



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO FIN DE GRADO

**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**

GRADO EN DERECHO

CURSO 2019/2020

ALUMNA: SECO GARCÍA, NATALIA.

TUTORA: SOUTO GARCÍA, EVA MARÍA.

ÍNDICE.

| | |
|--|----|
| LISTADO DE ABREVIATURAS | 3 |
| I. ANTECEDENTES DE HECHO..... | 4 |
| II. RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS..... | 5 |
| CUESTIÓN 1 | 5 |
| I. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO Y MODALIDADES DE LA GESTACIÓN SUBROGADA. | 5 |
| II. REGULACIÓN EN ESPAÑA..... | 6 |
| II.1. LEY DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. | 6 |
| II.2. NATURALEZA DEL CONTRATO. | 7 |
| III. INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN DE UN MENOR NACIDO EN EL EXTRANJERO. | 8 |
| III.1. BREVE INTRODUCCIÓN..... | 8 |
| III.2. RESOLUCIÓN 18 DE FEBRERO DE 2009. | 8 |
| III.3. INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010..... | 9 |
| III.4. INSTRUCCIONES DE 14 Y 18 DE FEBRERO DE 2019..... | 10 |
| III.5. POSTURA DEL TS. | 11 |
| IV. REGULACIÓN EN UCRANIA. | 12 |
| V. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO. | 14 |
| CUESTIÓN 2 | 16 |
| I. EL DELITO DE LESIONES. | 16 |
| I.1.1. UBICACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO... .. | 16 |
| I.1.2. EL TIPO BÁSICO. | 16 |
| I.1.3. LOS DELITOS LEVES DE LESIONES..... | 17 |
| I.1.4. LOS TIPOS AGRAVADOS DE LESIONES..... | 18 |
| I.1.5. TIPO ESPECÍFICO DE VIOLENCIA EN EL ÁMBITO FAMILIAR. | 18 |
| I.1.6. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO. | 19 |
| II. EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES..... | 20 |
| II.1.2. TIPO BÁSICO..... | 21 |
| II.1.3. TIPO AGRAVADO. LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL..... | 22 |
| II.1.4. LA DETENCIÓN ILEGAL Y EL SECUESTRO EN RELACIÓN CON LA SUSTRACCIÓN DE MENORES..... | 24 |
| II.1.5. REGLAMENTO BRUSELAS II BIS Y CH DE 1980..... | 24 |
| II.1.6. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO..... | 26 |
| III. EL DELITO DE ABANDONO DE MENORES. | 27 |
| III.1. UBICACIÓN EN EL CP Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO..... | 27 |

| | |
|--|----|
| III.2. ABANDONO PROPIO | 27 |
| III.3. TIPOS AGRAVADOS | 28 |
| III.4. ABANDONO IMPROPIO | 28 |
| III.5. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO. | 29 |
| CUESTIÓN 3 | 30 |
| I. LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA. | 30 |
| I.1. CONCEPTO DE JURISDICCIÓN. | 30 |
| I.2. CARACTERÍSTICAS DE LA JURISDICCIÓN. | 30 |
| I.2.1. EL PRINCIPIO DE UNIDAD. | 30 |
| I.2.2. EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA. | 31 |
| I.2.3. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE JURISDICCIÓN. | 31 |
| I.2.4. EL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD. | 32 |
| I.3. EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN. | 32 |
| I.3.1. CUESTIONES PREVIAS. | 32 |
| I.3.2. PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD. | 32 |
| I.3.3. PRINCIPIO DE NACIONALIDAD. | 34 |
| I.3.4. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN. | 34 |
| I.3.5. PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL. | 34 |
| II. EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. | 36 |
| II.1. CONCEPTO Y PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL. | 36 |
| II.2. TIPO DE PENAS. | 38 |
| III. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO. | 39 |
| III.1. JURISDICCIÓN COMPETENTE Y LEGISLACIÓN APLICABLE EN EL CASO DE DELITO DE LESIONES. | 39 |
| III.2. JURISDICCIÓN COMPETENTE Y LEGISLACIÓN APLICABLE EN EL CASO DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. | 40 |
| III.3. JURISDICCIÓN COMPETENTE Y LEGISLACIÓN APLICABLE EN EL CASO DE DELITO DE ABANDONO DE MENORES. | 41 |
| III. CONCLUSIONES. | 42 |
| IV. BIBLIOGRAFÍA. | 46 |

LISTADO DE ABREVIATURAS.

ADN: Ácido desoxirribonucleico.

AP: Audiencia Provincial.

CCAA: Comunidad Autónoma.

CC: Código Civil.

CDN: Convenio de los Derechos del Niño.

CE: Constitución Española.

CEDH: Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

CEDN: Carta Europea de los Derechos del Niño.

CH: Convenio de la Haya.

CJI: Cooperación Jurídica Internacional.

CL: Convenio de Luxemburgo.

CP: Código Penal.

DGRN: Dirección General de Registros y Notariados.

DP: Derecho Penal.

EEMM: Estado Miembro.

EEUU: Estados Unidos.

LCJI: Ley de Cooperación Jurídica Internacional.

LMPIVG: Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género.

LOGP: Ley Orgánica General Penitenciaria.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LTRA: Ley Técnicas Reproducción Asistida.

LTRHA: Ley Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

MF: Ministerio Fiscal.

Nº: Número.

P. ej.: Por ejemplo.

RC: Registro Civil.

RP: Reglamento Penitenciario.

RRC: Reglamento Registro Civil.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

TTII: Tratado Internacional.

SAP: Sentencia Audiencia Provincial.

STC: Sentencia Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia Tribunal Supremo.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

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

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

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

Así las cosas, aprovechando la fiesta de la Hispanidad, Paul se dispuso a viajar a Londres, con el pretexto de presentar a su hija a sus parientes más cercanos. Sin embargo, una vez en Inglaterra, Paul decide no regresar. Ante el devenir de los acontecimientos, visto que Paul no regresaba en la fecha inicialmente prevista, María intenta infructuosamente ponerse en contacto con él, tras lo cual denuncia los hechos en comisaría. Con el inicio del año nuevo, Paul decide emprender una nueva vida sin ataduras de ningún tipo y el día 5 de enero, en un viaje relámpago a Dublín, deja a Oxana en una canastilla ante las puertas de St. Audoen's Church.

II. RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS.

CUESTIÓN 1. Determine, de conformidad con el ordenamiento jurídico español, la legalidad del procedimiento de gestación contemplado en el supuesto de hecho e indique, en su caso, las posibilidades de determinación de la filiación de Oxana respecto de María.

I. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO Y MODALIDADES DE LA GESTACIÓN SUBROGADA.

El avance de la ciencia ha permitido que muchas personas que no pueden tener hijos de forma natural, por diversas causas, puedan hacerlo a través de otras técnicas. Entre estas técnicas destaca la gestación subrogada, también conocida como maternidad subrogada, vientre de alquiler, gestación por sustitución, etc. Entre las causas que no permiten a la persona tener un hijo de manera natural destacan la esterilidad o parejas homosexuales que quieren tener un “hijo propio”, y, rechazan acudir a otras técnicas de reproducción humana asistida o a procedimientos como la adopción, por distintas causas económicas, e, incluso, ideológicas.

En nuestra legislación, el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA) define la gestación subrogada como “*el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero*”.

Asimismo, la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011 (ECLI: ES:APV:2011:5738) define la gestación subrogada: “*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 si o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos*”.

Analizando ambas definiciones podemos deducir que esta técnica implica la celebración de un contrato, con contraprestación o sin ella, por el que una mujer lleva implantado en su útero un embrión hasta que este nazca, y, tras ello sea entregado a otra persona, ya sea una mujer, un hombre, o una pareja del mismo sexo o distinto sexo.

Para que la madre gestante quede embarazada se utiliza la fecundación in vitro o la inseminación artificial. En el primer caso, se une un espermatozoide y óvulo en un laboratorio que será introducido en el útero de la madre gestante. Y, en el segundo caso, se introduce directamente el espermatozoide en el útero de la mujer¹.

En función de la genética del niño, la gestación subrogada va a ser tradicional o gestacional. Es decir, en el primer caso, la madre gestante aporta también su óvulo y el espermatozoide lo aporta o el padre comitente o de un donante. Y, en el segundo caso, es cuando los padres comitentes aportan el material genético. De esta manera, el bebé no va a tener ninguna relación genética con la madre gestacional².

Asimismo, la gestación subrogada puede ser altruista o comercial. En el primer caso, la madre gestante lo hace sin ánimo de lucro, es decir, no obtiene ningún tipo de

¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2016. *Tema A: Maternidad subrogada* (Consultada 15/02/2010). Disponible en: <http://uc3mun.anudi.org/wp-content/uploads/2016/02/WHO.pdf>

² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2016. *Tema A: Maternidad subrogada* (Consultada 15/02/2020). Disponible en: <http://uc3mun.anudi.org/wp-content/uploads/2016/02/WHO.pdf>

remuneración. Y, en el segundo caso, la madre gestante lo hace con ánimo de lucro, es decir, a cambio de una contraprestación³.

II. REGULACIÓN EN ESPAÑA.

II.1. LEY DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

La gestación subrogada es una cuestión muy delicada y cada Estado tiene una regulación diferente. A modo de introducción, podemos destacar tres grandes grupos: los Estados que prohíben tal práctica, los Estados que permiten la gestación subrogada altruista y los Estados que permiten tanto la gestación subrogada altruista como comercial. A modo de ejemplo, en el primer grupo, destacan países como Alemania, Nepal, Francia, Italia o España; en el segundo grupo, Australia o Reino Unido; y, en el tercer grupo, India, Ucrania o Estados Unidos.

La gestación subrogada implica la celebración de un contrato en el que ambas partes determinan sus respectivas obligaciones. En relación con este contrato, la legislación española es muy clara al respecto. La LTRHA califica como “*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 en favor del contratante o de un tercero*”.

Sin embargo, hemos de atender a la primera ley que reguló la reproducción asistida, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (en adelante LTRA), actualmente derogada, porque es donde la legislación española se pronuncia por primera vez sobre la gestación subrogada.

Lo que se trató con la LTRA, fue dar una respuesta a los avances científicos y tecnológicos, que posibilitan tener descendencia de una forma diferente a la natural. Así, lo disponía el preámbulo de la citada ley “*Los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos, (...) han posibilitado, entre otros, el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana, generalmente conocidas como Técnicas de Reproducción Asistida o Artificial*”. Además, de adaptar el Derecho a las nuevas necesidades de la sociedad actual. “*Los avances científicos (...), cursan generalmente por delante del Derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquéllos. Este asincronismo entre la ciencia y el Derecho origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos, que debe solucionarse*”.

En este sentido, la LTRA en su artículo 10 disponía lo siguiente:

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 en favor del contratante o de un tercero.*

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.*

La redacción del citado artículo se mantiene en la actualidad en el artículo 10 de la LTRHA. Analizando el artículo, podemos ver que la finalidad de la ley es que estos contratos no lleguen a celebrarse. Pues, en caso de su celebración, se sanciona con nulidad de pleno derecho cualquier contrato por el que una mujer por encargo de otra persona

³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2016. *Tema A: Maternidad subrogada* (Consultada 15/02/2020). Disponible en: <http://uc3mun.anudi.org/wp-content/uploads/2016/02/WHO.pdf>

gestara un bebé, tanto de manera altruista como comercial. Además, sería necesario que la mujer gestante renunciara a la filiación materna a favor de la madre comitente o de un tercero. Pero, hay que decir, que la renuncia a la filiación en España no se permite, es decir, la madre gestante puede renunciar a ejercer los derechos derivados de la filiación, pero, no a la filiación en si misma (ÁLVAREZ LATA, N., ÁLVAREZ OLALLA, P., BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., COSTAS RODAL, L., MARÍN LÓPEZ, M., MORALEJO IMBERNÓN, N., QUICIOS MOLINA, S., ROVIRA SUEIRO, M., 2015).

Para los casos en los que llegue a celebrarse un contrato de este tipo, la norma establece que la filiación será determinada atendiendo al momento del parto, excluyendo, entonces, la posibilidad de aceptar como madre legal del menor a la madre comitente. En este sentido, la mujer gestante sería la madre legal. Este precepto llama la atención porque no se toma en consideración quien ha aportado el óvulo, es decir, da igual que el material genético hubiera sido aportado por la mujer comitente o por una donante, pues, siempre se considerará madre a la gestante. Haciendo referencia así, al principio del Derecho Romano, *mater semper certa est*, que reconoce automáticamente como madre a la mujer que da a luz. Como vemos, el legislador opta por otorgar la filiación a la madre gestante, y explica su razón en la Exposición de Motivos de la LTRHA “*se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo*”.

Sin embargo, no descarta la posibilidad de la reclamación de la paternidad respecto al padre biológico, regulada en los artículos 764 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (siempre y cuando hubiere aportado su propio material genético). A través de este apartado, lo que pretende la LTRHA es que los menores nacidos por esta técnica, tengan un padre biológico, otorgando a este la posibilidad de reclamar la paternidad por las vías legalmente previstas.

II.2. NATURALEZA DEL CONTRATO.

La naturaleza del contrato no está clara, algunos autores defienden que estamos ante un contrato de arrendamiento de servicios o de obra regulado en el artículo 1544 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante, CC), que dispone lo siguiente: “*uno de los contratantes (la madre gestante) se obliga a ejecutar una obra o prestar a la otra un servicio por precio cierto*” (el niño). Otros autores defienden que estamos ante un contrato de compraventa regulado en el artículo 1445 CC: “*uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada, (el niño tras el parto) y el otro a pagar por ella un precio cierto*” (la remuneración, en caso de que sea una gestación subrogada comercial)” (REGALADO TORRES, M.D., 2016).

Lo que si está claro, es que el contrato es nulo por su objeto y por su causa. Si acudimos al CC, vemos que en su artículo 1261 dispone: “*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca*”.

Analizando este artículo vemos que dos de sus requisitos no se cumplen, concretamente el apartado 2 y 3. Así, el contrato es nulo por razón de su objeto, en el artículo 1271 CC se establece que “*Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras*”. Pero, las personas están fuera del comercio de los hombres (*res extra commercium*), como podemos ver en la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011 (ECLI: ES:APV:2011:5738): “*(...) vienen a coincidir con las razones que llevaron al legislador español a prohibir, conforme al*

Derecho actualmente vigente en España, el contrato de gestación subrogada o por sustitución; en concreto, se trata de los problemas que suscita esta figura en relación con principios tales como el que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres”.

Asimismo, el contrato es nulo por razón de su causa, el artículo 1275 CC dice *“Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o la moral”.*

III. INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN DE UN MENOR NACIDO EN EL EXTRANJERO.

III.1. BREVE INTRODUCCIÓN.

Como hemos dicho, el artículo 10 de la LTRHA considera el contrato de gestación subrogada nulo de pleno derecho. Esto, lleva a muchos españoles a acudir a países extranjeros donde los contratos de esta naturaleza sí están permitidos.

La inscripción en el RC Consular español de los menores nacidos en el extranjero por gestación subrogada es un tema complejo. Tanto el TS como la DGRN en sus resoluciones atienden al interés superior del menor, pero lo hacen de maneras distintas. Para ello, vamos a analizar tanto las instrucciones más importantes de la DGRN como la postura del TS.

Para comenzar a analizar tanto las Instrucciones como la jurisprudencia del TS tenemos que hacer una breve referencia al primer caso de gestación subrogada que se planteó ante el RC Consular Español y en nuestros tribunales, porque ello supuso que tuvieran que pronunciarse por primera vez sobre la gestación subrogada. Se trata de un matrimonio homosexual que solicitó la inscripción en el RC Consular Español en Los Ángeles (California, EEUU) de sus dos hijos, nacidos en dicho Estado por gestación subrogada. Los menores habían sido inscritos en el RC de California como hijos de los padres comitentes y el RC de California otorgó un certificado en el que se constataba ese registro. El RC Consular Español rechazó la inscripción de los menores en virtud del artículo 10 de la LTRHA. Ante esta situación, los padres comitentes interpusieron un recurso ante la DGRN en la que solicitaban que se revocara la decisión anterior y se procediera a la inscripción de los menores como sus hijos propios en RC. Tras la resolución de 2009, el MF recurrió la decisión alegando nuevamente el artículo 10 de la LTRHA ante el Juzgado de Primera Instancia Nº 15 de Valencia, el cual admitió el recurso y el 15 de septiembre de 2010 dictó sentencia anulando la Resolución de la DGRN de 2009. Nuevamente, la pareja recurrió la sentencia ante la AP de Valencia, la que desestimó el recurso por entender que con la inscripción se vulneraba el orden público internacional español. Y, como última vía, recurrieron ante el TS que también desestimó el recurso.

III.2. RESOLUCIÓN 18 DE FEBRERO DE 2009.

La DGRN resuelve el 18 de febrero de 2009 estimando el recurso y ordenando que se procediera a la inscripción de los menores. La estimación se basó en los artículos 81 al 85 del Real Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (en adelante, RRC). Entiende la DGRN que al tratarse de un documento público emitido por una autoridad extranjera competente que desempeña funciones equivalentes a la autoridad española, la certificación tendría acceso al Registro

Español, siempre y cuando cumpla con los requisitos de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”. En este sentido, el control de legalidad exigido no se basa en comprobar que la solución dada por la autoridad extranjera sea idéntica que la que hubiera dado la autoridad española (no es una cuestión de Derecho Aplicable, sino de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras). Por lo que, el Encargado del Registro Consular Español no tiene que determinar la filiación, sino registrar una filiación que ya ha sido determinada previamente por la autoridad extranjera competente conforme a una legislación extranjera. De esta manera, aportando una certificación acreditada por un tribunal extranjero competente se lograría la inscripción (VELA SÁNCHEZ, A. J., 2015).

Pero, como hemos dicho, esta resolución fue anulada por el Juzgado de Instrucción N° 15 de Valencia.

III.3. INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010.

Tras la criticada Resolución de 2009, la DGRN emitió la Instrucción de 5 octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (en adelante, Instrucción de 2010), por la que se admite la inscripción del menor nacido en el extranjero en el RC Consular. Argumenta la DGRN que permite la inscripción basándose en el “interés superior del menor” y otros intereses generales, en especial la protección de la mujer gestante. El interés superior del menor está garantizado tanto en la CE como en diversos Convenios Internacionales. El artículo 39.4 CE dispone que *“los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*. Los acuerdos internacionales a tener en cuenta, entre otros, son la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 (en adelante, CDN), la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo, el 21 de septiembre de 1992 (en adelante, CEDN) o el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en adelante, CEDH). Todos ellos insisten en que los menores han de gozar de una “protección” mayor. A modo de ejemplo, citamos el artículo 3.1 CDN *“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”*. Así, se establecen una serie de requisitos para que se pueda proceder a la inscripción del menor. En primer lugar, se exige la presentación ante el encargado del RC de una resolución dictada por un tribunal competente, en la que se determine la filiación del nacido (ya no basta con una certificación registral, como exigía la resolución anulada de 2009). Argumenta la Instrucción en la Exposición de Motivos que se trata de comprobar que la mujer gestante tenía *“la plena capacidad jurídica y de obrar, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores”*⁴.

⁴ Vid. Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

En segundo lugar, se exige que salvo que exista un Convenio Internacional, la resolución extranjera sea objeto de exequátur, el cual se rige por las normas de la UE, de los TTII en los que España sea parte, y, en su caso, por los preceptos de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (en adelante, LCJI). El exequátur tiene como finalidad comprobar que una resolución dictada por un Tribunal Extranjero cumple con los requisitos necesarios para su reconocimiento en un Estado distinto, en este caso España. Tras la finalización de este procedimiento, junto a la solicitud de la inscripción se exige la presentación del auto judicial que puso fin al citado procedimiento.

Por otro lado, argumenta la Instrucción que *“si la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España”*. Este control incidental ha de basarse en los siguientes requisitos: *“a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente; e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado”*. Es decir, se trata de comprobar que la resolución y los documentos aportados sean auténticos, que el tribunal que hubiere dictado la resolución sea competente, que no se hubiese vulnerado tanto el interés superior del menor como los derechos de la madre gestante y, finalmente, que la resolución sea firme e irrevocable (HEREDIA CERVANTES, I., 2013).

En conclusión, de lo que se trata, es que si la resolución judicial ha sido dictada en un proceso jurisdiccional de naturaleza contenciosa será necesario que se inste por el particular el procedimiento de exequátur y que presente el auto que ponga fin a su procedimiento junto a la solicitud de inscripción, sino se procederá a su denegación. Y, por otro lado, si la resolución hubiera sido dictada en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria sólo será necesario que el Encargado del RC haga un control incidental, y, si no se cumplen los requisitos mencionados anteriormente se procederá a su denegación (VELA SÁNCHEZ, A. J., 2015).

Finaliza la Instrucción de 2010 exponiendo que aquella filiación que no hubiera sido determinada por una resolución judicial, no sería inscribible ni mediante certificación registral ni mediante declaración. En definitiva, lo que se necesita es una resolución judicial dictada por un tribunal extranjero competente que determine la filiación respecto de uno de los progenitores españoles.

III.4. INSTRUCCIONES DE 14 Y 18 DE FEBRERO DE 2019.

El 14 de febrero de 2019, la DGRN dictó la Instrucción sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (en adelante, Instrucción de 14 de febrero de 2019). Su finalidad era ir más allá de la

Instrucción de 2010, pero no tuvo éxito, ya que solo cuatro días más tarde se dictó la Instrucción de 18 de febrero de 2019, sobre la actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (en adelante, Instrucción de 18 de febrero de 2019), que dejaba sin efecto a la Instrucción de 14 de febrero de 2019.

A modo de resumen, la Instrucción de 14 de febrero de 2019 incluía un precepto muy novedoso. Este permitía la inscripción del menor por medio de un procedimiento administrativo de reconocimiento extrajudicial de la paternidad ante el RC Consular. Disponía la citada Instrucción que: *“En caso de que la certificación registral extranjera, o en la declaración y certificación médica del nacimiento del menor, conste la identidad de la madre gestante, siendo esta extranjera y habiendo ocurrido el nacimiento en el extranjero, la competencia del Registro Civil español para practicar la inscripción de dicho nacimiento requiere que se acredite la filiación del menor respecto de un progenitor español (...)”*. Pudiendo hacerlo de dos maneras: *“a) bien mediante sentencia firme recaída en un procedimiento de filiación (...), o bien b) mediante el reconocimiento del padre en cualquiera de las formas establecidas en el Código civil y cumpliendo los requisitos previstos en cada caso para la plena validez y eficacia de dicho reconocimiento.”* Es decir, se abría una vía alternativa para inscribir al menor para los casos en los que no existía una resolución judicial extranjera, así, aportando, por ejemplo, una prueba de ADN se lograría la inscripción en el RC (*“Para ello, el medio preferente, por su sencillez, aunque no exclusivo, podrá ser la correspondiente prueba de ADN, que se habrá de realizar y acreditar con plenas garantías médicas y jurídicas”*). De esta manera, la madre gestante sería la madre legal en virtud del artículo 10.3 LTRHA y el padre, el padre comitente (bien por una resolución judicial o bien aportando una prueba de ADN). Para que se determine la filiación a favor del otro comitente, es decir, el cónyuge o pareja del padre biológico sería necesario acudir al procedimiento de adopción tramitado en España (MUÑOZ RODRIGO, G., 2019).

Como hemos dicho, cuatro días más tarde se publicó la Instrucción de 18 de febrero de 2019 por la que se dejaba sin efecto la Instrucción de 14 de febrero de 2019 *“Queda sin efecto la Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, a todos los efectos”*. De esta manera, los menores que nacieran tras esta Instrucción, serían inscritos por el procedimiento que ya recogía la Instrucción de 5 de octubre de 2010, es decir, por el reconocimiento de una resolución judicial extranjera *“Las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequatur”*. En definitiva, se vuelve a exigir una resolución judicial para la inscripción, ya no basta con una prueba de ADN⁵.

III.5. POSTURA DEL TS.

La STS de 6 de febrero de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:247) se pronuncia por primera vez sobre la gestación subrogada siendo clave su postura para la resolución de futuros casos. Estamos hablando de la sentencia por la cual se desestimó el recurso presentado por la pareja homosexual que acudió a California celebrar un contrato de gestación subrogada.

⁵ Vid. Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

A modo de resumen, el Tribunal Supremo entiende que la inscripción de la filiación a favor de los padres comitentes en el RC es contraria al orden público español. De esta manera, aquellas certificaciones en las que se determine la filiación, no son títulos aptos para inscribir en el RC. Recordemos que no se pueden inscribir en el RC documentos que sean contrarios al orden público. Por ello, en primer lugar, hay que definir lo que entiende el Tribunal Supremo por “orden público español”, se trata del *“sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los Convenios Internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan”*. Por ello, prosigue el Alto Tribunal que la gestación subrogada va en contra de este orden público *“vulnera la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”*. De esta manera, el Tribunal Supremo señala que la gestación subrogada supone una vulneración del derecho fundamental a la dignidad y una vulneración del derecho de la igualdad, concretamente, el de la igualdad económica, ya que esta técnica solo podría ser utilizada por aquellos que contasen con unos recursos económicos altos⁶. Ambos derechos reconocidos en el Título I de la CE.

El Tribunal Supremo niega que rechazar la inscripción de los menores vulnere el interés superior del menor, porque el ordenamiento jurídico dispone de otras vías legales, como es la reclamación de la paternidad por el padre biológico (artículo 10.3 LTRHA), o la adopción, por el otro comitente. De esta manera, el niño no queda desprotegido, sino que se están ofreciendo otros cauces para la determinación de la filiación. El principio del interés superior del menor, no puede servir nunca de excusa para legalizar una práctica que no está permitida por las leyes nacionales. Así lo dispone, *“la aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma”*.

Asimismo, entiende el Alto Tribunal, que no solo está en juego el interés superior del menor sino otros bienes jurídicos que a su vez pueden afectar al interés del menor, por lo que dispone que *“no puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también 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”*. Por lo que, si queremos atender al principio del interés superior del menor tenemos que ponderar cuál de las soluciones será menos perjudicial para el mismo.

Por lo que queda claro que la posición del Tribunal Supremo respecto de la gestación subrogada es contraria a la celebración de dichos contratos por ir en contra del orden público español.

IV. REGULACIÓN EN UCRANIA.

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

Ucrania, es uno de los países del mundo, en el que está permitido el contrato de gestación subrogada. En principio, no hay ninguna disposición legal que prohíba a los españoles acudir al extranjero para celebrar contratos de esta naturaleza, por lo que en los últimos años se ha podido observar como muchas parejas optan por tener un hijo por gestación subrogada. En los últimos años, Ucrania se ha convertido en uno de los países que más demanda tiene fundamentalmente porque el coste es mucho menor que si se acude a países como Estados Unidos o Canadá.

El Código de Familia y la Orden 771 del Ministerio de Salud hacen legal esta práctica. Concretamente, el artículo 123.2 del Código de Familia establece que si *“un embrión concebido por una pareja como resultado de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, es transferido dentro del cuerpo de otra mujer, los padres del niño serán la pareja. Con el consentimiento de la gestante en el certificado de nacimiento constará directamente el nombre de los comitentes”*.

La legislación ucraniana establece una serie de requisitos para poder celebrar estos contratos. Se trata de una gestación subrogada comercial, por tanto, con ánimo de lucro, en la que se exige que los padres comitentes sean una pareja heterosexual casada. Es preferible, que ambos comitentes aporten su material genético, por lo que si la mujer no puede será admisible la donación, pero, en ningún caso, la mujer gestante puede aportarlo. La mujer comitente ha de demostrar que no puede quedarse embarazada o que si puede esto conlleve un gran riesgo para su vida o para la del menor. Por otro lado, hay que decir, que la Orden 771 del Ministerio de Salud ordena que la mujer gestante ha de ser mayor de edad con plena capacidad jurídica, haber tenido al menos un hijo propio y tener plena capacidad para gestar un bebé⁷.

Desde el momento de la celebración del contrato la madre gestante tiene prohibido reclamar la maternidad. Una vez que nazca el menor, en el certificado de nacimiento constarán como padres del menor los comitentes, pero, para ello es necesario que la gestante renuncie expresamente a la maternidad, y, si ello, no ocurriere, el juez le exigirá la renuncia en virtud del contrato celebrado. Por lo que, para inscribir el menor como hijo propio bastaría con presentar el certificado y la renuncia de la madre gestante.

Sin embargo, uno de los problemas que se plantean cuando se recurre a esta práctica en Ucrania, es la inscripción de la filiación en el RC Español. Recordemos que, a partir de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, no se admiten inscripciones, salvo que exista una resolución judicial dictada por un tribunal competente en los términos que establece la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Pero, concretamente, en Ucrania, estas resoluciones no se emiten porque ya se reconoce directamente como padres del menor a los padres comitentes, por lo que acudir a la vía judicial es prácticamente imposible e innecesario. Pues, tras el nacimiento del niño, se emite un certificado de nacimiento en el que constan como padres los comitentes y la renuncia de la gestante. Esto es, a efectos ucranianos, los padres son los comitentes y, a efectos españoles, la madre es la gestante y el padre, el padre comitente biológico⁸.

Todo ello ha derivado en un gran problema porque en un principio se admitían estas inscripciones por medio de una prueba de ADN. Sin embargo, como hemos dicho, a partir de la Instrucción de 18 de febrero de 2019 ya no se permite. Hay que decir, que el Ministerio de Asuntos Exteriores recomendó ya en su día no acudir a este país porque se

⁷ BABYGEST, 2019. *¿Cómo funciona la gestación subrogada en Ucrania? Requisitos y precio* (Consultada 30/03/2020). Disponible en: <https://babygest.com/es/ucrania/#requisitos-legales-en-ucrania>.

⁸ BABYGEST, 2019. *¿Cómo funciona la gestación subrogada en Ucrania? Requisitos y precio* (Consultada 30/03/2020). Disponible en: <https://babygest.com/es/ucrania/#requisitos-legales-en-ucrania>.

había detectado mala praxis en la práctica y engaños por parte de las agencias que hacen de intermediarias entre las partes contratantes *“el tratamiento de este tipo de expedientes requiere de un especial cuidado por parte de la Sección Consular de la Embajada de España en Kiev al haber sido informada en los últimos meses de posibles casos de mala praxis médica asociada a los procesos de reproducción asistida, así como de casos de posible tráfico de menores. La Embajada de España en Kiev debe adoptar todas las precauciones necesarias para proteger el interés superior de los menores”* (Ministerio de Asuntos Exteriores, Comunicado 114, 29/08/2018). Y, esta, ha sido la principal razón por la que no se admiten más inscripciones, pues entienden que es perjudicial tanto para el menor como para la madre gestante.

A pesar de ello, en atención al interés superior del menor, en virtud de la Instrucción de 18 de febrero de 2019, aquellos menores que nazcan después de la entrada en vigor de la citada Instrucción, pueden obtener de las autoridades ucranianas el pasaporte y permisos necesarios para viajar a España. También, hay que decir, que puede ser un proceso que puede llevar unos meses, pero sin él, el menor no puede salir de Ucrania.

Una vez llegados a territorio español, los padres comitentes pueden hacer lo que ya dijo el TS en la STS de 6 de febrero de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:247), esto es, que el padre comitente al ser el padre biológico inicie la acción de reclamación de la paternidad (artículo 10.3 LTRHA). Y, una vez que se determine la filiación a favor del padre comitente, la madre comitente adopte el menor conforme a lo dispuesto en el artículo 176 CC, sin necesidad de la declaración de idoneidad al encontrarse en uno de los supuestos en la que no es necesaria *“no se requerirá tal propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes: (...) 2.ª Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal”*. Con respecto a la filiación, hay que decir, que la filiación por adopción produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza conforme al artículo 108 CC.

V. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.

El presente caso trata sobre un matrimonio, Paul y María, quienes deciden acudir a la gestación subrogada porque en 2016, a María le diagnosticaron un trastorno funcional en los ovarios, que le impide tener descendencia biológica. Con motivo del diagnóstico, deciden acudir a Ucrania para que una mujer geste un óvulo con los gametos de Paul, donde esta práctica es totalmente legal. Finalmente, en febrero de 2019 tiene lugar el nacimiento de la menor, Oxana.

Como hemos dicho, este tipo de contratos en España se sancionan con la nulidad de pleno derecho (artículo 10 LTRHA), por lo que no despliegan efectos jurídicos. De esta manera, si la madre gestante al final optara por no entregar a la menor, no habría nada que la obligase. Sin embargo, no hay ninguna disposición legal que prohíba acudir a países donde sí está permitida, por lo que Paul y María, en principio, al acudir a Ucrania no estarían cometiendo ninguna ilegalidad. Por el contrario, si la pareja hubiera optado por celebrar un contrato de esta naturaleza en España, sería nulo de pleno derecho por razón de su objeto y causa, ya que, como hemos dicho, la gestación, el alumbramiento y la entrega de un bebé, son actos que quedan fuera del comercio de los hombres.

Realmente, el problema con el que se van a encontrar Paul y María es la determinación e inscripción de la filiación en España. Conforme a nuestra legislación, María no podría ser considerada la madre legal de la menor, ya que el artículo 10.2 LTRHA nos dice que la filiación quedará determinada por el parto, es decir, en este caso, la madre legal, sería la mujer gestante ucraniana, porque es quien da a luz a Oxana. Sin embargo, en el apartado

3 del citado artículo, permite que el padre comitente si ha aportado su material genético reclame la paternidad, como es el caso.

Dado que la Instrucción de 18 de febrero de 2019 no permite inscribir directamente a los menores como hijos de los padres comitentes en los Consulados, salvo que haya una resolución judicial dictada por un tribunal competente que determine la filiación a favor de los comitentes (que en Ucrania esto es muy difícil), Paul y María tienen que obtener el pasaporte ucraniano para Oxana, con el fin de que esta pueda viajar a España e iniciar los siguientes trámites.

En primer lugar, es necesario que Paul inicie un proceso de reclamación de paternidad, ya que, es una realidad, que él es el padre biológico de la niña, por haber aportado su material genético. Y, en segundo lugar, una vez, que Paul sea reconocido como el padre, María tendría que iniciar un proceso de adopción en virtud del artículo 176 CC. En este caso, no necesitaría de la propuesta y declaración de idoneidad que se exige para las adopciones, como regla general, porque Oxana es hija de su cónyuge. De este modo, el procedimiento es mucho más simple y menos dificultoso.

Por lo que, una vez finalizados estos trámites, Oxana sería hija tanto de Paul (biológica) como de María (por adopción). conforme al artículo 108 CC la filiación por naturaleza y la filiación por adopción producen los mismos efectos, por lo que, Oxana y María tendrán el mismo vínculo jurídico que Oxana y Paul.

Esta es la solución que, actualmente, está dando el Consulado para inscribir a los menores que nacieron tras la entrada en vigor de la citada Instrucción que supuso un caos para todas las familias que estaban atrapadas en Kiev.

CUESTIÓN 2. Analice la relevancia penal de las siguientes conductas y de sus consecuencias: a. El intercambio de golpes entre María y Paul, la noche del día 1 de septiembre de 2019; b. La permanencia indefinida de Paul y Oxana en Londres, tras la festividad de la Hispanidad, en contra de la voluntad de María; c. El depósito de Oxana en el umbral de las puertas de la iglesia de St. Audoen, llevado a cabo por Paul.

I. EL DELITO DE LESIONES.

I.1.1. UBICACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Las lesiones están reguladas en el Libro II, Título III del CP, concretamente, desde el artículo 147 al 156 ter. Durante años se ha discutido en la doctrina y en la jurisprudencia cual es el bien jurídico protegido. En un primer momento, se afirmó que era la integridad física, sin embargo, esta postura ha experimentado una fuerte evolución. Hoy en día, se entiende que el bien jurídico protegido es la integridad física y el derecho a la salud, es decir, el derecho a llevar una vida sana sin interferencias externas que menoscaben el cuerpo o la mente (LAFUENTE LIÑÁN, A., 2018).

I.1.2. EL TIPO BÁSICO.

De acuerdo con el artículo 147 CP el delito de lesiones consiste en que 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 a una 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 (...)”*. En su apartado 2, el artículo sigue *“El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses.”* Y, en el apartado 3 *“El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses”*. Es necesario analizar cada apartado por separado ya que el artículo 147.1 CP castiga el tipo básico de lesiones, y los apartados 2 y 3, los delitos leves.

Entonces, para que exista una lesión del artículo 147.1 CP es necesario que: primero, una persona cause a otra una lesión por cualquier medio o procedimiento; segundo, que la lesión menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental; tercero, que para curar dicha lesión sea necesario una primera asistencia facultativa, y, cuarto, además, de esa asistencia facultativa requiera un tratamiento médico o quirúrgico.

Estamos ante un delito de resultado por lo que es necesario que se haya producido una lesión bien física o psíquica, y que esa lesión haya sido causada por cualquier medio o procedimiento. Estos medios y procedimientos son indeterminados⁹. No es necesario que para causar la lesión se acuda a la violencia o a la agresión, sino que se puede recurrir, por ejemplo, a otras conductas, como el suministro de venenos o, incluso, medios de naturaleza psíquica. Así lo dispone, la STS de 8 de octubre de 1999 (ECLI: ES:TS:1999:6221) *“el presupuesto de la acción no es de contenido exclusivamente físico, ya que también pueden cometerse por medios no estrictamente materiales”*.

Para la sanidad de esa lesión es necesario que la persona reciba una primera asistencia facultativa y, posteriormente, un tratamiento médico y/o quirúrgico. El CP se limita a

⁹ El propio artículo nos dice “por cualquier medio o procedimiento”.

decir que “*la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico*”, pero no nos dice nada más, por lo que tenemos que acudir a la jurisprudencia para obtener una definición más amplia de lo que hemos de entender por primera asistencia facultativa, tratamiento médico y tratamiento quirúrgico.

Así, lo expresa la STS de 6 de febrero de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:240) “*el tratamiento médico es un concepto normativo que, en ausencia de una definición legal, debe ser alcanzado mediante las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que otorgan al mismo la necesaria seguridad jurídica que la interpretación del tipo requiere*”. La diferenciación de estos conceptos es fundamental porque ello va a determinar ante qué tipo de lesiones nos encontramos, es decir, ante el tipo básico que requiere tratamiento médico/quirúrgico (artículo 147.1 CP) o ante los delitos leves que explicaremos más adelante (artículo 147.2 y 147.3 CP).

El propio artículo 147 CP nos da una idea de lo que debemos entender por tales expresiones y así lo ha señalado la jurisprudencia. La STS de 5 de noviembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:4453) nos dice: “*La propia expresión típica del art. 147 del Código Penal, nos permite delimitar su alcance. Así, nos señala que “en primer lugar, debe ser requerido objetivamente para alcanzar la sanidad, lo que excluye la subjetividad de su dispensa por un facultativo o por la propia víctima. En segundo lugar, debe trascender de la primera asistencia facultativa, como acto médico o quirúrgico separado, lo que requiere una cierta continuidad del tratamiento por el propio facultativo, o una prescripción para que se realice ese tratamiento por otro profesional sanitario. Como requisito excluyente, el tipo delictivo de lesiones no se integra por la asistencia dispensada para efectuar simples vigilancias o seguimientos facultativos*”. Tras esta larga descripción, la jurisprudencia lo resume en “*toda actividad posterior a la primera asistencia... tendente a la sanidad de las lesiones y prescrita por un médico*”.

Y, por otro lado, por tratamiento quirúrgico entiende “*aquel que, por medio de la cirugía, tiene la finalidad de curar una enfermedad a través de operaciones de esta naturaleza, cualquiera que sea su importancia: cirugía mayor o menor, incluyendo distintas actuaciones (diagnóstico, asistencia preparatoria ex ante, exploración quirúrgica, recuperación ex post, etc.)*”.

En definitiva, estamos ante un tratamiento médico cuando este es utilizado para curar una enfermedad, para paliar sus consecuencias, o para mitigar el dolor de una enfermedad no curable. Incluso, la realización de diversas pruebas, como pueden ser radiografías, o escáneres, se consideran tratamiento médico. Y, por tratamiento quirúrgico, hemos de entender todo acto que constituya cirugía, ya sea mayor o menor (BARJA DE QUIROGA, J.; GRANADOS PÉREZ, C., 2018).

I.1.3. LOS DELITOS LEVES DE LESIONES.

El delito leve de lesiones, como hemos dicho, se encuentra regulado en el artículo 147.2 y 147.3 CP. El apartado 2 castiga a aquella persona que hubiera causado una lesión, pero la cual no llegue a necesitar de un tratamiento médico y/o quirúrgico, o incluso, ni una primera asistencia facultativa. Y, el apartado 3 castiga a aquella que hubiera maltratado de obra a otra persona, pero sin causarle una lesión, es decir, que la hubiese empujado, golpeado, etc. En estos casos, las penas a imponer son menores, incluso, podemos ver que no se prevé pena de prisión. En concreto, el artículo 147.2 sanciona los hechos con una pena de multa de uno a tres meses y el artículo 147.3 con una pena de multa de uno a dos meses. Además, para la persecución de ambos delitos es necesaria la previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

I.1.4. LOS TIPOS AGRAVADOS DE LESIONES.

El legislador considera que cuando una lesión es ejecutada de determinados modos o contra determinadas personas merece una pena más elevada. Estamos hablando, concretamente, del artículo 148 CP *“Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado. 2.º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía. 3.º Si la víctima fuere menor de doce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección. 4.º 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. 5.º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”*.

Para el desarrollo del presente trabajo, nos interesa solamente la agravante del artículo 148.4 CP. Para que se pueda aplicar este precepto, es necesario que el sujeto activo sea un hombre o mujer (ámbito de las relaciones homosexuales) y el sujeto pasivo una mujer (se excluye, por tanto, que la víctima sea un hombre), con independencia de que esta sea cónyuge o excónyuge, o pareja o expareja, sin ser necesaria la convivencia. Este precepto ha sido introducido por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (en adelante, LMPIVG). La violencia de género es un tema que está muy presente hoy en día y que el legislador ha querido mostrar potenciando la protección de la mujer incrementando las penas cuando determinados delitos se cometan hacia ellas.

I.1.5. TIPO ESPECÍFICO DE VIOLENCIA EN EL ÁMBITO FAMILIAR.

Si continuamos leyendo el CP, en el artículo 153, se castiga un tipo específico de lesiones, concretamente, las lesiones producidas en el ámbito familiar, regulando el apartado 1 las lesiones de género y el apartado 2 las lesiones de violencia doméstica. Este artículo, fue introducido, también, por la LMPIVG.

Como podemos ver, en su apartado 1, utiliza una redacción similar al artículo 148.4 CP, pues castiga directamente las lesiones causadas a una mujer, sea la cónyuge o excónyuge, o pareja o expareja que conviva con el autor, siempre que esas lesiones sean las que prevé el artículo 147.2 CP o el 147.3 CP, es decir, los tipos leves. Por otra parte, en su apartado 2, castiga aquellas lesiones en las que la víctima del delito fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP exceptuando a las personas que se refiere el artículo 153.1 CP. En este sentido, dispone el artículo 173.2 CP lo siguiente *“el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco*

años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”. Como vemos, el artículo 153.2 CP nos remite al artículo 173.2 CP, pero ello, no nos ha de llevar a confundirlos, pues el artículo 153.2 CP regula la violencia doméstica ocasional y el artículo 173.2 CP la violencia doméstica habitual. Además, ambos preceptos tienen por objeto la protección de bienes jurídicos distintos, pues la violencia doméstica habitual es un delito contra la integridad moral.

La razón de que el artículo 153 CP tenga dos apartados distintos es que, en el primer caso, las lesiones de género tienen como consecuencia penas más elevadas (pena de prisión de seis meses a un año) que, en el segundo caso, las lesiones domésticas (pena de prisión de tres meses a un año). Esta regulación fue objeto de varias cuestiones de inconstitucionalidad, porque se consideraba que se estaba infringiendo el principio de igualdad y proporcionalidad. Sin embargo, el TC dictó claramente, que no había infracción de tales principios. Concretamente, la STC 45/2010, de 28 de julio de 2010 (ECLI:ES:TC:2010:45) entiende que *“la diferenciación normativa establecida en ambos preceptos puede considerarse funcional o adecuada para la consecución del fin perseguido, porque, de acuerdo con nuestra doctrina, «no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural —la desigualdad en el ámbito de la pareja— generadora de gravísimos daños a sus víctimas”*. En conclusión, entiende el TC que una agresión provoca un daño mayor en la víctima cuando es producto de una desigualdad en el ámbito de la pareja, es decir, que se le cause una lesión por el mero hecho de ser una mujer. De este modo, queda justificada que las penas no sean iguales. Sin embargo, hay que decir, que la desigualdad en las penas no es tan grave, concretamente, son tres meses.

I.1.6. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.

La noche del 1 de septiembre de 2019 tiene lugar un intercambio de golpes entre Paul y María. Para determinar su relevancia penal y sus consecuencias vamos a analizarlo por separado.

Por un lado, Paul estaría incurriendo en un delito de lesiones del artículo 147.1 CP, en relación con el artículo 148.4º CP. Paul causó a María una lesión física (fractura de costillas) que dio lugar a la hospitalización de la misma durante unos días. Consideramos que se trata del tipo básico de lesiones porque para el saneamiento de esa lesión, además, de una primera asistencia facultativa, fue necesario un tratamiento médico (el ingreso hospitalario). Es más, cuando se trata de fracturas óseas, el reposo también es considerado tratamiento médico¹⁰. Además, dadas las circunstancias, el CP prevé que se puede agravar la pena cuando la víctima es la cónyuge del autor, con fundamento, en la protección de la mujer, por lo que, en este caso, podrá ser de aplicación el artículo 148.4º CP. A este respecto, podemos pensar que sería de aplicación el artículo 153.1 CP, pero no puede ser aplicado porque solo se refiere a las lesiones leves, y, en este caso, estamos ante una lesión

¹⁰ STS de 11 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3936). *“Consideración del reposo, como tratamiento, reiterado en numerosas resoluciones, generalmente en relación con lesiones que originan fracturas óseas (vd. STS núm. STS 353/2014, de 8 de mayo (RJ 2014, 4210) y las resoluciones que allí cita).*

del tipo básico y no del tipo leve, pues para su saneamiento necesitó de un tratamiento médico. Por lo que Paul se enfrenta a una pena de prisión de 2 a 5 años.

Por otro lado, podríamos pensar que María estaría incurriendo en un delito de lesiones leves del artículo 147.2 CP, pues, Paul acabó con varios hematomas en el bajo vientre y en la cara. En este precepto, se castiga aquella lesión que no necesita de un tratamiento médico/quirúrgico, ni incluso una primera asistencia facultativa, como es el caso. Sin embargo, como Paul es su cónyuge, le sería de aplicación el artículo 153.2 CP y no el 147. 2 CP. Este precepto, el 153.2 CP, castiga las lesiones domésticas ocasionales, es decir, aquellas lesiones leves (recordemos las del 147.2 y 147.3) causadas a las personas que cita el artículo 173.2 CP, siendo el cónyuge, como es el caso, una de ellas. Con ello, se trata de castigar hechos ocasionales y no habituales, por lo que un solo hecho contra una persona del artículo 173.2 CP que provoque una lesión leve, es considerado como lesión doméstica. Por ello, María se enfrentaría a una pena de prisión de tres meses a un año (153.2 CP) y no a una pena de multa de uno a tres meses (147.2 CP).

II. EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES.

II.1. 1. UBICACIÓN EN EL CP Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

El delito de sustracción de menores se encuentra regulado en el Título XII, Capítulo III, Sección 2ª, artículo 225 bis CP. Este delito ha sido incorporado a través de la reforma L.O. 9/2002, de 10 de diciembre. El legislador consideró, en su momento, que era necesario tipificar como delito la sustracción de menores por parte de sus progenitores, previendo, además, como veremos, que pueda ser llevada a cabo por otros familiares. Asimismo, mostró la necesidad de establecer un delito distinto al de desobediencia genérico, por la gravedad de la conducta.

Sin embargo, la consideración de esta conducta como un delito y, como consecuencia, su tipificación en el CP ha sido muy criticada por muchos autores, pues, entienden que se está vulnerando el principio de intervención mínima o *ultima ratio* del Derecho Penal. Este principio básico del DP que limita la actividad punitiva del Estado, exige que solo se ha de acudir al DP cuando ello sea estrictamente necesario, es decir, solo para aquellas conductas más graves que hayan lesionado los bienes jurídicos más importantes y que no puedan ser reparados por otros tipos de instrumentos legales. Por lo que los autores críticos a esta regulación defienden que la sustracción de menores se ha de regular exclusivamente en el ámbito civil.

En cuanto al bien jurídico protegido hay pluralidad de opiniones. Están quienes defienden que únicamente se está protegiendo el interés superior del menor, y, aquellos que entienden que no solo están en juego los intereses de los menores, sino que, también, los de los progenitores. En este sentido, NÚRIA TORRES entiende que el bien jurídico protegido es la seguridad del menor, “*seguridad entendida no solamente en el sentido de falta de peligros, sino fundamentalmente en el sentido de libre desarrollo de su personalidad lo que incluye el derecho a poder relacionarse regularmente con ambos progenitores*” (TORRES ROSELL, N., 2011). Sin embargo, MUÑOZ CONDE defiende que lo que se está protegiendo es el respeto a una decisión judicial que versa sobre la custodia y guardia de hijos menores cuyos padres se hubieran separado o divorciado (DE LA ROSA CORTINA, J. M., 2017).

En todo caso, parece que con la introducción del citado precepto se intenta proteger al menor. Así, lo cita la Exposición de Motivos de la reforma L.O. 9/2002, de 10 de

diciembre, del CP, *“la protección de los intereses del menor ha definido una línea de actuación primordial a la hora de legislar en España desde nuestra Constitución”*.

En conclusión, debemos entender que se están protegiendo varios bienes jurídicos, esto es, los intereses de los menores, la paz familiar y el respeto a una decisión judicial. A este respecto, podemos señalar la SAP de Ciudad Real de 20 de mayo de 2019 (ECLI:ES:APCR:2019:415), la cual entiende que *“el bien jurídico protegido no es solo el cumplimiento de la resolución judicial afectada, sino la paz familiar y la lesión que se causa al menor cuando se le priva de la comunicación y estancia con el progenitor, en este caso igualmente custodio”*.

II.1.2. TIPO BÁSICO.

Según el artículo 225 bis CP, el sujeto activo, serían los padres del menor, tanto biológicos como adoptivos. Sin embargo, el apartado 5 del mencionado artículo, amplía la autoría a los parientes de los padres hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, así, por ejemplo, se incluyen a los abuelos del menor o los tíos, entre otros.

Se discute en la doctrina y jurisprudencia, si el progenitor custodio, es decir, el que tiene la custodia, puede considerarse sujeto activo o no. Según se desprende del propio artículo, no podría considerarse autor, ya que, como veremos, la conducta exige que se traslade a un menor de su residencia habitual sin consentimiento del progenitor con el que conviva. A este respecto, podemos señalar la SAP de Ciudad Real de 20 de mayo de 2019 (ECLI:ES:APCR:2019:415) que dispone que es *“preciso que el sujeto activo del delito sea el cónyuge no custodio”*.

En cuanto al sujeto pasivo, se trata de los menores de edad no emancipados. Sin embargo, defienden la mayoría de los autores que solo podrían ser sujetos pasivos los menores de corta edad, es decir, aquellos que aún no pueden decidir por sí mismos. Considerando que aquel menor que tuviera la suficiente madurez o capacidad pudiera decidir sobre su situación.

Todo lo anterior nos permite deducir que estamos ante un delito especial propio, ya que si la conducta fuere llevada a cabo por una tercera persona ajena a la familia podríamos considerarlo como una detención ilegal tipificada en el artículo 167 CP o una de sus modalidades agravadas, el secuestro, tipificado en el artículo 164 CP (DE LA ROSA CORTINA, J. M., 2017).

La primera conducta punible está descrita en el apartado 1 del artículo 225 bis CP, y, es que el progenitor que sin causa justificada traslade a *“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”*. A simple vista, cabría incluir en el tipo cualquier traslado ilícito de un menor llevado a cabo por uno de los progenitores sin el consentimiento del progenitor con el que conviva habitualmente. Esto es, que se podría extender la aplicación del citado artículo a aquellos progenitores que estando separados o mismo que no estándolo afronten una crisis matrimonial en la que no haya una resolución judicial o administrativa que determine la custodia y guardia del menor. A pesar de ello, la jurisprudencia es clara al respecto, y señala que la resolución judicial que exige el apartado 2 del citado artículo se extiende también al apartado 1. En este sentido, podemos señalar el Auto de la AP de Madrid de 9 de mayo de 2011 (ECLI:ES:APM:2011:6183) que dispone *“las conductas tipificadas en el art. 225 bis del CP deben situarse en el marco de una situación de crisis matrimonial regulada por una resolución judicial, no en una mera relación de hecho, lo que hace necesaria la existencia de una resolución judicial o administrativa que acuerde la*

*custodia por uno de los progenitores, y no solo para el supuesto del núm. 2 del apartado 2 (retención), sino también para el supuesto del núm. 1 (traslado del menor)”*¹¹. En conclusión, se exige, entonces, que haya una resolución judicial o administrativa de por medio que determine cuál de los progenitores tiene la custodia. Este requisito está fundamentado en el principio de intervención mínima del DP, considerando que solo se ha de castigar aquella conducta más grave. Por lo que, hemos de señalar que aquellos casos en los que no concurre este requisito, en principio, no habrá responsabilidad penal (TORRES ROSELL, N., 2011).

El segundo caso que trata el citado artículo es *“la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa”*. A diferencia del apartado 1, se exige que, además, de sustracción haya una retención que incumpla gravemente el deber establecido por una resolución judicial o administrativa. Es decir, en este tipo se pueden incluir tanto al progenitor custodio que no facilita el derecho de visita al progenitor no custodio como el progenitor no custodio que no restituye al menor cuando se termina su derecho de visita. Sin embargo, la doctrina mayoritaria ha optado por atender solamente al progenitor que no restituye al menor tras el disfrute del derecho de visita (DE LA ROSA CORTINA, J. M., 2017).

Además, para poder atribuirle un delito de sustracción de menores al progenitor no custodio, se exige, según la jurisprudencia minoritaria, que el autor tenga intención de trasladar o retener al menor de una forma permanente, es decir, atribuirse a sí mismo la custodia del menor de una forma no legal, privando al otro progenitor el disfrute de su derecho de custodia. De este modo, no serán punibles en este tipo las sustracciones temporales. En este sentido, podemos señalar la SAP de Barcelona de 29 de mayo de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:14165) que dispone que *“el requisito subjetivo del tipo ha de entenderse como la intención del autor de trasladar o retener al menor con voluntad de permanencia en tal situación, con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido, privando al progenitor que lo tiene concedido de su disfrute y cumplimiento, en resumen, de hacer ineficaz, de incumplir el mandato judicial que lo imponía, con lo que con ello conlleva y precisamente trata de impedir la nueva regulación que es la lesión que se causa al menor cuando se le priva de la comunicación y compañía del progenitor con el que convive habitualmente o se incumple gravemente el mandato judicial”* (DE LA ROSA CORTINA, J. M., 2017)¹².

II.1.3. TIPO AGRAVADO. LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL.

Dispone el artículo 225. 3 bis CP que *“cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se pondrá en su mitad superior”*. A efectos del presente trabajo, solo vamos a explicar la primera agravación. Esto es, aquella que castiga la conducta por la cual el progenitor traslada al menor fuera de España.

El fundamento de esta agravación radica en la dificultad que supone el regreso del menor a su país de residencia habitual. Pues, no estamos hablando de una sustracción dentro de las fronteras nacionales, sino de un traslado ilícito a un país extranjero con un ordenamiento jurídico diferente. Como regla general, los progenitores que se llevan a cabo este tipo de conductas, lo hacen para beneficiarse de sistemas jurídicos que puedan

¹¹ Aparece también en SAP de Barcelona de 16 de junio de 2009 (ECLI:ES:APB:2009:8360) o SJCP de 2 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:AN:2015:4896).

¹² Otras sentencias son la SAP de Las Palmas de 8 de abril de 2016 (ECLI:ES:APGC:2016:851) o SAP de Lleida de 20 de febrero de 2015 (ECLI:ES:APL:2015:65).

darles la custodia y así arrebatarle el menor al progenitor custodio. En este sentido, podemos señalar la SAP Ourense de 15 febrero 2018 (ECLI:ES:APOU:2018:91) que dispone *“no puede obviarse la problemática social a que responde esta nueva tipificación penal, especialmente cuando se trata de sustracción internacional, más gravemente pena 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”*.

Este fenómeno se ha incrementado mucho durante los últimos años, por ello, la comunidad internacional está muy sensibilizada con ello. Los acuerdos internacionales más importantes sobre la materia, entre otros, son el Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante, CH de 1980), el Convenio Europeo relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980 (en adelante, CL de 1980) y el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 (en adelante, Reglamento Bruselas II bis). Como vemos, se tratan de acuerdos internacionales adoptados en el ámbito civil, excluyendo la respuesta penal.

En este sentido, el CL de 1980 define la sustracción internacional de menores en su artículo 1, como *“el traslado de un menor a través de una frontera internacional, con infracción de una resolución relativa a su custodia dictada en un Estado contratante y ejecutoria en dicho Estado, se considerará asimismo como traslado ilícito”*. Por otro lado, el CH de 1980 considera en su artículo 3 que este traslado será ilícito *“a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención”*. Como vemos, el criterio a seguir tanto por la legislación nacional como por los Convenios Internacionales es que se haya vulnerado el derecho de custodia.

Para la aplicación de este tipo agravado es necesario que concurren los requisitos del tipo básico que hemos explicado en el anterior epígrafe y, que, además, se hubiera trasladado al menor fuera de España. Hay autores que defienden que en este tipo pueden incluirse tanto las conductas de traslado ilícito del menor al extranjero como aquellas que consistan en retenerlo tras haberlo llevado con el consentimiento del otro progenitor (DE LA ROSA CORTINA, J. M., 2017). Sin embargo, otros autores opinan que el traslado del menor al extranjero efectuado sin incumplir una resolución judicial de custodia o tras haber recibido el consentimiento del progenitor custodio no podría incluirse bajo este tipo agravado, como es el caso de PRATS CANUT que nos dice que la sustracción internacional efectuada *“sin vulnerar las estipulaciones de la resolución judicial o administrativa o con el consentimiento de titular de la guarda o custodia y la posterior negativa a reintegrar al hijo menor por tanto llevando a cabo una retención en el extranjero, no sería punible conforme a esta modalidad agravada, sino que debería aplicarse el punto 1 del artículo 225 bis CP”* (PRATS CANUT, J. M., 2008).

En conclusión, habrá sustracción internacional de menores cuando el progenitor no custodio lleve a cabo un traslado ilícito del menor a un país extranjero vulnerando una resolución judicial o administrativa que atribuya la custodia al otro progenitor.

II.1.4. LA DETENCIÓN ILEGAL Y EL SECUESTRO EN RELACIÓN CON LA SUSTRACCIÓN DE MENORES.

La detención ilegal y el secuestro se encuentran regulados en el Título VI Capítulo I del artículo 163 al 168 CP, siendo la primera el tipo básico y el segundo una de sus modalidades agravadas. Nos vamos a referir a ellas de un modo resumido.

Por un lado, estaría el tipo básico, la detención ilegal, la cual consiste en encerrar o detener a alguien. En este sentido, entendemos por “encerrar” llevar a una persona a un lugar del cual no pueda salir y por “detener” impedir que una persona se dirija a un lugar determinado. Y, por otro lado, el secuestro, el cual consiste en detener o encerrar a alguien exigiendo para su liberación una condición, siendo su contenido indiferente.

Como vemos, el bien jurídico que se protege es la libertad ambulatoria de una persona, mientras que, en la sustracción de menores, como hemos visto, se protegen, fundamentalmente, los intereses de los menores, como es el derecho del menor a disfrutar de ambos progenitores.

Como hemos visto, el delito de sustracción de menores es un delito especial propio, por lo que cuando el sujeto activo sea una persona distinta a los progenitores o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, podríamos aplicar la detención ilegal o secuestro, siempre y cuando se dieran los requisitos que el tipo exige. El problema radica en cuando el sujeto activo son los progenitores. En este sentido, cuando los padres recurren a esta conducta lo hacen por lo general con la finalidad de separar al menor del progenitor custodio y no con el objetivo de encerrarlos o detenerlos, por lo que la acción encajaría en el artículo 225 bis CP. Sin embargo, puede darse la ocasión de que el menor, además, sea encerrado o detenido por el propio progenitor, por lo que, en este caso, sí se podría aplicar también el delito de detención ilegal o secuestro, si en este último caso se exige una condición para su liberación. De este modo, estaríamos ante un concurso real de delitos, concretamente, el delito de sustracción de menores y el delito de detención ilegal o secuestro. Sin embargo, hemos de decir, también, que hay autores contrarios a esta opinión como ZUGALDÍA ESPINAR y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS que defienden que los progenitores no pueden privar de la libertad ambulatoria a su hijo (BAUER BRONSTRUP, F., BOREÁN, D. P., D’AMATO, S., DE VICENTE MARTÍNEZ, R., FLORES MARTÍN, J., GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., MARÍN VELARDE, A., MARTÍN HUERTAS, M. A., MARTÍN RÍOS, B., MARTÍN RÍOS, R., MARTOS NÚÑEZ, J.A., MONGE FERNÁNDEZ, A., MORENO MOZO, F., MORENO SÁNCHEZ – MORALES, A., PALMA CHAZARRA, L., PARRILLA VERGARA, J., REVILLA PÉREZ, L., 2019).

Por tanto, habrá de atenderse a las características en las que se lleva a cabo la sustracción, para determinar si estamos ante un secuestro de menores y/o una detención ilegal o secuestro.

II.1.5. REGLAMENTO BRUSELAS II BIS Y CH DE 1980.

El Reglamento Bruselas II bis se aplica a todos los Estados Miembros de la UE con excepción de Dinamarca. Entre otras materias, le corresponde la regulación del procedimiento a seguir en caso de una sustracción internacional de menores. Como hemos

dicho, cuando este tipo de conductas se producen en países distintos es mucho más complejo resolverlas porque hay muchos factores en juego, como son dos ordenamientos jurídicos distintos o la lejanía entre un Estado y otro. Pues, para ello, está el Reglamento, y en caso de que no estuviéramos ante dos países que forman parte de la UE, se aplicaría el CH de 1980 o el CL de 1980.

De acuerdo con el artículo 10 del Reglamento Bruselas II bis, en caso de una sustracción internacional de menores, será competente la jurisdicción del EEMM en el que el menor tenía su residencia habitual con carácter previo al traslado o retención ilícito. Sin embargo, este dejará de tener competencia cuando el menor tenga su residencia habitual en otro EEMM; el titular del derecho de custodia sobre el menor diera su consentimiento al traslado o retención; hubiera pasado un tiempo mínimo de un año desde que el titular del derecho de custodia tuviera el conocimiento de donde se encuentra el menor y este estuviera ya integrado en el lugar donde se encuentra, siempre y cuando, el titular no hubiera presentado ninguna demanda dirigida a la restitución del menor; que haya desistido de la demanda presentada sin haber presentado otra; que la demanda hubiera sido archivada; o, que los órganos jurisdiccionales del EEMM donde el menor residía habitualmente hubieran acordado que no procede la restitución del menor. Por tanto, como vemos, se atiende al criterio de la residencia habitual del menor y no al de la nacionalidad del sujeto activo o pasivo.

En cuanto al procedimiento a seguir para la restitución del menor, el Reglamento nos remite al descrito en el CH de 1980. Se trata de un procedimiento más sencillo que el que describe el CL de 1980, al no exigir el reconocimiento de una decisión judicial extranjera, es decir, un procedimiento de *exequatur*.

A modo de resumen, el progenitor custodio ha de actuar de la siguiente manera. De acuerdo con el artículo 8, podrá presentar una solicitud de restitución inmediata ante la Autoridad Central del Estado donde el menor tenía su residencia habitual con carácter previo al traslado o retención ilícito, siendo en el caso de España la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional, la cual depende del Ministerio de Justicia.

Para ello, el progenitor ha de tener en cuenta que los artículos 3 y 4 del Convenio solo resultan aplicables a los menores que no hayan alcanzado la edad de dieciséis años, que tuvieran su residencia habitual en un EEMM o Estado Contratante y que el progenitor que presenta la solicitud tenga atribuido el derecho de custodia.

De esta manera, la Autoridad Central comprobará si procede o no la restitución y, si procede, trasladará la petición al EEMM donde se encuentre el menor en el mínimo tiempo posible. Se trata, como vemos, de una vía alternativa a la judicial, basada en la colaboración entre las Autoridades Centrales de los Estados Contratantes.

Sin embargo, el CH de 1980 prevé una serie de excepciones en las que la Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor no tenga por qué ordenar la restitución del mismo. Entre ellas, podemos citar, por ejemplo, el artículo 13 que dispone que *“la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable; La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de*

madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones; Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor". Por tanto, como vemos, no siempre procede la restitución inmediata del menor.

Por otro lado, es necesario decir que esta acción de retorno inmediato del menor no significa que las Autoridades Centrales de los Estados tengan la facultad para resolver cuestiones de fondo, como es el derecho de custodia y de visita, porque eso no es su objetivo. El objetivo es que el menor retorne a su residencia habitual y los órganos jurisdiccionales de ese Estado decidan sobre la cuestión, porque se entiende que son los más adecuados.

Para finalizar, hemos de decir que la acción descrita anteriormente no impide que, de acuerdo con el artículo 29 del CH 1980 se pueda acudir directamente a los órganos jurisdicciones para lograr la restitución del menor.

En conclusión, el Reglamento Bruselas II bis y el CH de 1980, son las principales normativas internacionales que se aplican para hacer frente a la sustracción internacional de menores. En este sentido, ambos regulan el mismo procedimiento a seguir y ambos pretenden proteger al menor, por ello consideran que el EEMM donde el menor tenía su residencia habitual es el mejor para conocer del caso. Como hemos visto, regulan aspectos civiles y, en principio, no consta que ofrezcan alguna medida penal.

II.1.6. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.

Paul se llevó a Oxana a Londres, tras la festividad de la Hispanidad, permaneciendo allí durante un tiempo indefinido y en contra de la voluntad de María. En este sentido, para que Paul pudiera ser condenado por un delito de sustracción internacional de menores sería necesario que hubiera una resolución judicial o administrativa que determinara la custodia a favor de María y que este se hubiera llevado a Oxana sin el consentimiento de la madre. Con respecto a ello, no tenemos los datos suficientes para asegurar que se podría proceder de la manera descrita. Como hemos visto, este precepto se aplica solo para los casos más graves, por ello, se exigen los citados requisitos. De esta manera, si hubiera una resolución judicial o administrativa y se hubiera llevado a la niña sin el consentimiento de la madre, Paul podría ser castigado a la pena descrita en el artículo 225.3 bis, es decir, de dos a cuatro años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por un tiempo de cuatro a diez años, pero en su mitad superior, dado que no estaríamos ante el tipo básico sino ante el agravado.

Por otro lado, podría plantearse la opción de que Paul estuviera incurriendo en un delito de detención ilegal o secuestro, pero hemos de decir, que si Paul no encerró ni detuvo a Oxana en un lugar, ni exigió para su liberación una condición, no podríamos aplicarle estos preceptos.

Sin embargo, María de todos modos tendría la opción de acudir a la vía civil y pedir la restitución inmediata de Oxana basando su petición en el Reglamento Bruselas II bis, ya que Reino Unido aún en esa fecha estaría sometido al Derecho de la UE. Y, en caso contrario tendría que basarlo en los Convenios Internacionales que hemos citado, es decir, el CH de 1980 o el CL de 1980. En este sentido, María lo que puede lograr con ello, es obtener la restitución inmediata de Oxana, no previendo, en principio, las citadas normas consecuencias jurídicas penales para Paul.

III. EL DELITO DE ABANDONO DE MENORES.

III.1. UBICACIÓN EN EL CP Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

El abandono de menores e incapaces está regulado en el Título XII, Capítulo III, Sección 3.^a, concretamente, de los artículos 226 al 233 CP. A modo de resumen, MUÑOZ CONDE distingue entre el abandono propio y el impropio, y, como figura intermedia, el abandono temporal. Según DÍEZ RIPOLLÉS el bien jurídico protegido es la seguridad personal del menor o del incapaz, pero no de un modo generalizado, sino que se refiere al ámbito de la convivencia, alimentación, formación y educación (ARMENDÁRIZ LEÓN, C., 2014).

III.2. ABANDONO PROPIO.

El tipo básico se encuentra regulado en el artículo 229.1 CP *“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, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años”*. Por un lado, el sujeto activo sería *“la persona encargada de su guarda”*. Según la STS de 12 de septiembre de 2003 (ECLI: ES:TS:2003:5466), por persona encargada de su guarda ha de interpretarse *“no con referencia a la situación concreta de guardador de hecho, a la que ahora se refieren los arts. 303 y 304 CC (LEG 1889, 27), sino, con una mayor amplitud”*, es decir, *“a cualquier persona que está de hecho ejerciendo labores de custodia de un menor (o incapaz), 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 estas personas tan necesitadas de protección”*. Se trataría, por ejemplo, de *“canguros”*, personas que realizan labores de cuidado a niños en ausencia de los padres o mismo los profesionales que trabajan en la escuela. Por lo que, en el tipo básico, no podemos incluir a los padres, tutores o guardadores legales, que, como veremos, a continuación, están incluidos en el tipo agravado.

Por otro lado, el sujeto pasivo sería *“el menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección”*. Por un lado, de acuerdo con la CE *“menor de edad”* es aquella persona que no tenga dieciocho años, por tanto, podrán ser sujeto pasivo aquellas personas que no hayan alcanzado dicha edad y no estuvieran emancipados. Por otro lado, el artículo 25 del CP nos dice que por *“persona con discapacidad necesitada de especial protección”* hemos de entender 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 la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”*. Como podemos ver, el legislador pretende proteger a personas especialmente vulnerables por razón de edad y discapacidad.

La conducta típica, de acuerdo con la STS de 4 de octubre de 2001 consiste *“en la realización de una conducta, activa u omisiva, provocadora de una situación de desamparo para el menor por el incumplimiento de los deberes de protección establecidos en la normativa aplicable. La situación de desamparo, concepto normativo del tipo penal, aparece definida en los estudios de protección a la infancia que refiere tal situación, en síntesis, a supuestos en los que el niño quede privado de la necesaria asistencia moral y material, que incidan en su supervivencia, su desarrollo afectivo, social y cognitivo, a causa de un incumplimiento o cumplimiento inadecuado de las*

obligaciones de los padres o guardadores”. Por tanto, se trata de que el sujeto activo por medio del abandono deje al menor o incapaz en una situación de desamparo, privándolo de disfrutar de los derechos que le garantiza el ordenamiento jurídico. El CP no describe los medios por los cuales se ha de efectuar el abandono, por lo que se entiende que puede ser cualquiera que deje al sujeto pasivo en una situación de desamparo. Además, se entiende que el delito puede ser cometido tanto por acción como por omisión, llegando, incluso, a aceptarse la comisión por omisión en algunos casos (SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.; JUDEL PRIETO, A.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., 2011).

III.3. TIPOS AGRAVADOS.

En primer lugar, el artículo 229 CP, en su apartado 2, nos dice que, en caso de que el sujeto activo fueren *“los padres, tutores o guardadores legales se impondrá la pena de prisión de dieciocho meses a tres años”*. Por tanto, estamos ante un tipo agravado de abandono, que se aplicará cuando fuere llevado a cabo por los padres, tutores o guardadores legales. De acuerdo con el artículo 154 CC, los hijos no emancipados estarán bajo la patria potestad de los padres, lo que significa que los progenitores han de *“1.º velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º representarlos y administrar sus bienes”*. Además, el CC dispone en su artículo 269, que el tutor tiene que velar por el tutelado y, *“1. a procurarle alimentos; 2. a educar al menor y procurarle una formación integral; 3. a promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad; 5. a informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración”*. Y, por último, respecto a los guardadores legales, se entiende que estos han de realizar funciones análogas a la patria potestad y la tutela. Por todo ello, cuando se produce un abandono de menores se entiende que se están a vulnerar sus derechos básicos, dejándolos sin protección alguna.

En segundo lugar, el artículo 229 CP en su apartado 3 dispone que *“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”*. Entiende el legislador que en caso de que se haya puesto en peligro concreto los mencionados derechos la pena merece ser más severa. El TS ha fijado doctrina sobre esta materia a través de 11 de julio de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:2659). Entiende el TS que este tipo agravado es para situaciones en las que el abandono pone en peligro otros bienes jurídicos como son la vida, la salud, la integridad física o la libertad sexual. De esta manera, el sujeto activo tiene la responsabilidad de atender a las necesidades básicas del sujeto pasivo, de una forma digna y adecuada.

III.4. ABANDONO IMPROPIO.

El abandono impropio está regulado en el artículo 231 CP, el cual dispone lo siguiente: *“1. El que, teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor de edad o de un incapaz, lo entregare a un tercero o a un establecimiento público sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado, o de la autoridad, en su defecto, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses. 2. Si con la entrega se hubiere puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o del incapaz se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.”* Estamos ante una modalidad de abandono en la que la persona que tuviera la obligación de criar o educar un menor de

edad o de un incapaz lo entregara a un tercero o a un establecimiento público, sin el consentimiento de la persona o autoridad a la que se hubiere dejado. Esto es, el sujeto activo no ejecuta un abandono en sentido estricto, sino que deja al sujeto pasivo en manos de un tercero o un establecimiento público, sin pasar por los trámites administrativos y legales que se exigen.

Además, en su apartado 2, se prevé una agravación cuando ese abandono hubiera puesto al menor o incapaz en una situación de peligro concreto. Por tanto, habrá que examinar cuidadosamente, las circunstancias en las que se llevó a cabo el abandono para concretar que sí estuvo en peligro la vida, la salud, la integridad física o libertad sexual del menor o incapaz.

III.5. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.

Paul depositó a Oxana en el umbral de las puertas de la Iglesia de St. Audoen. Paul y María son los padres de Oxana, por lo que de acuerdo con el artículo 154 CC les corresponde ejercer las obligaciones derivadas de la patria potestad, pues Oxana es una menor de edad no emancipada. Paul al dejarla en una Iglesia está vulnerando estas obligaciones básicas, dejando a la menor sin protección alguna y en una situación de desamparo. Por lo que consideramos, que Paul debería ser castigado por un delito de abandono de menores tipificado en el artículo 229.2 CP. Como hemos visto, se trata de la modalidad agravada, ya que el legislador considera que este tipo de conductas llevadas a cabo por los padres merecen un reproche penal mayor. De esta manera, se estaría enfrentando a una pena de prisión de dieciocho meses a tres años. Es más, si el abandono hubiera puesto en peligro la vida, la salud, la integridad física o libertad sexual de Oxana, Paul, también, podría ser castigado por la agravante que prevé el artículo 3, enfrentándose a una pena de prisión de dos a cuatro años.

Por otro lado, se podría considerar que el abandono podría ser impropio, por haber Paul dejado a Oxana delante de una Iglesia. Sin embargo, el CP dispone, en su artículo 231, que aquella persona que tuviera a cargo la crianza de un menor y lo entregara a una tercera persona o a un establecimiento público sin seguir los trámites legales necesarios al respecto, sería castigado con pena de multa, siempre y cuando, el abandono no hubiera causado un peligro para la vida, la salud, la integridad física o la libertad sexual del menor. A este respecto, podemos decir, que no le sería de aplicación este precepto porque no la entrega a una tercera persona y la deja en un establecimiento, pero, en este caso, el establecimiento no es público, sino que es privado (la Iglesia).

CUESTIÓN 3. Determine, asimismo, la ley aplicable y la jurisdicción competente para conocer, en su caso, de los hechos enunciados en la cuestión precedente.

I. LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA.

I.1. CONCEPTO DE JURISDICCIÓN.

En primer lugar, hemos de decir, que el término jurisdicción tiene múltiples acepciones, por lo que en muchas ocasiones se confunde con otros términos diferentes. La acepción, comúnmente, aceptada, hoy en día, es que jurisdicción comprende el término de “potestad jurisdiccional” reconocido el artículo 2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ). Esta potestad jurisdiccional consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. De lo que se trata, es que el Estado, el cual es el titular de esta potestad, administre la justicia, pero, no de una forma directa, sino que encargue esta función a unos órganos jurisdiccionales predeterminados por la ley. De esta manera, serán los Juzgados y Tribunales quiénes van a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, lo que se conoce como función jurisdiccional (PÉREZ CRUZ MARTÍN, A. J., 2015).

I.2. CARACTERÍSTICAS DE LA JURISDICCIÓN.

La jurisdicción va a responder a una serie de principios, entre ellos, vamos a destacar los siguientes: el principio de unidad, de independencia, de reserva de jurisdicción y de exclusividad.

I.2.1. EL PRINCIPIO DE UNIDAD.

El principio de unidad está consagrado en el artículo 117. 5º CE y en el artículo 3. 1º LOPJ. Se puede explicar en dos sentidos.

El primero de ellos, se refiere al territorio, como hemos dicho, la potestad jurisdiccional corresponde al Estado, por lo que sólo el Estado puede administrar justicia. De este modo, ni la CCAA ni otros entes podrán organizar el funcionamiento del Poder Judicial. Esto es así, porque hay una única jurisdicción para todo el territorio español. Ello no impide que en lo relativo a cuestiones menores como, por ejemplo, la gestión del personal al servicio de la Administración de Justicia o la dotación de los medios materiales necesarios, pueda ser llevada a cabo por las CCAA. Así, sentencias del Tribunal Constitucional han distinguido entre “Administración de Justicia” que le corresponde, exclusivamente, al Estado y la “Administración de Administración de Justicia” que le corresponde a las CCAA. Un ejemplo es la STC de 29 de marzo de 1990 (ECLI:ES:TC:1990:56), la cual dispone que *“la competencia estatal reservada como exclusiva por el art. 149.1.5 termina precisamente allí. Pero no puede negarse que, frente a ese núcleo esencial de lo que debe entenderse por Administración de Justicia, existen un conjunto de medios personales y materiales que, ciertamente, no se integran en ese núcleo, sino que se colocan, como dice expresamente el art. 122.1, al referirse al personal, «al servicio de la Administración de Justicia», esto es, no estrictamente integrados en ella. En cuanto no resultan elemento esencial de la función jurisdiccional y del autogobierno del Poder Judicial, cabe aceptar que las Comunidades Autónomas asuman competencias sobre esos medios personales y materiales”*¹³.

¹³ Vid., entre otras, la STC de 13 de abril de 1986 (ECLI:ES:TC:1986:108) o la STC de 29 de marzo de 1990 (ECLI:ES:TC:1990:56).

El segundo de los sentidos, se refiere a que hay una única jurisdicción, la jurisdicción ordinaria, por lo que se prohíben las jurisdicciones especiales. Sin embargo, la Constitución Española prevé en su artículo 117.5º una excepción, que es la jurisdicción militar. De acuerdo con el artículo 3. 2 LOPJ su ámbito de aplicación se limita al ámbito castrense y aquellas materias que establezca la declaración del estado de sitio, siempre respetando la CE y las demás leyes. Asimismo, hay que decir, que la existencia de tribunales especializados, como son el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas y los Tribunales consuetudinarios y tradicionales no rompen con la idea del principio de unidad jurisdiccional, pues están reconocidos en la CE, concretamente, en los artículos 159, 136 y 125. Estamos hablando de órganos independientes del Poder Judicial, pero que están dentro de la jurisdicción ordinaria. En conclusión, para que un órgano jurisdiccional integre la jurisdicción ordinaria ha de: 1) estar regulado y establecido por una LOPJ (artículo 122.1ºCE) y estar integrado por jueces y magistrados en la forma que establezca la LOPJ (PÉREZ CRUZ, A. J., 2015).

Para finalizar, es necesario decir, que la jurisdicción sea única significa también que es indivisible. En este sentido, todos los Juzgados y Tribunales tienen la misma potestad jurisdiccional, pero no las mismas competencias, que serán repartidas en función de lo que disponga la LOPJ. Esto, en muchas ocasiones hace que se confunda el término jurisdicción con el término competencia. Pero, de acuerdo con ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO para que jurisdicción y competencia fueran “sinónimos” tendría que haber una única jurisdicción y un único órgano jurisdiccional. (PÉREZ CRUZ, AGUSTÍN J., 2015).

I.2.2. EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA.

Este principio responde a la idea de la división de poderes defendida, principalmente, por LOCKE y MONTESQUIEU. Esta independencia tiene sus orígenes en las Revoluciones Liberales que surgieron contra el régimen de la Monarquía Absoluta, las cuales consideraban que, para evitar una tiranía como la Monarquía Absoluta, era necesario que el poder fuera ejercido por distintos órganos. Por ello, en la actualidad, el poder está organizado en el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial.

El principio de independencia está consagrado en varios artículos, principalmente, en los artículos 117.1º, 124.1º y 127.1º CE. Y, esta independencia tiene dos vertientes: 1) que ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo interfieran en el Poder Judicial, y, 2) que el Poder Judicial no interfiera en los otros dos poderes.

De esta manera, cada poder se ha de limitar a las funciones que la Constitución y las demás leyes le atribuyan. De lo contrario, se estaría rompiendo con uno de los principios básicos de un Estado Social y Democrático de Derecho.

III.2.3. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE JURISDICCIÓN.

El principio de reserva de jurisdicción está consagrado en el artículo 117.3 CE y artículo 2.1 LOPJ. Significa que sólo los Juzgados y Tribunales predeterminados por la ley podrán ejercer la potestad jurisdiccional. Y, estos, a su vez estarán integrados por “*Jueces y Magistrados independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley*”.

Este principio responde también a la división de poderes, pues, si la potestad jurisdiccional no estuviera encomendada exclusivamente a estos órganos jurisdiccionales los demás poderes podrían repartir justicia como ellos consideraran. Además, cabría la

posibilidad de los ciudadanos tomaran la justicia por su propia cuenta, cosa que es inadmisibles en un Estado Social y Democrático de Derecho.

I.2.4. EL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD.

El principio de exclusividad jurisdiccional está reconocido en el artículo 117.4 CE y artículo 2.2 LOPJ. Este, responde a la idea de que los Juzgados y Tribunales sólo podrán ejercer las funciones que expresamente les atribuyan las leyes en garantía de cualquier Derecho. Es decir, la ley dispone que funciones han de ejercer y para qué han de ejercerlas (DÍAZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.).

I.3. EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN.

I.3.1. CUESTIONES PREVIAS.

La extensión y límites de la jurisdicción está regulada en el Libro I Título I de la LOPJ. Estas reglas, también conocidas como reglas de competencia judicial internacional, tienen por objeto determinar cuándo los Juzgados y Tribunales españoles son competentes para conocer de determinados asuntos.

En primer lugar, resulta de interés aludir al artículo 4 LOPJ que dispone que *“la jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes”*. Esto es, la jurisdicción se extiende tanto a personas físicas como jurídicas, sean españolas o extranjeras; a todas las materias, es decir, al orden jurisdiccional penal, civil, contencioso-administrativo y social; y, a todo el territorio, pero, por territorio español no solo hemos de entender el espacio terrestre, sino también el marítimo, el aéreo y los buques y aeronaves que tengan pabellón español. Sin embargo, hay una serie de excepciones conocidas como la *“inmunidad jurisdiccional”*, en virtud de las cuales, hay personas que por razones de edad o que ejerzan determinadas funciones u ostenten determinados cargos, están exentas de la jurisdicción de un modo absoluto (p. ej., el Rey) o relativo (p. ej., los Diputados o Senadores). Asimismo, por razones de orden público internacional, los Jueces y Tribunales del Estado Español no pueden conocer de asuntos que sean competencia de otro Estado, estableciendo, para ello, las normas de CJI (PÉREZ – CRUZ MARTÍN, A. J., 2015).

En segundo lugar, nos vamos a referir solo a cuando los órganos jurisdiccionales españoles tienen competencia en el ámbito penal, por ser el tema que se nos pide. De esta manera, hemos de acudir al artículo 9 LOPJ que determina cuando los Juzgados y Tribunales españoles son competentes en el orden jurisdiccional penal. El citado artículo dispone que les corresponde *“el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar”*. Esta definición tan genérica es necesario complementarla con el artículo 23 LOPJ que detalla de un modo más exacto cuándo los órganos jurisdiccionales van a conocer de esas causas y juicios criminales. Para ello, lo vamos a dividir en los siguientes principios: territorialidad, nacionalidad, protección y justicia universal.

I.3.2. PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD.

En primer lugar, hemos de acudir al artículo 23.1 LOPJ que dispone lo siguiente *“en el orden penal, corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas*

por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte". Y, en segundo lugar, al artículo 8 CC el cual dice *"las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español"*.

Por tanto, como la potestad jurisdiccional deriva de la soberanía del Estado, a la jurisdicción española le corresponde conocer de aquellos delitos cometidos en territorio español, con independencia de la nacionalidad de la persona que los haya cometido.

Como hemos dicho, el territorio español comprende el espacio terrestre, el marítimo y el aéreo. El primero de ellos, el espacio terrestre comprende la tierra firme de la Península, Ceuta, Melilla, las Islas Baleares y las Islas Canarias más las aguas interiores. El segundo de ellos, el espacio marítimo, dispone la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre Mar Territorial en su artículo 1 que *"la soberanía del Estado español se extiende, fuera de su territorio y de sus aguas interiores, al mar territorial adyacente a sus costas, delimitado de conformidad con lo preceptuado en los artículos siguientes. Dicha soberanía se ejerce, de conformidad con el Derecho Internacional, sobre la columna de agua, el lecho, el subsuelo y los recursos de ese mar, así como el espacio aéreo suprayacente"*; el límite exterior del mar territorial son doce millas. Y, el tercero de ellos, el espacio aéreo, comprende conforme al artículo 1 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea *"el espacio aéreo situado sobre el territorio español y su mar territorial"*. Además, hemos de añadir los buques y aeronaves con pabellón español. Sin embargo, el territorio en el que se encuentran las embajadas y consulados españoles no se considera territorio español.

Por tanto, la jurisdicción española sería competente para conocer de aquellos delitos cometidos en territorio español, salvo que se disponga otra cosa por un tratado internacional.

Sin embargo, es necesario hacer referencia a los llamados "delitos a distancia" aquellos donde la ejecución y el resultado se producen en países distintos. La LOPJ no dice nada al respecto. En este sentido, el Derecho Procesal Penal distingue las siguientes teorías: la teoría de la actividad, en virtud de la cual se consideraría el lugar de comisión del delito el lugar en el que se ejecutó la acción u omisión; la teoría del resultado, por la cual el lugar de comisión del delito sería el lugar donde esa acción u omisión provocó un resultado; y, la teoría de la ubicuidad, por la cual se entiende que el lugar de comisión del delito son todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. Con respecto a ello, la doctrina y la jurisprudencia se ha decantado por la última teoría, la cual es definida por el Tribunal Supremo en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 3 de febrero de 2005 como: *"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"* (BACIGALUPO SAGGESE, S., BAJO FERNÁNDEZ, M., BASSO, G.J, CANCIO MELIÁ, M., DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., FAKHOURI GÓMEZ, Y., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., MARAVER GÓMEZ, M., MENDOZA BUERGO, L., MOLINA FERNÁNDEZ, F., PEÑARANDA RAMOS, E., PÉREZ MANZANO, M., POZUELO PÉREZ, L., RODRÍGUEZ HORCJO, D., 2019).

En conclusión, para determinar la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles aplicaremos este principio siempre y cuando los hechos se hayan cometido en territorio español porque, como veremos, cuando hayan sido cometidos en el extranjero regirán otros principios.

I.3.3. PRINCIPIO DE NACIONALIDAD.

Según se desprende del artículo 23.2 LOPJ le corresponde conocer de aquellos delitos que hubieran sido cometidos fuera del territorio español por personas con nacionalidad española o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española tras la comisión de los hechos.

Para ello, es necesario que concurran una serie de requisitos: que el hecho que es objeto de delito sea punible en el lugar de ejecución, salvo que por acuerdos internacionales no sea necesario (teoría de la doble incriminación); que la persona agraviada o el MF formule querrela ante los Tribunales Españoles; y, que la persona a la que se acusa no haya sido absuelta, indultada o condenada en el extranjero (en este caso, es necesario que no haya cumplido condena, pues, en caso de que si hubiera cumplido una parte, se tendrá en cuenta para rebajarle la pena proporcionalmente a lo que hubiera cumplido).

I.3.4. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN.

Hay una serie de delitos que, por razón del bien jurídico protegido, son objeto de la jurisdicción española, con independencia de la nacionalidad de la persona que los haya cometido, y, siempre, que hayan sido cometidos en el extranjero. Para su perseguibilidad es necesario que se haya interpuesto querrela por el agraviado o por el MF, así lo dispone el artículo 23.6 LOPJ.

Estamos hablando de los siguientes delitos: a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado; b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente; c) Rebelión y sedición; d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales; e) Falsificación de moneda española y su expedición; f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado; g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles; h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española; i) Los relativos al control de cambios.

Como vemos, se trata de delitos que protegen, fundamentalmente, los intereses del Estado, por ello, la jurisdicción española será competente siempre.

I.3.5. PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL.

Se trata de un principio un tanto complejo que ha sufrido reformas a lo largo de los años. Concretamente, la última reforma fue por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

En primer lugar, hemos de definir en qué consiste este principio. A este respecto, vamos a citar la STS de 6 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2046) que dispone lo siguiente *“la Jurisdicción Universal consiste en el ejercicio de jurisdicción penal por los Tribunales de un determinado país en crímenes internacionales de especial gravedad, sobre la base de la naturaleza del delito sin tomar en consideración ni el lugar donde fue cometido, ni la nacionalidad de su autor. La Jurisdicción Universal supone, en consecuencia, que conforme a determinados Tratados Internacionales los Tribunales de un Estado deben ejercer jurisdicción extraterritorial sobre ciertos delitos en función de su naturaleza, para evitar que los responsables puedan encontrar un lugar de refugio*

donde alcanzar la impunidad". El fundamento reside en que estos delitos suponen una vulneración de los bienes jurídicos protegidos por los acuerdos internacionales. Así, lo dispone la citada sentencia, *"la razón para la aplicación del principio de jurisdicción universal es asegurar la efectiva persecución de los crímenes que más gravemente preocupan a la comunidad internacional"*.

Por tanto, estamos ante una excepción al principio de territorialidad ya que la jurisdicción española será competente para conocer de delitos que hayan sido cometidos por españoles o extranjeros en territorio español o extranjero. Pero, no cualquier delito, sino aquellos que según los acuerdos internacionales necesitan de una especial protección y que aparecen enumerados en el artículo 23.4 LOPJ.

Hasta el año 2012 existía una justicia universal absoluta, lo que significaba que la jurisdicción española era siempre competente para conocer de determinados delitos cometidos por un español o extranjero, o que hubieran sido cometidos en territorio español o fuera. Así, lo disponía la STS de 6 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2046) *"se incluía una regulación muy amplia, concebida como Jurisdicción Universal absoluta o sin limitaciones, que carecía de cualquier condicionante jurídico"*.

Esto, según los autores, causaba cierta inseguridad jurídica, porque no había una delimitación clara de las competencias, es decir, de cuando un tribunal español hacía un correcto uso de este principio. Como consecuencia, la reforma de 2014 pretendió *"delimitar con claridad, con plena aplicación del principio de legalidad y reforzando la seguridad jurídica, los supuestos en que la jurisdicción española puede investigar y conocer de delitos cometidos fuera del territorio en que España ejerce su soberanía"*. Así, lo cita la Exposición de Motivos.

Como resultado de esta reforma, el artículo 23.4 LOPJ enumera una serie de delitos que, en virtud de este principio, serán competencia de los Juzgados y Tribunales españoles. Pero, no serán competentes de un modo absoluto, sino que se establecen una serie de requisitos, unos puntos de conexión, que relacionen de un modo u otro los hechos delictivos con la jurisdicción española. La razón de esta limitación reside en que se va a interferir en la soberanía de otro Estado. Por lo que, si la jurisdicción española intentara conocer de un delito cometido en otro Estado y no tuviera competencia, estaría vulnerando los principios básicos internacionales. Pues, cada Estado es soberano para conocer de lo que pasa dentro de sus fronteras (BACIGALUPO SAGGESE, S., BAJO FERNÁNDEZ, M., BASSO, G.J, CANCIO MELIÁ, M., DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., FAKHOURI GÓMEZ, Y., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., MARAVÉR GÓMEZ, M., MENDOZA BUERGO, L., MOLINA FERNÁNDEZ, F., PEÑARANDA RAMOS, E., PÉREZ MANZANO, M., POZUELO PÉREZ, L., RODRÍGUEZ HORCJO, D., 2019).

Los delitos en cuestión son: *"a) Genocidio, lesa humanidad y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (crímenes de guerra); b) Tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 CP; c) Delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención de Nueva York de 20 de diciembre de 2006; d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico de drogas, 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, de acuerdo al Derecho Internacional; d) Terrorismo; f) Apoderamiento ilícito de aeronaves de acuerdo al Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 de diciembre de 1970; g) Actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil previstos en el Convenio de Montreal de 23 de septiembre de 1971 y en su Protocolo de 24 de febrero de 1988; h) Delitos relativos a la protección física de materiales nucleares contenidos en el Convenio*

de Viena y Nueva York de 3 de marzo de 1980; i) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; j) Delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos; k) Delitos sexuales contra menores de edad; l) Delitos relativos a violencia contra las mujeres y violencia doméstica regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011; m) Trata de seres humanos, n) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales; o) Delitos de falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011 (Convenio Medicrime); p) Cualquier otro delito 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, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos”.

En conclusión, la jurisdicción española solo puede conocer de los citados delitos cuando los hechos hayan sido cometidos por españoles o extranjeros, en territorio español o fuera y se cumplan los citados requisitos.

II. EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.

II.1. CONCEPTO Y PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL.

Posiblemente, la definición más conocida de Derecho Penal sea de VON LISTZ, el cual lo define como “*el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia*”. Sin embargo, esta definición, hoy en día, es anticuada, porque por Derecho Penal hemos de entender el conjunto de normas jurídicas que atribuyen a una conducta una determinada consecuencia jurídica, que puede ser una pena y/o una medida de seguridad.

Como sabemos, el CP limita nuestros derechos fundamentales, pero es una limitación constitucional y justificada. Por ello, conforme al artículo 81.1 CE, el CP ha de ser una Ley Orgánica la que lo regule, pues “*son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución*”. Este tipo de leyes requieren para su aprobación la mayoría absoluta del Congreso, según el artículo 81.2 CE. El CP que conocemos, hoy en día, entró vigor el 23 de noviembre de 1995. A lo largo de los años ha sufrido múltiples reformas como consecuencia de los avances en la sociedad. Concretamente, la última data de 20 de febrero de 2019 que tuvo su motivo en la necesidad de adaptar las Directivas de la Unión Europea sobre temas financieros, de terrorismo y abordar cuestiones internacionales.

El CP regula una serie de conductas que considera antijurídicas y les atribuye una consecuencia jurídica. Asimismo, responde a una serie de principios básicos que vamos a explicar a continuación.

En primer lugar, nos vamos a referir al principio de legalidad, VON FEUERBACH ya definió este principio como *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, es decir, no hay delito ni pena sin ley previa. Sin embargo, esta definición, también, ha ido evolucionando y ampliando su contenido. Se trata de un principio básico del Derecho por el cual ninguna persona puede ser castigada por un delito que no esté tipificado en el CP ni condenado a una pena que no esté prevista en el mismo. Además, es necesario que esa persona haya sido juzgada de acuerdo con lo dispuesto en las leyes procesales penales y, en caso de condena, esta ha de ser ejecutada conforme a lo dispuesto en las leyes. El

fundamento de este principio de legalidad reside en la seguridad jurídica, es necesario que el ciudadano conozca con carácter previo que hay determinadas conductas que conllevan ciertas consecuencias.

En segundo lugar, como hemos dicho, a estas conductas se les atribuye una consecuencia jurídica, las cual ha de ser proporcionada, en virtud del principio de proporcionalidad. Este principio engloba tres ideas: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. La primera de ellas, significa que esta restricción de derechos fundamentales que considera determinadas conductas como delitos sea útil para conseguir los fines perseguidos. La segunda de ellas, se refiere al principio de intervención mínima o *ultima ratio*, que hemos explicado cuando nos referimos a la sustracción de menores. Y, la última de ellas, responde a que tiene que haber un equilibrio entre la gravedad de la conducta y la consecuencia jurídica a imponer (ROCA TRÍAS, E., AHUMADA RUÍZ, M. A., 2013). No aparece reconocido en la CE como tal, pero el Tribunal Constitucional ha dictado jurisprudencia al respecto¹⁴.

En tercer lugar, es necesario referirnos al principio de *ne bis in idem*. En este sentido, una persona no puede ser juzgada ni condenada por los mismos hechos dos veces, siempre y cuando, el sujeto, el hecho y el fundamento del castigo sean los mismos. Pues, de lo contrario estaríamos ante una condena inconstitucional. Por ello, es necesario que para que una persona pueda ser juzgada varias veces por un mismo hecho, este haya vulnerado varios bienes jurídicos. Este principio no aparece reconocido constitucionalmente, pero sí lo ha desarrollado el TC en sus sentencias.

En cuarto lugar, hemos de atender al principio de presunción de inocencia, que aparece reconocido en el artículo 24.1 CE. Tiene dos manifestaciones, una de tratamiento y otra de juicio. En este sentido, la primera se refiere a que cuando una persona es acusada de cometer un delito no podemos partir de que esta es culpable, sino de lo contrario, es decir, de que es inocente. Y, la segunda, es que para demostrar que alguien es culpable, es necesario que la acusación aporte las pruebas necesarias. De este modo, de acuerdo con la locución latina *in dubio pro reo*, si no hay las suficientes pruebas que confirmen la acusación, la persona en cuestión ha de ser absuelta. Manifestaciones de este principio son, entre otras, el derecho a no declarar contra sí mismo o el derecho a guardar silencio, sin que ello le perjudique¹⁵.

Y, para finalizar el principio de resocialización, el cual aparece reconocido en el artículo 25 CE. Este principio tiene como consecuencia que todas las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estén orientadas a la reeducación y a la resocialización. En este sentido, hemos de entender que las instituciones penitenciarias tienen la obligación de preparar al recluso para volver a vivir en la sociedad, y, como consecuencia, insertarse en ella. Para ello, la Administración Penitenciaria a través de los distintos órganos que la componen han de elaborar un “tratamiento penitenciario” atendiendo a lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante, LOGP)¹⁶. En cuanto a la voluntariedad

¹⁴ Vid., entre otras, STC de 28 de marzo de 1996 (ECLI:ES:TC:1996:55).

¹⁵ Vid., entre otras, la STC de 24 de septiembre de 1986 (ECLI:ES:TC:1986:109).

¹⁶ “El tratamiento se inspirará en los siguientes principios: a) Estará basado en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad, conducente a un enjuiciamiento global de la misma, que se recogerá en el protocolo del interno; b) Guardará relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio pronóstico inicial, que serán emitidos tomando como base una consideración ponderada del enjuiciamiento global a que se refiere el apartado anterior, así como el resumen de su actividad delictiva y de todos los datos ambientales, ya sean

del tratamiento, esta no está clara. Por un lado, el artículo 112.3 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (en adelante, RP) dispone que *“el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado”*, pero, por otro lado, el artículo 5.2 g) RP establece como deber de los internos *“participar en las actividades formativas, educativas y laborales definidas en función de sus carencias para la preparación de la vida en libertad”*. Sin perjuicio, del artículo 26 LOGP que dispone que *“el trabajo será considerado como un derecho y como un deber del interno, siendo un elemento fundamental del tratamiento”* (SOLAR CALVO, M. P., 2018).

En conclusión, como vemos, el DP trata de garantizar que aquella persona que cometa un delito tenga que cumplir con la consecuencia jurídica ya sea una pena y/o una medida de seguridad, siempre atendiendo a los principios que hemos enumerado.

II.2. TIPOS DE PENAS.

La pena consiste en una privación de determinados bienes jurídicos que se impone a una persona por haber sido condenada por un delito conforme a las leyes.

En cuanto a sus fines, no hay una respuesta única, pues ha sido tema de debate durante muchos años. Podemos decir, que están quienes defienden las teorías absolutas y quienes defienden las teorías relativas (prevención general y especial). A modo de resumen, para los primeros, la pena no tiene ninguna finalidad más que la de castigar al sujeto por un hecho que ha cometido en el pasado, ejemplo de ello son KANT o HEGEL. Y, para los segundos, la pena tiene una finalidad más allá que la del castigo, asegurando que tiene fines preventivos dirigidos a la población en general (prevención general) y al delincuente en particular (prevención especial). En este sentido, con el mensaje de que determinadas conductas acarrearán una consecuencia jurídica se quiere transmitir a la población que si delinque tendrá que asumir las consecuencias, entendiendo, así, que por medio del “miedo a la pena” la población no lo va a hacer, y, por otro lado, con la prevención especial se quiere evitar que el delincuente no reincida, reeducándolo y resocializándolo a través del tratamiento penitenciario, si ello es posible.

En cuanto al fin perseguido por la legislación española no tenemos una respuesta clara, pues, ni la CE ni el CP nos aseguran cuál es. Lo que sí está claro es que, de acuerdo con el artículo 25.2 CE, las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social. De este modo, de acuerdo con la STS de 28 de febrero de 2006 (ECLI: ES:TS:2006:753) *“la pena tiene un doble componente, dadas sus especiales características, que son: la finalidad resocializadora que toda pena comporta y la finalidad aflictiva (prevención especial) que está inserta en las razones de política criminal que el legislador ha considerado para la inclusión del injusto en las Leyes penales y que justifica su misma existencia legal (STS 1807/2001, de 30 de octubre*

individuales, familiares o sociales, del sujeto; c) Será individualizado, consistiendo en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno; d) En general será complejo, exigiendo la integración de varios de los métodos citados en una dirección de conjunto y en el marco del régimen adecuado; e) Será programado, fijándose el plan general que deberá seguirse en su ejecución, la intensidad mayor o menor en la aplicación de cada método de tratamiento y la distribución de los quehaceres concretos integrantes del mismo entre los diversos especialistas y educadores; f) Será de carácter continuo y dinámico, dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena”.

[RJ 2001, 9089]). También hemos dicho que «la reinserción social no es una finalidad absoluta de las penas privativas de la libertad establecida constitucionalmente ... se trata de una orientación armonizable con otras finalidades de la pena y con la exigencia de justicia prevista en el art. 1 CE (RCL 1978, 2836). De aquí se deriva que no cabe renunciar sin más a la prevención general, dentro de límites compatibles con el principio de proporcionalidad, ni tampoco a la prevención especial frente al propio sujeto que exterioriza una comprobada tendencia al delito”.

Por otro lado, el artículo 32 CP clasifica las penas atendiendo al bien jurídico afectado del siguiente modo: privativas de libertad (prisión, prisión permanente revisable, localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, así lo expresa el artículo 35 CP), privativas de otros derechos (las inhabilitaciones, suspensiones o privaciones de ciertos derechos, las prohibiciones y los trabajos en beneficio de la comunidad regulados en los artículos 39 y siguientes del CP) y de multa (regulada en los artículos 50 y siguientes del CP). Como hemos visto a lo largo de trabajo, los delitos de lesiones, de sustracción internacional de menores, de detención ilegal o secuestro y los delitos de abandono acarrearán una o varias de estas penas que hemos descrito.

La pena de prisión es una de las más duras a las que puede ser castigada una persona, pues, se le está privando de un derecho fundamental como es la libertad, entre otros. Sin embargo, una persona no puede ser castigada de por vida a estar encerrada, sino que su castigo ha de adecuarse a los principios del Derecho Penal que hemos visto, por ello el artículo 76. 1 CP establece unos límites. Esta pena se cumple en un establecimiento penitenciario, cuyo funcionamiento se adecuará a lo establecido por la normativa penitenciaria, es decir, la LOGP y el RP. Esta normativa está dirigida a organizar el funcionamiento de los establecimientos para garantizar los derechos fundamentales de los presos.

En relación con las penas privativas de otros derechos, como hemos visto a lo largo del trabajo, se ha hecho alusión a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, concretamente, en la sustracción internacional de menores. Este tipo de pena conlleva que el progenitor condenado no podrá ejercer los derechos inherentes a la patria potestad. Es necesario decir, que el progenitor condenado no pierde la titularidad de la patria potestad.

Y, por último, estaría la pena de multa. la cual consiste, de un modo resumido, en que, el sujeto ha de satisfacer una cantidad económica durante un tiempo determinado, calculándose la cantidad en atención al sistema de días-multa o el sistema proporcional. Hay que tener en cuenta que, si el condenado no satisface la cantidad impuesta, quedará sometido a una pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, de un día de prisión por cada dos cuotas insatisfechas.

III. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.

III.1. JURISDICCIÓN COMPETENTE Y LEGISLACIÓN APLICABLE EN EL CASO DE DELITO DE LESIONES.

De acuerdo con el artículo 23.1 LOPJ la jurisdicción española es competente para conocer de los delitos que se cometan en territorio español. A este respecto, los hechos que tuvieron lugar la noche del día 1 de septiembre de 2019 han de ser investigados y enjuiciados por los Juzgados y Tribunales penales españoles. En este caso, no importa la nacionalidad de los autores, pues los hechos han tenido lugar en territorio español. En

cuanto a la legislación aplicable, como hemos visto en la “Cuestión 2”, corresponde aplicar el Código Penal, concretamente, los artículos 147.1, 147.2 y 148.4º que suponen que Paul puede ser condenado a una pena de prisión de dos a cinco años y María a una pena de multa de uno a tres meses.

III.2. JURISDICCIÓN COMPETENTE Y LEGISLACIÓN APLICABLE EN EL CASO DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.

Para determinar la jurisdicción competente y la ley aplicable a Paul por una posible sustracción internacional de menores hay que tener en cuenta varias cosas.

En primer lugar, como hemos visto, no está claro que Paul se llevara a Oxana sin el consentimiento de María, a este respecto solo se nos dice que *“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. Ante el devenir de los acontecimientos, visto que Paul no regresaba en la fecha inicialmente prevista María (...)”*. Por lo que, en un principio, podemos considerar que sí obtuvo el consentimiento de María para viajar a Inglaterra con Oxana, pero no para permanecer allí durante un tiempo indeterminado. En este sentido, no podemos considerar que estamos ante uno de los llamados “delitos a distancia”, es decir, cuando la ejecución y el resultado se producen en jurisdicciones distintas, ya que en España no consta que se haya realizado ningún acto delictivo. Por el contrario, si se hubiera llevado a Oxana sin el permiso de María, sí que podría considerarse un delito a distancia, y, por tanto, ser competente la jurisdicción española. Pues, de acuerdo con el Tribunal Supremo, en estos casos, se entiende que el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo.

En segundo lugar, no sabemos si Paul ostenta la nacionalidad española, ya que al estar casado con María existe esa posibilidad. En caso de que la hubiera adquirido con posterioridad a la comisión de los hechos, la jurisdicción española sería competente en virtud del principio de nacionalidad reconocido en el artículo 23.2 LOPJ. A este respecto, los Juzgados y Tribunales españoles son competentes para conocer de los delitos cometidos fuera del territorio español por personas con nacionalidad española o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española tras la comisión de los hechos siempre y cuando se den los requisitos que enumera el concreto artículo y hemos citado anteriormente.

En tercer lugar, se podría considerar aplicar el principio de justicia universal si hubiera un Convenio Internacional que atribuyera a los Juzgados y Tribunales españoles la competencia para conocer de un delito de sustracción internacional de menores. Con respecto a esto, hemos de decir que no nos consta que haya un Convenio Internacional que atribuya la competencia en materia penal a la jurisdicción donde el menor residía habitualmente, esto es España. Como hemos visto, los Convenios que hemos citado se pronuncian únicamente en aspectos civiles, como es la restitución inmediata del menor, pero no, en relación al enjuiciamiento de la persona autora del delito. Por tanto, por este cauce, tampoco, sería posible que la jurisdicción española conociera del caso de sustracción internacional de menores.

En conclusión, para que Paul pudiera ser enjuiciado por los Tribunales y Juzgados españoles tendrían que darse los requisitos que hemos explicado, pues, de lo contrario la jurisdicción española no sería competente. En caso de que sí fueran competentes, se le aplicaría el artículo 225.3 bis CP.

III.3. JURISDICCIÓN COMPETENTE Y LEGISLACIÓN APLICABLE EN EL CASO DE DELITO DE ABANDONO DE MENORES.

Para determinar la jurisdicción competente y la ley aplicable a Paul por un delito de abandono de menores es necesario, nuevamente, tener en cuenta varios factores.

En primer lugar, no podemos aplicar el principio de territorialidad reconocido en el artículo 23.1 LOPJ porque los hechos no han tenido lugar en España, sino que, en Dublín, Irlanda.

En segundo lugar, nuevamente, hay que referirse al principio de la nacionalidad reconocido en el artículo 23.2 LOPJ, en virtud del cual, si Paul ostentara la nacionalidad española o la adquiriera con posterioridad a la comisión de los hechos delictivos, y concurrieran los requisitos descritos en el citado artículo, Paul podría ser juzgado por los Juzgados y Tribunales españoles.

En tercer lugar, se podría atender al principio de justicia universal reconocido en el artículo 23.4 LOPJ si hubiera algún Convenio Internacional del que España fuera parte que tuviera como objeto la persecución penal de este tipo de delitos. Con respecto a ello, no nos consta que haya alguno, por lo que por este medio la jurisdicción española no sería competente.

En conclusión, Paul solo podría ser juzgado en España por un delito de abandono de menores si ostentara la nacionalidad española. Si ello fuere así, le sería de aplicación, como hemos visto, el artículo 229.2 y/o 229.3 CP.

III. CONCLUSIONES.

- I. La gestación subrogada implica la celebración de un contrato, con contraprestación o sin ella, por el que una mujer lleva implantado en su útero un embrión hasta que este nazca, y, tras ello sea entregado a otra persona, ya sea una mujer, un hombre, o una pareja del mismo sexo o distinto sexo.
- II. La LTRHA califica ese contrato como “*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 en favor del contratante o de un tercero*”. Esta nulidad se basa en el objeto y causa del mismo, pues las personas están fuera del comercio de los hombres (*res extra commercium*).
- III. En caso de celebración del contrato, la filiación será determinada atendiendo al momento del parto, esto es, la imposibilidad de aceptar como madre legal del menor a la madre comitente. Sin embargo, la legislación acepta la posibilidad de que el padre reclame su paternidad por los mecanismos legales previstos en el CC.
- IV. La inscripción en el RC Consular español de los menores nacidos en el extranjero por gestación subrogada es un tema complejo. Tanto el TS como la DGRN en sus resoluciones atienden al interés superior del menor, pero lo hacen de maneras distintas.
- V. Instrucción de 5 de octubre de 2010 (DGRN). Se admite la inscripción siempre y cuando haya una resolución dictada por el órgano competente extranjero en el que se determine la filiación a favor de los padres comitentes. Si esta resolución ha sido dictada en un proceso de naturaleza contenciosa, el particular tendrá que instar un procedimiento de exequátur y presentar el auto que ponga fin a ese procedimiento junto a la solicitud de inscripción, sino se procederá a su denegación. Y, por otro lado, si la resolución hubiera sido dictada en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria sólo será necesario que el Encargado del RC haga un control incidental, por lo que si cumple con los requisitos establecidos por la Instrucción se procederá a la admisión de la inscripción.
- VI. Instrucciones de 14 y 18 de febrero de 2019 (DGRN). En virtud de la primera, la madre gestante es la madre legal tal como determina el artículo 10.3 LTRHA y el padre, el padre comitente, para ello tendría que aportar una resolución judicial o una prueba de ADN. Este segundo mecanismo novedoso fue la causa por la que se procedió a dejar sin efecto la Instrucción, considerando que no era suficiente para proceder a la inscripción de la filiación. De este modo, la Instrucción de 18 de febrero dejó sin efecto la de 14 de febrero, y ordenó la no inscripción de los menores por medio de una prueba de ADN, siendo necesario obtener una resolución judicial en los términos que establece la Instrucción de 5 de octubre de 2010.
- VII. Postura del Tribunal Supremo. La inscripción de la filiación a favor de los padres comitentes en el RC es contraria al orden público español. Ello no supone una vulneración del interés superior del menor, porque el ordenamiento jurídico dispone de otras vías legales, como es la reclamación de la paternidad por el padre biológico (artículo 10.3 LTRHA) o la adopción, por el otro comitente.

- VIII. Ucrania permite la gestación subrogada en el Código de Familia y la Orden 771 del Ministerio de Salud con una serie de requisitos: ha de ser comercial; contratada por una pareja heterosexual casada; la mujer comitente ha de demostrar que no puede quedarse embarazada o que si puede ello conlleve un grave riesgo para su vida o la del menor; es preferible que ambos comitentes aporten el material genético, pero en caso de imposibilidad (por parte de la mujer) se admitirá la donación de óvulos; y, la madre gestante ha de ser mayor de edad con plena capacidad jurídica y haber tenido al menos un hijo propio y tener plena capacidad para gestar un bebé.
- IX. La inscripción del menor nacido en Ucrania presenta una serie de problemas. Tras la Instrucción de 18 de febrero de 2019 solo se admite la inscripción de una resolución judicial dictada por un tribunal competente en la que se determine la filiación a favor de los interesados. Con respecto a esta resolución, en Ucrania no se emiten porque a efectos de su legislación los padres del menor son los padres comitentes ya que la madre gestante, en ningún momento, puede reclamar la maternidad. De hecho, cuando nace el menor, en el certificado de nacimiento ya constan como padres los comitentes. De esta manera, para poder inscribir al menor, de acuerdo con la Instrucción de 18 de febrero de 2019 *“aquellos menores que nazcan después de la entrada en vigor de la citada Instrucción, pueden obtener de las autoridades ucranianas el pasaporte y permisos necesarios para viajar a España”* y una vez llegados a territorio español, el padre comitente tiene que iniciar la acción de reclamación de paternidad y, después, la madre comitente adoptar al hijo de su marido.
- X. El delito de lesiones está regulado en el artículo 147 CP. En su apartado 1, se regula el tipo básico que consiste en que 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 a una 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 (...)”*. Y, en sus apartados 2 y 3, lo delitos leves. En concreto, su apartado 2 regula las lesiones causadas por cualquier medio o procedimiento que no necesiten de tratamiento médico y/o quirúrgico para su sanación ni incluso una primera asistencia facultativa, y, en el apartado 3 se regula el maltrato de obra, es decir, aquellas conductas que no causan una lesión en sentido estricto.
- XI. La jurisprudencia entiende que el tratamiento médico es *“toda actividad posterior a la primera asistencia... tendente a la sanidad de las lesiones y prescrita por un médico”* y el tratamiento quirúrgico *“aquel que, por medio de la cirugía, tiene la finalidad de curar una enfermedad a través de operaciones de esta naturaleza, cualquiera que sea su importancia: cirugía mayor o menor, incluyendo distintas actuaciones (diagnóstico, asistencia preparatoria ex ante, exploración quirúrgica, recuperación ex post, etc.)”*.
- XII. El artículo 148 CP regula una serie de agravantes potestativas. En concreto, en su apartado 4, hace referencia a una agravante de género *“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”*.
- XIII. El artículo 153 CP regula las lesiones causadas en el ámbito familiar. Concretamente, en su apartado 1, las lesiones de género, y en su apartado 2, las lesiones domésticas. Es necesario aclarar que no ha de confundirse con el artículo 173.2 CP, pues el 153 CP regula la violencia doméstica ocasional y el 173.2 CP la violencia doméstica habitual.

- XIV. El delito de sustracción de menores se encuentra regulado en el artículo 225 bis CP. En su apartado 1, regula el tipo básico que puede llevarse a cabo de dos maneras, esto es, bien trasladando al menor a otro lugar sin causa justificada y sin consentimiento del progenitor con el que conviva habitualmente o bien retenerlo. Para ello, es necesario de acuerdo con la jurisprudencia, que haya de por medio una resolución judicial que determine la custodia a favor de uno de los progenitores. Y, en su apartado 3, regula la sustracción internacional de menores, el tipo agravado, que como el propio nombre indica, consiste en que el menor sea trasladado a un país donde el menor no tiene su residencia habitual y requiere para su aplicación del cumplimiento de los requisitos que establece el tipo básico.
- XV. La sustracción internacional de menores, también, se encuentra regulada en el CH de 1980, el CL de 1980 y el Reglamento Bruselas II bis, entre otros. Sin embargo, hemos de decir, que estos no tratan cuestiones penales sino civiles en relación con la restitución inmediata del menor.
- XVI. El abandono de menores o incapaces puede ser propio o impropio. El primero se encuentra regulado en el artículo 229 CP y consiste en que se deje al menor o incapaz en una situación de desamparo, privándolo de disfrutar de los derechos que le garantiza el ordenamiento jurídico. Además, prevé dos circunstancias agravantes: que el abandono sea realizado por los propios padres, tutores o guardadores legales y/o el abandono conlleve un grave peligro para la vida, la salud, la integridad física o libertad sexual. Y, por otro lado, el abandono impropio, regulado en el artículo 231 CP, que consiste en que la persona que tuviera la obligación de criar o educar a un menor de edad o un incapaz lo entregara a un tercero o a un establecimiento público, sin el consentimiento de la persona o autoridad a la que se hubiere dejado.
- XVII. El término jurisdicción se identifica con el de “potestad jurisdiccional”, la cual consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. De lo que se trata, es que el Estado, el cual es el titular de esta potestad, administre la justicia, pero, no de una forma directa, sino que encargue esta función a unos órganos jurisdiccionales predeterminados por la ley. De esta manera, vamos a distinguir entre la Administración de Justicia, que corresponde al Estado y la Administración de la Administración de Justicia, que corresponde a las CCAA.
- XVIII. La LOPJ nos dice cuando los Juzgados y Tribunales españoles son competentes para conocer de los asuntos que corresponden al orden jurisdiccional penal. Para ello, lo divide en los siguientes principios: territorialidad, nacionalidad, protección y justicia universal.
- XIX. El principio de territorialidad implica que todos los hechos que constituyan delito cometidos en territorio español serán competencia de los Juzgados y Tribunales españoles, con independencia de la nacionalidad de la persona que los cometa. En este sentido, también, es necesario hacer referencia a los llamados “delitos a distancia”.
- XX. El principio de nacionalidad atribuye la competencia a los Juzgados y Tribunales españoles cuando los hechos delictivos tengan lugar fuera de territorio español y sean cometidos por personas con nacionalidad española o aquellas que la hayan adquirido con posterioridad a la comisión de los hechos delictivos. Para ello, el artículo 23.2 LOPJ establece que se han de cumplir una serie de requisitos.

- XXI. El principio de protección, en virtud del cual, hay una serie de delitos que, por razón del bien jurídico protegido, son objeto de la jurisdicción española, con independencia de la nacionalidad de la persona que los haya cometido, y, siempre, que hayan sido cometidos en el extranjero.
- XXII. El principio de justicia universal establece que hay una serie de delitos que serán objeto de persecución y enjuiciamiento por parte de los Juzgados y Tribunales españoles, cuando hayan sido cometidos tanto en territorio español como fuera, y por personas con nacionalidad española o extranjera. Estos delitos enumerados en el artículo 23.4 LOPJ vulneran bienes jurídicos especialmente protegidos por la comunidad internacional.
- XXIII. El Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas que atribuyen a una conducta una determinada consecuencia jurídica, que puede ser una pena y/o una medida de seguridad. Una de estas normas es el Código Penal, el cual ha de atender a los principios básicos del DP, concretamente, el de legalidad, el de proporcionalidad, el de *ne bis in idem*, el de presunción de inocencia y el de resocialización.

IV. BIBLIOGRAFÍA.

- ACEDO PENCO, ÁNGEL, 2013. *Derecho de familia*. Dyknsón, S.L. (Madrid).
- AUTOR DESCONOCIDO, 2018. *Delito de abandono de menores o discapacitados: ¿cuándo se aplica la agravante de peligro para la salud, la vida o la integridad?* Disponible en Aranzadi (MIX 2018\10992).
- ÁLVAREZ LATA, NATALIA; ÁLVAREZ OLALLA, PILAR; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, MARÍA; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO; COSTAS RODAL, LUCÍA; MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS; MORALEJO IMBERNÓN, NIEVES; QUICIOS MOLINA, SUSANA; ROVIRA SUEIRO, MARÍA, 2015. *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Bercal S.A (Madrid).
- ARMENDÁRIZ LEÓN, CARMEN, 2014. *Delitos contra los derechos y los deberes familiares en el Código Penal español*. Revista Penal México. Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/14352/delitos_%20contra.pdf?sequence=2
- AZCÁRRAGA MONZONIS, CARMEN, 2015. *Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente*. Revista Boliviana de Derecho, Número 20. Disponible en: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572015000200009
- BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA; BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; BASSO, GONZALO JAVIER; CANCIO MELIÁ, MANUEL; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, JULIO; FAKHOURI GÓMEZ, YAMILA; LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, MARAVER GÓMEZ, MARIO; MENDOZA BUERGO, BLANCA; MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO; PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE; PÉREZ MANZANO, MERCEDES; POZUELO PÉREZ, LAURA; RODRÍGUEZ HORCJO, DANIEL, 2019. *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Boletín Oficial del Estado.
- BARJA DE QUIROGA, JACOBO; GRANADOS PÉREZ, CARLOS, 2018. *Manual de Derecho Penal Parte Especial Tomo II. Contestaciones al programa de derecho penal parte especial para acceso a las carreras judicial y fiscal (Temas 27 a 63)*. Thomson Reuters Aranzadi.
- BAUER BRONSTRUP, FELIPE; BOREÁN, DAMIÁN PABLO; D'AMATO, SYLVIA; DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO; FLORES MARTÍN, JACKELINE; GONZÁLEZ TASCÓN, MARÍA MARTA; MARÍN VELARDE, ASUNCIÓN; MARTÍN HUERTAS, MARÍA ASCENSIÓN; MARTÍN RÍOS, BLANCA; MARTÍN RÍOS, ROCÍO; MARTOS NÚÑEZ, JUAN ANTONIO; MONGE FERNÁNDEZ, AANTONIA; MORENO MOZO, FERNANDO; MORENO SÁNCHEZ – MORALES, ANA; PALMA CHAZARRA, LUHÉ; PARRILLA VERGARA, JAVIER; REVILLA PÉREZ, LUIS, 2019. *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*. JM Bosch Editor (Barcelona).
- BEORLEGUI LOPERENA, ANA, 2014. *La maternidad subrogada en España*. Trabajo Fin de Máster de Acceso a la abogacía. Disponible en: <http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/9666/Ana%20Beorlegui%20.pdf?sequence=>
- CARRASCO ANDRINO, MARÍA DEL MAR, 2010. *Protección penal de la filiación*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (Alicante). Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-06.pdf>

- CRUZ MÉNDEZ, JOSÉ MANUEL, 2012-2013. *La maternidad subrogada*. Universidad de Extremadura, Facultad de derecho (Extremadura). Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4832049.pdf>
- DE LA ROSA CORTINA, JOSÉ MIGUEL, 2017. *El delito de sustracción de menores: última jurisprudencia*. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/100691/Ponencia+de+la+Rosa+Cortina%2C+Jos%C3%A9+Miguel.pdf/24309fb3-23aa-07d4-a7cc-fde6bd7d64c7>
- DÍAZ – PÍCAZO GIMÉNEZ, IGNACIO, año de publicación desconocido. *La jurisdicción y los órganos jurisdiccionales. La función jurisdiccional*. Disponible en: <https://www.cerasa.es/media/areces/files/book-attachment-2083.pdf>
- FERNÁNDEZ BERMEJO, DANIEL, 2014. *El fin constitucional de la reeducación y reinserción social ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?* Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Número 66. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5229718.pdf>
- HEREDIA CERVANTES, IVÁN, 2013. *La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución*. Universidad Autónoma de Madrid. (Madrid). Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4549917.pdf>
- GARCÍA PÉREZ, OCTAVIO, 2010. *El delito de sustracción de menores y su configuración*. InDret Revista para el Análisis del Derecho (Barcelona). Disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/767_es.pdf
- GONZÁLEZ, NÚRIA, 2019. *Vientres de alquiler*. LoQueNoExiste. (Madrid).
- REGALADO TORRES, MARÍA DESIRÉE, 2016. *Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada*. FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/FEMERIS/article/download/3756/2356>
- ROCA TRÍAS, ENCARNACIÓN; AHUMADA RUÍZ, MARÍA ÁNGELES, 2013. *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*. XV Conferencia Trilateral 24-27 de octubre 2013 Roma. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/37/ponencia%20espa%C3%91a%202013.pdf>
- LAFUENTE LIÑÁN, ALFREDO, 2017. *Trazos de Derecho Penal. Parte Especial*. (Madrid).
- LAMM, ELEONORA, 2014. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona (Barcelona).
- MENDOZA CALDERÓN, SILVIA, 2007. *La aplicación de la Ley Penal en el espacio: la trascendencia del principio de justicia universal en España*. Revista Penal Número 20. Universidad Pablo de Olavide (Sevilla). Disponible en: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12153/Aplicaci%C3%B3n.pdf?sequence=2>
- MUÑOZ RODRIGO, GONZALO, 2019. *La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019*. Revista: Actualidad Jurídica Iberoamericana Número 10 bis. Disponible en: <https://idibe.org/wp-content/uploads/2019/08/722-735.pdf>
- PEÑAFORT LORENTE, REIMUNDA; ARBULO RUFANCOS, BEGOÑA, 2002. *El traslado ilícito de menores en la crisis familiar: aspectos jurídicos y psicológicos*. Revista

- Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Volumen 2, Número 3. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2516714>
- PERELLO DOMENECH, ISABEL, año desconocido. *El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional*. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174691>
- PEREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN JESÚS, 2015. *Constitución y Poder Judicial*. Atelier Libros Jurídicos (Barcelona).
- PRATS CANUT, JOSEP MIQUEL, 2008. *Comentarios al Código Penal (Tomo II)*. Editorial Aranzadi, S.A.U.
- RAMOS VÁZQUEZ, JOSÉ ANTONIO, 2017. *Instituciones de Derecho penal. Parte General*. Universidad de A Coruña.
- RAMOS VÁZQUEZ, JOSÉ ANTONIO, 2019. *400 cuestiones de Derecho Penal. Parte Especial*. Universidad de A Coruña.
- SOLAR CALVO, MARÍA DEL PUERTO, 2018. *¿Es el tratamiento penitenciario voluntario? Valoración de la cuestión a la luz de la prisión permanente revisable*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2018-10030700345 ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES %C2%BF Es el tratamiento penitenciario voluntario? Valoraci%C3%B3n de la cuesti%C3%B3n a la luz de la prisi%C3%B3n permanente revisable
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, CARLOS; JUDEL PRIETO, ÁNGEL; PIÑOL RODRÍGUEZ, JOSÉ RAMÓN, 2011. *Tratados y manuales (Civitas) Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*. Editorial Aranzadi, S.A.U (Madrid).
- TORRES ROSELL, NÚRIA, 2011. *Comentarios a la parte Especial de Derecho Penal. Delito de sustracción de menores*. Editorial Aranzadi, S.A.U (Navarra).
- VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ, 2015. *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*. Reus. Universidad Pablo de Olavide (Sevilla).