DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 342.

⁷⁰ MONGE FERNÁNDEZ, A., *El delito de sustracción... op.cit*, p. 69-71 y DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Sustracción parental de menores...op.cit*, p.346 y 347.

mayoritariamente se ha entendido que será el menor de edad que tenga la relación establecida en el artículo 225 bis párrafo 5^o⁷¹.

Por menor de edad, se hace referencia, de acuerdo con el CC, al menor de 18 años no emancipado, lo que ha causado cierta desavenencia doctrinal ya que el Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya, el 25 de octubre de 1980 («BOE» núm. 202, de 24 de agosto de 1987) establece como máximo la edad de 16 años, entendiéndose que, por encima de ese límite, éstos pasan a tener una capacidad psicológica de adultos⁷².

Respecto a lo anterior, el autor FERNÁNDEZ TORRES ha señalado lo siguiente:

“es más improbable el secuestro parental en las edades más avanzadas y cercanas a la mayoría de edad, por contar el menor con un mayor grado de autonomía personal, en el ejercicio de la cual exprese una voluntad propia, que difícilmente podrá ser desatendida por sus padres o por las autoridades encargadas de decidir sobre su situación, sin embargo, no cabe excluir de modo absoluto tal posibilidad”⁷³.

En conclusión, el sujeto pasivo será el menor de 18 años no emancipado, pero, en cuanto a los adolescentes se plantea una problemática defendida por un sector doctrinal que hace referencia solo a la inclusión en este tipo delictivo de los menores de corta edad porque, si éstos pueden prestar su consentimiento, estaríamos hablando, más bien, de un delito de inducción de menores al abandono de su domicilio del artículo 224 CP⁷⁴.

3.II.1.3 Conducta típica

El CP recoge dos modalidades de conductas típicas: el traslado y la retención. Además, exige que la sustracción se lleve a cabo sin causa justificada, lo que deberá de analizarse atendiendo al caso concreto⁷⁵.

A continuación, se examinará cada una de las modalidades de conducta, pero conviene puntualizar que la redacción de este tipo penal va a dar lugar a diferentes interpretaciones por parte de nuestros Tribunales⁷⁶.

En cuanto a la modalidad de traslado, la aproximación al término puede hacerse a través de la definición que nos proporciona la Real Academia Española, que define “trasladar” como “llevar a alguien o algo de un lugar a otro”⁷⁷. No obstante, para que la sustracción sea punible es necesario, de acuerdo con el 225 bis, por un lado, que se traslade al menor de su residencia habitual y, por otro, que el sujeto activo lo haga sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente.

Aquí debe advertirse que la dicción literal del precepto no exige que en la modalidad de traslado se produzca un quebrantamiento de una previa resolución judicial, por lo que

⁷¹ MONGE FERNÁNDEZ, A., *El delito de sustracción... op.cit*, p. 71-73.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *El delito de sustracción de...op.cit*, p. 41.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *El delito de sustracción de...op.cit*, p. 52.

⁷⁶ MONGE FERNÁNDEZ, A., *El delito de sustracción... op.cit*, p. 78.

⁷⁷ <https://dle.rae.es/trasladar#aR1ZFZd> (consulta: 23 de abril de 2020).

se podría entender que son punibles los traslados del menor decididos unilateralmente por uno de los progenitores en casos de crisis familiar⁷⁸. Sin embargo, otra posición doctrinal, y la que sigue la jurisprudencia mayoritaria sostiene que es necesaria una interpretación restrictiva del tipo, siendo imprescindible para la apreciación de la conducta, una resolución judicial o administrativa previa⁷⁹.

En este sentido, conviene traer a colación, a modo de ejemplo, lo siguiente: Auto de la Audiencia Provincial de Almería (AAP, en lo sucesivo), de 14 de marzo de 2017 (ECLI:ES:APAL:2017:372A) que concluye que en el caso concreto “*no ha quedado acreditada la comisión del delito de sustracción de menores habida cuenta la inexistencia de resolución judicial que atribuyera la guarda y custodia de la menor a ninguno de los progenitores (...) antes de la comisión de los hechos denunciados*”; STS de 21 de enero de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:1858) que argumentó que “*mientras no se cuente con la correspondiente resolución no se dará el tipo y los hechos ocurridos nunca podrían considerarse como sustracción de menores*”; AAP de Las Palmas, de 28 de junio de 2004 (ECLI: ES:APGC:2004:1088^a) que estableció que:

“el hecho denunciado (...) no reviste caracteres de infracción penal, pues lo único que ha sucedido es que uno de los progenitores se ha marchado del lugar de convivencia con su hijo y ello ataca los derechos paternofiliales del denunciante, que duda cabe, pero no puede constituir infracción penal (...). En este caso quien traslada al menor del lugar de residencia es un progenitor con el que convive habitualmente por lo que no puede ser sujeto activo de ese delito”;

o la SAP de Barcelona de 16 de junio de 2009 (ECLI:ES:APB:2009:8360) que fundamentó lo siguiente:

“(…) es necesaria la existencia de una resolución judicial o administrativa que acuerde la custodia por uno de los progenitores y no solo para el supuesto nº 2 del apartado 2 (retención) sino también para el supuesto nº 1 (traslado del menor), ello aun cuando el legislador solo exige de forma expresa la existencia de citada resolución en el supuesto del segundo apartado”.

En sentido contrario, y apartándose de la línea jurisprudencial mayoritaria, la sentencia de la Audiencia Nacional, de 15 de marzo de 2016 (ECLI: ES:AN:2016:2642) condena a un padre por un delito de sustracción de menores, a pesar de no existir una resolución que determine el régimen de custodia y argumenta que “*el artículo 225 bis 2 establece la interpretación auténtica de lo que, a efectos de este artículo debe considerarse sustracción, y la definición del 1º no deja lugar a dudas*”.

La segunda modalidad típica es “*la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa*”, es decir, consiste en no entregar al menor a aquel que tiene atribuida legalmente la custodia.

Como vemos, en esta conducta sí que se exige expresamente la existencia de una resolución y se establece como requisito que el incumplimiento de la resolución sea grave. Para analizar esto, se acuden a ciertos parámetros como pueden ser el tiempo que ha durado la sustracción o a si ha habido por parte del sujeto activo una voluntad de sustituir

⁷⁸ DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Sustracción parental de menores...op.cit*, p. 354.

⁷⁹ MONGE FERNÁNDEZ, A., *El delito de sustracción... op.cit*, p. 85.

el domicilio del menor⁸⁰. Es decir, es necesario la existencia del dolo, excluyéndose aquellos incumplimientos leves u ocasionales⁸¹.

En conclusión, la resolución es un elemento típico del delito y es necesario que haya un incumplimiento de la misma para que la conducta sea punible. Los Tribunales apuestan por esa interpretación restrictiva del tipo para asegurar la seguridad jurídica y, también, el cumplimiento del principio de intervención penal mínima, evitando así, de acuerdo con la autora TORRES FERNÁNDEZ que “*los juzgados se conviertan en el foro para las discusiones de pareja cuya base está en el desacuerdo por la custodia de los hijos*”⁸².

3.II.1.4 Tipos agravados y supuestos de tratamiento privilegiado

A partir del tipo básico del delito, el legislador ha incluido una serie de circunstancias (artículo 225 bis 3º) que merecen un mayor reproche penal. En estos casos, la pena se impondrá en su mitad superior de la indicada en el apartado 1 del artículo.

La primera modalidad agravada es el traslado del menor fuera de España, lo que se conoce como sustracción internacional. La conducta consiste en llevarse al menor fuera del territorio geográfico español, incluyendo los buques y aeronaves extranjeras (artículo 23 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; en adelante, LOPJ) (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>), lo que sugiere excluir la conducta de retención del tipo básico, no existiendo ninguna razón para exceptuar estos casos, por lo que se sospecha que se ha tratado de un olvido del legislador⁸³.

La doctrina parece, también, no ponerse de acuerdo en el fundamento de la agravación, ya que algunos autores focalizan la mayor gravedad de la conducta en una lesión de la seguridad del menor, sin embargo, otros se centran en la dificultad de retorno debido al elemento transfronterizo y en la posible ruptura de la relación con el progenitor que no lleva a cabo la sustracción⁸⁴. En esta línea, se pronuncia el AAP de Tarragona, de 28 de noviembre de 2003 que argumenta que:

“No puede obviarse la problemática social (...) de la sustracción internacional, más gravemente penada por las mayores dificultades de retorno del menor, pues los Estados se erigen en barrera de interposición entre padres e hijos, y por el peligro de que el traslado se utilice para obtener la aplicación de normas de Derecho internacional privado favorables al progenitor que se apodera del niño”⁸⁵.

Existe, asimismo, en esta materia un amplio compendio normativo internacional donde se alude a la necesidad de cooperación entre los Estados implicados para la protección de los menores y la rápida restitución de los mismos a su país de residencia habitual⁸⁶.

⁸⁰ DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Sustracción parental de menores...op.cit*, p. 363.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *El delito de sustracción de...op.cit*, p. 54.

⁸³ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *El delito de sustracción de...op.cit*, p. 66.

⁸⁴ DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Sustracción parental de menores...op.cit*, p. 370-371.

⁸⁵ AAP de Tarragona, de 28 de noviembre de 2003 [En línea]. (Consulta: 20 de abril de 2020). Disponible con suscripción en Westlaw Aranzadi: <https://insignis.aranzadidigital.es>

⁸⁶ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *El delito de sustracción de...op.cit*, p. 67-71.

La segunda modalidad agravada es la sustracción del menor con la exigencia de alguna condición para su restitución aplicándose este subtipo tanto si la conducta llevada a cabo es el traslado como la retención y, además, el legislador no especifica el contenido de esa condición, por lo que ésta podrá ser de cualquier naturaleza⁸⁷.

Basándonos en lo razonado por MONGE FERNÁNDEZ, el fundamento de este subtipo agravado es *“el plus de desvalor de la imposición de la condición para la restitución del menor, así como la instrumentalización del mismo”*⁸⁸.

Continúa el apartado 4 de dicho artículo 225 bis CP previendo una excusa absolutoria y un tipo atenuado.

En cuanto a la primera, quedará exento de pena el sustractor cuando la ausencia haya sido inferior de veinticuatro horas o cuando, dentro de esas veinticuatro horas se haya comunicado el lugar de estancia del menor con el compromiso de devolverlo de manera inmediata y llevando a cabo ésto de manera efectiva. El fundamento a esta anulación de la pena está en el interés superior del menor y su posibilidad a relacionarse con sus progenitores⁸⁹.

En cuanto al tipo atenuado, el CP continúa diciendo que, *“si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años”*, es decir, se atenua la pena si se produce una restitución voluntaria y directa del menor en un plazo de quince días. Esta atenuación se fundamenta en que, en este período, *“no es posible que el menor cree un nuevo vínculo de convivencia”*⁹⁰.

Termina este apartado con un inciso que concreta que *“estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción”*, lo que ha suscitado otra cuestión controvertida para la doctrina en lo relativo a si el cómputo de los plazos se realiza desde que tiene lugar la sustracción o desde el momento de interposición de la denuncia⁹¹.

3.II.2 Conclusiones

Tras haber analizado las distintas características que conforman este tipo delictivo, conviene aclarar si la conducta llevada a cabo por Paul, en contra de la voluntad de María, reviste las particularidades de la sustracción de menores.

En primer lugar, podemos afirmar que Paul se lleva a Oxana cumpliendo con varios de los requisitos de este tipo delictivo: por un lado, lo hace sin causa justificada; por otro, el sujeto pasivo, en este caso Oxana, es su hija y menor de edad y, por último, lleva a cabo la modalidad de retención de esta figura delictiva. María conocía que Paul iba trasladarse con Oxana a Londres, pero no presta su consentimiento en ningún momento para que ambos permanezcan allí de manera indefinida, es decir, María desconocía que Paul retendría a Oxana en el extranjero.

⁸⁷ DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Sustracción parental de menores...op.cit.*, p. 373-374.

⁸⁸ MONGE FERNÁNDEZ, A., *El delito de sustracción... op.cit.*, p. 71-73.

⁸⁹ DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Sustracción parental de menores...op.cit.*, p. 376.

⁹⁰ MONGE FERNÁNDEZ, A., *El delito de sustracción... op.cit.*, p. 71-73.

⁹¹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *El delito de sustracción de...op.cit.*, p. 73.

En segundo lugar, y haciendo una recopilación de todo lo anterior expuesto, sabemos que la literalidad de este artículo no exige el incumplimiento de una resolución judicial o administrativa previa en el caso de la conducta de traslado, pero sí en la modalidad de retención.

Por tanto, de acuerdo con la literalidad del artículo 225 bis, sabemos es necesaria una resolución que atribuya la guarda del menor a uno de los progenitores y que la conducta sea realizada por aquel que no tenga la custodia.

Lo que sucede es que Paul se marcha del domicilio de convivencia con su hija sin el consentimiento de María, pero éste no puede ser sujeto activo del delito porque no es el progenitor no custodio al no existir ningún tipo de resolución previa.

En conclusión, los hechos que denuncia María no tienen relevancia penal, ya que no revisten los caracteres propios de la sustracción de menores, y, en consecuencia, Paul no ha llevado a cabo una conducta delictiva. La guarda de Oxana no había sido atribuida por resolución judicial o administrativa a ninguno de los progenitores, compartiendo tanto Paul como María la patria potestad de la menor y conviviendo los tres en el mismo domicilio familiar.

III. El depósito de Oxana en el umbral de las puertas de una iglesia, llevado a cabo por Paul

A continuación, se tratará otra de las diversas figuras delictivas que gira en torno a la familia, enfocando su análisis a través de la doctrina jurisprudencial existente en relación con aquellas cuestiones que se suscitan a lo largo del estudio de este tipo penal.

3.III.1 Delito de abandono de menores

La Sección 3ª del Capítulo III perteneciente al Título duodécimo del CP (relativo a los “delitos contra las relaciones familiares”) lleva por rúbrica “Del abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección”.

Conviene hacer mención aquí a la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>), donde el artículo 258 establece que “*todas las referencias a los términos «incapaz» o «incapaces» se sustituyen por los términos «persona con discapacidad necesitada de especial protección» o «personas con discapacidad necesitadas de especial protección»*”⁹².

Esta Sección recoge una serie de delitos que pueden reunirse en dos grupos diferenciados. Por un lado, el abandono de familia, donde se puede distinguir el tipo básico (artículo 226 CP) y un tipo específico (artículo 227 CP), conocido como “abandono por impago”. Además, el artículo 228 CP nos proporciona un aspecto procesal, aclarando que es necesario la denuncia para la persecución de los mismos⁹³.

⁹² 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 (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1>).

⁹³ ARÁNZAZU MORETÓN TOQUERO, M., *El abandono de familia y otros delitos contra los derechos y deberes familiares*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 9.

Por otro lado, el CP regula los delitos de abandono de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. En este último grupo se diferencian varios tipos: el abandono propio (artículos 229 y 230 CP), el abandono impropio (artículo 231 CP) y la utilización de menores para la mendicidad (artículo 232 CP)⁹⁴.

El artículo 233 CP cierra el Título duodécimo con unas disposiciones que son comunes a todos los artículos anteriormente mencionados. Hace referencia, en primer lugar, a la posibilidad de imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela o curatela o acogimiento familiar; en segundo lugar, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público en caso de que el responsable tenga la condición de funcionario público y, finalmente, menciona al Ministerio Fiscal y su competencia para instar a la autoridad a establecer medidas para la protección del menor.

En todo caso, estas consecuencias jurídicas son potestativas para el juez, que podrá imponerlas en atención a las circunstancias del caso concreto⁹⁵.

Teniendo en consideración el supuesto de hecho que nos ocupa, los epígrafes siguientes se van a centrar en lo que se conoce como abandono propio, ya se que son los que más encajan con la conducta llevada a cabo por Paul.

Por tanto, es acorde dar una primera noción de este tipo penal a través del artículo 229 CP que define el abandono propio en su primer apartado como “*el abandono de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección por parte de la persona encargada de su guarda*”. La consecuencia jurídica de tal conducta es el castigo con “*la pena de prisión de uno a dos años*”.

3.III.1.1 Bien jurídico protegido

Al igual que sucedía con el delito de sustracción de menores, aquí vuelve a existir cierta controversia sobre cuál es el bien jurídico tutelado en esta Sección.

Una parte mayoritaria entiende que lo que se protege son los derechos inherentes a la patria potestad, guarda y tutela, pero, en contraposición, otro sector doctrinal considera que lo tutelado es la seguridad del menor o de la persona necesitada de especial protección⁹⁶.

Es difícil dar una solución unitaria ya que ambos aspectos, tanto la seguridad como el cumplimiento de esos derechos y deberes que son inherentes al ejercicio de la patria potestad, guarda y tutela, se encuentran presentes en esta Sección del CP⁹⁷.

El legislador parece que se preocupa por la necesidad de que, tanto los menores como las personas con discapacidad, puedan tener un espacio de protección para desarrollar una vida en un entorno idóneo y apropiado donde les sean proporcionados todos aquellos

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ ARÁNZAZU MORETÓN TOQUERO, M., *El abandono de familia y...*, op.cit, p .8.

⁹⁶ ARÁNZAZU MORETÓN TOQUERO, M., *El abandono de familia y...*, op.cit, p .8.

⁹⁷ *Ibidem*.

cuidados que requieran. Se protege, por tanto, la vida, la salud, la educación, la integridad física, la indemnidad sexual y, también, la dignidad de la persona⁹⁸.

En este sentido, conviene traer a colación la STS de 4 de octubre de 2001 (ECLI: ES:TS:2001:7565) que argumenta lo siguiente:

“el tipo penal de abandono del menor de edad es un delito cuyo bien jurídico trata de proteger al menor, al que deben dispensarse los cuidados necesarios que requiere y que aparecen relacionados en la legislación protectora del menor, básicamente recogidas en el Código Civil y la ley de protección jurídica del menor”.

Por otro lado, la SAP de Sevilla de 11 de junio de 2004 (ECLI: ES:APSE:2004:2431) hace mención directa a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección y razona que:

“el bien jurídico del tipo, entre otros, es el derecho subjetivo que tienen de protección y cuidado aquellas personas que se encuentran en situación de desamparo por no poder por sí mismos atender a las necesidades primarias y requieren de una persona para vivir dignamente.”

En conclusión, puede decirse que lo que pretende el legislador a través de la tipificación de estas conductas es evitar situaciones de desamparo respecto de estos sujetos que son considerados vulnerables⁹⁹.

3.III.1.2 Sujetos del delito

A continuación, conviene aclarar y despejar dudas acerca de quién puede ser sujeto activo y pasivo de esta conducta delictiva.

Haciendo referencia, en primer lugar, al sujeto pasivo, el propio artículo 229 CP menciona de manera directa al abandono de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

En primer lugar, por menor de edad ya ha sido aclarado anteriormente que, de acuerdo con la legislación civil, se entiende a aquellos menores de dieciocho años que no se encuentran emancipados¹⁰⁰. Esta cuestión ha traído cierta controversia entre la doctrina ya que algunos autores entienden que este límite de edad es excesivo y podría no estarse respetando el principio de intervención penal mínima¹⁰¹.

En segundo lugar, el CP nos da una definición del concepto “persona con discapacidad necesitada de especial protección” y entiende por tal en el artículo 25 CP a *“aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para*

⁹⁸ AA VV: *Memento práctico Francis Lefevre Penal* (MOLINA FERNÁNDEZ, F., coord.), Francis Lefevre, Madrid, 2018, <https://online.elderecho.com> (Consulta:4 de mayo de 2020).

⁹⁹ ARÁNZAZU MORETÓN TOQUERO, M., *El abandono de familia y...*, op.cit, p. 10.

¹⁰⁰ SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., “El abandono de menores: su regulación en el ámbito penal”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (2003), p. 56.

¹⁰¹ ROCA DE AGAPITO, L., “Abandono de menores”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº8 (2012), p. 236- 238.

la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”.

Pasando ya a la explicación del sujeto activo, el propio artículo 229.1 CP hace referencia a la persona encargada de la guarda de ese menor o persona discapacitada necesitada de especial protección.

Estos sujetos son: los que ejercen la tutela o curatela, el defensor judicial (artículo 215 CC), los que ostentan la patria potestad y el guardador de hecho (artículo 303 y siguientes CC)¹⁰².

El artículo 229.2 CP agrava la pena si el abandono es realizado por los padres, tutores o guardadores legales. En este caso, la pena de prisión que se impondrá será de dieciocho meses a tres años.

Como vemos, el CP separa estos tres últimos sujetos del término general utilizado en el apartado primero, por lo que el concepto “persona encargada de la guarda” se entiende que será un concepto amplio que no solo se reducirá a los guardadores de hecho de los artículos 303 y siguientes del CC, sino que incluirá a otras personas que lleven a cabo el cuidado de estos menores o personas con discapacidad¹⁰³.

En este sentido, conviene traer a colación la jurisprudencia del TS. En primer lugar, la STS de 25 de octubre de 2006 (ECLI: ES:TS:2006:6265) que argumentó lo siguiente:

“si en el párrafo 2º se agrava el delito para los “padres, tutores o guardadores legales” es porque pueden existir otras personas encargadas de la guarda del menor que pueden ser sujetos activos de este delito en su modalidad básica (...). De tal manera que ha de considerarse comprendido en los amplios términos aquí utilizados por el legislador quien, por cualquier título, oneroso o gratuito, o incluso sin título alguno, tiene de hecho a su cargo el cuidado de una de esas personas tan necesitadas de protección”,

y, finalmente, la STS de 12 de septiembre de 2003 (ECLI: ES:TS:2003:5466) que concluyó y aclaró que no solo se incuye como sujeto pasivo lo conocido vulgarmente como “canguro”, sino que también se incorporan “*aquellas personas que desempeñan tareas de cuidado, aunque no exista autonomía o facultad de decisión propia, sometiéndose de hecho a los mandatos de un progenitor*”.

3.III.1.3 Conducta delictiva

Tal y como establece el artículo 229 CP, la acción típica en esta figura es “el abandono”, por lo que es procedente explicar en qué consiste esta conducta ya que, de nuevo, parece existir poco consenso en la doctrina.

En primer lugar, para acercarnos al término es conveniente hacer referencia a la definición del concepto “abandonar” proporcionada por la Real Academia española. “Abandonar” es “*dejar solo algo o a alguien alejándose de ello o dejando de cuidarlo*”¹⁰⁴.

¹⁰² ARÁNZAZU MORETÓN TOQUERO, M., *El abandono de familia y...*, op.cit, p. 28.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ <https://dle.rae.es/abandonar> (Consulta: 5 de mayo de 2020)

De esto, se desprende la idea de que esta conducta crea una situación de desamparo para esa persona que ha sido abandonada y la coloca en una posición de riesgo¹⁰⁵.

El desacuerdo en la doctrina se plantea a la hora de determinar si en el tipo se incluye solo el abandono personal o, también, el asistencial, consistiendo este último, no en dejar a su suerte al menor o persona con discapacidad como sucede en el abandono personal, sino simplemente en desatender o dejar de cuidar a pesar de estar ese menor o persona con discapacidad bajo la guarda de ese sujeto activo¹⁰⁶.

Este abandono asistencial deriva del artículo 172 CC que dice que “*se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material*”.

El problema de incluir dentro del tipo el llamado abandono asistencial, es que más que del artículo 229 CP estaríamos hablando del delito de abandono de familia recogido en el artículo 226 CP¹⁰⁷.

Relacionado con esto, la STS de 25 de mayo de 2009 (ECLI: ES:TS:2009:3623) ha establecido una diferenciación entre ambos delitos y argumenta que:

“cuando esa situación es provocada y alcanza una singular relevancia, la conducta se subsume en el tipo penal del abandono (artículos 229 y 230 CP), tipicidad compatible con las medidas administrativas, pues en tanto las autoridades administrativas adoptan medidas de protección del menor (...), el Código Penal interviene para reprochar una conducta provocadora de la situación de desamparo”.

Esta sentencia no ha estado exenta de polémica, puesto que parte de la doctrina entiende que esta distinción genera inseguridad por las diversas interpretaciones que pueden darse a la expresión “singular relevancia”¹⁰⁸.

La doctrina mayoritaria considera que, si el menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección se encuentra bajo el ámbito protector de la guarda, pero no se le presta la debida asistencia y cuidado, estamos hablando de un delito del artículo 226 CP¹⁰⁹.

La SAP de Soria de 5 de junio de 2013 (ECLI: ES:APSO:2013:107) parece dar una explicación clara sobre qué características deben reunir las conductas llevadas a cabo por el sujeto activo para poder apreciar la comisión de esta figura delictiva:

“la acción debe ser típica y llevarse a cabo por el sujeto activo con conocimiento consentido, probable y aceptado (“malicioso”) de que las consecuencias de su proceder van a ocasionar o son susceptibles de causar al menor a su cargo, no molestias o falta de observancia temporal, sino algo más trascendente para él como es una “incidencia en su supervivencia, desarrollo afectivo, social y cognitivo”.

¹⁰⁵ ROCA DE AGAPITO, L., “Abandono de menores...*op.cit.*, p. 240-242.

¹⁰⁶ *Ibidem.*

¹⁰⁷ SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., “El abandono de menores... *op.cit.*, p. 56.

¹⁰⁸ ROCA DE AGAPITO, L., “Abandono de menores... *op.cit.*, p. 241.

¹⁰⁹ *Ibidem.*

3.III.1.4 Tipo agravado y tipo atenuado

El artículo 229.3 CP recoge una agravación al tipo básico del abandono de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección: “*se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave*”.

El legislador busca aquí una protección de estos bienes jurídicos antes de que pueda producirse una lesión de los mismos. Por un lado, es necesario que exista un peligro concreto y, por otro, que éste sea abarcado por el dolo del autor, es decir, que haya voluntad y conocimiento de la situación vulnerable en la que se deja al sujeto pasivo, siendo suficiente la creación del riesgo, no necesitando un resultado concreto para poder apreciar la agravación¹¹⁰.

Este precepto acaba con un inciso donde se hace referencia al concurso de delitos para el caso de que se llegue a producir un resultado (homicidio, lesiones...) ¹¹¹.

Ejemplo de esta agravación se puede ver en la SAP de Barcelona de 16 de mayo de 2013 (ECLI: ES:APB: 2013:5851) donde un padre abandona a su hija de 6 meses en una calle apartada. Se aprecia la agravación argumentando que “*existió un peligro cierto para la vida o la integridad física de la menor, peligro que se hubiera realizado si la menor no hubiese tenido la fortuna de ser hallada por un vehículo que pasó por el lugar. (...) Las circunstancias de dicho abandono son la corta edad de la menor, cuya indefensión y vulnerabilidad es absoluta*”.

Pasando al análisis del tipo atenuado, el artículo 230 CP recoge el abandono temporal. En este caso se impone la pena inferior en grado a la prevista en el artículo anterior.

Se trata de aquellos abandonos que no son definitivos y que pueden durar varias horas, excluyendo del tipo aquellos de muy poca duración, a no ser que exista un peligro concreto para el menor o la persona con discapacidad necesitada de especial protección¹¹²

Conviene traer a colación la jurisprudencia de algunas Audiencias Provinciales como la SAP de Madrid de 30 de marzo de 2012 (ECLI: ES:APM:2012:6007), donde se consideró abandono temporal el hecho de que un progenitor hubiese dejado a sus hijos solos para irse de fiesta o por ejemplo la SAP de Lleida de 13 de diciembre de 2007 (ECLI: ES: APL:2007:831) que incluyó dentro de este tipo penal el viaje de una madre dejando a sus hijas solas en casa durante varios días.

3.III.2 Conclusiones

El día 5 de enero, Paul decide emprender una vida nueva sin ataduras de ningún tipo y en un viaje a Dublín, deja a su hija Oxana, que en ese momento contaba con solo once meses de vida, en una canastilla a las puertas de una iglesia.

¹¹⁰ ARÁNZAZU MORETÓN TOQUERO, M., *El abandono de familia y...*, op.cit, p. 29.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² ARÁNZAZU MORETÓN TOQUERO, M., *El abandono de familia y...*, op.cit, p. 30.

A continuación, se analizará la posibilidad de subsumir esta conducta llevada a cabo por Paul dentro del tipo penal del artículo 229 CP y sus probables consecuencias jurídicas.

En primer lugar, Oxana cumple con las condiciones para poder ser sujeto pasivo de este delito, ya que es menor de edad. En el momento en el que tienen lugar los hechos, ésta solo tenía unos meses de vida por lo que se encontraba en una posición de absoluta vulnerabilidad.

En cuanto a Paul, éste también cumple con los requisitos para poder ser sujeto activo de esta conducta delictiva, ya que era la persona encargada de la guarda de Oxana, concretamente su progenitor, por lo que se debe atender a la agravación recogida en el artículo 229.2 CP que hace referencia expresa al abandono realizado por los padres.

En segundo lugar, refiriéndome a la acción típica, estos hechos son perfectamente encuadrables en el tipo penal del abandono, ya que Paul deja a Oxana a su suerte delante de una iglesia. Se crea una situación de desamparo que la coloca, por tanto, en una situación de riesgo.

Paul tenía conocimiento de que abandonando así a Oxana estaba ocasionando una *“incidencia en su supervivencia, desarrollo afectivo, social y cognitivo”*¹¹³. En conclusión, esa conducta se subsume perfectamente en el delito de abandono de menores.

Atendiendo ya a la posible agravación de la conducta, este abandono pone en peligro tanto la vida como la salud y la integridad física de Oxana, ya que la abandona en una canastilla sin saber cual será su paradero, dejándola en una situación de total indefensión y vulnerabilidad.

En definitiva, Paul es responsable de un delito de abandono de menores agravado por la circunstancia del artículo 229. 3 CP. En consecuencia, se le impondrá una pena de prisión de dos a cuatro años, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera un delito más grave, es decir, se podrán aplicar las reglas del concurso de delitos en caso de que se llegue a realizar el peligro concreto.

Potestativamente podrá el tribunal imponer a Paul la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

4. LEY APLICABLE Y JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DE LOS HECHOS ENUNCIADOS EN EL APARTADO PRECEDENTE

I. Extensión y límites de la jurisdicción penal española

Antes de comenzar con el estudio de este epígrafe, conviene aclarar qué se entiende por jurisdicción. Ante esto, la STS de 25 de febrero de 2003 (ECLI: ES:TS:2003:1270) establece que es *“la potestad de juzgar, es decir, de ejercer sobre determinadas personas y en relación con determinados hechos, uno de los poderes del Estado, sometiéndolas, en el caso del derecho penal, al «ius puniendi» que la ley le atribuye”*.

¹¹³ SAP de Soria de 5 de junio de 2013 (ECLI: ES:APSO:2013:107).

La jurisdicción se caracteriza por varias notas principales, entre las que se encuentran: la legalidad, la universalidad y el carácter improrrogable, único, exclusivo y excluyente¹¹⁴.

El artículo 23 LOPJ recoge la aplicación territorial y extraterritorial de la jurisdicción penal¹¹⁵.

El primer apartado de este precepto establece que la jurisdicción española conocerá de los delitos y faltas que hayan sido cometidos *“en territorio español o a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte”*; es decir, se hace referencia al principio de territorialidad, que se encuentra recogido, además, en el artículo 8 CC que dispone que *“las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español”*¹¹⁶.

En otros términos, este precepto atribuye competencia a la jurisdicción española cuando los delitos sean cometidos en territorio español, lo que comprende: el espacio aéreo, marítimo y terrestre sometidos a nuestra soberanía, incluyendo los buques y aeronaves españoles¹¹⁷.

En cuanto a la aplicación extraterritorial de la ley penal, este mismo artículo recoge otros supuestos donde la jurisdicción española es competente para conocer de unas determinadas causas cuando su comisión haya tenido lugar fuera del territorio español.

Ante esto, el apartado 2 hace referencia al principio de personalidad, es decir, a los delitos cometidos fuera del territorio nacional *“cuando los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho”*. Además, se exige el cumplimiento de tres requisitos: *“que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles y que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido condena”*.

El siguiente apartado busca la protección de los intereses esenciales del Estado ante la trascendencia de determinados delitos. Recoge lo que se conoce como principio real o de protección¹¹⁸.

¹¹⁴ AA VV: *Memento procesal* (MARTÍN NIETO, P. coord.), Francis Lefevre, Madrid, 2020, <https://online.elderecho.com> (Consulta: 28 de mayo de 2020).

¹¹⁵ <https://www.tirantonlinecom.accedys.udc.es/tol/login.do?user=coruna&password=consello>, Documento TOL10.747 (Consulta: 29 de mayo de 2020), p. 1.

¹¹⁶ <https://www.tirantonlinecom.accedys.udc.es/tol/login.do?user=coruna&password=consello>, Documento TOL10.747 (Consulta: 29 de mayo de 2020), p. 3.

¹¹⁷ <https://www.tirantonlinecom.accedys.udc.es/tol/login.do?user=coruna&password=consello>, Documento TOL10.747 (Consulta: 29 de mayo de 2020), p. 4.

¹¹⁸ AA VV: *Memento procesal* (MARTÍN NIETO, P. coord.), Francis Lefevre, Madrid, 2020, <https://online.elderecho.com> (Consulta: 29 de mayo de 2020).

Por tanto, la jurisdicción española conocerá de los hechos cometidos fuera de territorio nacional por españoles o extranjeros cuando éstos puedan tipificarse como alguno de los siguientes delitos:

“de traición y contra la paz o la independencia del Estado; contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente; rebelión y sedición; falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales; falsificación de moneda española y su expedición; cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado; atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles; los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española y los relativos al control de cambios”.

Seguidamente, el artículo 24.4 LOPJ asienta el principio de jurisdicción universal, lo que implica que, ante hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, la jurisdicción española podría tener competencia.

Para ello, es menester que los hechos puedan tipificarse como alguno de los delitos siguientes:

“genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado; tortura y contra la integridad moral; desaparición forzada incluidos en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos; terrorismo; apoderamiento ilícito de aeronaves; actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil; protección física de materiales nucleares; constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o cometidos en el seno de los mismos; libertad e indemnidad sexual sobre víctimas menores de edad; prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica; corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales; falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública y cualquier otro cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un tratado vigente para España o por otros actos normativos de una organización internacional de la que España sea miembro”¹¹⁹.

Aún así, la LOPJ exige el cumplimiento de algunas condiciones fijadas en el propio precepto, entre las que se encuentran la existencia de algún tipo de vínculo o conexión con España y que, además, no se haya iniciado otro procedimiento de investigación en otro país competente o por parte de un tribunal internacional¹²⁰.

II. Competencia objetiva

La STS de 25 de febrero de 2003, ya mencionada anteriormente, aclara que la jurisdicción tiene carácter previo a la competencia y que ambas no deben confundirse. Para ello define la competencia como “*la atribución a unos determinados órganos jurisdiccionales del conocimiento de una determinada clase de asuntos de forma*

¹¹⁹ AA VV: *Memento procesal* (MARTÍN NIETO, P. coord.), Francis Lefevre, Madrid, 2020, <https://online.elderecho.com> (Consulta: 30 de mayo de 2020).

¹²⁰ *Ibidem*.

prevalente a otros órganos jurisdiccionales, pero a todos ellos les ha sido reconocida previamente la jurisdicción”.

En relación con los criterios de determinación de la competencia, se puede atender, por un lado, a la naturaleza y gravedad del delito y, por otro, a la condición de la persona investigada, pero este último criterio tendrá carácter excepcional ya que hace referencia a los supuestos de aforamiento personal. Es el caso de los miembros de la familia real y de las prerrogativas parlamentarias¹²¹.

Por lo que concierne a los órganos judiciales, es conveniente distinguir: los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, los Juzgados de Instrucción, los Juzgados de lo Penal, los Juzgados de Menores, el Juzgado Central de lo Penal, el Juzgado Central de Menores, la Audiencia Provincial, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el Tribunal del Jurado y el TS¹²².

Acercándonos al supuesto de hecho que nos ocupa, se va a tratar más profundamente el ámbito de competencia objetiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, los Juzgados de Instrucción y los Juzgados de lo Penal.

En primer lugar, se abordará el estudio de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer que se encuentran regulados en el artículo 87 ter LOPJ y en el artículo 14 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) (ELI:[https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con)).

De acuerdo con los preceptos anteriores, éstos van a ser competentes, por un lado, para la adopción de las órdenes de protección a las víctimas; por otro, para la instrucción de los procesos que exijan responsabilidad penal por los delitos recogidos en el CP relativos a “*homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, delitos cometidos con violencia o intimidación y cualquier delito contra los derechos y deberes familiares*”; y, por último, para el “*conocimiento y fallo de los juicios por las infracciones tipificadas en el párrafo segundo del apartado 7 del artículo 171, párrafo segundo del apartado 3 del artículo 172 y en el apartado 4 del artículo 173*” que hacen referencia a los delitos de amenazas, coacciones y trato degradante¹²³.

Se exige como requisito que se hayan cometido contra quien “*sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género*”¹²⁴.

¹²¹ AA VV: *Memento procesal* (MARTÍN NIETO, P. coord.), Francis Lefevre, Madrid, 2020, <https://online.elderecho.com> (Consulta: 29 de mayo de 2020).

¹²² *Ibidem*.

¹²³ <https://www.tirantonlinecom.accedys.udc.es/tol/login.do?user=coruna&password=consello>,

Documento TOL 1.082.424 (Consulta: 30 de mayo de 2020), p. 8-9.

¹²⁴ *Ibidem*.

En segundo lugar, se tratará la competencia de los Juzgados de Instrucción cuya regulación se encuentra recogida en los artículos 87.1 LOPJ y 14 LECrim.

En el orden penal, de acuerdo con lo establecido en estos preceptos, el Juez de Instrucción tendrá competencia para el conocimiento y fallo de los juicios por delito leve y, también, para la instrucción de aquellas causas cuando el enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal, salvo en aquellos casos donde esta competencia le sea atribuida expresamente a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Asimismo, estos Juzgados conocerán, a modo de ejemplo y entre otras funciones, de los procedimientos de “habeas corpus”, de la autorización del internamiento de extranjeros en centros de internamiento o de la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de soluciones penales en la Unión Europea que la ley les tribuya¹²⁵.

Por último, se hará una reseña a los Juzgados de lo Penal, que se encuentran recogidos en los artículos 89 bis LOPJ y 14 LECrim.

Concretamente, este último precepto le atribuye competencia para el conocimiento y fallo de una serie de delitos. Éstos serán los siguientes:

“aquellos a los que la Ley señale una pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como por delitos leves, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión del delito leve o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos”.

A modo de delimitación, aclarar que la Audiencia Provincial será competente para el conocimiento y fallo de las demás causas, salvo en aquellos casos en donde la competencia haya sido atribuida expresamente, o bien, a la Audiencia Nacional, a través del artículo 65 LOPJ, o cuando la competencia corresponda al Tribunal del Jurado, de acuerdo con la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (ELI:<https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/05/22/5/con>) y con el artículo 83 LOPJ¹²⁶.

III. Breve alusión a la interpretación jurisprudencial

Los Juzgados y Tribunales han precisado que lo que corresponde tener en cuenta, a la hora de determinar la competencia objetiva, es la pena abstracta que fija el legislador para cada tipo delictivo en el CP y no la pena concreta que haya sido solicitada por las partes acusadoras tras realizar la calificación jurídica de los hechos¹²⁷.

¹²⁵ AA VV: *Memento procesal* (MARTÍN NIETO, P. coord.), Francis Lefevre, Madrid, 2020, <https://online.elderecho.com> (Consulta: 31 de mayo de 2020).

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ AA VV: *Memento procesal* (MARTÍN NIETO, P. coord.), Francis Lefevre, Madrid, 2020, <https://online.elderecho.com> (Consulta: 1 de junio de 2020).

Conviene traer a colación aquí algunas sentencias. Entre ellas, la primera a mencionar es la STC de 17 de enero de 1994 (ECLI: ES:TC:1994:9) que estableció lo siguiente:

“los términos legales son claros en cuanto a su referencia al delito y a la pena en abstracto y no en concreto, puesto que aluden a la pena que corresponde al delito y no a la que debe imponerse al delincuente (...). No se está refiriendo a la pena que en concreto quepa imponer por ese delito sino a la prevista en abstracto en el tipo penal que lo contiene, ésto es, al marco penal trazado con carácter general por el legislador y no a la individualización judicial operada dentro de dicho marco en función de la mayor o menor gravedad del hecho y culpabilidad del autor”.

En esta misma línea, la STS de 5 de febrero de 1998 (ECLI: ES:TS:1998:695) dispuso que:

“para fijar la competencia, ha de estarse a la pena abstracta fijada por el tipo, y no a la que resulte del juego de las reglas de aplicación de la pena, sea por imperfección delictiva, sea por el grado de participación, sea por naturaleza de las circunstancias concurrentes, llegándose a esta solución con el fin de obtener una mayor certeza y seguridad desde el primer momento, al tiempo que se refuerza el principio de Juez ordinario predeterminado por la Ley”.

También, en los mismos términos, la STS de 28 de noviembre de 2012 (ECLI: ES:TS: 2012:8039) argumentó que *“la pena que determina el cambio de forma de enjuiciamiento y fallo, viene señalada por la que se fija en abstracto, con independencia del juego o ajuste punitivo que se pueda alcanzar por las partes acusadoras al calificar los hechos”*.

Por otro lado, en esta materia de atribución de competencia, destaca el Acuerdo de 3 de febrero de 2005 del TS, donde se instaura el principio de ubicuidad como un principio rector. Este Acuerdo establece que *“el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa”*¹²⁸.

En esta misma línea, la STS de 23 de enero de 2008 (ECLI: TS:2008:128) se refiere a los delitos cometidos a distancia y argumenta que *“el delito se consuma en todos los lugares en los que se ha llevado a cabo la acción o en el lugar en el que se haya producido el resultado”*.

IV. Conclusiones

A continuación, se determinará la ley aplicable y la jurisdicción competente para conocer de los hechos enunciados en la cuestión precedente.

¹²⁸ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdos-de-3-de-febrero-de-2005-sobre--1--Principio-de-ubicuidad--2--Clausulas-de-reserva-de-dominio-y-prohibicion-de-enajenar--3--Principio-de-minimos-psicoactivos-en-relacion-al-art--368-CP>

Al inicio del supuesto presentado, se nos aportan dos datos que tienen relevancia a la hora de proceder al estudio de este epígrafe: María es de A Coruña, y, por tanto, entendemos que tiene la nacionalidad española, mientras que Paul es de origen británico.

El primero de los hechos tiene lugar el 1 de septiembre de 2019. Esa noche Paul y María discuten y se golpean mutuamente. La consecuencia de esta conducta es la hospitalización de María con fractura de costillas y varios hematomas en el vientre y en la cara de Paul.

En cuanto a su calificación jurídica, se ha concluido anteriormente que los golpes de Paul a María se tratan de un delito del tipo básico de lesiones del artículo 147.1 CP, agravado por la circunstancia del artículo 148.4 CP, por ser la víctima, María, su esposa. Este último artículo prevé como consecuencia jurídica la pena de prisión de dos a cinco años.

En relación con la conducta llevada a cabo por María, la calificación jurídica de la misma es el delito de violencia en el ámbito familiar del artículo 153.2 CP, al ser Paul su cónyuge, lo que tiene como consecuencia la *“pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años”*.

Para determinar la jurisdicción competente, debemos acudir al artículo 23 LOPJ, que recoge la aplicación territorial y extraterritorial de la ley penal. Estamos ante dos delitos cometidos en territorio español, por lo que le corresponde a la jurisdicción española el conocimiento de estas dos causas por delito, siendo la ley aplicable los anteriores artículos mencionados del CP.

Una vez conocida que la jurisdicción competente es la española, corresponde determinar qué tribunal será el oportuno para instruir y para conocer la causa.

En cuanto a las lesiones de Paul a María, la instrucción corresponde al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, ya que de acuerdo con el artículo 14 LECrim, es necesaria la concurrencia de dos requisitos: que se trate de un proceso para exigir responsabilidad penal por unos determinados delitos y que, además, la víctima se encuentre dentro de un grupo de sujetos concretos, lo que sí que ocurre en este caso, ya que se exige responsabilidad penal por un delito de lesiones, y, además, la víctima, María, es la esposa de Paul, por lo que son competentes para la instrucción los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

El conocimiento y fallo de esta causa corresponde a los Juzgados de lo Penal, ya que la pena abstracta que el legislador otorga a este delito es una pena de prisión de dos a cinco años, por lo que de acuerdo con el artículo 14 LECrim éstos serán los competentes.

En cuanto al delito de violencia en el ámbito familiar cometido por María, el conocimiento y fallo de esta causa vuelve a corresponder a los Juzgados de lo Penal, debido a que la pena abstracta atribuida, en el artículo 153.2 CP, a la comisión de estos hechos es una pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, por lo que entra dentro del ámbito competencial de estos juzgados.

En relación con la instrucción, ésta tendrá que ser llevada a cabo por los Juzgados de Instrucción ya que, de acuerdo con el artículo 87.1 LOPJ, éstos son competentes para la instrucción de aquellas causas cuando el enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal, salvo en aquellos casos donde esta competencia le sea atribuida expresamente a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Meses más tarde, tras la festividad de la Hispanidad, Paul se lleva a Oxana de manera indefinida a Londres, en contra de la voluntad de María.

Como ya se ha analizado anteriormente, podríamos estar ante la comisión de un delito de sustracción de menores cuya ley aplicable sería el artículo 225 bis CP que se encuentra castigado con una pena abstracta de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

De nuevo aquí, se acude al artículo 23 LOPJ para determinar si la jurisdicción española es la competente, pero se nos plantea la cuestión de si estos hechos han sido cometidos en territorio español. Como ya se ha aclarado anteriormente, sabemos que Paul traslada a Oxana a Londres con el pretexto de un viaje, pero luego la retiene allí sin el consentimiento de su madre, María.

En este caso, corresponde aludir a la ya mencionada teoría de la ubicuidad, ya que la presunta acción, concretamente la modalidad de retención del delito de sustracción de menores, tiene lugar en el extranjero, pero el presunto resultado se produce en España, ya que María da el consentimiento para el traslado de Oxana, pero nunca para esa retención fuera del territorio nacional, por lo que se le está impidiendo llevar a cabo el ejercicio de la patria potestad y no se está respetando la paz dentro de la relación familiar, ya que se le priva a María de toda posibilidad de contacto con Oxana, por lo que, como el resultado tiene lugar en España, la jurisdicción española será la competente.

La instrucción en esta causa corresponde a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conforme a lo establecido en el artículo 14 LECrim. Por un lado, éstos son competentes para la instrucción de aquellos procesos que exijan responsabilidad penal por un delito contra los derechos y deberes familiares, lo que es el caso del delito de sustracción de menores.

Y, por otro lado, atendiendo a lo ya explicado, según cuál sea el bien jurídico que se entiende protegido en esta figura delictiva, el sujeto pasivo del delito podría ser, Oxana, María o ambas, pero aún así, independientemente de la corriente doctrinal que se tenga en cuenta, ambas entran dentro de esa lista de víctimas que contiene el artículo 14 LECrim, ya que María es la esposa y Oxana su descendiente. En consecuencia, se cumplen todos los requisitos para que la instrucción sea llevada a cabo por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

En cuanto al conocimiento y fallo de esta causa por delito, vuelven a ser competentes los Juzgados de lo Penal, ya que la pena abstracta atribuida a este delito es una pena privativa de libertad no superior a cinco años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo no superior a diez años, por lo que cumple con los requisitos exigidos en el artículo 14 LECrim.

Por último, el día 5 de enero de 2020, Paul deja a Oxana a las puertas de una iglesia en Irlanda para poder emprender así una nueva vida sin ataduras. La diferencia de estos hechos con los anteriores es que se cometen en el extranjero y el sujeto activo de los mismos no tiene la nacionalidad española, sino que es de origen británico.

Nuevamente, se acude al artículo 23 LOPJ, concretamente a aquellos apartados que hacen referencia a la aplicación extraterritorial de la ley penal, pero el hecho que nos ocupa no encaja en ninguno de los supuestos previstos para aquellos casos en donde la jurisdicción española es competente a pesar de que la conducta es llevada a cabo fuera del territorio nacional.

En definitiva, en este último supuesto, la jurisdicción competente y la ley aplicable al caso será la irlandesa, al ser el delito cometido en el extranjero y ser Paul de nacionalidad británica, por lo que habrá que acudir a las leyes de Irlanda para saber si sus tribunales son competentes y para determinar cuál será la ley aplicable a estos hechos.

CONSIDERACIONES FINALES

El presente estudio se ha dirigido a analizar la regulación jurídica y las diversas controversias que derivan de los antecedentes de hecho planteados, tratando de aportar un enfoque jurídico de los mismos en las relaciones paterno-filiales.

Este trabajo ha intentado, por un lado, estudiar la legalidad del procedimiento de gestación por sustitución en España y sus posibles consecuencias en cuanto a la determinación de la filiación, añadiendo unas pequeñas nociones sobre la situación de este procedimiento en Ucrania; por otro, ha intentado transmitir al lector la relevancia penal de unas conductas específicas, aportando aquellos aspectos más destacables de unas determinadas figuras delictivas, en concreto los delitos de lesiones, la sustracción y el abandono de menores, afrontando algunas de las cuestiones doctrinales sobre las que parece no haber mucho consenso; y, por último, este estudio se ha encaminado al examen de la ley aplicable y la jurisdicción competente para conocer de los hechos enunciados a la luz de lo establecido en la LEC y en la LECrim.

I. En cuanto al procedimiento de gestación por sustitución llevado a cabo por Paul y María, se concluye, de acuerdo con el artículo 10 LTRHA, que este contrato es nulo en el ordenamiento jurídico español, encontrándose la filiación determinada por el parto con la posibilidad de que el padre biológico ejercite la acción de reclamación de la paternidad.

Ante esto, la determinación de la filiación de Oxana sería la siguiente: ésta quedaría inscrita en el Registro Civil español como hija biológica de Paul y como hija adoptiva de María, siendo la adopción la única vía para que María quede determinada como madre legal de Oxana.

Para ello, es necesario, en primer lugar, la existencia de un documento en el que se haga constar la renuncia de la madre gestante a sus derechos en relación con Oxana; en segundo lugar, Paul ha de llevar a cabo la reclamación de su paternidad, al ser éste el padre biológico de Oxana siguiendo lo establecido en el art. 10.3 LTRHA y los artículos 764 y siguientes de la LEC; y, en tercer lugar, una vez haya sido determinado Paul como padre biológico, María podrá iniciar todos los trámites correspondientes para la adopción de Oxana.

II. En relación con la fractura de costillas que Paul ocasiona a María, estamos ante un delito de lesiones del artículo 147.1 CP porque se dan los 3 requisitos que este precepto exige: una lesión, una primera asistencia facultativa y un tratamiento médico. Este tipo básico puede ser agravado por la circunstancia del artículo 148.4º CP, ya que en este caso la víctima, María, es su esposa. En consecuencia, estos hechos llevados a cabo por Paul serán castigados con una pena de prisión de dos a cinco años.

En cuanto a la jurisdicción competente se debe atender a lo establecido en la LOPJ y en la LECrim. En primer lugar, es un delito cometido en territorio español, por lo que, de acuerdo con el artículo 23 LOPJ, la jurisdicción competente será la española. En relación con el artículo 14 LECrim, la instrucción corresponderá a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y el conocimiento y fallo de esta causa por delito corresponderá a los Juzgados de lo Penal.

III. Atendiendo a los hematomas que María ocasiona a Paul, estaríamos ante un delito de violencia en el ámbito familiar del artículo 153.2 CP. Esto se debe a que se trata de un delito leve de lesiones, ya que se produce un resultado de lesión que no ha requerido de tratamiento médico o quirúrgico, y, además, Paul es su cónyuge, por lo que se cumplen todos los requisitos de esa figura delictiva del artículo 153.2 CP.

La conducta llevada a cabo por María será castigada con una pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años; pena que será agravada en su mitad superior, atendiendo al artículo 153.3 CP, porque este delito de lesiones se perpetra en presencia de un menor, en este caso, Oxana.

La comisión de estos hechos ha tenido lugar en territorio español por lo que, atendiendo al artículo 23 LOPJ, la jurisdicción española será la competente, correspondiendo el conocimiento y fallo de esta causa, de acuerdo con el artículo 14 LECrim a los Juzgados de lo Penal.

En relación con la instrucción, ésta tendrá que ser llevada a cabo por los Juzgados de Instrucción ya que, según el artículo 87.1 LOPJ, éstos son competentes para la instrucción de aquellas causas cuando el enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal, salvo en aquellos casos donde esta competencia le sea atribuida expresamente a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

IV. En cuanto a la permanencia indefinida de Paul y Oxana en Londres en contra de la voluntad de María se ha concluido que estos hechos no tienen relevancia penal al no revestir aquellos caracteres que le son propios al delito de sustracción de menores. El artículo 225 bis CP hace referencia a dos modalidades de sustracción: el traslado y la retención, exigiéndose en esta última modalidad una resolución que atribuya la guarda del menor a uno de los progenitores y que la conducta sea realizada por aquel que no tenga la custodia.

En este caso, se da la modalidad de retención, ya que María da su consentimiento para el traslado de Oxana y Paul a Londres, pero no para su permanencia indefinida allí. La guarda de Oxana no había sido atribuida por resolución judicial o administrativa a ninguno de los progenitores, compartiendo tanto Paul como María la patria potestad de

la menor y conviviendo los tres en el mismo domicilio familiar. En definitiva, no se cumple la literalidad del artículo 225 bis CP.

La jurisdicción competente para conocer de estos hechos será la española en atención a la teoría de la ubicuidad que establece que el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo: la presunta acción, en este caso, la retención de Oxana tiene lugar en el extranjero, pero el presunto resultado se produce en España, ya que es donde no se está respetando la paz en la relación familiar y es donde se le priva a María del ejercicio de la patria potestad y de toda posibilidad de contacto con Oxana.

En cuanto a la instrucción, ésta corresponde a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y en atención al conocimiento y fallo de esta causa serán competentes los Juzgados de lo Penal, ya que se cumple con lo exigido en el artículo 14 LECrim.

V. Atendiendo al depósito de Oxana en las puertas de una iglesia en Irlanda por parte de Paul se ha concluido que estos hechos son constitutivos de un delito de abandono de menores del artículo 229 CP. Por un lado, Paul cumple con los requisitos para poder ser sujeto activo de esta conducta delictiva, ya que es el progenitor de Oxana y la persona encargada de su guarda; por otro lado, Oxana reúne las condiciones para poder ser sujeto pasivo de este delito, ya que es menor de edad y al contar con muy pocos meses de vida se encontraba en una posición de absoluta vulnerabilidad.

Además, estos hechos tienen que ser agravados por la circunstancia del artículo 229. 3 CP porque este abandono pone en peligro la vida, la salud y la integridad física de Oxana. En consecuencia, se le impondrá a Paul una pena de prisión de dos a cuatro años, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera un delito más grave, es decir, se podrán aplicar las reglas del concurso de delitos en caso de que se llegue a realizar el peligro concreto.

La diferencia de estos hechos con los anteriores es que se cometen en el extranjero y el sujeto activo de los mismos no tiene la nacionalidad española, sino que es de origen británico. Al no encajar esto en ninguno de los supuestos previstos para aquellos casos en donde la jurisdicción española es competente a pesar de que la conducta es llevada a cabo fuera del territorio nacional de acuerdo con el artículo 23 LOPJ, la jurisdicción competente y la ley aplicable al caso será la irlandesa.

BIBLIOGRAFÍA

AA VV.: “La filiación”, *Manual de derecho Civil, Derecho de Familia* (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., Coord.), Bercal S.A., Madrid, 2015.

AA VV: *Memento práctico Francis Lefevre Penal* (MOLINA FERNÁNDEZ, F., coord.), Francis Lefevre, Madrid, 2018, <https://online.elderecho.com>

AA VV: *Memento procesal* (MARTÍN NIETO, P. coord.), Francis Lefevre, Madrid, 2020, <https://online.elderecho.com>

ACEVEDO BERMEJO, A., *Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad*, Tecnos, Madrid, 2013.

ARÁNZAZU MORETÓN TOQUERO, M., *El abandono de familia y otros delitos contra los derechos y deberes familiares*, Bosch, Barcelona, 2001.

BRAGE CENDÁN, S.B., “Los delitos de lesiones en el Código Penal de 1995”, *Dereito*, Vol.8, nº1 (1999).

DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

DÍAZ ROMERO, M^a del R., *Autonomía de la Voluntad y Contrato de Gestación Subrogada: Efectos Jurídicos*, Aranzadi, Navarra, 2018.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., *La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿incoherencia normativa o legislación garantista?*, Aranzadi, Navarra, 2019.

FERRER VANRELL, M.P., “La gestación subrogada en la legislación española. Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida y la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”, en AA VV, *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson, S.L., Madrid, 2019.

GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

GIL CORDOBES, M^a del M., “Adopción tras gestación subrogada”, en AA VV, *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson, S.L., Madrid, 2019.

LAMM, E., “Gestación por sustitución”, *InDret* (2012).

LAMM E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Observatori de Bioètica y Dret, Barcelona, 2014.

LLEDÓ YAGÜE, F., *Fecundación artificial y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988.

LLEDÓ YAGÜE, F.: “La Ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida”, *Anuario de Derecho Civil* (1998).

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *El delito de sustracción de un menor por su progenitor. Colección de delitos 102*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MONGE FERNÁNDEZ, A., *El delito de sustracción de menores. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Bosch Editor, Barcelona, 2017.

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el Derecho Internacional Privado Español”, *Revista Aranzadi Doctrinal* (2014).

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret* (2009).

REYES LÓPEZ, M.J.: “El contrato de gestación subrogada en algunos países fuera de la Unión Europea” en AA VV, *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson, S.L., Madrid, 2019.

ROCA DE AGAPITO, L., “Abandono de menores”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº8 (2012).

SÁNCHEZ ARISTI, R., “La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos”, *Revista Humanidades Médicas*, núm. 49(2010).

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., “El abandono de menores: su regulación en el ámbito penal”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (2003).

<https://dej.rae.es/lema/comisión-rogoratoria> (Consulta: 7 de abril de 2020).

<https://dle.rae.es/abandonar> (Consulta: 5 de mayo de 2020).

<https://www.tirantonlinecom.accedys.udc.es/tol/login.do?user=coruna&password=consellos> , Documento TOL 24.364 (consulta: 15 de mayo de 2020).

<https://www.tirantonlinecom.accedys.udc.es/tol/login.do?user=coruna&password=consello> , Documento TOL 24.366 (consulta: 16 de mayo de 2020).

<https://www.tirantonlinecom.accedys.udc.es/tol/login.do?user=coruna&password=consello>, Documento TOL10.747 (Consulta: 29 de mayo de 2020).

<https://www.tirantonlinecom.accedys.udc.es/tol/login.do?user=coruna&password=consello>, Documento TOL 1.082.424 (Consulta: 30 de mayo de 2020).

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC de 17 de enero de 1994 (ECLI: ES:TC:1994:9).

STC de 14 de mayo de 2008 (ECLI:ES:TC:2008:59).

- TRIBUNAL SUPREMO

STS de 5 de febrero de 1998 (ECLI: ES:TS:1998:695).

STS de 26 de mayo de 1998[En línea]. (Consulta: 17 de mayo de 2020). Disponible con suscripción en Westlaw Aranzadi: <https://insignis.aranzadidigital.es>

STS de 4 de octubre de 2001 (ECLI: ES:TS:2001:7565).

STS de 25 de febrero de 2003 (ECLI: ES:TS:2003:1270).

STS de 12 de septiembre de 2003 (ECLI: ES:TS:2003:5466).

Acuerdo del 3 de febrero de 2005 <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdos-de-3-de-febrero-de-2005-sobre--1--Principio-de-ubicuidad---2--Clausulas-de-reserva-de-dominio-y-prohibicion-de-enajenar---3--Principio-de-minimos-psicoactivos-en-relacion-al-art--368-CP>

STS de 25 de octubre de 2006 (ECLI: ES:TS:2006:6265).

STS de 23 de enero de 2008 (ECLI: TS:2008:128).

STS de 28 de febrero de 2009 (ECLI: ES:TS:2009:1239).

STS de 25 de mayo de 2009 (ECLI: ES:TS:2009:3623).

STS de 11 de marzo de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:1700).

STS de 21 de enero de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:1858).

STS de 28 de noviembre de 2012 (ECLI: ES:TS: 2012:8039).

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

STS de 30 de enero de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:218).

STS de 18 de abril de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1378).

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

- AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia de la Audiencia Nacional, de 15 de marzo de 2016 (ECLI: ES:AN:2016:2642).

- AUDIENCIAS PROVINCIALES

AAP de Tarragona de 28 de noviembre de 2003 [En línea]. (Consulta: 20 de abril de 2020). Disponible con suscripción en Westlaw Aranzadi: <https://insignis.aranzadidigital.es>

SAP de Sevilla de 11 de junio de 2004 (ECLI: ES:APSE:2004:2431).

AAP de Las palmas, de 28 de junio de 2004 (ECLI: ES:APGC:2004:1088A).
SAP de Almeria, de 6 de julio de 2007 (ECLI: ES:APAL:2007:604).
SAP de Lleida de 13 de diciembre de 2007 (ECLI: ES: APL:2007:831).
SAP de Barcelona, de 16 de junio de 2009 (ECLI:ES:APB:2009:8360).
AAP de las Palmas, de 25 de mayo de 2011 (ECLI:ES:APGC:2011:777A).
SAP de Barcelona, de 5 de julio de 2011(ECLI:ES:APB:2011:9893).
SAP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 (ECLI:ES:APV:2011:5738).
SAP de Madrid de 30 de marzo de 2012 (ECLI: ES:APM:2012:6007).
SAP de Barcelona de 16 de mayo de 2013 (ECLI: ES:APB: 2013:5851).
SAP de Soria de 5 de junio de 2013 (ECLI: ES:APSO:2013:107).
AAP de Almería de 14 de marzo de 2017 (ECLI:ES:APAL:2017:372A).

- JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

SJPI de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 (ECLI: ES:JPI:2010:25).

- DGRN

Resolución General de la DGRN de 18 de febrero de 2009 [En línea]. (Consulta: 1 de abril de 2020). Disponible con suscripción en Westlaw Aranzadi: <https://insignis.aranzadidigital.es>

Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución («BOE» núm 243, 7 de octubre de 2010, Sec. I. p. 84803).

Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la DGRN, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución [En línea]. (Consulta: 3 de abril de 2020). Disponible en <https://www.elindependiente.com/wp-content/uploads/2019/07/instrucción-14-febrero-2019.pdf>

Instrucción de 18 de febrero de 2019 de la DGRN, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (ELI:[https://www.boe.es/eli/es/ins/2019/02/18/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ins/2019/02/18/(1))).