



**UNIVERSIDADE DA CORUÑA**

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

**Autora:**

Ana Belén González Fernández

**Tutora:**

Gabriela Alexandra Oanta Oanta

Prof<sup>a</sup>. Dra. de Derecho Internacional  
Público y Relaciones Internacionales

**Grado en Derecho**

**Año 2017**

Trabajo de Fin de Grado presentado en la Facultad de Derecho de la  
Universidad de A Coruña para la obtención del Grado en Derecho

## Índice de contenido.

<b>I</b>	<b>Abreviaturas y siglas utilizadas.....</b>	<b>3</b>
<b>II</b>	<b>Supuesto práctico.....</b>	<b>4</b>
<b>III</b>	<b>Cuestiones objeto de dictamen.....</b>	<b>6</b>
<b>IV</b>	<b>Contextualización de la situación migratoria.....</b>	<b>7</b>
<b>V</b>	<b>Resolución del supuesto práctico.....</b>	<b>8</b>
<b>V.I</b>	<b>Cuestión I.....</b>	<b>8</b>
V.I.a	Dictamine sobre delitos imputables a José Suárez García.....	8
V.I.a.i	Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.....	8
V.I.a.ii	Delito de robo con intimidación.....	13
V.I.b	En el caso de que José Suárez fuese nacional nigeriano y no español, dictamine la jurisdicción de los tribunales españoles a la hora de enjuiciar los posibles delitos cometidos.....	17
<b>V.II</b>	<b>Cuestión II.....</b>	<b>21</b>
V.II.a	Dictamine sobre la competencia territorial de los Estados de Grecia, Bielorrusia, Lituania y España para conocer de la solicitud de protección internacional de Zulma B.....	21
V.II.b	Dictamine acerca de cada una de las solicitudes de protección internacional presentadas en el caso.....	25
<b>V.III</b>	<b>Cuestión III.....</b>	<b>29</b>
V.III.a	Determine si Maihla Aminu podría presentarse a la oposición convocada atendiendo exclusivamente a las bases comunes. En caso de que la respuesta fuese negativa, ¿qué requisito incumpliría? ¿Podría subsanarlo?.....	30
V.III.b	Determine si adquiere el hijo de Maihla Aminu la nacionalidad española al haber nacido en Madrid.....	35
<b>VI</b>	<b>Conclusiones.....</b>	<b>38</b>
VI.I	Conclusiones de la Cuestión I.....	38
VI.II	Conclusiones de la Cuestión II.....	38
VI.III	Conclusiones de la Cuestión III.....	39
<b>VII</b>	<b>Bibliografía.....</b>	<b>41</b>
VII.I	Monografías.....	41
VII.II	Artículos y contribuciones a obras colectivas.....	41
VII.III	Documentos de Derecho Internacional Público.....	43
VII.IV	Textos jurídicos de Derecho Internacional Público y de Derecho de la UE.....	43
VII.V	Textos jurídicos de Derecho español.....	43
VII.VI	Jurisprudencia internacional y de la UE.....	44
VII.VII	Jurisprudencia española.....	45
VII.VIII	Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.....	47

## **I. Abreviaturas y siglas utilizadas.**

art.....	Artículo
arts.....	Artículos
BOE.....	Boletín Oficial del Estado
CC.....	Código Civil
CDFUE.....	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE.....	Constitución Española
CEDH.....	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP.....	Código Penal
DF.....	Disposición Final
Dir.....	Director
EBEP.....	Estatuto Básico del Empleado Público
Ed.....	Editorial
FJ.....	Fundamento Jurídico
LO.....	Ley Orgánica
LOPJ.....	Ley Orgánica del Poder Judicial
Núm.....	Número
p.....	Página
pp.....	Páginas
RDGRN.....	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RRC.....	Reglamento del Registro Civil
SAP.....	Sentencia de la Audiencia Provincial
Sent.....	Sentencia
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH.....	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE.....	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo
UE.....	Unión Europea

## **II. Supuesto práctico.**

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

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

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

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

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

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

encontrada inmóvil, con síntomas de asfixia y desorientación. En cuanto tiene oportunidad, Maihla expresa su deseo de solicitar asilo en España.

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

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

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

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

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

### **III. Cuestiones objeto de dictamen.**

#### **Cuestión I:**

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

#### **Cuestión II:**

- a. Dictamine sobre la competencia territorial de los Estados de Grecia, Bielorrusia, Lituania y España para conocer de la solicitud de protección internacional de Zulma B.
- b. Dictamine acerca de cada una de las solicitudes de protección internacional presentadas en el caso.

#### **Cuestión III:**

- a. Determine si Maihla Aminu podría presentarse a la oposición convocada atendiendo exclusivamente a las bases comunes. En caso de que la respuesta fuese negativa, ¿qué requisito incumpliría? ¿Podría subsanarlo?
- b. Determine si adquiere el hijo de Maihla Aminu la nacionalidad española al haber nacido en Madrid.

#### **IV. Contextualización de la situación migratoria.**

Resulta indudable la actualidad del fenómeno migratorio en la totalidad de la esfera mundial por causas laborales y, sobretudo, humanitarias. Incontables seres humanos se disponen a llevar a cabo el cruzamiento de fronteras motivados por un afán de mejora en sus condiciones de vida, lo que se agrava en países en los cuales no cesa la situación bélica.

España, como territorio fronterizo con respecto al continente africano y cuyo litoral se extiende en su mayor parte ante el Mar Mediterráneo, ha sido y continua siendo principal lugar de destino de inmigrantes extranjeros.

Por esta razón, una de las preocupaciones jurídicas del Estado español ha sido la de consolidar un Derecho de Extranjería inspirado en garantizar los derechos fundamentales de los extranjeros que ingresan en España<sup>1</sup> y, tras la reforma del Código Penal de 2015<sup>2</sup>, en el control de los flujos migratorios en territorio español.

En este sentido cabe destacar las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, que en sesión de 15 y 16 de octubre de 1999 pretendieron la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la totalidad del territorio de la Unión Europea en aras de adoptar una política de asilo y migración común que permitiese la equiparación del estatuto jurídico de los residentes extranjeros en territorio europeo a los nacionales de cada Estado miembro<sup>3</sup>.

En este trabajo se focalizará prioritariamente el Derecho de Extranjería desde dos ópticas contrapuestas. Primeramente, se hará alusión a aquellos actos de comisión delictiva presentes en el caso de origen, y posteriormente se tratará la inmigración desde una perspectiva más humana, teniendo en seria consideración las soluciones que el Derecho facilita a aquellas personas demandantes de protección internacional y profundizando en las circunstancias excluyentes o no de la admisión de la misma.

---

<sup>1</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Ed. Atelier, Barcelona, 2002, p. 16.

<sup>2</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. Este texto normativo ha sido modificado en numerosas ocasiones, siendo la última modificación en esta materia la operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, pp. 27061-27176. Texto consolidado a fecha de 28 de abril de 2015.

<sup>3</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal Español Tomo II (Artículos 234 a DF. 7ª)*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 742-743.

## **V. Resolución del supuesto práctico.**

### **V.I. Cuestión I.**

En esta primera cuestión se elaborará un dictamen sobre los delitos imputables a José S. (en adelante, José), así como sobre la jurisdicción de los tribunales españoles para enjuiciar tales delitos en el caso de que el autor de los mismos ostentase la nacionalidad nigeriana y no la española.

#### **V.I.a. Dictamine sobre delitos imputables a José Suárez García.**

Tras el análisis de los hechos expuestos en el caso, realizaremos en este epígrafe un dictamen sobre los dos delitos cometidos por José Suárez García con respecto a Maihla Aminu y Kouassi Ndimira (en adelante, Maihla y Kouassi, respectivamente).

#### **V.I.a.i. Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318.bis.1 CP).**

### **Art. 318 bis CP**

1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.

Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.

Uno de los dos delitos cometidos por José es aquél que el actual Código Penal denomina en su artículo 318.bis “Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Este artículo recoge en su integridad la conducta delictiva expuesta en el artículo 1.1 de la Directiva 2002/90/CE<sup>4</sup>.

La tipificación inicial del referido delito se remonta en nuestro ordenamiento jurídico al Código Penal de 1995<sup>5</sup>. Sin embargo, este delito no ha quedado impasible desde ese momento, sino que su redacción y entendimiento han sufrido modificaciones con el devenir de los años. De este modo, incluso el bien jurídico que la tipificación actual del delito pretende proteger parece no ser el mismo que tenía en mente el legislador en el año 1995.

---

<sup>4</sup> Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, DO L 328, de 5 de diciembre de 2002, pp. 17-18.

<sup>5</sup> MUÑOZ MESA, S., “La reforma del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 8, 2015, p. 38.

En este sentido, mientras que inicialmente el legislador pretendía la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros, actualmente la doctrina parece converger en que tal bien jurídico ha sido, cuanto menos, desplazado de la intencionalidad del actual legislador. Así, entre la doctrina ha tomado terreno la postura de que el bien jurídico protegido actualmente no es sino otro que el interés del Estado español, en detrimento de los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Teniendo en consideración que el bien jurídico principal a proteger hoy en día mediante la tipificación del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros es el interés estatal, la protección de bienes jurídicos como la integridad moral se verían excluidos<sup>6</sup>, pudiendo entenderse que ese interés estatal se traduce en el control de los flujos migratorios, sentido en el que se pronuncia la exposición de motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo, mediante la que se reformó el Código Penal.

No obstante, nos resistimos a pensar que el único bien jurídico a proteger en el art. 318.bis CP sea el control de los flujos migratorios, lo que implicaría una inobservancia absoluta hacia los derechos de los ciudadanos extranjeros, motivo por el cual nos inclinamos hacia la idea que defiende que, precisamente mediante ese control de flujos, el legislador entiende el estatus del extranjero como un colectivo merecedor de protección<sup>7</sup>, razón por la cual la tipificación del delito vendría protegiendo, aún de modo indirecto, los derechos de los ciudadanos extranjeros<sup>8</sup>.

Pese a todo lo anterior, hemos de afinar conceptos en cuanto a quiénes tienen la posibilidad de ostentar la condición de sujetos pasivos del delito, y qué conductas son realmente sancionables a través del mismo. En este sentido, cabe hacer alusión al hecho de que el tipo penal vigente únicamente pretende sancionar aquellas conductas que constituyen inmigración ilegal en consonancia con los criterios que aduce la normativa europea<sup>9</sup>, de forma tal que quedan excluidos expresamente los supuestos de ayuda humanitaria, así como las infracciones cometidas por los propios inmigrantes<sup>10</sup>.

Por otra parte, en cuanto al carácter de sujeto pasivo, cabe mencionar que la redacción actual del 318.bis CP deja claro que únicamente podrán ostentar esta condición los ciudadanos no europeos<sup>11</sup>, entendiendo como tales aquellas personas que no sean nacionales de cualquier Estado miembro de la UE. Sin ningún género de duda, en el caso que nos ocupa, tanto Maihla como Kouassi son susceptibles de ser víctimas del delito aquí dictaminado, al ser nacionales de los Estados de Nigeria y Burundi, respectivamente.

---

<sup>6</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., *op. cit.*, p. 752.

<sup>7</sup> MUÑOZ MESA, S., *op. cit.*, pp. 39-40.

<sup>8</sup> Véase: STS 6378/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 8 de octubre de 2007, ECLI: ES:TS:2007:6378, FJ 3º.

<sup>9</sup> MUÑOZ RUIZ, J., “La ayuda humanitaria: ¿una excusa absolutoria o una causa de justificación?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18, 2016, p. 5.

<sup>10</sup> Véanse en este sentido: STS 824/2016 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 4 de marzo de 2016, ECLI: ES:TS:2016:824, FJ 7º; SAP Madrid 11327/2016 (Sección 29ª), de 26 de abril de 2016, ECLI: ES:APM:2016:11327, FJ 4º.

<sup>11</sup> Véase: STS 4019/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 29 de mayo de 2007, ECLI: ES:TS:2007:4019, FJ 2º.

En relación con ello, cabe destacar que la actual tipificación penal desvincula las conductas comisivas del delito del territorio español, al castigar la ayuda a la entrada o en tránsito ilegal de cualquier nacional de un Estado que no sea miembro de la UE<sup>12</sup>.

En esta misma línea, hemos de determinar si efectivamente Maihla y Kouassi han sido víctimas de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros cometido por José.

En primer lugar, si releemos el precepto aquí analizado, observamos que el mismo hace referencia a la “*intencionalidad*” de la ayuda del que comete el delito. Pese a ser este un concepto amplísimo abierto a la subjetiva interpretación, a nuestro parecer la ayuda a la que se refiere el artículo 318.bis CP es a la facilitación de la entrada, en este caso, a España<sup>13</sup>. Sin embargo, no entendemos que sea necesario en ningún caso que esta entrada efectivamente llegue a producirse<sup>14</sup>, por lo que cuando hablamos de la consumación del delito, estamos refiriéndonos simplemente a conductas que por cualquier comportamiento ayuden al tráfico ilegal de inmigrantes<sup>15</sup>.

No cabe duda de que esta ayuda de la que hace mención el CP está presente en los hechos expuestos en el caso, pues José, utilizando diferentes vías de transporte, realiza intencionadamente la conducta de la ayuda a Maihla y Kouassi para que éstos alcancen territorio español.

No obstante, tal y como mencionamos anteriormente, mediante este precepto queda despenalizada la ayuda humanitaria (art. 318.bis CP), por lo que hemos de determinar si es éste el caso que nos ocupa.

Parece claro en este sentido, que la conducta realizada por José es promovida mediante dolo, pues intencionadamente pretende favorecer la entrada de Maihla y Kouassi en España a cambio de una contraprestación económica, lo que es indicativo del ánimo de lucro que promovió su conducta de ayuda. Es decir, el ánimo de lucro que determinó la conducta de José permite eliminar toda suposición de que éste actuase llevado por la buena fe, por lo que no sería esta conducta susceptible de catalogarse como una acción de ayuda humanitaria.

Este ánimo de lucro, que parece ser la causa que lleva a José a llevar a cabo la conducta delictiva, se presenta como un agravante del tipo básico del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, tal y como prevé el art. 318.bis CP, toda vez que se concreta en una mayor peligrosidad para la víctima, así como en la cosificación de las personas, que terminan por tratarse como simples mercancías de intercambio<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> MANZANARES SAMANIEGO, J., *Comentarios al Código Penal (Tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo)*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 1103.

<sup>13</sup> Véase: STS 3665/2016 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 19 de julio de 2016, ECLI: ES:TS:2016:3665, FJ 3º.

<sup>14</sup> Sobre la posibilidad de que el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros se conforme como de mera actividad o de resultado haremos referencia en la cuestión I.b, por la implicación que este hecho tiene en su resolución.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ MESA, M. J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 14.

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ MESA, M. J., *op. cit.*, p. 21.

El ánimo de lucro, persistente en este caso, nos permite llevar a cabo una distinción esencial entre el delito que nos ocupa y el de trata, tipificado en el art. 177 bis CP. En este sentido, mientras que el delito de trata de personas se corresponde con la explotación de las víctimas en aras de lograr una consecución de ingresos, bien presentando el delito un carácter transnacional o no; por su parte, la inmigración ilegal sucedida en este caso permite la obtención de ingresos mediante el pago de un precio del que se hace cargo el propio inmigrante irregular (cuya nacionalidad es ajena a la de cualquier país miembro de la UE), presentando el delito siempre un carácter transnacional<sup>17</sup>.

En posterior término, para que efectivamente se produzca delito hemos de determinar, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.1 de la Directiva 2002/90/CE y en el art. 318.bis.1 CP, si efectivamente se vulnera la legislación sobre la entrada de extranjeros en España<sup>18</sup>, por lo que examinaremos a continuación los preceptos de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>19</sup> relativos a este tema.

En este sentido, el artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social establece los requisitos necesarios para la entrada en territorio español<sup>20</sup>, toda vez que el único apartado que nos vincula en este supuesto es el que se corresponde con su apartado tercero<sup>21</sup>, por ser Maihla y Kouassi solicitantes de asilo en España.

Al remitirnos este artículo a la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria<sup>22</sup>, observamos que la misma no hace referencia expresa a los requisitos de entrada de los extranjeros en territorio español, por lo que habremos de consultar los pronunciamientos judiciales existentes en esta materia. De este modo, distinguimos las divergentes situaciones de entrada a España que realizaron Maihla y Kouassi, respectivamente, lo que nos permite llegar a la conclusión de que únicamente existe delito contra los ciudadanos extranjeros en el caso de Maihla, no habiéndose producido tal conducta delictiva en el caso de Kouassi.

A esta conclusión hemos llegado al analizar los hechos en consonancia con la jurisprudencia existente al respecto, pues mientras Kouassi no burla control

---

<sup>17</sup> Véanse: STS 2394/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 3 de marzo de 2007, ECLI: ES:TS:2007:2394, FJ 2º; STS 824/2016, *sent. cit.*, FJ 5º.

<sup>18</sup> Véase el art. 318.bis.1 (párrafo 1º) CP.

<sup>19</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000. Este texto normativo ha sido modificado en numerosas ocasiones, siendo la última modificación en esta materia la operada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009, pp. 104986-105031. Texto consolidado a fecha de 30 de octubre de 2015.

<sup>20</sup> Véase: STS 6964/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 13 de noviembre de 2006, ECLI: ES:TS:2006:6964, FJ 3º.

<sup>21</sup> El art. 25.3 de la LO 4/2000 (Ley de Extranjería) expone que “*Lo dispuesto en los párrafos anteriores no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en su normativa específica*”.

<sup>22</sup> Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009, pp. 90860-90884.

administrativo alguno para entrar en España, accediendo al país por un medio de transporte de carácter regular y sin constar en la exposición de los hechos que hubiera falsificado para ello sus documentos identificativos, Maihla accede a territorio español mediante una entrada clandestina, en la que se pretendía eludir los controles fronterizos y el de las autoridades españolas<sup>23</sup>.

Es por ello por lo que en el caso de Kouassi no se produce lesión del bien jurídico protegido por la tipificación del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros<sup>24</sup>, al no alterar el discurso de los flujos migratorios, hecho que en el caso de Maihla resulta evidente.

Tras haber determinado que la consecución del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros únicamente fue cometido ostentando Maihla la condición de víctima, y habiendo considerado anteriormente el agravante relativo al ánimo de lucro, cabe hacer mención del segundo de los agravantes en el que incurre José con la comisión del tipo penal.

El referido delito acoge en su actual redacción el agravante de puesta en peligro de la vida de la víctima, algo que se produce cuando Maihla es transportada dentro de una maleta sellada de la que le resulta imposible salir sin la ayuda de terceras personas.

Cabe hacer mención del hecho de que esta situación ha de ser tratada como de peligro abstracto, bastando con que objetivamente se adviertan circunstancias que hagan probable un resultado, cuanto menos lesivo, para la vida de la víctima<sup>25</sup>. Este agravante permite tener en consideración el desvalor que podrían sufrir otros bienes jurídicos fundamentales a raíz de la puesta en peligro, en este caso, de Maihla<sup>26</sup>.

Al no presentar duda de ningún tipo en relación con que la ocultación de Maihla en el interior de una maleta sellada implica necesariamente un grave riesgo para su vida, además de un evidente peligro, de la redacción del caso puede extraerse incluso la alta posibilidad de muerte por asfixia<sup>27</sup>, lo que nos permite afirmar que el delito cometido por José contra Maihla ostenta el agravante de puesta en peligro de la vida de las personas, además del referido anteriormente, agravante de ánimo de lucro.

---

<sup>23</sup> Existen abundantes pronunciamientos judiciales en este tema. Véanse, concretamente: STS 324/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 19 de enero de 2006, ECLI: ES:TS:2006:324, FJ 1º; STS 1403/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 6 de marzo de 2006, ECLI: ES:TS:2006:1403, FJ Único; STS 8542/2012 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 21 de diciembre de 2012, ECLI: ES:TS:2012:8542, FJ 5º; STS 7955/2009 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 18 de noviembre de 2009, ECLI: ES:TS:2009:7955, FJ 1º.

<sup>24</sup> Véase: STS 3255/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 10 de mayo de 2007, ECLI: ES:TS:2007:3255, FJ 1º.

<sup>25</sup> IGLESIAS SKULJ, A., “Artículo 318 BIS: Delitos contra los ciudadanos extranjeros”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 981.

<sup>26</sup> RODRÍGUEZ MESA, M. J., *op. cit.*, p. 24.

<sup>27</sup> Existen abundantes pronunciamientos judiciales en este tema. Véanse, concretamente: STS 3010/2004 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 4 de mayo de 2004, ECLI: ES:TS:2004:3010, FJ 3º; STS 4403/2016 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 5 de octubre de 2016, ECLI: ES:TS:2016:4403, FJ 2º; STS 4391/2005 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 30 de junio de 2005, ECLI: ES:TS:2005:4391, FJ 4º; STS 2607/2014 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 18 de junio de 2014, ECLI: ES:TS:2014:2607, FJ 1º y 2º.

V.I.a.ii. Delito de robo con intimidación (art. 237 y 242 CP).

**Art. 237 CP**

Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas, sea al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren.

**Art. 242 CP**

1. El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase.

2. Cuando el robo se cometa en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias, se impondrá la pena de prisión de tres años y seis meses a cinco años.

3. Las penas señaladas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando el delincuente hiciere uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren.

4. En atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en los apartados anteriores.

De la redacción del caso puede extraerse que José lleva a cabo la conducta delictiva tipificada en el art. 237 CP como “robo con intimidación”. Siguiendo a QUINTERO OLIVARES<sup>28</sup>, podemos definir el robo con intimidación como el “*ejercicio de violencia moral o compulsiva orientado a conseguir que la víctima entregue el dinero o el objeto que sea (...)*”.

En relación con ello, hay que señalar que el bien jurídico protegido por la tipificación de este delito es principalmente la libertad de las personas, dañada a través del acto de la amenaza, quedando relegado a un segundo plano el patrimonio<sup>29</sup>, resguardado por la tipificación de otros delitos como el hurto.

El robo se constituye como un delito de apoderación de la cosa, no siendo necesaria la existencia de un efectivo enriquecimiento. De este modo, la voluntad de José, en este caso, responde a un deseo de apoderamiento de una cantidad de dinero no debida por

---

<sup>28</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “Delitos contra la libertad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal Español Tomo I (Artículos 1 a 23)*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016, p. 1149.

<sup>29</sup> Véase: STS 3332/2002 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 13 de mayo de 2002, ECLI: ES:TS:2002:3332, FJ 3º.

Maihla y Kouassi, para aprovecharse del aumento patrimonial que su posesión le supondría. En esta línea de consideraciones cabe descartar en el presente supuesto que el delito de robo quede restringido a tentativa, pues, a pesar de que el dinero finalmente obtenido por José no fuese el pretendido, éste cumple con el requisito de apoderamiento que exige el tipo penal para la consumación.

Así, puede observarse que el dinero exigido a Kouassi y Maihla mediante la amenaza de no devolverles su correspondiente documentación, no responde en ningún caso a una cantidad debida por aquéllos a José, quedando inmiscuida la amenaza en el delito de robo con intimidación, siendo ésta inherente al delito mismo, y descartada la posibilidad de que entre ellos se hubiera sucedido negocio jurídico alguno.

Estas puntualizaciones nos permiten centrar la conducta de José como un delito de robo con intimidación y no como una extorsión o una conducta delictiva de amenazas. En este sentido, cabe establecer una breve distinción entre el delito de robo con intimidación que aquí nos concierne y los respectivos delitos de amenaza y extorsión, para evitar la existencia de cualquier tipo de confusión entre ambos.

Así, según el art. 243 CP, la extorsión implica un ataque contra los mismos bienes jurídicos que el robo con intimidación (el patrimonio y la libertad personal), y comparte con el delito que aquí analizamos la presencia de intimidación. Sin embargo, la extorsión no alcanza a consumarse con la mera presencia del ánimo de lucro, sino que necesita de un negocio jurídico para que la extorsión pueda entenderse como tal. De este modo, mientras que el robo se constituye como un delito de mera apropiación de la cosa, la extorsión necesitaría de un acto de disposición o negocio jurídico, algo que, a la luz de los hechos expuestos, no parece existir en la conducta de José.

Siguiendo estas consideraciones, la consumación en el robo con intimidación se consigue mediante el simple apoderamiento del dinero entregado por Kouassi a José, sin importar que este último haga o no uso del mismo. Lo único a tener en cuenta para determinar la existencia de delito, en el caso que nos ocupa, es que José hubiera tenido posibilidad de disposición del dinero exigido, algo que sucede en el mismo momento de la entrega del dinero por parte de Kouassi. Es decir, la consumación del robo se corresponde con la disponibilidad de la cosa sustraída, aún tratándose ésta de una disponibilidad potencial, pues es con ella cuando se hace patente la facultad de dominio del autor del robo<sup>30</sup>. En este caso no cabe duda de que no solo existió disponibilidad futura, sino, también, efectiva y real.

Sin embargo, el criterio consumatorio del delito de extorsión diverge del anteriormente expuesto, pues tal delito puede entenderse acabado con la realización o, en su caso omisión, de un determinado negocio jurídico que, ya hemos determinado, aquí es inexistente, todo ello con la correspondiente presencia de ánimo de lucro y propósito defraudatorio<sup>31</sup>. Es decir, para poder plantearnos la existencia en el caso de un delito de

---

<sup>30</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (dir.), *Código penal con jurisprudencia sistematizada*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 1335. Véase también: STS 440/2013 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 30 de enero de 2013, ECLI: ES:TS:2013:352, FJ 3º.

<sup>31</sup> Véase: STS 8373/1999 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 9 de junio de 1999, ECLI: ES:TS:1999:8373A, FJ 8º.

extorsión cuya autoría ostentaría José, habrían de cumplirse los correspondientes requisitos de violencia o intimidación, ánimo de lucro y realización u omisión de un negocio jurídico en perjuicio del patrimonio de la víctima<sup>32</sup>, no estando este último presente en el caso que nos ocupa y quedando descartada, por tanto, la extorsión.

Por su parte, la amenaza, según el art. 171 CP, no constituye en este supuesto un delito en sí mismo, sino que su presencia es intrínseca al delito de robo con intimidación que aquí se sucede. Así, cabe tener en consideración que las amenazas se conforman como un delito cuando las mismas son diferidas en el tiempo, mientras que el robo con intimidación sucede en el momento mismo de la acción del autor<sup>33</sup>.

Cabe puntualizar que no es preciso que en la conducta de robo la amenaza se refiera a un mal presente, pues puede perfectamente hacer alusión a un mal futuro. Lo realmente relevante en este caso es que se pretenda conseguir el objeto del robo de una forma inmediata y no posterior, a diferencia de lo que ocurre en el delito de amenazas. Únicamente estaríamos en el supuesto de un delito de amenazas si la finalidad de José fuese la obtención del dinero en un momento posterior, lo que de la lectura del caso se deduce no sucede, pues José amenaza a Maihla y Kouassi con la no devolución de su documentación hasta que paguen el dinero por él exigido<sup>34</sup>. Tal hecho nos lleva a afirmar que la pretensión de José es la obtención inmediata del mismo, lo que se traduce en que el mal con el que se amenaza responde al momento en el que se anuncia, encontrándonos, por tanto, ante una violencia intimidatoria y no ante una amenaza en sí misma.

A mayor abundamiento, cabe descartar el hecho de que el delito de amenazas en sí mismo tiene como propósito la intranquilidad del sujeto pasivo, a diferencia de lo que ocurre con el robo con intimidación, que protege no solo el bien jurídico de la libertad personal, sino también el del patrimonio. En esta línea, la consumación de la amenaza no es compartida por el delito de robo, pues mientras éste hemos visto que se produce con la mera disponibilidad de la cosa, la de la amenaza llega con el propio anuncio del mal.

Finalmente, en contraposición con el delito de amenazas, en el de robo la consumación de una de las acciones permite entenderlas a todas ellas como consumadas, de tal forma que aunque en este caso únicamente Kouassi hubiera hecho frente al pago exigido por José, el delito se entiende como único, pero siendo víctimas del mismo tanto Kouassi como Maihla, pues el ataque a los bienes jurídicos de ambos se produce en el mismo momento y lugar.

Para concluir, cabe hacer mención de la evidencia del dolo ostentado por José en la consecución del delito de robo con intimidación, pues era portador de los pasaportes de Maihla y Kouassi y tenía la capacidad de devolvérselos sin interponer impedimento alguno. Además, al exigirles mayor cantidad de dinero que la acordada inicialmente,

---

<sup>32</sup> Véase: STS 6491/2009 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 22 de octubre de 2009, ECLI: ES:TS:2009:6491, FJ 6º.

<sup>33</sup> MANZANARES SAMANIEGO, J., *op. cit.*, pp. 853-854.

<sup>34</sup> Véase: STS 5969/2008 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 23 de octubre de 2008, ECLI: ES:TS:2008:5969, FJ 7º.

permite relacionar esta conducta con el ánimo de lucro ya referido en el anterior epígrafe, cuando tratábamos el delito contra los ciudadanos extranjeros. En este sentido, es necesario destacar la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran Maihla y Kouassi cuando José lleva a cabo la exigencia de una mayor cantidad de dinero<sup>35</sup>.

En esta línea de consideraciones, no podemos obviar en modo alguno el componente intimidatorio del que José hace uso en ese momento, utilizando la intimidación con la finalidad de conseguir la apropiación inmediata del dinero exigido.

La intimidación se desprende del art. 1267 CC<sup>36</sup> como el anuncio de un mal inmediato que despierta en el ofendido un sentimiento de miedo. No obstante, no tiene por qué tratarse de un sentimiento invencible<sup>37</sup>, ni ceñirse a un empleo de medios físicos o de armas, pues el mero uso de palabras o actitudes amenazantes es óbice para entender que la intimidación se ha hecho latente en la conducta de José, como autor del delito<sup>38</sup>. Así, no es necesaria la existencia de fuerza física para entender que haya habido intimidación<sup>39</sup>.

A pesar de ello, hemos de tener en cuenta que aunque la intimidación puede ejercerse sobre el dueño de la cosa, o sobre un tercero, se requiere que en todo caso exista temor capaz de afectar a la voluntad de la víctima, pues cada persona ostenta un grado de resistencia diferente<sup>40</sup>. En el caso que nos ocupa, la intimidación, unida a la situación de vulnerabilidad de Maihla y Kouassi, es clave a la hora de determinar el desapoderamiento, pues sin ella parece claro que Kouassi nunca hubiera puesto a disposición de José el dinero. En otras palabras, cuando la intimidación incide en el acto de despojo para obtener la disponibilidad de aquello que se pretende, resulta de aplicación el robo con intimidación<sup>41</sup>.

En conclusión, José es autor de un delito de robo con intimidación, tipificado en los arts. 237 y 242 CP, siendo Maihla y Kouassi víctimas del mismo, al concurrir en su conducta los componentes típicos de este delito, tales como el apoderamiento del dinero exigido, la intimidación y la amenaza con fin de inmediatez.

---

<sup>35</sup> Véase: STS 7378/2005 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 22 de noviembre de 2005, ECLI: ES:TS:2005:7378, FJ 7º.

<sup>36</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889. Texto consolidado a fecha de 6 de octubre de 2015.

<sup>37</sup> Véase: STS 440/2013 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 30 de enero de 2013, ECLI: ES:TS:2013:440, FJ 4º.

<sup>38</sup> Véase: STS 5969/2008, *sent. cit.*, FJ 6º.

<sup>39</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, p. 51. Véase también: STS 632/1998 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 3 de febrero de 1998, ECLI: ES:TS:1998:632, FJ Único.

<sup>40</sup> MANZANARES SAMANIEGO, J., *op. cit.*, p. 853; Véanse también: STS 5969/2008, *sent. cit.*, FJ 7º; STS 5123/1996 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 28 de septiembre de 1996, ECLI: ES:TS:1996:5123, FJ 4º.

<sup>41</sup> GÓRRIZ ROYO, E., “Delitos de robo: arts. 237, 240, 241 y 242 CP”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 720.

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

### **Art. 23 LOPJ**

1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.

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

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

4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: (...) d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.

Para analizar la jurisdicción de los tribunales españoles en el conocimiento de los delitos cometidos por José si éste fuese nigeriano, hemos de remitirnos a la LOPJ<sup>42</sup> que, en su art. 9.6, configura la jurisdicción como un presupuesto procesal improrrogable y susceptible de ser apreciado de oficio. Como es sabido, de conformidad con el art. 117.1 CE, y también con los arts. 2.1, 4 y 9.1 LOPJ, la jurisdicción es ostentada por los Juzgados y Tribunales ordinarios, integrantes del Poder Judicial español, en aquellos casos en los que ésta les venga atribuida mediante ley, y es extensible a todas las personas, materias y territorio español.

<sup>42</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985. Texto consolidado a fecha de 28 de octubre de 2015. La última modificación de este texto normativo en esta materia es la operada por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2014, pp. 23026-2303.

Ello no es óbice para entender la jurisdicción como un presupuesto procesal absoluto, sino que la misma, en el ámbito penal en el sentido del art. 23 LOPJ<sup>43</sup>, que aquí nos concierne, presenta límites objetivos, territoriales y subjetivos<sup>44</sup>.

Mientras que los límites objetivos se refieren al hecho de que todos los Juzgados y Tribunales ordinarios conocen de los procesos penales, exceptuando aquellos que competan a la jurisdicción militar prevista en el art. 9.3 LOPJ, los subjetivos tienen la pretensión de salvaguardar la igualdad soberana entre los diferentes Estados. Así, estos límites subjetivos están marcados por la presencia de inmunidades, bien sean absolutas o relativas, que llevan aparejado el impedimento de que quienes las ostentan no puedan ser juzgados por hechos punibles.

No obstante lo anterior, los límites que aquí nos conciernen son los territoriales, toda vez que recogen bajo su paraguas una serie de principios, siendo éstos el preeminente de territorialidad, el de nacionalidad, el de protección, el de justicia supletoria y el de universalidad<sup>45</sup>.

En este sentido, mientras que el principio de territorialidad recogido por el art. 23.1 LOPJ permite que los tribunales españoles conozcan de los delitos cometidos en el seno del territorio español, independientemente de la nacionalidad del autor del delito enjuiciado, el de nacionalidad, según el art. 23.2 LOPJ, permite el conocimiento de un hecho punible por los tribunales españoles cuando uno de sus nacionales cometa un delito en territorio distinto del español, siempre bajo el cumplimiento de los requisitos exigidos para ello en el sentido del art. 23.2 LOPJ.

Por su parte, el principio de protección tiene, según el art. 23.3 LOPJ, su base fáctica en el amparo de bienes jurídicos que pueden considerarse como propios del Estado español, cuya concreción delictiva viene establecida en la propia LOPJ; y es el de supletoriedad<sup>46</sup> aquél mediante el cual España, bajo el cumplimiento de una serie de condiciones<sup>47</sup>, podría ejercer su competencia extraterritorial con la finalidad de perseguir un hecho delictivo siempre que otro Estado con mayores vínculos no pueda ejercer su jurisdicción.

En este ámbito, es relevante a la luz de los hechos explicitados en el caso, el principio de justicia universal según el art. 23.4 LOPJ. Este principio permite a la jurisdicción española conocer de una serie de delitos tasados considerados graves por el conjunto de la comunidad internacional<sup>48</sup>, entre los que se encuentra el delito contra los derechos de

---

<sup>43</sup> La jurisdicción penal española aparece concretada en el art. 23 de la LOPJ.

<sup>44</sup> TOMÉ GARCÍA, J. A., *Curso de Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, Madrid, 2016, p. 48.

<sup>45</sup> Véanse: STS 8758/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 27 de diciembre de 2007, ECLI:ES:TS:2007:8758, FJ 1º; STS 6378/2007, *sent. cit.*, FJ 3º.

<sup>46</sup> El principio de supletoriedad se encuentra implícitamente recogido en el Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimiento en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972, BOE núm. 270, de 10 de noviembre de 1988, pp. 32060-32065.

<sup>47</sup> ORTIZ DE LA TORRE, J. A., “Algunas consideraciones acerca de la nueva reforma española de la jurisdicción universal”, *Revista Jurídica de Asturias*, nº 38, 2015, p. 5.

<sup>48</sup> Véase: STC 21/1997 (Sala 2ª), de 10 de febrero de 1997, ECLI:ES:TC:1997:21, FJ 3º.

los ciudadanos extranjeros, siempre que no se haya iniciado una investigación efectiva en otro Estado competente o en un Tribunal internacional<sup>49</sup>.

En cualquier caso, la persecución de estos delitos en España únicamente puede llevarse a cabo de conformidad con el art. 23.6 LOPJ, una vez que se produzca la imposición de querrela por parte del agraviado o del Ministerio Fiscal.

Estimamos que, una vez analizada la extensión y límites de la jurisdicción penal, cabe discernir entre los dos delitos de los que José ostenta la autoría, toda vez que los mismos no presentan el mismo tratamiento jurisdiccional.

En primer lugar, hemos visto que el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros se encuentra presente en la redacción del art. 23.4 LOPJ, por lo que cabe afirmar que el mismo es objeto de conocimiento por parte de los tribunales españoles en virtud del principio de justicia universal.

No obstante, cabe traer a colación la discusión doctrinal acerca de la consideración del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, pues de ella depende la vía a través de la cual España ostentaría jurisdicción para conocer del referido hecho delictivo. Tal discusión viene favorecida por la reforma del CP, que en la actual redacción del art. 318.bis siembra dudas acerca del bien jurídico protegido<sup>50</sup>.

Nos hemos referido ya en la cuestión I.a al hecho de que una parte de la doctrina entiende que el único bien jurídico protegido por esta tipificación penal es el control de los flujos migratorios, lo que llevaría aparejado el entendimiento de la consumación del delito en el momento en el que se hubiera traspasado la frontera española. Es decir, bajo esta premisa, el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del 318.bis CP sería de resultado<sup>51</sup>.

En este caso, entendemos que Maihla, al ser encontrada inmóvil estando ya en el puerto de Almería, habría traspasado la frontera española y, por esta razón, ostentarían los tribunales del Estado español la jurisdicción para conocer de tales hechos, eso sí, por la vía del principio de territorialidad en cuanto a que el delito se entendería cometido en el seno del territorio español.

Sin embargo, nosotros compartimos la teoría de la mera actividad que viene defendiendo otra parte de la doctrina<sup>52</sup> y que parecen avalar los tribunales con su

---

<sup>49</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “De la extensión y límites de la jurisdicción a la prevención y resolución de conflictos de jurisdicciones penales”, en PÉREZ CEPEDA, A. I. (dir.), *El principio de justicia universal: Fundamentos y límites*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 155-156.

<sup>50</sup> Recordemos que, en nuestra consideración, son dos los bienes jurídicos que protege la tipificación del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: el control de flujos migratorios y los propios derechos de los extranjeros.

<sup>51</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., *op. cit.*, p. 758; RODRÍGUEZ MESA, M. J., *op. cit.*, p. 19; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 541-542. Véase también: STS 824/2016, *sent. cit.*, FJ 5º.

<sup>52</sup> MESTRE DELGADO, E. *et al.*, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Ed. Edisofer, Madrid, 2015, pp.194-195.

reciente jurisprudencia<sup>53</sup>. Entender que el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros se conforma como de mera actividad, lleva implícito aceptar que su consumación viene determinada por el simple hecho de prestar ayuda, en los términos del art. 318.bis CP, con independencia del resultado alcanzado<sup>54</sup>.

En este caso, José, nacional nigeriano, cometió un delito tipificado en el CP y reconocido entre los versados por el art. 23.4 LOPJ fuera del territorio español, por lo que su actuación delictiva es susceptible de ser juzgada en España en aplicación del principio de justicia universal, ya que, tal y como prevé el art. 23.5 LOPJ, no consta en la redacción del supuesto práctico que se hubiera producido una efectiva investigación ni en el lugar en el que se pueden entender cometidos los hechos punibles (Argelia), ni tampoco en aquél del que José es nacional (Nigeria).

Finalmente, en cuanto al análisis de este delito cabe hacer una breve reflexión acerca de la teoría de la ubicuidad, pues pese a que no se requiere para enjuiciamiento de este delito en concreto puntos de conexión relevantes entre los hechos punibles y el Estado español, es evidente que desde el momento en el que José facilitó ayuda a Maihla para introducirla de forma clandestina en territorio español, los intereses de España se vieron amenazados<sup>55</sup>.

De este modo, en aplicación de la teoría de la ubicuidad, el lugar de comisión delictiva es también España, por ser el territorio que ve afectado su orden jurídico al constatarse como destino de la inmigración clandestina de Maihla favorecida por José<sup>56</sup>.

En diferentes y más sencillos términos corre suerte el delito de robo con intimidación que, al no ser cometido en territorio español, no pueden los tribunales de este Estado ostentar jurisdicción sobre la base del principio de territorialidad. Tampoco es José nacional español, sino nigeriano, ni son las víctimas del delito españolas, por lo que en todo caso queda descartada la jurisdicción española en virtud de un hipotético principio de personalidad o nacionalidad.

Además, no ataca el delito de robo en caso alguno bienes jurídicos merecedores de amparo por su alta implicación con los intereses estatales, como lo exige el art. 23.3 LOPJ, por lo que podemos descartar la jurisdicción derivada del principio de protección referido anteriormente. Consideramos que tampoco se ajusta este delito a los criterios que una jurisdicción supletoria exige, además de no estar recogido entre los que el art.

---

<sup>53</sup> Véanse: SAP Las Palmas de Gran Canaria 1038/2016 (Sección 1ª), de 5 de abril de 2016, ECLI: ES:APGC:2016:1038, FJ 1º; SAP Málaga 281/2015 (Sección 7ª), de 3 de diciembre de 2015, ECLI: ES:APML:2015:281, FJ 2º.

<sup>54</sup> Véanse: STS 6378/2007, *sent. cit.*, FJ 3º; STS 4942/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 26 de junio de 2007, ECLI: ES:TS:2007:4942, FJ 3º; STS 1027/2008 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 31 de enero de 2008, ECLI: ES:TS:2008:1027, FJ 1º; STS 4945/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 21 de junio de 2007, ECLI: ES:TS:2007:4945, FJ 3º.

<sup>55</sup> Véanse: STS 8758/2007, *sent. cit.*, FJ 4º; STS 6378/2007, *sent. cit.*, FJ 4º; STS 4942/2007, *sent. cit.*, FJ 4º; STS 4945/2007, *sent. cit.*, FJ 4º; STS 96/2008 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 3 de enero de 2008, ECLI: ES:TS:2008:96, FJ 4º.

<sup>56</sup> PÉREZ ALONSO, E., “Las últimas reformas del principio de justicia universal legalizadoras de la jurisprudencia “creativa” del Tribunal Supremo español”, *Revista de Estudios penales y criminológicos*, nº 32, 2012, p. 154; Véanse también: STS 1027/2008, *sent. cit.*, FJ 2º; STS 7283/2008 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 29 de diciembre de 2008, ECLI: ES:TS:2008:7283, FJ 1º.

23.4 LOPJ determina para disponer de jurisdicción con base en el principio de justicia universal.

Por todo ello, resulta evidente que los tribunales españoles no disponen de jurisdicción alguna a la hora de conocer del delito de robo con intimidación perpetrado en Argelia por José.

## **V.II. Cuestión II.**

En esta cuestión abordaremos el tema de la responsabilidad de los diferentes Estados, de conformidad con la normativa europea, para examinar la solicitud de protección internacional presentada por Zulma B. (en adelante, Zulma) en España, teniendo en consideración que ésta es nacional de un Estado ajeno a la UE.

En el segundo apartado de esta cuestión realizaremos un breve análisis del concepto de asilo y protección subsidiaria, determinando si a los diferentes solicitantes de protección internacional del caso podrían concedérseles alguna de ellas o no.

### **V.II.a. Dictamine sobre la competencia territorial de los Estados de Grecia, Bielorrusia, Lituania y España para conocer de la solicitud de protección internacional de Zulma B.**

Cuando aludimos a la competencia territorial de los Estados de Grecia, Bielorrusia, Lituania y España para conocer de la solicitud de protección internacional de Zulma, nos referimos a la posibilidad de que tales Estados tengan potestad para examinar la mencionada solicitud.

En este sentido, hemos de traer a colación la normativa aplicable a esta materia, siendo la principal el Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (en adelante, Reglamento de Dublín III)<sup>57</sup>.

Este texto normativo, vigente en la actualidad, se configura como la última evolución del inicial Convenio de Dublín y posterior Reglamento de Dublín II, cuyos principios y objetivos se mantienen inalterables en el vigente Reglamento<sup>58</sup>.

Estos objetivos no son otros que llevar a cabo la correcta determinación del Estado competente para conocer de las solicitudes de protección internacional que puedan presentar los nacionales de terceros países o apátridas, con el fin de evitar la presentación de numerosas solicitudes por parte de una misma persona y de disminuir el

---

<sup>57</sup> Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, DO L 180, de 29 de junio de 2013, pp. 31-59.

<sup>58</sup> El germen del actual Reglamento de Dublín III es el Convenio de Dublín, aplicable en España mediante el Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, hecho en Dublín el 15 de junio de 1990, BOE núm. 183, de 1 de agosto de 1997, pp. 23598-23604.

número de “*demandantes de asilo en órbita*”. Estos demandantes, conocidos como “en órbita” pueden definirse, siguiendo a MORGADES GIL, como aquellas personas “*a quienes ningún Estado admite ni acepta tramitar su solicitud porque se considera que existe en su caso un primer país de asilo o un tercer Estado seguro donde se podría haber presentado una solicitud de protección*”<sup>59</sup>.

Una vez señalado el principal cuerpo normativo aplicable a esta cuestión, pasaremos a determinar qué Estado, de entre los expuestos en el caso, tendría oportunidad de valorar la solicitud de protección internacional presentada por Zulma. Tal solicitud, de conformidad con el art. 3.1 del Reglamento de Dublín III, habrá de ser examinada por un solo Estado miembro, siguiendo para ello la prelación ordinal establecida, tal y como expone el Capítulo III del referido Reglamento.

Esta jerarquía se determina en el art. 7 del Reglamento de Dublín III, siempre en atención al momento en el que se lleve a efecto la primera presentación de solicitud de protección internacional que, en el caso de Zulma, se corresponde con el momento temporal en el que presenta su solicitud ante las autoridades españolas.

La redacción del caso expone con claridad que Zulma es portadora de un visado de validez limitada, el cual, de conformidad con el art. 25 del Reglamento (CE) n° 810/2009 por el que se establece un Código comunitario sobre visados<sup>60</sup>, entendemos que es válido únicamente en aquel territorio que lo haya expedido, siendo éste Grecia.

Con base en lo anterior, consideramos que Zulma posee un visado válido únicamente en territorio heleno, por lo que será de aplicación el art. 12.2 del Reglamento de Dublín III, que responsabiliza a Grecia del examen de la solicitud presentada por Zulma, por ser el Estado griego el que llevó a cabo la expedición del visado válido.

No obstante, de la redacción del caso puede extraerse que Zulma, después de presentar solicitud de protección internacional ante las autoridades españolas, todavía se encuentra en España y, si bien es cierto que, de acuerdo con lo establecido en el art. 3.3 del Reglamento de Dublín III, cualquier Estado miembro tiene la posibilidad de enviar a un solicitante a un tercer país seguro, respetando las garantías recogidas en la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional<sup>61</sup>, y siendo Grecia considerado como tal al cumplir los requisitos de Estado seguro europeo determinados en el art. 39 de esta Directiva, ha de

---

<sup>59</sup> MORGADES GIL, S., “TEDH- Sentencia de 21.01.2011 (Gran Sala), M.S.S. C. Bélgica y Grecia, 30696/09- «artículos 3 y 13 CEDH – Prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes. Reglamento (CE) n° 343/2003 de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo (Dublín II)». El funcionamiento efectivo de la política europea de asilo ante la garantía del Derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del CEDH”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 41, Madrid, 2012, pp. 185-186 y 191-192.

<sup>60</sup> Reglamento (CE) n° 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados), DO L 243, de 15 de septiembre de 2009, pp. 1-58.

<sup>61</sup> Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, DO L 180, de 29 de junio de 2013, pp. 60-95.

tenerse en cuenta si esta devolución de Zulma a Grecia por parte de España no ocasionaría un grave perjuicio para sus derechos.

En este sentido, cabe referirnos al art. 3.2 del Reglamento de Dublín III, en cuanto a que Grecia, a pesar de preceder a España en la responsabilidad de valoración de la solicitud presentada por Zulma, parece no respetar lo establecido en los arts. 3 CEDH y 4 CDFUE<sup>62</sup>, ambos prohibitivos de la tortura y el trato degradante. Si, tal y como se pone de manifiesto no solo en este supuesto práctico, sino también en reiterada jurisprudencia e informes internacionales<sup>63</sup>, Grecia contraviene esta expresa prohibición de tortura y trato degradante, España deberá continuar, de acuerdo con el orden establecido, con la determinación del país responsable para examinar la solicitud de Zulma.

Una vez descartada la devolución de Zulma a Grecia por suponer un riesgo para sus derechos, así como la responsabilidad de la República helena de examinar su solicitud de protección internacional, hemos de remitirnos al art. 13.1 del Reglamento de Dublín III, el cual determina que tal responsabilidad de examen recaerá sobre el Estado lituano, por ser éste al que Zulma accedió de manera irregular al no poseer visado para ello, pues, recordemos que el visado de Zulma solo resultaba válido en territorio griego.

Lituania ostentará, por tanto, esta responsabilidad por plazo de doce meses desde el cruce irregular, de conformidad con lo establecido en el art. 13.1 del Reglamento de Dublín III, toda vez que cabe resaltar que, tal y como se explicita en el supuesto práctico, las autoridades lituanas interceptan la entrada irregular de Zulma en ese territorio, por lo que se ven obligadas a tomarle sus impresiones dactilares, en atención al art. 9.1 y 14 del Reglamento 603/2013 relativo a la creación del sistema “Eurodac”<sup>64</sup>.

El objetivo de este sistema no es otro que determinar con mayor facilidad al Estado miembro responsable del examen de solicitudes de protección internacional, tal y como se explicita en el art. 1.2 del Reglamento 603/2013. De este modo, una vez que Zulma haya presentado en España su solicitud de protección internacional, las autoridades del

---

<sup>62</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DO L 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 389-403; Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23564-23570.

<sup>63</sup> Véanse: STEDH (Gran Sala), de 21 de enero de 2011, *Caso M.S.S. contra Belgica y Grecia*, 30696/2009, apartados 223, 233, 236, 238, 250, 254, 258, 263, 358-360, 363 y 367; STEDH (Sección 1ª), de 21 de abril de 2016, *Caso H.A.A. contra Grecia*, 58387/2011, apartados 29-31; STEDH (Sección 1ª), de 26 de junio de 2014, *Caso De Los Santos y De La Cruz contra Grecia*, 21342161/20122012, apartados 41-43.

<sup>64</sup> Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n° 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia, DO L 180, de 29 de junio de 2013, pp. 1-30.

país podrán acceder a la consulta de Eurodac para verificar y cotejar los datos de Zulma tomados con anterioridad en territorio lituano.

Así, continuando con los criterios a seguir para determinar la responsabilidad de los referidos Estados para conocer de las solicitudes de protección internacional, hemos de remitirnos al ya citado art. 3.3 del Reglamento de Dublín III que, rememoremos, posibilita la devolución por parte de un Estado miembro a un país seguro. Pues bien, teóricamente España tiene libertad para proceder a la devolución de Zulma a Grecia (por ser éste el Estado que emite el visado y, en su virtud, el primer competente para valorar la solicitud presentada), a Lituania y a Bielorrusia (por ser estos los países de entrada irregular).

Tras haber visto las concretas consideraciones en cuanto a Grecia y Lituania, cabe hacer mención a la situación de Bielorrusia. Para que España pueda devolver a Zulma en la práctica a Bielorrusia, ésta debería configurarse como Estado seguro en el sentido de los arts. 38 y 39 de la Directiva 2013/32/UE. Puesto que no consta que Bielorrusia cumpla con los requisitos establecidos en estos arts., al ni tan solo formar parte del Consejo de Europa, entendemos que no ostenta la condición de país seguro, razón por la cual España no podría proceder a la devolución efectiva de Zulma a Bielorrusia por mucho que pueda entenderse que la misma haya entrado primeramente en ese país de forma irregular.

Finalmente, y de conformidad con lo establecido en el art. 15 del Reglamento de Dublín III, el último escalón en la prelación de responsabilidad de la solicitud de protección internacional presentada por Zulma es el Estado español, pues es aquél en el que ésta solicitó por primera vez protección internacional en zona de tránsito internacional de un Estado miembro, en este caso en el aeropuerto de Barajas.

Además, en atención a la cláusula de soberanía presente en el art. 17.1 del Reglamento de Dublín III, España podría conocer de la solicitud de Zulma a pesar de no ser responsable de su examen conforme a la prelación establecida en el citado Reglamento, toda vez que para ello ha de indicar esta decisión en Eurodac. Cabe hacer mención de que, a pesar de que este precepto es tratado por el Reglamento de Dublín III como una cláusula discrecional, todo apunta a que su efectiva aplicación práctica pende del cumplimiento de un mínimo de garantías<sup>65</sup>.

En cualquier caso, siguiendo el art. 3.2 del Reglamento de Dublín III, si resultase imposible la determinación del Estado competente para revisar la solicitud de protección internacional presentada por Zulma conforme a los criterios anteriormente descritos, pasará a detentar responsabilidad para examinarla España, por ser el Estado ante el que se llevó a cabo la presentación de la referida solicitud.

En definitiva, tienen competencia para examinar la solicitud de Zulma los siguientes Estados, por el orden expuesto:

- Grecia, por ser el Estado miembro emisor del visado que porta Zulma.

---

<sup>65</sup> MORGADES GIL, S., *op. cit.*, p. 192 y 194-195.

- Lituania, por ser el Estado al que Zulma accede primeramente de forma irregular.
- España, por ser el Estado ante el cual Zulma presenta la solicitud de protección internacional y, en todo caso, aquél que puede ejercer la cláusula de soberanía del art. 17.1 del Reglamento de Dublín III, así como la que le confiere la responsabilidad subsidiaria del art. 3.2 del referido Reglamento.

No obstante, y con base a todo lo referido anteriormente, consideramos que Grecia no llegaría a ostentar la responsabilidad de examen de la solicitud con base en las deplorables condiciones ofrecidas a los inmigrantes, que no permite tan siquiera satisfacer las necesidades básicas de los mismos<sup>66</sup>. Tampoco Bielorrusia tendría ocasión de responsabilizarse en ningún caso de la solicitud de Zulma, al no poder ser encuadrado en el concepto de país seguro expuesto en la Directiva 2013/32/UE.

De este modo, y en referencia a la incompetencia que lleva al país heleno a descartarse en su prioridad, únicamente cabría la posibilidad de que fuera Lituania el primer Estado responsable de valorar la solicitud de protección internacional de Zulma. Al Estado lituano le seguiría España, por ser aquél en el que fue presentada la solicitud, teniendo en cuenta que el Estado español podría ejercer su competencia en el asunto obviando la prelación establecida en ejercicio de la cláusula de soberanía que ostenta.

#### V.II.b. Dictamine acerca de cada una de las solicitudes de protección internacional presentadas en el caso.

La pretensión de la UE siempre ha sido llevar a cabo el desarrollo de una política común de inmigración, para contravenir la trata de seres humanos y la inmigración ilegal<sup>67</sup>.

Para realizar un correcto análisis de las solicitudes de protección internacional presentadas por Maihla, Kouassi, Said M. (en adelante, Said) y Zulma, resulta preciso concretar primeramente el concepto de protección internacional y las causas por las que la misma se otorga.

Analizando el caso que nos atañe, en aras de dictaminar concretamente si las solicitudes presentadas por Maihla, Kouassi, Said y Zulma llegan a buen puerto y en qué términos se otorga la protección internacional en caso de que así sea, cabe hacer una distinción conceptual entre el “asilo” y la “protección subsidiaria”<sup>68</sup>.

El Derecho de asilo se recoge en España en el art. 13.4 CE, configurándose como la protección otorgada a aquellas personas que ostenten la condición de refugiado,

---

<sup>66</sup> “Report to the Greek Government on the visit to Greece carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 14 to 23 April 2015”, Consejo de Europa, Estrasburgo, CPT/Inf (2016) 4, 1 de marzo de 2016, pp. 67-68; “Greece as a Country of Asylum. UNHCR Observations on the Current Situation of Asylum in Greece”, The UNHCR Refugee Agency, diciembre de 2014, pp. 12, 20-21, 32.

<sup>67</sup> OLESTI RAYO, A., “Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 10, 2008, p. 30.

<sup>68</sup> TJUE (Gran Sala), de 2 de marzo de 2010, *Caso Aydin Salahadin Abdulla y otros contra Bundesrepublik Deutschland*, C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, apartado 78.

condición que se presenta como de carácter internacional<sup>69</sup>, de conformidad con el art. 1A de la Convención de Ginebra de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados, y con el art. 1.2 del Protocolo de Nueva York de 1967, sobre el Estatuto de los Refugiados<sup>70</sup>.

En España, concretamente, el asilo permite a las personas beneficiarias del mismo acceder a los servicios del país, obtener la nacionalidad española por residencia en los términos establecidos<sup>71</sup> y, quizá lo más importante, proporciona a estas personas el derecho a no ser devueltas al país en el cual venían sufriendo persecución<sup>72</sup>.

Por su parte, pese a en la práctica se encuentran equiparadas la figura del asilo y la de la protección subsidiaria, esta última se configura a través de un filtro menos severo que el asilo. En este sentido, mientras que la concesión de asilo a una persona viene determinada por el hecho de que la misma sea víctima de una persecución individualizada, la protección subsidiaria responde a una persecución generalizada a un conjunto de individuos, sin existir en caso alguno el carácter personal que define a la persecución en el caso de asilo.

Siguiendo a SANTOLAYA MACHETTI<sup>73</sup>, podemos delimitar las causas de persecución a potenciales solicitantes de asilo en cinco categorías, que en ningún caso pueden entenderse de forma excluyente las unas de las otras, pues es bien probable que dos o más de ellas se sucedan cumulativamente en una misma persona.

- Persecución por motivos de raza. Esta situación se ocasiona cuando la mera pertenencia a un grupo étnico constituye un hecho suficiente para ser perseguido.
- Persecución por motivos de religión. Esta situación se ocasiona cuando la mera pertenencia de una persona a un grupo religioso o la exposición pública de determinadas creencias religiosas constituye un hecho suficiente para que la misma sea perseguida.
- Persecución por opiniones políticas. En este caso parece preciso para calificar la causa de la persecución como tal que la persona solicitante de protección internacional hubiera manifestado públicamente tales opiniones antes de la salida del país de origen.
- Persecución por pertenencia a un determinado grupo social. Esta categoría puede entenderse con base en la exclusión, toda vez que las características que inmiscuyen a una persona en este grupo no sean coincidentes con las expuestas en los tres puntos anteriores.

---

<sup>69</sup> MORGADÉS GIL, S. “Refugiado”, *Revista en cultura de la legalidad*, nº 10, 2016, p. 234.

<sup>70</sup> Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, BOE núm 252, de 21 de octubre de 1978, pp. 24310 a 24328; GORTÁZAR ROTAECHE, C. J., *Derecho de asilo y “no rechazo” del refugiado*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997, p. 107.

<sup>71</sup> La adquisición de la nacionalidad española por residencia se tratará de manera más pormenorizada en la cuestión III.

<sup>72</sup> CABALLERO GEA, J. A., *Asilo, extranjería, inmigración, homologación de títulos extranjeros y nacionalidad*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, p. 39.

<sup>73</sup> SANTOLAYA MACHETTI, P., *El Derecho de asilo en la Constitución Española*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 107-114.

- Persecución por causas relativas al sexo y a la actividad sexual. Este grupo, en la mayoría de los casos, se corresponde con la persecución realizada a través de normativa del país que restringe la libertad de las mujeres, permite la violencia de género y las mutilaciones genitales, que en cualquier caso llevarían aparejada la pertenencia a un grupo social por causa de identidad sexual.

Resulta destacable hacer alusión a la carga de la prueba en el procedimiento de solicitud de asilo en España, la cual pertenece en todo caso al solicitante de protección internacional, en cuanto que ha de fundamentar los hechos de forma tal que quede patente el carácter real de la persecución de la que asegura ser víctima<sup>74</sup>.

Tras esta breve contextualización, para examinar de forma concreta las solicitudes del caso expuesto, comenzaremos por remitirnos a la Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (en adelante, Ley del Asilo), cuyo objetivo, tal y como recoge su art. 1, y de acuerdo con el art. 13 CE, es establecer los términos mediante los cuales los nacionales de aquellos países que no formen parte de la UE, así como los apátridas, puedan gozar de protección internacional.

En primer lugar, analizaremos el caso de Maihla, a quien le resulta de aplicación el art. 6 de la Ley del Asilo, por determinarse en este precepto los actos de persecución que constituyen condición para el reconocimiento del Derecho de asilo, así como el 7.2.e del mismo texto legal, por el cual se conceptualiza el grupo social determinado objeto de persecución en el país de origen.

En este sentido, es evidente que Maihla es víctima de una persecución individualizada, y forma parte del referido grupo social diferenciado a causa de su identidad sexual, pues la condición de mujer, unida a la cultura nigeriana que permite la violación grave de los derechos fundamentales del sexo femenino, es óbice para entender que no existe en Nigeria una efectiva protección a este sector de la población, a fin de evitar conductas tales como de las pretendidas por el agente perseguidor de Maihla.

De este modo, en el caso de que estas pretendidas conductas se lleven a efecto, Maihla vería violados de forma grave sus derechos fundamentales, tales como la libertad, al ser obligada a casarse en contra de su voluntad con un alto cargo gubernamental ligado al poder nigeriano, y, por tanto, al agente perseguidor de Maihla, de conformidad con el art. 13. Sin embargo, no es la libertad el único derecho cuestionado, puesto que la pretensión de ablación genital, instaurado como práctica cultural en Nigeria, pone en peligro no solo la integridad física de Maihla, sino también su derecho a la vida, mediante el ejercicio de un acto de violencia física en su contra que constituye un severo trato inhumano y degradante<sup>75</sup>, tal y como se establece en el art. 6.2.a de la Ley del Asilo.

Teniendo en consideración el ataque a los derechos fundamentales de Maihla y constituyéndose la mutilación como una de las violaciones más graves de derechos

---

<sup>74</sup> SANTOLAYA MACHETTI, P., *op. cit.*, p. 117.

<sup>75</sup> Véanse: STS 2781/2009 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª), de 11 de mayo de 2009, ECLI: ES:TS:2009:2781, FJ 3º; STS 4013/2011 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª), de 15 de junio de 2011, ECLI: ES:TS:2011:4013, FJ 4º.

practicadas a mujeres por el mero hecho de serlo, y pudiendo ser equiparado este proceder a violencia de género<sup>76</sup>, cabe determinar que Maihla pertenece a un grupo social merecedor de protección, por lo que le será concedido el asilo en España.

En lo que respecta a Kouassi, éste no se encuentra en una situación de persecución individualizada como le sucedía a Maihla, sino que la puesta en peligro de sus derechos responde a la situación bélica atravesada actualmente en la aldea de Burundi en la que habita.

De la redacción del caso se extrae que, tal y como expone el art. 13.c de la Ley del Asilo, son las autoridades paramilitares los verdaderos agentes perseguidores del conjunto de la población civil entre la que se encuentra Kouassi, esto es, agentes no estatales llevan a cabo persecuciones generalizadas sin que el gobierno del lugar adopte medidas efectivas para evitarlo, en contraposición al art. 14 de la Ley del Asilo.

Esta pasividad por parte del gobierno nos lleva a entender que no existe una efectiva protección en el lugar, produciéndose, tal y como expone el supuesto práctico, continuas extorsiones, ejecuciones y asesinatos, prácticas todas ellas que tienen su encuadre en el art. 10 de la Ley del Asilo y que, en definitiva, hacen patente un evidente riesgo para la vida de la población civil de la referida aldea de Burundi y, más concretamente, para la vida de Kouassi.

Tras esta consideración, y no pudiendo detentar Kouassi la condición de refugiado establecida en el art. 3 de la Ley del Asilo, al no ser víctima de una persecución individualizada contra su persona, como ocurría en el caso de Maihla<sup>77</sup>, Kouassi es merecedor de protección subsidiaria en España.

En lo que respecta a Said, del mismo modo que le ocurría a Maihla, es integrante de un grupo social diferenciado en el sentido del art. 7 de la Ley del Asilo, a causa de su orientación sexual<sup>78</sup>.

Said es homosexual, un tipo de orientación sexual que las leyes argelinas, país del que es nacional, penalizan y sancionan. Es, por tanto, el propio Estado de Argelia el agente perseguidor en este caso, en los términos del art. 13.a de la Ley del Asilo.

Sin embargo, tras examinar diversos pronunciamientos judiciales<sup>79</sup>, podemos determinar que estas sanciones compiladas en las leyes penales argelinas no cuentan con aplicación práctica en la realidad, motivo por el cual Said no se encuentra ni en una situación de persecución individualizada ni de peligro generalizado real.

---

<sup>76</sup> MERINO SANCHO, V. M., “Derecho de asilo y género. ¿Ha evolucionado el derecho de asilo?”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 17, 2008, pp. 4-5.

<sup>77</sup> Véanse: STS 4608/2015 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª), de 4 de noviembre de 2015, ECLI: ES:TS:2015:4608, FJ 4º y 5º; STS 818/2014 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª), de 6 de marzo de 2014, ECLI: ES:TS:2014:818, FJ 3º; STS 1325/2014 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª), de 3 de abril de 2014, ECLI: ES:TS:2014:1325, FJ 2º.

<sup>78</sup> Véase: STJUE (Sala Cuarta), de 7 de noviembre de 2013, *Caso Minister voor Immigratie en Asiel y Otros contra X y Otros*, C-201/2012, apartados 41, 45, 46, 47 y 55; STS 296/2016 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª), de 5 de febrero de 2016, ECLI: ES:TS:2016:296, FJ 4º.

<sup>79</sup> Véase: STJUE C-201/2012, *sent. cit.*, apartados 56, 58-59 y 75.

De este modo, hemos de tener en consideración que la mera existencia de legislación penal en estos términos, no puede ser por sí misma considerada como un acto de persecución del Estado si esta sanción no se lleva a la práctica<sup>80</sup>. No obstante, la existencia de tal legislación sancionadora sí contraviene el art. 8 CEDH, de respeto de la vida privada y familiar<sup>81</sup>, y es indicativa de la existencia de un grupo social diferenciado por causa de orientación sexual.

Por todo ello, a pesar de existir legislación penal en el Estado nigeriano que sanciona la condición de homosexualidad ostentada por Said, al no tener esta legislación una aplicación efectiva en la práctica no puede considerarse que exista peligro alguno para su persona y, por lo tanto, no será beneficiario ni de asilo ni de protección subsidiaria en España.

Por último, observamos que el caso de Zulma es bien distinto. Ésta solicita asilo por motivos políticos, sin embargo, no tenemos la certeza absoluta de si su solicitud de asilo será examinada por Lituania o por España, hecho por el que obviaremos la legislación nacional española de asilo y nos remitiremos a la Directiva 2011/95/UE, de la que resulta aplicable el art. 2.d, pues Zulma sufre persecución por opiniones políticas contrapuestas al régimen dictatorial de su país.

El art. 9 de esta Directiva define los actos de persecución en relación con el art. 1 de la Convención de Ginebra, que entendemos concurren en el caso de Zulma por la alta posibilidad de que la misma sea torturada. Si esto sucediera, implicaría un acto de violencia física contra su persona, hecho que atentaría directamente contra sus derechos fundamentales.

En estos términos, resulta evidente que el motivo de persecución en el que se encuadra la situación personal de Zulma es el recogido en el art. 10 de la referida Directiva, por opiniones políticas contrapuestas al régimen dictatorial y, más concretamente y de forma agravada, por la implicación activa que Zulma tiene en la política de Turkmenistán, pues el propio caso explicita que la misma milita en partidos contrarios al régimen. Este hecho es suficiente para entender que Zulma hizo pública su orientación política en todo caso antes de su salida de su país de origen.

Sobre la base de lo expuesto, entendemos que Zulma se encuentra en una situación de persecución individualizada derivada de opiniones políticas contrapuestas al régimen del país del que es nacional y, por este motivo, le será concedido el asilo en España.

### **V.III. Cuestión III.**

En relación con esta cuestión, determinaremos, primeramente, la posibilidad de que Maihla se presente a unas oposiciones convocadas en el Estado español y, en segundo término, valoraremos el hecho de que su hijo pueda obtener la nacionalidad española de forma originaria por el mero hecho de haber nacido en territorio español.

---

<sup>80</sup> Véase: STJUE C-201/2012, *sent. cit.*, apartado 61.

<sup>81</sup> Véase: STJUE C-201/2012, *sent. cit.*, apartado 54.

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

Maihla pretende presentarse a unas oposiciones pertenecientes a la Administración General del Estado, por lo que, para poder realizar un dictamen efectivo acerca de esta cuestión hemos de remitirnos a la Orden APU/3416/2007, de 14 de noviembre, por la que se establecen las bases comunes que regirán los procesos selectivos para el ingreso o el acceso en cuerpos o escalas de la Administración General del Estado y al art. 56 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público<sup>82</sup>.

En el art. 9 de esta Orden se establecen los requisitos comunes necesarios para poder participar en los referidos procesos selectivos, requiriéndose cumulativamente para ello lo siguiente:

- Ostentar nacionalidad española. Esta condición se amplía a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y al cónyuge de los nacionales españoles o de los referidos Estados, así como a los descendientes de ellos que no alcancen la edad de 21 años o que, superándola, sean dependientes de éstos. Todo ello con la excepción de aquellos puestos que impliquen una participación en el poder público español o tengan implicación en la salvaguarda de los intereses de las Administraciones Públicas españolas.
- Presentar capacidad funcional.
- Tener una edad comprendida entre los 16 años y los correspondientes a la jubilación forzosa.
- Estar habilitado para el ejercicio público, lo que puede resumirse en no haber sido apartado mediante expediente disciplinario del servicio administrativo y no presentar ningún tipo de inhabilitación judicial, ya sea absoluta o especial, para ejercer un empleo público.
- Poseer la titulación requerida en las bases específicas de la convocatoria.

La redacción del supuesto práctico es clara en este último caso, en el que deja claro que Maihla se ha cerciorado del cumplimiento de los requisitos específicos requeridos por la convocatoria. Sin embargo, nada se desprende de la exposición de los hechos en cuanto a una hipotética inhabilitación o falta de capacidad funcional de Maihla, por lo que deducimos que la misma se encuentra capacitada para ejercer las funciones públicas del cargo ofertado en la convocatoria, así como que no pesa sobre ella resolución judicial alguna que la inhabilite para el ejercicio de cargo público.

En lo que respecta a la edad, Maihla ronda en el momento de la convocatoria pública los veinticuatro años, lo que le sitúa dentro del abanico de edad requerido por las bases comunes del proceso selectivo. Es más, incluso si tomásemos como referencia la

---

<sup>82</sup> Orden APU/3416/2007, de 14 de noviembre, por la que se establecen las bases comunes que regirán los procesos selectivos para el ingreso o el acceso en cuerpos o escalas de la Administración General del Estado, BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2007, pp. 48550-48553; Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015. Texto Refundido a fecha de 31 de octubre de 2015.

restricción de edad mínima correspondiente a los dieciocho años exigidos para el acceso a funciones que supongan un riesgo para la salud (lo que suponemos que no es aplicable al caso que nos ocupa), Maihla igualmente cumpliría la edad exigida, toda vez que superaría no solo los dieciséis, sino también los dieciocho años de edad, por lo que una exclusión del proceso selectivo por este motivo, comportaría una discriminación por razón de edad<sup>83</sup>.

En este punto cabe hacer especial mención a los principios que rigen los procesos selectivos, tal y como prevé el art. 55 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público<sup>84</sup>, resultando condensados los mismos en la igualdad, el mérito y la capacidad, la publicidad, la transparencia, la independencia y discrecionalidad técnica, la agilidad y la objetividad.

En este sentido, mientras que el principio de igualdad (art. 23.2 CE) garantiza la no discriminación en el seno de la convocatoria, el mérito y la capacidad (art. 103.3 CE) garantizan el proceso en condiciones de igualdad. Así, en aras de mantener esta pretendida igualdad a lo largo de todo el proceso selectivo, la publicidad y transparencia juegan un papel importante a la hora de poner en conocimiento de todos los interesados el devenir de las fases y resoluciones de la oferta pública.

La principal distinción que albergan transparencia y publicidad, es que la primera está más relacionada con los trámites del procedimiento que la segunda, de forma tal que la totalidad de las resoluciones se encuentren debidamente motivadas, mientras que la publicidad permite el conocimiento de la propia convocatoria por el mayor número de aspirantes posible, con la finalidad de que puedan filtrarse aquellos mejores<sup>85</sup>.

En cuanto a la imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos selectivos, es relevante que los mismos ostenten conocimientos sobre la materia que les permitan llevar a cabo correctas valoraciones, lejos de implicaciones personales con los candidatos, por lo que en ocasiones quedan vetados determinados funcionarios interinos o personal eventual, toda vez que la pertenencia al órgano evaluador ha de ostentarse siempre a título individual.

Es relevante hacer referencia al concepto de discrecionalidad técnica de los antecitados órganos de selección, pues ésta se traduce en la capacidad autónoma de valoración de los méritos de los candidatos<sup>86</sup>, así como a la agilidad y objetividad, conceptos siempre

---

<sup>83</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., “Adquisición y pérdida de la relación de servicio”, en MONEREO PÉREZ *et al.* (dir.), *El estatuto básico del empleado público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*, Ed. Comares, Granada, 2008, p. 594; Véase el art. 14 CE; Véase también: STC 75/1983 (Pleno), de 3 de agosto de 1983, ECLI:ES:TC:1983:75, FJ 2º.

<sup>84</sup> Véase: STS 217/2013 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª), de 9 de enero de 2013, ECLI: ES:TS:2013:217, FJ 1º y 7º.

<sup>85</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, p. 589; PÉREZ GÓMEZ, J. M., “Adquisición y pérdida de la relación de servicio”, en SAMPERE NAVARRO, A. *et al.* (dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, p. 492.

<sup>86</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios” en SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Lex

ligados a la eficiencia en aras de evitar dilaciones temporales innecesarias en el proceso selectivo.

Tras el anterior análisis de las bases comunes y los principios que rigen convocatorias como la que aquí nos ocupa, observamos que el único requisito del que Maihla carece es el relativo a la nacionalidad, pues en los hechos no consta que la hubiera adquirido, razón por la que presumimos que continúa ostentando la nigeriana que se le atribuía en la redacción del caso práctico.

En este sentido, y pese a ostentar Maihla la condición de asilada, tal y como tratamos en la cuestión II de este supuesto, ello no es óbice para entender que hubiera adquirido de forma instantánea la nacionalidad española.

Para centrar esta cuestión hemos de comenzar definiendo la nacionalidad española como una condición o cualidad de las personas que son miembros de la comunidad nacional española<sup>87</sup>. Esta nacionalidad puede adquirirse por dos vías contrapuestas, esto es, de forma originaria, y derivada,<sup>88</sup> presentando esta última forma de adquisición tres modalidades divergentes: por derecho de opción, por carta de naturaleza y por residencia, siendo esta última la que en el caso concreto nos concierne analizar más pormenorizadamente.

La nacionalidad por derecho de opción puede ser adquirida por aquellas personas que cumplan las condiciones requeridas para ello<sup>89</sup>, supuestos que se pueden reconducir a los siguientes:

- Aquellas personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español, siempre que lo fuese mientras el hijo estaba sometido a su patria potestad. Esto tiene la implicación de ser indiferente el hecho de que el padre o madre haya dejado de ser español o su hijo no se encuentre sometido a la patria potestad de aquél en el momento de ejercer la opción.
- Aquellas personas de las que uno de sus ascendientes, no habiendo nacido en España, hubiera sido originariamente español.
- Aquellos extranjeros adoptados por españoles que superen los 18 años de edad, siempre que el derecho de opción lo ejerzan en el plazo de dos años desde la constitución de la adopción<sup>90</sup>.
- Aquellas personas hijas de extranjeros apátridas, o que uno o sus dos padres hayan nacido en España, o cuya filiación no pueda determinarse, siempre que tal filiación o nacimiento se hubiera determinado en un momento posterior a los 18

---

Nova, Valladolid, 2008, p. 403; CAVAS MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, p. 590; Véase también: STC 138/2000 (Sala 2ª), de 29 de mayo de 2000, ECLI:ES:TC:2000:138, FJ 9º.

<sup>87</sup> PARRA LUCÁN, M. A., “La nacionalidad”, en CONTRERAS, P. de P., en *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona*, Ed. Colex, Madrid, 2015, p. 465.

<sup>88</sup> Por ser el caso que concierne a Maihla, explicaremos en este epígrafe los modos de adquisición derivada (más exhaustivamente el modo de adquisición por residencia) y, en el epígrafe contiguo, la adquisición originaria, por ser la que podría competir al hijo de Maihla.

<sup>89</sup> Véanse los arts. 17.2, 19.2 y 20.1 CC.

<sup>90</sup> Véanse los arts. 19.2 y 20.1.c CC.

años. Desde la determinación de la correspondiente filiación o nacimiento puede ejercerse el derecho de opción en un plazo de dos años<sup>91</sup>.

Caso distinto es el de la adquisición de la nacionalidad por carta de naturaleza, pues se conforma como una forma privilegiada de otorgamiento de la nacionalidad española por parte del poder ejecutivo, mediante Real Decreto del Consejo de Ministros<sup>92</sup>.

Observamos que las dos anteriores vías de obtención de la nacionalidad española no se ajustan al caso de Maihla, quien tampoco podría ampararse en el acceso en condiciones de igualdad con ciudadanos españoles que la norma permite a los nacionales del resto de Estados miembros de la UE, pues Maihla es nacional nigeriana y, por ello, ajena a la nacionalidad de cualquier Estado de la UE. Se deduce de lo expuesto en el caso que Maihla tampoco pretende alcanzar el puesto ofertado en la convocatoria en la condición de personal laboral, pues deja clara su pretensión de presentarse a las oposiciones, por lo que podemos descartar la aplicación del art. 57.4 EBEP<sup>93</sup>.

En vista de lo anteriormente expuesto, la única vía por la que Maihla puede obtener la nacionalidad española es por la modalidad de residencia<sup>94</sup>, que será otorgada por el Ministerio de Justicia, si se observa la concurrencia de los concretos requisitos a los que hace alusión no solo la legislación, sino también la ya instaurada jurisprudencia que versa sobre esta materia.

En este sentido, podemos configurar estos requisitos como la acumulación de una residencia continuada, una buena conducta cívica por parte del solicitante y una efectiva integración social en el territorio español.

Comenzando por el primero de ellos, en cuanto a la residencia continuada y efectiva de extranjero en España, si ésta fuese acompañada de la solicitud de otorgamiento de la nacionalidad española, puede considerarse que tal residencia implica una integración en la comunidad nacional<sup>95</sup>.

A efectos de residencia, Maihla se encontraría habilitada para solicitar la nacionalidad española, pues entendemos que cumple el plazo quinquenal establecido para extranjeros refugiados<sup>96</sup>, condición equiparable a la de asilada que ostenta Maihla. No obstante, el cumplimiento de este plazo no implica necesariamente que Maihla pueda optar de manera automática a la obtención de la nacionalidad española, puesto que la residencia en el territorio ha de ser en todo caso legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición de la nacionalidad, requisito que de la redacción del caso entendemos cumplido<sup>97</sup>.

---

<sup>91</sup> Véanse los arts. 17.2 y 20.1.c CC.

<sup>92</sup> LASARTE, C., *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 240. Véase también el art. 21.1 CC.

<sup>93</sup> El art. 57.4 EBEP establece lo siguiente: “*Los extranjeros a los que se refieren los apartados anteriores, así como los extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles*”.

<sup>94</sup> Véase el art. 21.2 CC.

<sup>95</sup> LASARTE, C., *op. cit.*, p. 243.

<sup>96</sup> Véase el art. 22.1 CC.

<sup>97</sup> Véase el art. 22.3 CC.

Superados por Maihla los requisitos de residencia, no debemos olvidar la más indeterminada y abstracta condición para la adquisición de la nacionalidad por residencia, esto es, la buena conducta cívica del solicitante y su correcta integración en el territorio español<sup>98</sup>. A nuestro entender, el devenir de los hechos deja patente que Maihla cumple sobradamente estos requisitos, pues a pesar de que la buena conducta cívica no puede entenderse por la mera omisión de antecedentes penales, no se desprende de los hechos explicitados que Maihla hubiera sido autora de ningún delito<sup>99</sup>. Es más, tiene la capacidad de demostrar activamente una integración y conducta positiva mediante la acreditación de los estudios cursados en España.

Es posible, además, que Maihla esté en condiciones de presentar un certificado positivo de vida laboral en el caso de que mantenga una vida laboral activa, lo que parece lógico entender si tenemos en cuenta que se desprende de la redacción del supuesto que, siendo madre de un hijo, es ella quien se hace cargo de su educación y cuidado. Y precisamente podría, en este sentido, acreditar tanto su personal residencia como la de su hijo y padre del mismo en Madrid, hecho del que se extraería la efectiva existencia de un arraigo socio-familiar en España, Estado del que Maihla pretende la nacionalidad<sup>100</sup>.

A mayor abundamiento, que Maihla haya completado satisfactoriamente estudios en el seno del sistema de educación español, es óbice para sobreentender que posee un alto grado de comprensión del español, sin duda hecho indiciario de su efectivo grado de integración en España, lo que en todo caso se acreditará mediante las correspondientes pruebas<sup>101</sup>.

A la vista de lo expuesto, y tras la correcta solicitud<sup>102</sup> de nacionalidad española por parte de Maihla, no se entrevén dudas de que su resolución será favorable, pues tampoco parecen existir aquí impedimentos relacionados con la hipotética alteración del orden publico<sup>103</sup>.

Así, tras la puesta en conocimiento de Maihla de la aceptación de la solicitud, ésta cuenta con el plazo de 180 días para cumplir la totalidad de los requisitos anteriormente expuestos<sup>104</sup>, de modo que una vez adquirida la nacionalidad española por residencia, su

---

<sup>98</sup> Véase el art. 22.4. Véase también: STS 4151/2016 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª), de 23 de septiembre de 2016, ECLI: ES:TS:2016:4151, FJ 1º.

<sup>99</sup> Existen numerosos pronunciamientos judiciales en este sentido, véanse: STS 4703/2016 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª), de 25 de octubre de 2016, ECLI: ES:TS:2016:4703, FJ 1º; STS 7608/2011 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª), de 14 de noviembre de 2011, ECLI: ES:TS:2011:7608, FJ 1º; STC 114/1987 (Sala 2ª), de 6 de julio de 1987, ECLI:ES:TC:1987:114, FJ 4º.

<sup>100</sup> Véanse: STS 4518/2016 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª), de 26 de septiembre de 2016, ECLI: ES:TS:2016:4518, FJ 1º; STS 4703/2016, *sent. cit.*, FJ 1º.

<sup>101</sup> Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015, pp. 58125-58149. DF 7ª; Véase también el art. 220.5 RRC; Véase también: STS 4698/2016 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª), de 26 de octubre de 2016, ECLI: ES:TS:2016:4698, FJ 2º.

<sup>102</sup> Véanse los arts. 220-224 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958, pp. 10977-11004 (RRC).

<sup>103</sup> Véase el art. 21.2 CC.

<sup>104</sup> Véase el art. 21.4 CC.

completa validez penderá del efectivo cumplimiento de los requisitos expuestos en el art. 23 CC<sup>105</sup>.

En definitiva, pese a carecer Maihla de nacionalidad española, esta exigencia común es subsanable mediante la adquisición de la misma a través de la vía de la residencia. De este modo, podría ser inicialmente excluida Maihla de la lista provisional de admitidos al no concurrir bajo su persona la totalidad de los requisitos exigidos por la convocatoria pública, pero podría posteriormente subsanar este hecho mediante la correspondiente acreditación de obtención de la nacionalidad en el plazo que la convocatoria determine<sup>106</sup>.

En este sentido, se distinguen diferentes fases en el seno del proceso selectivo, siendo la primera fase la correspondiente a la aportación de documentos acreditativos del cumplimiento de la totalidad de los requisitos, teniendo presente que la falta de alguno de ellos no queda en ningún caso subsanada por la superación de las pruebas concernientes al proceso selectivo mismo<sup>107</sup>. Así, se procede reglamentariamente al establecimiento de un plazo tras la publicación de la relación de aprobados definitivos, para que los mismos puedan completar la documental acreditativa de capacidad y requisitos exigidos por la convocatoria.

Este plazo no implica más que una postergación en la aportación de la totalidad de acreditaciones requeridas, con la única salvedad de que ésta ha de realizarse con anterioridad al efectivo nombramiento de aquellos que hayan superado satisfactoriamente la totalidad del proceso selectivo<sup>108</sup>.

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

Para constatar si realmente el hijo de Maihla puede adquirir la nacionalidad española, nos compete establecer conceptualmente ante qué tipo de nacionalidad nos encontramos, en el sentido del art. 11.1 CE. Tal y como vimos anteriormente, la nacionalidad puede adquirirse de modo derivativo<sup>109</sup> u originario, y precisamente será

---

<sup>105</sup> El art. 23 CC establece que: “*Son requisitos comunes para la validez de la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia:*

*a) Que el mayor de catorce años y capaz para prestar una declaración por sí jure o prometa fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes.*

*b) Que la misma persona declare que renuncia a su anterior nacionalidad. Quedan a salvo de este requisito los naturales de países mencionados en el apartado 1 del artículo 24 y los sefardíes originarios de España.*

*c) Que la adquisición se inscriba en el Registro Civil español”.*

<sup>106</sup> Véase: TSJ Castilla la Mancha 577/2014 (sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª), de 30 de septiembre, JUR 2014\293015, FJ 3º.

<sup>107</sup> Véase: STS 6117/1994 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª), de 29 de septiembre de 1994, ECLI: ES:TS:1994:6117, FJ 1º.

<sup>108</sup> CANTERO MARTÍNEZ, J., “Adquisición y pérdida de la relación de servicio”, en SAMPERE NAVARRO, A. *et al.* (dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 563-564.

<sup>109</sup> Los modos derivativos de adquisición de la nacionalidad española han sido tratados en la cuestión III.a.

este último modo de adquisición el que trataremos en este epígrafe por ajustarse al caso expuesto.

Cabe tener en consideración que la detentación de la nacionalidad española, o la falta de la misma, no es una cuestión baladí, pues la propia CE distingue de forma implícita una serie de derechos reservados para los nacionales españoles, algo que posterior jurisprudencia constitucional ha demarcado en mayor medida<sup>110</sup>. En este sentido, cabe hacer una aclaración sobre la atribución de derechos, que puede diverger en tres grupos distintos. En primer lugar, aquellos que ostentan tanto españoles como extranjeros, y que podemos asimilar a los derechos fundamentales del individuo; en segundo lugar, aquellos que pertenecen a los extranjeros en virtud de los tratados y las leyes, pudiendo diverger en su ejercicio el trato para con los nacionales españoles (art. 13.1 CE)<sup>111</sup>; y en tercer lugar, aquellos derechos que, por su implicación con el poder público y la política territorial española, se reservan a los nacionales del Estado (arts. 13.2 y 23 CE).

En virtud de lo anterior, parece claro que la ostentación de la nacionalidad española es presupuesto indispensable para el pleno reconocimiento de la totalidad de derechos y el ejercicio de las libertades públicas<sup>112</sup>.

En este sentido, la nacionalidad originaria ha de tratarse especialmente bajo la distinción de la filiación (*ius sanguinis*) y del nacimiento mismo en territorio español (*ius soli*). De este modo, el *ius sanguinis* se corresponde con la atribución de la nacionalidad española originaria a razón de que uno de los progenitores o ambos sean españoles, con total independencia del lugar en el que hubiera nacido el descendiente<sup>113</sup>. Por su parte, el *ius soli* se activa en España cuando el nacido es hijo de extranjeros de los que, al menos uno, hubiera nacido también en territorio español; cuando los padres del nacido fuesen apátridas o su legislación natal no permitiese al hijo una atribución efectiva de la nacionalidad; y cuando fuese imposible determinar la filiación del recién nacido<sup>114</sup>. A pesar de que no resulta aplicable al caso concreto, cabe hacer alusión a la posibilidad de adquisición originaria de la nacionalidad española por opción<sup>115</sup>.

A razón de lo expuesto en el supuesto práctico, en el que se explicita que tanto el padre del recién nacido como Maihla son portadores de la nacionalidad nigeriana, y no constando fehacientemente que esta última hubiera adquirido efectivamente la nacionalidad española por residencia, podemos descartar que su hijo sea español a razón de *ius sanguinis*.

Cabe determinar entonces si el hijo de Maihla puede ser nacional español de origen por el mero hecho de haber nacido en Madrid, esto es, en el seno del territorio español. A estos efectos hemos de analizar el tratamiento que la legislación civil nigeriana presenta para aquellos nacidos fuera del territorio nigeriano, pero hijos de nacionales nigerianos.

---

<sup>110</sup> Véase: STC 107/1984 (Sala 2ª), de 23 de noviembre de 1984, ECLI:ES:TC:1984:107, FJ 4º.

<sup>111</sup> Véase el art. 3 de la LO 4/2000 (Ley de Extranjería).

<sup>112</sup> PARRA LUCÁN, M. A., *op.cit.*, pp. 468 y 473.

<sup>113</sup> LASARTE, C., *op. cit.*, p. 237. Véase también el art. 17.1.a CC.

<sup>114</sup> Véanse los arts. 17.1.b, c y d CC.

<sup>115</sup> Véase el art. 17.2 CC.

Así, observamos que concretamente Nigeria se conforma como un país que no renuncia a este tipo de nacionales, a pesar de que los mismos no hubieran nacido dentro del territorio nigeriano. De este modo, a los nacidos de padres nigerianos en territorio externo a Nigeria, como es el caso del hijo de Maihla nacido en Madrid, no les será atribuida más nacionalidad que la ostentada por sus padres, esto es, la nacionalidad nigeriana<sup>116</sup>.

Cabe remarcar que no estamos aquí ante un caso de apatridia, debido a que el menor no corre riesgo de encontrarse en una situación de desprotección por falta de otorgamiento de nacionalidad alguna, puesto que de forma automática adquiere *ex lege* la nacionalidad nigeriana por ser ésta la de sus progenitores. Y decimos que la adquiere *ex lege* porque, pese a que debe tramitarse la inscripción de nacimiento oportuna conforme a la legalidad vigente<sup>117</sup>, la inscripción en la Sección consular de la Embajada es mero requisito formal y no condición indispensable para la adquisición de la nacionalidad, siendo primeramente competente para llevar a cabo la antedicha inscripción registral el encargado del Registro Civil del lugar de nacimiento<sup>118</sup>.

Cabe puntualizar, pese a las estipulaciones establecidas en la legislación española en cuanto a inscripciones de nacimiento en el Registro Civil se refieren, que ni las mismas ni el mero hecho de haber nacido en territorio español, otorgan la nacionalidad española a los recién nacidos, ni mucho menos les confieren derecho de tipo alguno<sup>119</sup>.

En cualquier caso, hemos de tener en consideración que, si el hijo de Maihla hubiese corrido riesgo de apatridia, habría de otorgársele, de origen, la nacionalidad española para que pudieran salvaguardarse de modo efectivo sus derechos<sup>120</sup>.

En definitiva, al hijo de Maihla no se le puede atribuir con el nacimiento la nacionalidad española de origen, sino que tendrá la nacionalidad nigeriana por ser la de ambos progenitores. No obstante, podrá concedérsele la nacionalidad española con posterioridad si cumple con los requisitos establecidos para adquirirla por razón de residencia. En relación con ello, cabe señalar que, de conformidad con el art. 22.2 CC, a

---

<sup>116</sup> Véanse: RDGRN 1/2001 (1ª), de 1 de diciembre de 2001, JUR\2002\90054, FJ 2º; RDGRN 1/2001 (1ª), de 5 de abril de 2001, RJ\2002\5492, FJ 3º; RDGRN 1/2001 (1ª), de 13 de octubre de 2001, JUR\2002\36534, FJ 3º y 4º; RDGRN 3/2003 (3ª), de 28 de octubre de 2003, JUR\2004\63063, FJ 3º; RDGRN 4/2001 (4ª), de 4 de septiembre de 2001, JUR\2001\295415, FJ 3º y 4º; TSJ Valencia 1006/2014 (Sección 1ª), de 13 de noviembre, JUR\2015\75050, FJ 4º.

<sup>117</sup> Véase el art. 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011, pp. 81468-81502; Véase también el art. 68 RRC.

<sup>118</sup> ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en España Regulación legal e interpretación jurisprudencial sobre un análisis de datos estadísticos de los nacidos en territorio español durante el período 1996–2002*, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, p. 119. Véanse también: RDGRN 1/2001 (1ª), de 10 de septiembre de 2001, RJ\2002\1734, FJ 3º; RDGRN 1/2005 (1ª), de 21 de septiembre de 2005, JUR\2006\266755, FJ 3º; RDGRN 4/2004 (4ª), de 8 de marzo de 2004, JUR\2004\158891, FJ 3º; RDGRN 4/2006 (4ª), de 16 de mayo de 2006, JUR\2007\111902, FJ 3º; RDGRN 4/2006 (4ª), de 20 de octubre de 2006, JUR\2008\10862, FJ 3º; RDGRN 5/2005 (5ª), de 18 de noviembre de 2005, JUR\2006\291845, FJ 3º.

<sup>119</sup> Véanse: TSJ Valencia 17/2014 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª), de 16 de enero, JUR 2014\105972, FJ 4º; TSJ Valencia 1006/2014, *sent. cit.*, FJ 4º.

<sup>120</sup> Véase el art. 7 del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897-38904.

aquellas personas que hayan nacido en territorio español, les bastará el plazo de residencia de un año para la obtención de la nacionalidad española por residencia.

## **VI. Conclusiones.**

### **VI.I. Conclusiones de la Cuestión I.**

- Tras el análisis del caso en lo referente a los delitos imputables a José, determinamos que éste es autor de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, tipificado en el art. 318.bis CP, contra la persona de Maihla, encontrándose esta conducta delictiva agravada por los componentes de ánimo de lucro y puesta en peligro de la vida de la víctima.
- Tras el análisis del caso en lo referente a los delitos imputables a José, determinamos que éste es autor de un delito de robo con intimidación tipificado en los arts. 237 y 242 CP contra Maihla y Kouassi, al concurrir en su conducta delictiva los componentes de apoderamiento del dinero exigido, la intimidación y la amenaza con fin de inmediatez.
- Tras el análisis de la jurisdicción española en materia penal en el caso de que José fuese nacional nigeriano y no español, determinamos que el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros tipificado en el art. 318.bis CP sería conocido por los tribunales españoles en virtud del principio de justicia universal emanado del art. 23.4 LOPJ, en el caso de que entendamos este delito como de mera actividad. En caso de entender el referido delito como de resultado, también ostentarían los tribunales españoles jurisdicción para conocer del mismo, pero en virtud del principio de territorialidad recogido en el art. 23.1 LOPJ.

### **VI.II. Conclusiones de la Cuestión II.**

- En cuanto a la solicitud de protección internacional presentada por Zulma, será responsable de su examen, en primer lugar, Lituania, por ser el Estado de primera entrada irregular al que accede la misma y, en segundo lugar, España, por ser el país ante el cual Zulma presenta por primera vez su solicitud de protección internacional.
- Lituania adquiere el primer puesto para examinar la solicitud de Zulma debido a que Grecia, Estado predecesor en cuestión de responsabilidad de acuerdo con el Reglamento de Dublín III, se conforma como un Estado incapaz de asegurar las condiciones mínimas de humanidad a los inmigrantes, por lo que España no podría devolver a Zulma al Estado heleno arriesgándose a poner en riesgo los derechos de Zulma declarados en los arts. 3 CEDH y 4 CDFUE.
- España, de conformidad con su condición de Estado ante el que Zulma presenta por primera vez su solicitud de protección internacional, ostenta la conocida como “cláusula de soberanía” establecida en el art. 17.1 del Reglamento de Dublín III, así como la “responsabilidad subsidiaria” del art. 3.2 del referido

Reglamento. En virtud de estas dos cláusulas, España podría entrar a valorar la solicitud de Zulma independientemente del orden de prelación establecido en el Reglamento de Dublín III cuando lo considere oportuno, y cuando no pueda determinarse la responsabilidad de ningún otro Estado siguiendo los criterios de prelación de responsabilidad establecidos en el Reglamento Dublín III, respectivamente.

- Descartamos, sin mayor valoración, que el Estado de Bielorrusia no puede pretender la responsabilidad de examinar la solicitud de protección internacional presentada por Zulma al no cumplir con el requisito de Estado seguro, de conformidad con los art. 38 y 39 de la Directiva 2013/32/UE, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional.
- En lo relativo a la solicitud de protección internacional presentada por Maihla, cabe determinar que la misma pertenece a un determinado grupo social con base en su identidad sexual perseguido en Nigeria, y siendo víctima de persecución individualizada cabe otorgársele el asilo en España.
- Con referencia a la solicitud de protección internacional presentada por Kouassi, al tratarse de una persecución generalizada contra el conjunto de la población de la aldea de Burundi en la que habita, y no siendo Kouassi víctima de una persecución individualizada contra su persona, cabe concedérsele la protección subsidiaria en España.
- En lo que ocupa a la solicitud de protección internacional presentada por Said, pese a existir legislación penal al respecto de la condición de homosexual, la misma no se lleva efectivamente a la práctica, hecho que evita la existencia de riesgo de peligro para Said. Por ello, el mismo no será beneficiario ni de asilo ni de protección subsidiaria en España.
- Considerando la solicitud de protección internacional presentada por Zulma, ésta es víctima de una persecución de carácter individual por expresar sus opiniones políticas contrarias al régimen de Turkmenistán y participar activamente de las mismas. Con base en ello, a Zulma le será concedido el asilo en España.

#### VI.III. Conclusiones de la Cuestión III.

- En lo referente a la posibilidad de que Maihla pueda presentarse a una oposición convocada por la Administración del Estado español atendiendo en exclusiva a las bases comunes, hemos de concluir que, en principio, Maihla no podría presentarse al no cumplir la totalidad de los requisitos comunes establecidos en la Orden APU/3416/2007, por la que se establecen las bases comunes que regirán los procesos selectivos para el ingreso o el acceso en cuerpos o escalas de la Administración General del Estado, y en el art. 56 EBEP, pues no ostenta Maihla el requisito de la nacionalidad española.

- En lo relativo a la posibilidad de que Maihla pueda subsanar el incumplimiento del requisito común de la nacionalidad española, ello sería posible si se lleva a cabo dentro del plazo de subsanación determinado en la convocatoria y, en todo caso, con anterioridad al efectivo nombramiento de aquellas personas que hubieran superado la totalidad del proceso selectivo. La subsanación del requisito de la nacionalidad puede efectuarse al cumplir Maihla el conjunto de condiciones exigidas para la obtención de la nacionalidad española por residencia, siendo tales condiciones el haber residido en territorio español de manera legal, continuada, efectiva y en un período quinquenal inmediatamente anterior a la solicitud de la nacionalidad española (art. 21.2 CC), además de acreditar una buena conducta cívica y una efectiva integración en la sociedad española. En este sentido, no parece existir, en el caso de Maihla, motivo alguno de orden público por el que pueda plantearse la denegación de la nacionalidad española.
- En cuanto a determinar si el hijo de Maihla adquiere la nacionalidad española por el mero hecho de haber nacido en territorio español, cabe hacer alusión a que tanto Maihla como el padre del pequeño ostentan la nacionalidad nigeriana. En este sentido, teniendo en consideración que según la legislación nacional de Nigeria, aquellas personas que hubieran nacido fuera del territorio nigeriano obtendrán la nacionalidad de este país, siempre y cuando sus progenitores sean también nigerianos, como es el caso, el hijo de Maihla no adquiriría la nacionalidad española de origen, sino que tomaría la nigeriana de sus padres.
- Tras analizar la situación que lleva al hijo de Maihla a no adquirir la nacionalidad española por el mero hecho de haber nacido en territorio español, cabe destacar la posibilidad de que al niño le bastará el periodo de residencia de un año para obtener la nacionalidad española, de conformidad con el art. 22.2 CC, precisamente por haber nacido en territorio español.

## **VII. Bibliografía.**

### **VII.I. Monografías.**

- **ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.**, *Nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en España Regulación legal e interpretación jurisprudencial sobre un análisis de datos estadísticos de los nacidos en territorio español durante el período 1996–2002*, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.
- **CABALLERO GEA, J. A.**, *Asilo, extranjería, inmigración, homologación de títulos extranjeros y nacionalidad*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.
- **GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.**, *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- **GORTÁZAR ROTAECHE, C. J.**, *Derecho de asilo y “no rechazo” del refugiado*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997.
- **LASARTE, C.**, *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015.
- **LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (dir.)**, *Código penal con jurisprudencia sistematizada*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- **MANZANARES SAMANIEGO, J.**, *Comentarios al Código Penal (Tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo)*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- **MESTRE DELGADO, E. et al.**, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Ed. Edisofer, Madrid, 2015.
- **RODRÍGUEZ MESA, M. J.**, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- **SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.**, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Ed. Atelier, Barcelona, 2002.
- **SANTOLAYA MACHETTI, P.**, *El Derecho de asilo en la Constitución Española*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001.
- **TOMÉ GARCÍA, J. A.**, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, Madrid, 2016.

### **VII.II. Artículos y contribuciones a obras colectivas.**

- **CANTERO MARTÍNEZ, J.**, “Adquisición y pérdida de la relación de servicio”, en **SAMPERE NAVARRO, A. et al. (dir.)**, *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.
- **CAVAS MARTÍNEZ, F.**, “Adquisición y pérdida de la relación de servicio”, en **MONEREO PÉREZ et al. (dir.)**, *El estatuto básico del empleado público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*, Ed. Comares, Granada, 2008.
- **GÓRRIZ ROYO, E.**, “Delitos de robo: arts. 237, 240, 241 y 242 CP”, en **GONZÁLEZ CUSSAC, J. (dir.)**, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- **IGLESIAS SKULJ, A.**, “Artículo 318 BIS: Delitos contra los ciudadanos extranjeros”, en **GONZÁLEZ CUSSAC, J. (dir.)**, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- MERINO SANCHO, V. M., “Derecho de asilo y género. ¿Ha evolucionado el derecho de asilo?”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 17, 2008, pp. 1-10.
- MORGADES GIL, S. “Refugiado”, *Revista en cultura de la legalidad*, nº 10, 2016, 231-249.
- MORGADES GIL, S., “TEDH- Sentencia de 21.01.2011 (Gran Sala), M.S.S. C. Bélgica y Grecia, 30696/09- «artículos 3 y 13 CEDH – Prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes. Reglamento (CE) nº 343/2003 de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo (Dublín II)». El funcionamiento efectivo de la política europea de asilo ante la garantía del Derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del CEDH”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 41, Madrid, 2012, 183-204.
- MUÑOZ MESA, S., “La reforma del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8, 2015, pp. 37-47.
- MUÑOZ RUIZ, J., “La ayuda humanitaria: ¿una excusa absolutoria o una causa de justificación?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 18, 2016, pp. 1-27.
- OLESTI RAYO, A., “Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 10, 2008, pp. 13-48.
- ORTIZ DE LA TORRE, J. A., “Algunas consideraciones acerca de la nueva reforma española de la jurisdicción universal”, *Revista Jurídica de Asturias*, nº 38, 2015, pp. 5-50.
- PARRA LUCÁN, M. A., “La nacionalidad”, en CONTRERAS, P. de P. (coord.), *Curso de derecho civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona*, Ed. Colex, Madrid, 2015.
- PÉREZ ALONSO, E., “Las últimas reformas del principio de justicia universal legalizadoras de la jurisprudencia “creativa” del Tribunal Supremo español”, *Revista de Estudios penales y criminológicos*, nº 32, 2012, pp. 131-196.
- PÉREZ GÓMEZ, J. M., “Adquisición y pérdida de la relación de servicio”, en SAMPERE NAVARRO, A. et al. (dir.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.
- QUINTERO OLIVARES, G., “Delitos contra la libertad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal Español Tomo I (Artículos 1 a 23)*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “De la extensión y límites de la jurisdicción a la prevención y resolución de conflictos de jurisdicciones penales”, en PÉREZ CEPEDA, A. I. (dir.), *El principio de justicia universal: Fundamentos y límites*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios” en SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal Español Tomo II (Artículos 234 a DF. 7ª)*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016.

### VII.III. Documentos de Derecho Internacional Público.

- “Report to the Greek Government on the visit to Greece carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 14 to 23 April 2015”, Consejo de Europa, Estrasburgo, CPT/Inf (2016) 4, 1 de marzo de 2016, pp. 1-76.
- “Greece as a Country os Asylum. UNHCR Observations on the Current Situation of Asylum in Greece”, The UNHCR Refugee Agency, diciembre de 2014, pp. 1-42.

### VII.IV. Textos jurídicos de Derecho Internacional Público y de Derecho de la UE.

- Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, DO L 328, de 5 de diciembre de 2002, pp. 17-18.
- Reglamento (CE) nº 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados), DO L 243, de 15 de septiembre de 2009, pp. 1-58.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DO L 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 389-403.
- Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, DO L 180, de 29 de junio de 2013, pp. 60-95.
- Reglamento (UE) nº 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema "Eurodac" para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) nº 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia, DO L, 180, de 29 de junio de 2013, pp. 1-30.
- Reglamento (UE) nº 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, DO L 180, de 29 de junio de 2013, pp. 31-59.

### VII.V. Textos jurídicos de Derecho español.

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889. Texto consolidado a fecha de 6 de octubre de 2015.

- Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958, pp. 10977-11004.
- Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23564-23570.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985. Texto consolidado a fecha de 28 de octubre de 2015.
- Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimiento en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972, BOE núm. 270, de 10 de noviembre de 1988, pp. 32060-32065.
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897-38904.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. Texto consolidado a fecha de 28 de abril de 2015.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000. Texto consolidado a fecha de 30 de octubre de 2015.
- Orden APU/3416/2007, de 14 de noviembre, por la que se establecen las bases comunes que regirán los procesos selectivos para el ingreso o el acceso en cuerpos o escalas de la Administración General del Estado, BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2007, pp. 48550-48553.
- Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009, pp. 90860-90884.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011, pp. 81468-81502.
- Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015, pp. 58125-58149. DF 7ª.
- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015. Texto Refundido a fecha de 31 de octubre de 2015.

#### VII.VI. Jurisprudencia internacional y de la UE.

- TJUE (Gran Sala), de 2 de marzo de 2010, *Caso Aydin Salahadin Abdulla y otros contra Bundesrepublik Deutschland*, C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08.
- STEDH (Gran Sala), de 21 de enero de 2011, *Caso M.S.S. contra Belgica y Grecia*, Demanda núm. 30696/2009.
- STJUE (Sala Cuarta), de 7 de noviembre de 2013, *Caso Minister voor Immigratie en Asiel y Otros contra X y Otros*, Cuestión prejudicial núm. 201/2012.

- STEDH (Sección 1ª), de 26 de junio de 2014, *Caso De Los Santos y De La Cruz contra Grecia*, 21342161/20122012.
- STEDH (Sección 1ª), de 21 de abril de 2016, *Caso HA.A. contra Grecia*, 58387/2011.

#### VII.VII. Jurisprudencia española.

- STC 75/1983 (Pleno), de 3 de agosto de 1983, ECLI:ES:TC:1983:75.
- STC 107/1984 (Sala 2ª), de 23 de noviembre de 1984, ECLI:ES:TC:1984:107.
- STC 50/1986 (Sala 1ª), de 23 de abril de 1986, ECLI:ES:TC:1986:50.
- STC 148/1986 (Pleno), de 25 de noviembre de 1986, ECLI:ES:TC:1986:148.
- STC 114/1987 (Sala 2ª), de 6 de julio de 1987, ECLI:ES:TC:1987:114.
- STS 6117/1994 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª), de 29 de septiembre de 1994, ECLI: ES:TS:1994:6117.
- STS 5123/1996 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 28 de septiembre de 1996, ECLI: ES:TS:1996:5123.
- STC 21/1997 (Sala 2ª), de 10 de febrero de 1997, ECLI:ES:TC:1997:21.
- STS 632/1998 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 3 de febrero de 1998, ECLI: ES:TS:1998:632.
- STS 8373/1999 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 9 de junio de 1999, ECLI: ES:TS:1999:8373A.
- STC 138/2000 (Sala 2ª), de 29 de mayo de 2000, ECLI:ES:TC:2000:138.
- STS 3332/2002 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 13 de mayo de 2002, ECLI: ES:TS:2002:3332.
- STS 3010/2004 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 4 de mayo de 2004, ECLI: ES:TS:2004:3010.
- STS 4391/2005 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 30 de junio de 2005, ECLI: ES:TS:2005:4391.
- STS 7378/2005 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 22 de noviembre de 2005, ECLI: ES:TS:2005:7378.
- STS 324/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 19 de enero de 2006, ECLI: ES:TS:2006:324.
- STS 1403/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 6 de marzo de 2006, ECLI: ES:TS:2006:1403.
- STS 6964/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 13 de noviembre de 2006, ECLI: ES:TS:2006:6964.
- STS 2394/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 3 de marzo de 2007, ECLI: ES:TS:2007:2394.
- STS 3255/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 10 de mayo de 2007, ECLI: ES:TS:2007:3255.
- STS 4019/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 29 de mayo de 2007, ECLI: ES:TS:2007:4019.
- STS 4945/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 21 de junio de 2007, ECLI: ES:TS:2007:4945.
- STS 4942/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 26 de junio de 2007, ECLI: ES:TS:2007:4942.
- STS 6378/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 8 de octubre de 2007, ECLI: ES:TS:2007:6378.

- STS 8758/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 27 de diciembre de 2007, ECLI: ES:TS:2007:8758.
- STS 96/2008 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 3 de enero de 2008, ECLI: ES:TS:2008:96.
- STS 1027/2008 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 31 de enero de 2008, ECLI: ES:TS:2008:1027.
- STS 5969/2008 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 23 de octubre de 2008, ECLI: ES:TS:2008:5969.
- STS 7283/2008 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 29 de diciembre de 2008, ECLI: ES:TS:2008:7283.
- STS 2781/2009 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª), de 11 de mayo de 2009, ECLI: ES:TS:2009:2781.
- STS 6491/2009 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 22 de octubre de 2009, ECLI: ES:TS:2009:6491.
- STS 7955/2009 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 18 de noviembre de 2009, ECLI: ES:TS:2009:7955.
- STS 4013/2011 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª), de 15 de junio de 2011, ECLI: ES:TS:2011:4013.
- STS 7608/2011 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª), de 14 de noviembre de 2011, ECLI: ES:TS:2011:7608
- STS 8542/2012 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 21 de diciembre de 2012, ECLI: ES:TS:2012:8542.
- STS 217/2013 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª), de 9 de enero de 2013, ECLI: ES:TS:2013:217.
- STS 440/2013 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 30 de enero de 2013, ECLI: ES:TS:2013:440.
- TSJ Valencia 17/2014 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª), de 16 de enero, JUR 2014\105972.
- STS 818/2014 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª), de 6 de marzo de 2014, ECLI: ES:TS:2014:818.
- STS 1325/2014 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª), de 3 de abril de 2014, ECLI: ES:TS:2014:1325.
- STS 2607/2014 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 18 de junio de 2014, ECLI: ES:TS:2014:2607.
- TSJ Castilla la Mancha 577/2014 (sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª), de 30 de septiembre, JUR 2014\293015.
- TSJ Valencia 1006/2014 (Sección 1ª), de 13 de noviembre, JUR\2015\75050.
- STS 4608/2015 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª), de 4 de noviembre de 2015, ECLI: ES:TS:2015:4608.
- SAP Málaga 281/2015 (Sección 7ª), de 3 de diciembre de 2015, ECLI: ES:APML:2015:281.
- STS 296/2016 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª), de 5 de febrero de 2016, ECLI: ES:TS:2016:296.
- STS 824/2016 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 4 de marzo de 2016, ECLI: ES:TS:2016:824.
- SAP Las Palmas de Gran Canaria 1038/2016 (Sección 1ª), de 5 de abril de 2016, ECLI: ES:APGC:2016:1038.

- SAP Madrid 11327/2016 (Sección 29ª), de 26 de abril de 2016, ECLI: ES:APM:2016:11327.
- STS 3665/2016 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 19 de julio de 2016, ECLI: ES:TS:2016:3665.
- STS 4151/2016 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª), de 23 de septiembre de 2016, ECLI: ES:TS:2016:4151.
- STS 4518/2016 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª), de 26 de septiembre de 2016, ECLI: ES:TS:2016:4518.
- STS 4403/2016 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 5 de octubre de 2016, ECLI: ES:TS:2016:4403.
- STS 4703/2016 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª), de 25 de octubre de 2016, ECLI: ES:TS:2016:4703.
- STS 4698/2016 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª), de 26 de octubre de 2016, ECLI: ES:TS:2016:4698.
- STS 7608/2011 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª), de 14 de noviembre de 2011, ECLI: ES:TS:2011:7608.

#### VII.VIII. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

- RDGRN 1/2001 (1ª), de 5 de abril de 2001, RJ\2002\5492.
- RDGRN 4/2001 (4ª), de 4 de septiembre de 2001, JUR\2001\295415.
- RDGRN 1/2001 (1ª), de 10 de septiembre de 2001, RJ\2002\1734.
- RDGRN 1/2001 (1ª), de 13 de octubre de 2001, JUR\2002\36534.
- RDGRN 1/2001 (1ª), de 1 de diciembre de 2001, JUR\2002\90054.
- RDGRN 3/2003 (3ª), de 28 de octubre de 2003, JUR\2004\63063.
- RDGRN 4/2004 (4ª), de 8 de marzo de 2004, JUR\2004\158891.
- RDGRN 1/2005 (1ª), de 21 de septiembre de 2005, JUR\2006\266755.
- RDGRN 5/2005 (5ª), de 18 de noviembre de 2005, JUR\2006\291845.
- RDGRN 4/2006 (4ª), de 16 de mayo de 2006, JUR\2007\111902.
- RDGRN 4/2006 (4ª), de 20 de octubre de 2006, JUR\2008\10862.