

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

## DERECHO DE ASILO Y ADOPCIÓN INTERNACIONAL

---

AUTORA:

CRISTINA DANS IGLESIAS

TUTOR:

MANUEL JOSÉ VÁZQUEZ PENA

TRABAJO DE FIN DE GRADO PARA LA OBTENCIÓN  
DEL GRADO EN DERECHO

CONVOCATORIA JUNIO 2016  
UNIVERSIDADE DA CORUÑA

## Índice.

	Pág.
<b>I. Antecedentes de hecho.....</b>	<b>3</b>
<b>II. Abreviaturas.....</b>	<b>6</b>
<b>III. Respecto al derecho de asilo:</b>	
1. Dictamen sobre el procedimiento para la concesión del derecho de asilo a Aminah, sus hijos y Delilah, explicando el papel ejercido por la Oficina de Asilo y Refugio y por ACNUR.....	7
2. Dictamen sobre el posible riesgo para la seguridad nacional en caso de recibir a Abdel- Bari, bien cuando solicitó el asilo por primera vez, como cuando solicita el reexamen del expediente. ¿Considera hecho justificativo de la concesión la necesidad de la recomposición de la unidad familiar?.....	11
3. Dictamen sobre la precisión o no de la documentación aportada por Delilah, relativa a su identidad y edad, y procedimiento a seguir para determinar si los datos son veraces.....	14
<b>IV. Respecto a la idoneidad de la familia García Castro como adoptantes</b>	
1. Fundamentos jurídicos que justifican la no idoneidad.....	17
2. Procedimiento a seguir para solicitar un nuevo informe de idoneidad.....	22
<b>V. Efectos jurídicos derivados del secuestro de Aminah y Delilah.....</b>	<b>27</b>
<b>VI. Respecto a la situación que sufrían los hijos de Abdel Bari y Aminah durante su secuestro:</b>	
1. Determinar a qué delitos serán objeto de condena los secuestradores.....	32
2. Salvaguarda jurídica que les aportan las leyes de protección de los derechos del niño. ¿Podrían recurrir a otras normas para su protección?.....	37
<b>VII. Conclusiones.....</b>	<b>42</b>
<b>VIII. Bibliografía.....</b>	<b>45</b>
<b>Apéndices:</b>	
<b>Apéndice jurisprudencial.....</b>	<b>47</b>
<b>Apéndice legislativo.....</b>	<b>49</b>

## **I. Antecedentes de hecho**

El 13 de julio del año 2015, la familia siria compuesta por cuatro miembros, el padre Abdel Bari, la madre Aminah, un hijo Alí Bari y una hija cuyo nombre es Azhar deciden solicitar asilo en España en la Embajada Española en Ankara (Turquía) debido a las difíciles circunstancias en su país de origen que les forzaron a cruzar las fronteras en dirección a Europa.

Tramitada la solicitud en la Oficina de Asilo y Refugio, siguiendo el procedimiento establecido para la concesión del derecho de asilo, pasadas unas semanas se les comunica la resolución favorable del Ministro del Interior a la madre y a los hijos, la cual les reconoce la condición de refugiados y el derecho de asilo, teniendo en cuenta los informes de ACNUR. En cambio, se le deniega el derecho de asilo mediante resolución del Ministerio de Interior al padre, Abdel Bari, debido a que el Centro Nacional de Inteligencia emitió un informe en el que sugería la posible existencia de un riesgo para la Seguridad Nacional. El informe recogía referencias a la relación existente en los noventa entre Abdel Bari y uno de los hermanos de Abu Bakr al-Baghadi, actual líder del llamado Estado Islámico.

Junto a ellos, viajaba una joven sin su familia, que respondía al nombre de Delilah y que mostraba apariencia de tener 21 años. Sin embargo, esta joven portaba documentación siria, y los datos allí disponibles no se ajustaban a la apariencia física de Delilah. Su pasaporte señalaba que la joven había nacido el 1 de mayo de 2000. También a ella se le había reconocido derecho de asilo.

Coincidiendo con esta época, el día 15 de agosto de 2015, la familia García Castro, residente en la provincia de La Coruña, pone a disposición de ACNUR y de las instituciones locales y por ende, europeas, su vivienda y recursos para acoger, proporcionar trabajo y cuidados básicos a la familia de Aminah y a Delilah.

La familia García Castro se compone de José García de 36 años, vecino de La Coruña, funcionario de la Consellería de Política Social de la Xunta de Galicia, y de su esposa María Castro de 33 años, vecina de La Coruña, doctora en el Hospital Teresa Herrera materno infantil de La Coruña.

Desde enero de 2010 el matrimonio está a la espera de la concesión de una adopción internacional. Ambos cumplen el requisito de capacidad, pero un Informe de la Xunta de Galicia de marzo de 2013 les declara no idóneos para adoptar. La Xunta alega en su Informe la falta de motivación observada en María para ejercer la patria potestad, así como una actitud pasiva ante las responsabilidades que conllevaría la misma.

María y José consideran que lo anterior no se ajusta a la realidad, ya que María simplemente mostró preocupación por el hecho de sufrir una enfermedad crónica que en determinados momentos le impide alcanzar el máximo rendimiento, pero no por ello iba a delegar o empeorar el ejercicio de la patria potestad.

Por este motivo denunciaron ante el Juzgado de Familia, Juzgado de Primera Instancia número 3 de La Coruña, sito en la Calle Juan Varela de la ciudad, las medidas de protección de menores acordadas en el informe emitido por la Xunta de Galicia en 2013, solicitando además la posibilidad de realizar un nuevo informe sin

esperar los 3 años de vigencia de la declaración de idoneidad y de los informes psicosociales emitidos.

A 1 de agosto de 2015, el proceso de adopción en el que estaban inmersos se encuentra paralizado, razón por la cual, María convence a José para hacerse socios de ACNUR. Su pertenencia a esta organización les permite establecer lazos con refugiados sirios, conocer sus condiciones de vida, y lo que más deseaban: conocer niños. Ambos fueron muy bien acogidos en la organización, y sus profesiones les otorgaban respeto por parte de los socios a cargo de la organización en la ciudad, ya que éstos creían que tener a una doctora y a un funcionario de Política Social podría aportar cambios y renovación a la organización.

Sin embargo, José no estaba conforme con la decisión tomada por María de abandonar los exigentes exámenes y largas esperas para adoptar y decide continuar con la adopción por otras vías infralegales. Además, su trabajo y experiencia en la Consellería competente en adopciones le facilitaba acceso a información sobre los países con convenio de adopción, sobre las vías más rápidas para conseguirla,...

Así fue que, aprovechando su condición de funcionario y los datos de concedentes de niños en adopción, decide en septiembre de 2015 viajar a Bogotá con el propósito de adoptar ilegalmente un niño de una embarazada en Colombia, a cambio de una compensación económica, usando los medios a su alcance para llevar a cabo el propósito, como falsificación de documentos de identidad.

José consigue esquivar las autoridades colombianas y con la complicidad de María simulan en el hospital coruñés el nacimiento. Estos modos de actuar al margen de la ley, generan un estrés elevado en José que comienza a actuar violentamente con María, con golpes frecuentes que hacen que los vecinos el día 20 de octubre llamen a la policía y ésta detenga a José. Al detener a José, la policía detecta una situación extraña con el bebé. De modo que, decide iniciar una investigación.

Mientras esto sucedía, en septiembre de 2015, llegaron a Coruña Aminah, sus hijos y Delilah, a quienes habían acogido, y se instalaron en una casa que el matrimonio tiene en el lugar de A Baiuca en el municipio de Arteixo. Allí la madre, Aminah, trabaja en invernaderos propiedad de la familia García Castro, mientras que sus hijos y la joven Delilah asisten al colegio.

Conocedores de esta situación un grupo de compañeros de trabajo de Aminah, vecinos de Arteixo, de nacionalidad marroquí y con residencia española deciden comenzar a amenazar a los pequeños, mientras se ganan la confianza de la madre y la de Delilah.

Estos hombres cuyos nombres son Abdul-Azim, nacido el 3 de marzo de 1989, Abdul-Ali nacido el 8 de enero de 1978, y Abdul-Hadi, con fecha de nacimiento 4 de julio de 1985, habían conseguido permiso de trabajo en 2014.

La confianza de los tres hombres con Aminah y con Delilah aumenta con el paso del tiempo. Pero ellos tenían un objetivo, secuestrar a ambas mujeres, propinarle un trato degradante e introducirlas en el mundo de la prostitución pasados unos meses. Las forzaron a ejercer como tal en el pub de alterne “Eclipse” desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 28 de febrero de 2016. Día en el que la policía hizo una redada en ese local, tras recibir una llamada anónima de un cliente del local al que Aminah le había contado su situación.

Durante los días previos al 28 de febrero de 2016, Aminah ve quebrantado su deber de custodia de sus hijos, así como no puede verlos ni comunicarse con ellos. Los niños, por su parte, se ven sometidos a acoso de los secuestradores en la calle, a través de los teléfonos móviles que la familia García Castro les había facilitado, y a amenazas constantes de muerte si hacían público que su madre y Delilah estaban secuestradas en contra de sus respectivas voluntades. Si bien, los secuestradores, se preocupaban de proporcionarles comida durante este tiempo.

Al tiempo que los refugiados que habían acogido viven esta situación, José García está pendiente de resolución judicial. El nacimiento de su bebé continúa siendo investigado. Y, por su parte, Abdel Bari vuelve a solicitar asilo en España en el aeropuerto del Prat de Barcelona, estimando necesario el reexamen de su expediente, alega la necesidad de la recomposición de la unidad familiar y dice sentirse sometido a persecución por sus viejos amigos por haber manifestado nuevas ideas políticas.

## **II. Abreviaturas.**

CC: Código Civil

CIAR: Comisión Interministerial de Asilo y Refugio

CNI: Centro Nacional de Inteligencia

CP: Código Penal

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

F.J: Fundamento jurídico

LO: Ley orgánica

OAR: Oficina de Asilo y Refugio

RD: Real Decreto

SAN. Sentencia de la Audiencia Nacional

SAP: Sentencia Audiencia Provincial

SECA: Sistema Europeo Común de Asilo

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

### III. Respecto al derecho de asilo.

#### 1. Dictamen sobre el procedimiento para la concesión del derecho de asilo a Aminah, sus hijos y Delilah, explicando el papel ejercido por la Oficina de Asilo y Refugio y por ACNUR.

En materia de asilo, el marco legislativo de referencia en vigor a nivel europeo<sup>1</sup>, incluye la normativa que conforma el Sistema Europeo Común de Asilo (en adelante, “SECA”). Entre los años 2000 y 2005 fue adoptada la primera generación de legislación de la Unión Europea en esta materia. A ella pertenecen las directivas transpuestas mediante la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Dentro de dicha normativa se encontraba la Directiva 2004/83, de la cual MANGAS MARTÍN<sup>2</sup> señala que establece los criterios mínimos de interpretación que son obligatorios para los Estados miembros y, al mismo tiempo, en referencia a la protección subsidiaria, abre la vía de una protección distinta al asilo a personas que, aún no estando cubiertas o excluidas del mismo, merecen una protección.

Sostiene PÉREZ SOLA<sup>3</sup>, en relación a esta primera fase, que, por parte de la Comisión Europea, se llevó a cabo la formulación de diversas propuestas orientadas a la adopción de un marco legislativo comunitario en la materia. Sin embargo, la ausencia de voluntad política de algunos de los Estados miembros complicó la prosperación de nuevas iniciativas y reformas de la regulación existente.

En relación al procedimiento de concesión del derecho de asilo a Aminah, a sus hijos y Deliah, debe señalarse, en primer lugar, que uno de los cambios introducidos por Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, se refiere a la posibilidad de solicitar protección internacional en las Embajadas o Consulados Españoles. Así, en su artículo 38 se establece que *“siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la Representación diplomática y corra peligro su integridad física, los Embajadores de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley”*<sup>4</sup>.

A pesar de que el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley

---

<sup>1</sup> METSOLA, R./ KYENG, K. (2016): *Sobre la aplicación efectiva del sistema europeo común de asilo (SECA), incluido el papel de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO)*. Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, Parlamento Europeo, Documento de trabajo. p.2.

<sup>2</sup> CARDONA LLORENS, J/ PUEVO LOSA, J/ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J/ SOBRINO HEREDIA, J-M., en *Estudios de derecho internacional y de derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Tomo II, AZNAR GÓMEZ, M-J., (Dir.), Tirant lo Blanch, 2012, p. 1.633.

<sup>3</sup> PÉREZ SOLA, N., “Derecho de Asilo y la Condición de Refugiado: Balance de 26 años de Desarrollos legislativos”, en *Revista Derechos y Libertades*, Dykinson, Madrid, 2011, nº 25, p. 290.

<sup>4</sup> Se elimina así la facultad otorgada a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, relativa a la autorización del traslado a España del solicitante a propuesta de la OAR que figura en el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

9/1994, de 19 de mayo, vigente hasta el momento, cita entre los lugares de presentación de solicitud de asilo recogidos en su artículo 4.1 las *“Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas en el extranjero”*, la redacción de la nueva ley impide, sin embargo, considerar las embajadas como tal. En consecuencia, este precepto implica la imposibilidad de presentar una solicitud de protección fuera de España, limitándose el papel de la Representación diplomática a examinar si concurre el riesgo para su integridad física y, en caso de que este requisito sea verificado, promover el traslado de las personas seleccionadas a territorio español con objeto de que puedan formalizar allí su solicitud.

Dado que los solicitantes se habían desplazado a Turquía, encontrándose estos en la Embajada de España en Ankara, en caso de que pudiese considerarse que su integridad física corría peligro, el Embajador de España en Turquía podría promover su traslado a España para que pudiesen presentar la solicitud en el territorio español.

La aplicación efectiva del mandato contenido en el citado art. 38 de la nueva ley plantea numerosas cuestiones a la espera de su desarrollo reglamentario. Especialmente, en relación a la determinación de las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados de los solicitantes.

Siguiendo a GARCÍA MAHAMUT Y GALPARSORO<sup>5</sup> de la redacción del citado artículo se desprende que, si a la vista de la solicitud no puede entenderse que exista una persecución de las descritas en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951 (en adelante, Convención de Ginebra), no se podrá promover el traslado de la persona a territorio español con el objeto de presentar la solicitud. Puede concluirse, por lo tanto, que la solicitud únicamente puede presentarse en España en los supuestos en que la persecución se funde en los motivos previstos en la Convención de Ginebra, siendo el peligro para la integridad física del solicitante el elemento central que determinará la procedencia de promover, o no, el traslado a España. Sin embargo, como se desprende de reiterada jurisprudencia, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1988<sup>6</sup>, no sólo ha de mediar un “fundado temor de persecución, sino, también, deben concurrir unas circunstancias objetivas que evidencien la razonable posibilidad de sufrir la persecución.

En este punto debe considerarse que, a pesar de la relevancia de la Convención de Ginebra en el plano internacional, su contenido, en determinados casos, no ha estado exento de definición, como ha puesto de manifiesto MUÑOZ AUNIÓN<sup>7</sup> al enunciar que *“en la instrucción de la solicitud de asilo se muestra que la mayoría de los casos no se basan en ninguno de los motivos previstos en la Convención, además la noción de refugiado definida en el Convenio puede dar lugar a interpretaciones diversas por parte de la autoridad encargada de instruir la práctica de la solicitud de asilo o de la jurisdicción eventualmente llamada a pronunciarse sobre recursos contra la decisión adoptada por dicha autoridad”*.

En atención a lo expuesto, debemos suponer, en este punto, que las solicitantes fueron trasladadas a España. Una vez en territorio español, podían haber presentado su

---

<sup>5</sup> GARCÍA MAHAMUT, GALPASORO, J. Y VIDAL FUEYO, M.C., *Régimen Jurídico del Derecho de Asilo en la Ley 12/2009. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2010.p.149.

<sup>6</sup> STS de 15 de abril de 1988, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. primero, (RJ 1988/3344)

<sup>7</sup> MUÑOZ AUNIÓN, A., *La política común europea del derecho de asilo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 49.

solicitud, siempre en un período inferior a un mes desde su llegada, en la Oficina de Asilo y Refugio (en adelante, “OAR”), Jefaturas Provinciales de la Policía Nacional y Oficinas de Extranjería, eligiendo la primera opción. La presentación de la solicitud debe efectuarse, según lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 12/2009, mediante comparecencia personal de los interesados y se formaliza a través de una entrevista personal individual.

La Ley reserva su cuarto capítulo a la Intervención del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante “el ACNUR”). Esta previsión se fundamenta en el destacado protagonismo que ha tenido este ente en materia de asilo, aspecto este que se materializa, por ejemplo, en que su División de Protección, elaboró un manual en septiembre de 1979, que ha sido publicado posteriormente en español en 1988 y 1992, y que contiene los criterios a tener en cuenta para determinar la condición de refugiado, criterios que se basan en la información reunida por ACNUR sobre la práctica de los Estados y la doctrina<sup>8</sup>. Es por ello que, incluso en el Preámbulo de la Ley, se le ha concedido un lugar destacado, considerando a este organismo “*una garantía del justo funcionamiento del sistema*” y reconociendo el importante papel que desempeña en la tramitación de las solicitudes de asilo. Sin embargo, en la práctica, la posición del ACNUR no resultó modificada con respecto a la Ley anterior, a excepción del informe que debe realizar a efectos de la admisión a trámite en frontera, cuestión que se tratará con posterioridad en el presente trabajo.

La intervención del ACNUR se manifiesta tanto en el procedimiento de solicitud como en la tramitación de la protección internacional, de acuerdo con lo recogido en los artículos 34 y 35, respectivamente. En relación al procedimiento de solicitud, su presentación deberá comunicarse al ACNUR, pudiendo este organismo informarse de la situación de los expedientes, personarse en las audiencias a la persona solicitante y presentar informes para su inclusión en el expediente. Con el objeto de cumplir con las funciones relatadas, el ACNUR debe tener acceso a las personas solicitantes.

Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional indica que la falta de información al ACNUR, en relación a la presentación de una solicitud, determinará la anulabilidad del acto administrativo al considerarse que se estará privando a dicho acto de un requisito formal indispensable para que alcance el fin que le impone el ordenamiento jurídico. En esta línea se pronunció la Sala de Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de julio de 2004<sup>9</sup>, al establecer que “*la ausencia en el expediente de documental acreditativa de haberse solicitado el oportuno Informe por el ACNUR, comporta un supuesto de Nulidad de pleno derecho, por haberse omitido un trámite esencial del procedimiento, que en aplicación del art. 62. e) de la Ley 30/92, determina que deba declararse la Nulidad de la Resolución impugnada debiendo admitirse el recurso de casación formulado, anular la sentencia dictada y estimar el recuso Contencioso-Administrativo con la finalidad de que se proceda a retrotraer las actuaciones administrativas en el procedimiento seguido al momento en que debía solicitarse al ACNUR el preceptivo Informe, y, una vez evacuado el mismo, dictarse la Resolución procedente*”. El argumento esgrimido en el caso citado se ha consolidado

---

<sup>8</sup> Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Guía sobre el Derecho de asilo, Madrid, 2005, p. 59.

<sup>9</sup> STS de 29 de julio de 2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. quinto (RJ 2004/6274)

en nuestro orden jurídico debido a la multitud de pronunciamientos realizados en idéntico sentido por la misma Sala<sup>10</sup> del Tribunal Supremo.

En lo relativo a lo relativo al procedimiento de tramitación, el representante en España del ACNUR ha de ser convocado a las sesiones de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, detentando un papel de gran relevancia en las solicitudes en frontera. Esta cuestión será abordada en mayor amplitud más adelante.

Por su relevancia en este ámbito, debe hacerse una breve alusión a la OAR, que, en aplicación del artículo 23.1 de la Ley 12/2009, es el organismo competente para la tramitación de las solicitudes y la instrucción de los expedientes. Este ente, que depende del Ministerio del Interior, fundamenta el ámbito de sus funciones<sup>11</sup> en el artículo 3 del Reglamento 203/1995, de 10 de febrero. estas funciones, la Ley, añade, a través del artículo 40, la tramitación de las solicitudes de extensión familiar de la protección, y, mediante la previsión descrita en los artículos 44 y 45, la iniciación de los procedimientos de cese y de revocación de la protección internacional concedida. En el caso que nos ocupa, la OAR, una vez recibida la solicitud<sup>12</sup>, debe estudiar los aspectos formales de la misma en el plazo de un mes.

Admitida a trámite la solicitud de protección internacional, el Ministerio del Interior incoa un procedimiento con el objetivo de realizar un análisis en mayor profundidad de la misma, incorporando, para ello, las diligencias de instrucción del expediente, y de estimarlo conveniente, tal y como dispone el apartado primero del artículo 24 de la Ley 12/2009, realizando nuevas entrevistas.

Finalizada la instrucción de los expedientes, la Oficina de Asilo y Refugio debe elevar la solicitud a estudio de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (en adelante "CIAR") para que esta, posteriormente, formule la última propuesta al Ministro del Interior, quien, por previsión del artículo 24.2 de la Ley 12/2009, ostenta la competencias para dictar la resolución por la que se conceda o deniegue, en este caso, el derecho de asilo.

La doctrina jurisprudencial más reciente del Tribunal Supremo, expuesta en la Sentencia de 24 de julio de 2014<sup>13</sup>, indica que la Administración debe interpretar las disposiciones de la Ley 12/2009 de conformidad con la Convención de Ginebra de 1951 y el Derecho de la Unión Europea. En este sentido, se indica que en la resolución de las solicitudes de asilo deben establecer si concurren los presupuestos determinantes del otorgamiento de protección internacional, fundamentándose en una equilibrada y ponderada valoración de los hechos y las circunstancias personales del

---

<sup>10</sup> Entre ellas, en en el f.j. quinto de la STS de 26 de julio de 2006 (RJ 2006/4653), en el f.j. tercero de la STS de 14 de diciembre de 2006 (RJ 2007/148), o el f.j. 4 de la STS de 19 de julio de 2007, (RJ 2007/7132) que establece que "*el defecto de petición de informe al ACNUR, sin respetar lo establecido categóricamente por la Ley de Asilo y su Reglamento, determina su nulidad*".

<sup>11</sup> Las funciones asignadas a la OAR, según el artículo 3 son:

a) Instruir el procedimiento para la concesión de asilo; b) Constituir el soporte material de la Secretaría de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio; c) Notificar a los interesados las resoluciones de las solicitudes; d) Informar y orientar a los solicitantes de asilo sobre los servicios sociales existentes; e) Proponer al Ministro de Justicia e Interior, a través del Director general de Procesos Electorales, Extranjería y Asilo, las inadmisiones a trámite de solicitudes de asilo; f) Dar cuenta periódicamente a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio de las inadmisiones acordadas y de los criterios aplicados; g) Someter a dicha comisión las propuestas de autorización de permanencia en España; y h) Proporcionar al representante del ACNUR en España los datos estadísticos y cualesquiera otros relacionados con solicitantes de asilo y refugiados en España, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

<sup>12</sup> En el supuesto objeto de estudio, la solicitud no debe ser enviada a la OAR, ya que este fue el lugar escogido para su presentación.

<sup>13</sup> STS de 24 de julio de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. primero (RJ 2014/4456)

solicitante de asilo, así como en el análisis de la naturaleza de riesgo. Así, el examen no ha de efectuarse con criterios restrictivos, siendo suficiente que la autoridad competente alcance una convicción racional de la concurrencia de los requisitos necesarios.

En este sentido también se pronuncia la Sentencia de 10 de diciembre de 2015<sup>14</sup>, en la que el Tribunal Supremo sostiene que, a pesar de que no exista prueba plena de las circunstancias aducidas por el peticionario de asilo, la valoración de los informes de el ACNUR y la Asociación Comisión Católica Española de Migración, en relación al caso, son suficientes para dotar de verosimilitud el relato fáctico del mismo y fundamentan la existencia de sufrir persecución por motivos políticos, ideológicos o religiosos.

Para la valoración del relato expuesto por los solicitantes en el caso que nos ocupa, y fundándonos en la jurisprudencia citada, sería necesario tener presente los informes relativos a las consideraciones de protección internacional en relación a las personas que huyen de la República Siria. En la última actualización de los mismos, que data de octubre de 2014, se contempla un escenario ya previsto en la anterior edición, de 22 de octubre de 2013, en la que se apreciaba la generalización de hostilidades armadas y la ampliación de los frentes de batalla, los cuales abarcaban todo el territorio nacional y afectaban a la población, originando la huida de un gran número de ciudadanos de ese país que se calificaba como “movimiento de refugiados”. En este sentido, es importante resalta la ya citada Sentencia de 10 de diciembre de 2015<sup>15</sup>, que ponía en valor la protección internacional para este flujo, “*en aras de garantizar la vida, la integridad física y la seguridad de estas personas*”<sup>16</sup>.

## **2. Dictamen sobre el posible riesgo para la seguridad nacional en caso de recibir a Abdel- Bari, bien cuando solicitó el asilo por primera vez, como cuando solicita el reexamen del expediente. ¿Considera hecho justificativo de la concesión la necesidad de la recomposición de la unidad familiar?**

Con el objeto de fundamentar la respuesta adecuadamente, es necesario aludir en un primer momento a la concepción que el ordenamiento jurídico español otorga al concepto “riesgo para la seguridad nacional”. Tal definición se concibe, en la Ley 12/2009<sup>17</sup>, en una doble perspectiva; como una causa de exclusión, como dispone el artículo 9 y, al tiempo, como una causa de revocación en virtud del artículo 44.1.c)

La redacción del citado artículo 9 dispone, que *En todo caso, el derecho de asilo se denegará a: a) las personas que constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España*”. Por ello, es conveniente atender a dos aspectos determinantes; por un lado, a la interpretación del concepto “*peligro para la seguridad del país*” y, por otro, al ámbito de actuación en el que las Administraciones pueden obrar al hacer uso de dicho término.

---

<sup>14</sup> STS de 10 de diciembre de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. segundo (RJ 2016/154)

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> Se mencionan, en concreto, los ciudadanos que desarrollan labores humanitarias o de defensa de los derechos humanos, personas pertenecientes a comunidades o grupos minoritarios que tengan temor fundado de ser perseguidos por razones de índole política, ideológica o religiosa, al ser percibidos como individuos asociados a una de las partes del conflicto.

<sup>17</sup> Estos preceptos se encuentran inspirados por el art. 1 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967.

En lo relativo a la interpretación del concepto “peligro para la seguridad de España”, se han producido numerosas declaraciones jurisdiccionales que han permitido situar y delimitar este concepto en el ordenamiento jurídico español. En este sentido, la Audiencia Nacional, en de la Sentencia de 17 de julio de 2014<sup>18</sup>, en la misma línea en la que el Tribunal Supremo se había pronunciado anteriormente<sup>19</sup>, sostiene que *se trata de un concepto jurídico indeterminado que concede a las autoridades un amplio margen de discrecionalidad a la hora de rechazar la protección internacional solicitada, pudiéndose basar dicho rechazo en razones “no precisas ni precisadas de orden público o seguridad pública”*. Lo anterior tiene especial relevancia si consideramos la creciente preocupación internacional en relación a cuestiones relativas a la seguridad nacional, particularmente en los vinculados con el terrorismo salafista yihadista, en el cual se encuadra el denominado Estado Islámico. Se indica en la misma sentencia, que la inclusión de estos supuestos dentro de las cláusulas de exclusión obliga a una interpretación restrictiva del mismo, ya que impide entrar a analizar los motivos invocados por el solicitante para el reconocimiento de su condición de refugiado. Por ello, a la hora de aplicar el Estado esta *“cláusula de exclusión,”* contemplada como *“causa de denegación”*, ha de extremar los razonamientos y motivos sobre los que sustenta el “peligro para la seguridad nacional”, estando vedada la remisión general a dicho concepto sin sustento fáctico o razonamiento fundado que aboque a esa apreciación, real y previsible, del peligro para la comunidad, derivada de la presencia del solicitante de la protección internacional en nuestro territorio nacional.

En este sentido, la reiterada jurisprudencia<sup>20</sup> a la hora de interpretar el art. 3.2, de la Ley de Asilo de 1984, declara que es necesario señalar que la peligrosidad se vincula, en la causa de revocación recogida en el artículo 33.2 de la Convención de Ginebra, con la seguridad del país donde se encuentre el refugiado, de modo que, como se indica en la Sentencia de 2 de octubre de 2008<sup>21</sup> de la Audiencia Nacional *“no se trata de la concurrencia de un riesgo potencial y abstracto, sino de un peligro concreto y determinado derivado de la presencia en territorio nacional del titular del derecho de asilo al que se revoca esa concesión inicial”*. La misma sentencia afirma que las *“razones fundadas”* han de ser, en primer lugar, *“convincientes, y valoradas con cautela, por estar cimentadas sobre una serie de datos fácticos fácilmente contrastables”* y, *del mismo modo, han de estar, en segundo lugar “*provistas de ese sustrato fáctico esencial, representado por los diversos incidentes que el recurrente protagoniza, por la vinculación de todas sus actividades a una finalidad común que constituye la conexión lógica, de la que se puedan extraer conclusiones dotadas de fundamento razonable, en orden a determinar el grado de peligrosidad del titular del derecho de asilo.”

Por otra parte, en lo concerniente al ámbito de apreciación que la Administración Pública puede hacer del concepto “peligro para la seguridad del país”, es preciso

---

<sup>18</sup> SAN de 17 de julio de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. noveno (RJCA 2014/716)

<sup>19</sup> Por ejemplo, en en f.j. séptimo de la STS de 2 de octubre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, (RJ 2008/7460)

<sup>20</sup> Existen multitud de sentencias que realizan una interpretación similar. Entre ellas, cabe destacar la STS de 21 de diciembre de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. tercero (RJ 2012/2944), la STS de 29 de diciembre de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. segundo, (RJ 2011/7237) o la SAN de 15 de noviembre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. tercero, (RJ 2006/293195)

<sup>21</sup> SAN de 2 de octubre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. tercero (RJ 2009/53194)

hacer alusión a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2009<sup>22</sup>, la cual afirma que la Administración “*dispone de un cierto margen de apreciación, que, sin embargo, no puede confundirse con la técnica de la discrecionalidad administrativa*”.

En el caso objeto de estudio, el informe emitido por el Centro Nacional de Inteligencia (CNI) sugería la posible existencia de un riesgo para la Seguridad Nacional en base a “*la relación existente en los noventa entre Abdel Bari y uno de los hermanos de Abu Bakr al-Baghadi, actual líder del llamado Estado Islámico.*”

En Sentencia de 17 julio de 2014<sup>23</sup> la Audiencia Nacional sostiene, en relación al Informe el CNI, que los datos no constituyen por sí solos “*razones*”, de las que se extrae una “*presunción de posible peligrosidad*” por la presencia del solicitante de asilo en España. Siendo necesario que los datos sean puestos en conexión con las actividades individuales del peticionario, ya sea por las desarrolladas en el seno de esa presunta organización criminal o por su presunta vinculación con la criminalidad organizada, u otros medios que puedan ser considerados como “razones fundadas”.

Teniendo en consideración que la creación de la organización terrorista Estado Islámico data de 2010, dado que en el texto del enunciado no se recoge que Abdel Bari haya participado en actividades relacionadas con la organización terrorista, ni tampoco que el hermano de Abu Bakr al-Baghadi tuviese conexión alguna con la organización terrorista en ese momento u otro posterior, y habiendo transcurrido veinte años desde que se tiene constancia de ese nexo, no parece que la certeza de la existencia de este vínculo en el pasado pueda sustentar una razón fundada en el sentido expuesto anteriormente.

En lo que respecta a la reagrupación familiar, la referida Ley 12/2009, en su Título III, que tiene por rúbrica “*De la unidad familiar de las personas beneficiarias de protección internacional*”, mantiene que la extensión familiar de la protección internacional resulta de aplicación a los integrantes de la unidad familiar de las personas solicitantes o protegidas’. Del mismo modo, incorpora un procedimiento especial preferente de reagrupación familiar con el que se pretende dar respuesta a aquellas personas que integran la unidad familiar pero que no requieren protección internacional. Según GARCÍA MAHAMUT Y GALPARSORO<sup>24</sup>, este procedimiento se configura como una alternativa a la extensión familiar, única alternativa anteriormente para los refugiados.

La resolución por la que se acuerda la reagrupación familiar implica, como se establece en artículo 41.3 de la misma Ley, “*la concesión de autorización de residencia y, en su caso, de trabajo*”. Sin embargo, esta opción no podría contemplarse para Abdel Bari, ya que en el apartado 5º del mismo artículo de la Ley

---

<sup>22</sup> STS de 17 de diciembre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. segundo (RJ 2010/2883)

<sup>23</sup> SAN de 17 de julio de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. undécimo (RJCA 2014/716). Esta sentencia de la Audiencia Nacional fue casada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, (RJ 2015/940). Sin embargo, el análisis realizado por la Audiencia Nacional respecto del informe del CNI es reafirmado por el Tribunal Supremo. Para el presente estudio se ha optado por citar la Sentencia de la Audiencia Nacional debido a que es en este pronunciamiento en el que se realiza un análisis más exhaustivo de la interpretación.

<sup>24</sup> GARCÍA MAHAMUT, GALPASORO, J. Y VIDAL FUEYO, M.C., *Régimen Jurídico del Derecho de Asilo en la Ley 12/2009. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2010.

se recoge que “en ningún caso se concederá protección internacional por extensión familiar a las personas incursoas en los supuestos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 8 y en los artículos 9, 11 y 12 de la presente Ley.”

Ha de tomarse en consideración, que Abdel Bari sólo podría solicitar dicho reexamen de haber solicitado asilo en puesto fronterizo. Es necesario suponer, por tanto, en este punto, que la primera solicitud se realiza en frontera y no en territorio español, como se indica en el caso. Así, en el art. 21 de la LAPS se recoge que, en relación a las solicitudes presentadas en puestos fronterizos se podrá, en todo caso “formular petición de reexamen que paraliza los efectos de la inadmisión o denegación y tras la resolución de la misma el recurso potestativo de reposición o interponer un recurso contencioso-administrativo”.

La nueva LAPS introdujo la posibilidad de que el Ministro del Interior, mediante resolución motivada, inadmitiese la solicitud de protección internacional cuando concurriese, entre otros motivos, que el solicitante se ajustase a alguna de las causas de denegación previstas en la propia ley. En consecuencia, de considerarse que Abdel Bari constituye un peligro para la seguridad de España, resultaría conforme a derecho la denegación de su solicitud presentada en puesto fronterizo (arts. 21.2 y 25.1.f LAPS).

La línea jurisprudencial más reciente<sup>25</sup> se ha pronunciado en términos restrictivos sobre las posibilidades de denegar las solicitudes de protección internacional de conformidad con lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 21 de la Ley 12/2009.

En este sentido, manifiesta PÉREZ SOLA<sup>26</sup> que “el mayor riesgo que implica la incorporación de este procedimiento recae en la posible confusión entre las causas de inadmisión a trámite de la solicitud de protección y el juicio de fondo sobre la pertinencia de la concesión de la protección.” Argumento que se basa en que la experiencia ha demostrado que en numerosas ocasiones no parece que la administración lleve a cabo “un discernimiento claro entre los requisitos para la concesión de protección y aquellos otros precisos para que la solicitud de protección sea admitida a trámite.”

Siguiendo con esta línea argumental, Abdel Bari podría solicitar el reexamen. Ha de considerarse que tal solicitud puede ser denegada si ésta se basa en alegaciones insuficientes, por lo que debería ser valorado si pueden considerarse como tales el hecho de “sentirse sometido a persecución por sus viejos amigos por haber manifestado nuevas ideas políticas”.

### **3. Dictamen sobre la precisión o no de la documentación aportada por Delilah, relativa a su identidad y edad, y procedimiento a seguir para determinar si los datos son veraces.**

Con el objeto de dar respuesta a las cuestiones planteadas en este apartado, resulta conveniente partir del concepto de “identidad. Sin embargo, la Ley 12/2009 no recoge dicho término. En la práctica, y de acuerdo a nuestra cultura jurídica, la identidad se

---

<sup>25</sup> STS de 27 de noviembre de 2014 RJ/2014/6037, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j.cuarto. (RJ 2014/6037).

<sup>26</sup> PÉREZ SOLA, N., “Derecho de Asilo y la Condición de Refugiado: Balance de 26 años de Desarrollos legislativos”, en *Revista Derechos y Libertades*, Dykinson, Madrid, 2011, nº 25, p.270

asimila a filiación, esto es, nombre y apellidos, fecha y lugar de nacimiento<sup>27</sup>. Dentro de la instrucción de los expedientes, la nacionalidad ocupa un papel de mayor o menor relevancia en función del caso concreto, especialmente en relación a los motivos de persecución.

En el ámbito de la protección internacional, se establece una diferencia fundamental, también, entre identidad real y la identidad atribuida por parte del agente de persecución. En este sentido la Ley 12/2009 recoge, en su art. 7.2, que *“en la valoración acerca de si la persona solicitante tiene fundados temores a ser perseguida será indiferente el hecho de que posea realmente la característica racial, religiosa, nacional, social o política que suscita la persecución, a condición de que el agente de persecución se la atribuya”*.

Los documentos aceptados como justificativos de la identidad son, por analogía a los exigidos a los nacionales españoles: pasaporte, documentos de identidad y permiso de conducir<sup>28</sup>.

La Ley no contiene reglas procedimentales en materia de protección internacional en lo que se refiere a las cuestiones de identidad, aunque sí figura como una obligación del peticionario de asilo. El artículo 18.2 establece, entre las obligaciones de los solicitantes: La presentación de todos los elementos que puedan contribuir a fundamentar su solicitud -documentación sobre su edad, pasado, identidad, nacionalidad o nacionalidades, lugares de anterior residencia, solicitudes de protección internacional previas, itinerarios de viaje, documentos de viaje- así como proporcionar sus impresiones dactilares y permitir ser fotografiados. La identificación constituye una obligación natural del solicitante, que, además, de configurarse como una obligación legal, constituye un elemento fundamental en la instrucción.

Se identifican dos autoridades nacionales que tienen la responsabilidad operacional de determinar la identidad de los solicitantes de protección internacional son varios. En primer lugar, la Oficina de Asilo y Refugio que, como se ha expuesto con anterioridad, tiene sede en Madrid y depende de la Dirección General de Política Interior del Ministerio del Interior. Al tratarse del órgano competente para la tramitación e instrucción de las solicitudes de protección internacional, lleva a cabo, también, las tareas operativas de determinación de la identidad que se derivan de tal competencia. En segundo lugar, la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, a través de la Sección de Asilo -con sede en la propia Oficina de Asilo y Refugio, es el órgano que realiza tareas de comprobación de identidad tales como la toma de huellas dactilares, consultas en bases de datos europeas y nacionales, y la verificación documental.

Como se ha puesto de manifiesto previamente, la Ley no estipula un procedimiento singular de determinación de la identidad. La declaración del solicitante en relación a su identidad es asumida por la Oficina de Asilo y Refugio como una hipótesis sin posibilidad de verificación. Esto es así debido a la necesidad de establecer un punto

---

<sup>27</sup> En el formulario de solicitud de protección internacional se realiza una aproximación a este concepto al establecer en el apartado relativo a la identificación del solicitante la inclusión de los siguientes datos: nombre y apellidos, fecha de nacimiento, localidad y país de nacimiento, nacionalidad de origen, nacionalidad actual, sexo.

<sup>28</sup> RED EUROPEA DE MIGRACIÓN, *Determinación de la identidad en la protección internacional: desafíos y prácticas*, Madrid, 2012.p.22

de partida que permita integrar en el relato la causa y el agente perseguidor, los cuales son identificados a partir de las alegaciones del solicitante. Se trata, en definitiva, de establecer, de manera indiciaria y a pesar de la ausencia de certeza, la imprescindible relación entre agente de persecución, causa de protección alegada e identificación de la víctima<sup>29</sup>.

Lo anterior supone que, en principio, la Oficina de Asilo y Refugio asumirá como válida la información que figura en el pasaporte de Delilah y, por tanto, su identidad.

En caso de existir dudas acerca de la veracidad de pasaportes o documentos nacionales de identidad, la Oficina de Asilo y Refugio ha de recurrir a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, a fin de que establezca su valoración mediante un informe técnico. En caso de que se requiera informe pericial con valor judicial, éste deberá ser emitido por la Comisaría General de Policía Científica. En último lugar hay que destacar que, en caso de que los documentos sean falsos, éstos han de ser requisados por parte de la Policía.

En relación a la aportación de documentación falsa, la Audiencia Nacional sostiene, en la Sentencia de 14 de enero de 2013<sup>30</sup>, que supone el incumplimiento del más importante de los deberes de todo solicitante de asilo; el de plena colaboración con la Administración del Estado ante el que está pidiendo protección. Este obstáculo se refiere a la acreditación y comprobación de los hechos, y a las alegaciones en que basa su petición de asilo. De este modo, se resta de manera notable credibilidad a sus alegaciones, pudiendo, además, poner en duda la autenticidad de las mismas y de otros documentos aportados por el solicitante.

Del caso no se desprende, sin embargo, que el documento de identidad de Delilah fuese falso. En caso de que las autoridades hubiesen tenido sospechas, a la vista de su pasaporte, de que Delilah no era menor de edad, deberían de haber seguido el procedimiento recogido el apartado 2º del artículo 48, en el cual se indica que *“en los supuestos en los que la minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se pondrá el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá lo necesario para la determinación de la edad del presunto menor”*. En este proceso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo, colaboran las instituciones sanitarias oportunas mediante la realización de las pruebas científicas que se estimen pertinentes. Se indica, también que la negativa a someterse a tal reconocimiento médico no impide que se dicte resolución sobre la solicitud de protección internacional.

Para el caso de que, al identificar la edad, se concluyese que la persona es menor, este debe ser puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes por parte del Ministerio Fiscal.

La determinación de la mayoría de edad, según señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de junio de 2013<sup>31</sup>, es un tema trascendente para el goce de determinadas garantías y salvaguardas procedimentales que el sistema de asilo garantiza a los menores de edad.

---

<sup>29</sup> RED EUROPEA DE MIGRACIÓN, *Determinación de la identidad en la protección internacional: desafíos y prácticas*, Madrid, 2012. p.18

<sup>30</sup> SAN de 14 de enero de 2013, Sala de lo Contencioso Administrativo, f.j. cuarto, (JUR 2013/32256)

<sup>31</sup> STS de 17 de junio de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. quinto. (RJ 2013/5078)

Siguiendo esta argumentación, el Tribunal Supremo recalca<sup>32</sup> la imprecisión de las pruebas de edad y subraya que se trata de un método puramente predictivo y que implica desviaciones. En consecuencia, sus resultados no pueden ser considerados absolutos o exactos. En conexión con este razonamiento, la jurisprudencia sostiene que se presumirá minoría de edad en caso de que existan dudas al respecto.

#### **IV. Respecto a la idoneidad de la familia García Castro como adoptantes:**

##### **1. Fundamentos jurídicos que justifican la no idoneidad.**

Con el objetivo de dotar de mayor concreción a la materia objeto de tratamiento en este epígrafe, es necesario delimitar los distintos aspectos que configuran el espectro jurídico de una figura compleja como la adopción internacional. Como paso previo al estudio del cuerpo normativo que hace referencia a esta materia, es preciso partir de que, en España, este ámbito, desde la promulgación de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, se rige por dos principios fundamentales que dan sentido a todo el conjunto normativo; el principio que configura la adopción como un instrumento de integración familiar y el que otorga primacía al interés del menor sobre cualquier otro interés<sup>33</sup>.

El marco jurídico de la adopción internacional se fundamenta en fuentes diversas que afectan a instancias jurídicas distintas. Es posible identificar tres ámbitos jurídicos que configuran esta figura jurídica en el ámbito territorial en el que se pretende examinar para dar respuesta a las cuestiones planteadas; el Derecho internacional, el Derecho estatal y el Derecho autonómico.

En primer lugar, la adopción objeto de estudio tiene un componente eminentemente internacional, que se ha elaborado a través de instrumentos convencionales entre los distintos Estados firmantes. Ha sido mediante estos mecanismos por los que se ha creado un marco jurídico de mínimos que han conformado, posteriormente, reglas de actuación en el ámbito estatal. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, firmada en noviembre de 1989 y la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986, determinaron un primer marco jurídico en el que, en materia de protección internacional, se regularon los principales elementos rectores en el ámbito de la adopción internacional y que, con carácter preeminente, tenían por objeto garantizar el bienestar del menor<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Por ejemplo, en la STS de 21 de junio de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. cuarto (RJ 2011/5503)

<sup>33</sup> Cfr. GUZMÁN PECES, M. *La adopción internacional. Guía para adoptantes, mediadores y juristas*, La Ley, Madrid, 2007.

<sup>34</sup> Un ejemplo ilustrativo de la misión de las normas internacionales relativas a la adopción internacional es el contenido del artículo 21 del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, que dispone la obligación de las Autoridades por velar para que el “el interés superior del niño” sea la consideración primordial. Además impone a los Estados implicados otra serie de obligaciones entre las que destaca velar para que el niño goce en otro país de salvaguardias y normas equivalentes respecto de la adopción en el país de origen,; adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que no se produzcan beneficios financieros indebidos, garantizar la intervención de las autoridades u organismos competentes, etc.

El Convenio de la Haya, relativo a la protección de los Derechos del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción internacional, que fue ratificado por España el 1 de agosto de 1995, continuando con los parámetros fijados en las anteriores normas, que las adopciones internacionales se realicen protegiendo el interés del menor y estableciendo mecanismos de cooperación que permiten el reconocimiento de la adopción entre los Estados firmantes<sup>35</sup>. Este Convenio internacional, en su artículo 15, fundamenta la creación de los informes de valoración al determinar que *“Si la Autoridad Central del Estado de recepción considera que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, preparará un informe que contenga información sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar y médica, su medio social, los motivos que les animan, su aptitud para asumir una adopción internacional y sobre los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo”*. De este modo se crea la referencia que deben de seguir los Estados firmantes del tratado a la hora de articular los procedimientos de adopción internacional.

Esta normativa internacional, garante de los Derechos del niño, es la que fundamenta la creación de los informes de idoneidad puesto que, con ellos, lo que se pretende es asegurar que el menor, que es trasladado internacionalmente, pueda desarrollarse en un ámbito que le sea especialmente favorable.

Un segundo ámbito regulatorio de la adopción es el del Derecho estatal. En España, la adopción internacional se ha incluido en el ordenamiento jurídico español paulatinamente, a medida que el estado español ha introducido las normas internacionales ratificadas. La incidencia del Derecho Internacional en el cuerpo jurídico español se constata con el tenor literal del artículo 9.4, párrafo segundo, del Código Civil, que dispone la sujeción al Convenio de La Haya en lo relativo a la ley aplicable al contenido de la afiliación y al ejercicio de la responsabilidad parental. En este mismo sentido se pronuncia en el artículo 9.5, que establece la sujeción de la adopción internacional a las normas contenidas en la Ley de Adopción internacional. La regulación contenida en el Código Civil no incluye únicamente el contenido de los convenios internacionales suscritos sino que, en la configuración de la recepción de dichas normas internacionales, han jugado un papel clave normas internas. En este sentido, es necesario resaltar la relevante contribución que supuso la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que modificó, además la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta Ley Orgánica, como se recoge en su Exposición de Motivos<sup>36</sup>, incluyó, de forma novedosa y con el objetivo de incluir en el ordenamiento jurídico español los textos internacionales ratificados, la exigencia de que la entidad pública evaluase la idoneidad de los adoptantes. Del mismo modo, el contenido sustancial de la normativa estatal, con los elementos definidores de los caracteres

---

<sup>35</sup> El Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional constituye el principal procedimiento a través del cual articular las adopciones internacionales. Sin embargo, dada su naturaleza convencional, únicamente opera en el ámbito de los Estados firmantes. Es por ello por lo que es necesario poner de relieve que, para el caso de tramitar adopciones internacionales con países que no han ratificado el Convenio de La Haya es preciso seguir otro procedimiento de adopción que se regirá por el Derecho autónomo español y por el del país de origen del menor.

<sup>36</sup> El punto 2 de la Exposición de motivos establece que *“en materia de adopción, la Ley introduce la exigencia del requisito de idoneidad de los adoptantes, que habrá de ser apreciado por la entidad pública, si es ésta la que formula la propuesta, o directamente por el Juez, en otro caso. Este requisito, si bien no estaba expresamente establecido en nuestro derecho positivo, su exigencia aparece explícitamente en la Convención de los Derechos del Niño y en el Convenio de La Haya sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional y se tenía en cuenta en la práctica en los procedimientos de selección de familias adoptantes”*.

jurídicos que componen la adopción internacional, se contienen en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional y en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Ambas normas han incorporado al Código Civil multitud de elementos fundamentales.

El Código Civil regula la adopción en los artículos 175 a 180. Para el caso que nos ocupa, adquiere especial relevancia en artículo 176, que trata, en sus distintos epígrafes, elementos relevantes en lo referido a la idoneidad. El apartado 1 determina que para constituir la adopción es necesaria una resolución judicial en base a dos circunstancias: el interés del menor y la idoneidad del adoptante para el ejercicio de la patria potestad. Este apartado, partiendo del informe emitido por la Autoridad competente en el que María no mostraba motivación para ejercer la patria potestad, conformaría un elemento que determinaría la no idoneidad de los adoptantes. Sin embargo, debido a que, como se expondrá a continuación, son las autoridades autonómicas quienes detentan la competencia para valorar la idoneidad de los adoptantes, goza de mayor relevancia el apartado 2 del mencionado artículo 176, pues determina que *“para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta”*. La explicación de este apartado del Código Civil debe ser completado con el contenido del artículo 5, apartado 1, letra d) de la Ley 26/2015, que establece que corresponde a las Entidades Públicas, entre otras funciones, la elaboración del informe psicosocial de los adoptantes, ya sea directamente o a través de instituciones autorizadas, así como su posterior expedición de los certificados de idoneidad, y la de los informes de de seguimiento cuando la ley del país de origen de adoptando así lo requiera.

Los apartados 1 y 2 del artículo 176 se complementan con el punto 3, que conceptualiza la idoneidad como *“la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental”*<sup>37</sup>, que debe de ser ponderada respecto de las necesidades del menor y las responsabilidades que estas conllevan. Este ejercicio de ponderación, que se formaliza mediante una resolución, debe constar, como continúa el párrafo segundo del mencionado apartado, de una valoración psicosocial en la se evalúen los elementos configuradores del entorno de los adoptantes y la aptitud de los mismos para afrontar su educación. En particular, como señala el artículo 10.2 de la Ley 26/2015, deberá tenerse en cuenta la *“situación personal, familiar y relacional de las personas que se ofrecen para la adopción, su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus particulares circunstancias, así como cualquier otro elemento útil”*<sup>38</sup> relacionado con la singularidad de la adopción internacional”.

En atención a la legislación enunciada, resulta evidente que la valoración de la idoneidad de los adoptantes corresponde a los “Entes Administrativos”. Sin embargo, en ninguna de las normas se ha definido el ámbito administrativo en el que estas se sitúan. En España, las competencias y obligaciones específicas en materia de

---

<sup>37</sup> Esta definición de idoneidad proviene del artículo 10.1 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, que dispone que entiende por tal *“la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción”*.

<sup>38</sup> Tal y como establece el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, si procede, debe tenerse en cuenta en la valoración psicosocial los alegatos que puedan aportar los hijos de los adoptantes.

adopción corresponde a las Comunidades Autónomas como consecuencia del reparto de competencias establecidas en la Constitución Española<sup>39</sup>. Como consecuencia de ello, la función de elaborar los criterios de idoneidad de los adoptantes han correspondido desde la ratificación del Convenio sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional a distintas Administraciones que han fijado criterios dispares de valoración en base a las directrices de la normativa española. Conscientes de la dificultad que planteaba la gestión autonómica, y con el fin de armonizar los criterios generales que determinasen la adopción de un criterio general, se realizó una “Comisión Técnica Inter-autonómica”, que fue organizada por la Dirección General de Protección Jurídica del Menor y la Familia, y que se realizó antes de la firma de ratificación del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989. En esta reunión se concluyó tener en cuenta las siguientes circunstancias (además de las consideraciones sociales, familiares y los medios de vida:

- a) Las circunstancias motivadoras de la adopción internacional.
- b) La aceptación de rasgos étnicos diferenciados.
- c) Referencias de la cultura del país de origen del menor.
- d) Aceptación de los riesgos inherentes, de índole física o psíquica, de los niños extranjeros.
- e) La edad del niño, su sexo, y sus circunstancias familiares (si tiene hermanos...etc)

Sin embargo, a pesar de los pasados esfuerzos y de la pretensión de la normativa más reciente<sup>40</sup>, la realidad refleja que, a pesar de que se siguen criterios semejantes en las distintas Comunidades Autónomas, los requerimientos son diferentes en las distintas comunidades y, por lo tanto, cada adopción debe de ser evaluada en base a los criterios fijados en el ámbito autonómico.

Como consecuencia de lo tratado, conviene hacer un estudio acerca de la regulación en materia de adopción que ha realizado la Comunidad Autónoma de Galicia. La competencias de la Xunta de Galicia en materia de adopción se reflejan en el artículo 75 de la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia. Esta facultad, tal y como expone el mismo artículo, viene refrendada por el texto del Código Civil, la Ley de enjuiciamiento civil; la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; la Ley de Derecho civil de Galicia, y la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional. Por habilitación de los mencionados textos, a la Xunta de Galicia, por medio de los departamentos que ostenten la competencia, la Consellería de Política Social, a través de la Dirección General de Familia, Infancia y Dinamización Demográfica, le corresponde “*la gestión de los procedimientos procedimientos para la declaración de idoneidad de las personas interesadas en adoptar, la selección de las personas adoptantes y la elaboración y elevación de las propuestas de adopción ante los órganos judiciales competentes en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia*”.

Las competencias precisas para el caso que nos ocupa, la adopción internacional, se detallan en el apartado 2 del artículo 75, que determina el papel activo de la Xunta de

---

<sup>39</sup> Esta asignación se fundamenta en el artículo 148.1.20º, que dispone la facultad de que las Comunidades Autónomas asuman competencias en materia de asistencia social.

<sup>40</sup> El artículo 10.2, párrafo segundo, de la Ley 26/2015 dispone que “*las Entidades Públicas procurarán la necesaria coordinación con el fin de homogeneizar los criterios de valoración de la idoneidad.*”

Galicia en cuatros actos concretos. La Xunta es competente en la “recepción, registro y tramitación de los expedientes”; en la expedición de los certificados de idoneidad del o la solicitante o solicitantes, previa valoración de la misma” y del “compromiso de seguimiento de la adopción”, de ser preciso, y en la “habilitación, control, inspección y elaboración de las directrices de actuación de las entidades colaboradoras de adopción internacional en el ámbito de la Comunidad Autónoma”.

En el artículo 76 de la Ley 3/2011 se contemplan los requisitos que han de cumplirse por parte de las personas adoptantes. Sin embargo, esta materia, en atención al supuesto de hecho, carece de relevancia para el caso que nos ocupa, pues tanto José como María cumplían el requisito de capacidad<sup>41</sup>.

Para el supuesto que nos ocupa adquiere especial relevancia el artículo 77, pues en él se contempla la valoración de la idoneidad para adoptar. Se detalla la naturaleza de esta valoración, al determinar que con el mismo se realiza un estudio psicológico y social con el fin de determinar que las personas interesadas en la adopción “*poseen las capacidades necesarias para satisfacer las necesidades específicas de los niños y niñas susceptibles de adopción.*”. Más concretamente, en el apartado 2 del mencionado artículo, se contemplan cuatro circunstancias que han de ser analizadas por los servicios competentes de la Xunta al tiempo de emitir su valoración.

La primera circunstancia tiene relación con la edad, y se exige que haya una diferencia de edad adecuada “siguiendo un criterio biológico normalizado y ajustado a sus correspondientes etapas vitales”. A tenor de los datos facilitados en el supuesto de hecho, este requisito no es óbice para la estimar la aptitud de José y María<sup>42</sup>.

En segundo lugar, se hace referencia a un concepto poco definitorio, al determinar la ley la necesidad de que “*el medio familiar de las personas solicitantes reúna las condiciones adecuadas para la atención integral del niño, niña o adolescente*”. Respecto de este segundo requisito, y valorando los datos aportados en el supuesto de hecho, no parece que este sea un requerimiento al que los solicitantes no puedan optar, ya que ambos tienen un puesto de trabajo fijo y estable, de cierta permanencia, de lo cual puede concluirse que la familia se encuentra en una situación económica desahogada, y más teniendo en cuenta que los solicitantes disponen de una segunda vivienda que ofrecen como solución habitacional a los refugiados.

En tercer lugar, la ley contempla el requisito de que “*existan motivaciones y actitudes adecuadas para la adopción*” por parte de ambos cónyuges. Es en este apartado en el que se basa autoridad competente para determinar la no idoneidad de los solicitantes. La Administración se fundamenta en que María adolece de “falta de motivación para

---

<sup>41</sup> Parece hacer una discordancia entre el enunciado del caso práctico y la realidad del caso pues, a pesar de que en el mismo se establece que los adoptantes tenían capacidad para realizar la adopción, formalmente ello no parece posible a tenor de lo dispuesto en el artículo 76, punto 1, letra c, que establece como requisito necesario para ser adoptante el “haber sido declarado o declarada persona idónea para la adopción tras el correspondiente procedimiento de valoración.”, circunstancia que no ha ocurrido.

<sup>42</sup> La edad se regula en el CC Artículo 175, que establece que “*La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. Si son dos los adoptantes bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2. Cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando. Si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior*”.

ejercer la patria potestad” y que tiene una actitud pasiva para desempeñar las responsabilidades que le son inherentes.

Por último, se requiere que las personas solicitantes gocen de condiciones de salud física e intelectual que permitan atender a la persona menor”. En este sentido, María sufre una enfermedad crónica que, en determinados momentos, le impide alcanzar el máximo rendimiento. Sin embargo, esta circunstancia no es tenida en cuenta por la Administración. Por ello, cabría valorar si la valoración equivocada por parte de la Administración puede suponer la anulabilidad del informe de valoración. María simplemente mostró preocupación por no alcanzar su máximo rendimiento, pero ello no tiene relación con una falta de motivación para ejercer la patria potestad.

Teniendo en cuenta el marco jurídico que configura los criterios de valoración de las personas adoptantes, cabe concluir que el informe que determina la no idoneidad de los adoptantes ha sido elaborado por la Entidad Administrativa competente y que se fundamenta en Derecho. En particular, la decisión de declarar no idónea para la adopción a María se sustenta en el artículo 176.1 del Código Civil y en el artículo 77.2, apartado tercero de la Ley 3/2011, de apoyo a la familia y a la conveniencia de Galicia, al no haberse determinado durante el estudio psicosocial que la solicitante tuviese una actitud adecuada para hacer frente a las responsabilidades derivadas de la asunción de la patria potestad. Si bien es cierto que podrían considerarse ciertos factores que alegar para rebatir el argumento esgrimido por la Administración Autonómica, también lo es que las circunstancias recogidas en el informe se hayan jurídicamente sustentadas y que, además, no corresponde, en atención al enunciado del caso, cuestionar el fondo de la decisión.

## **2. Procedimiento a seguir para solicitar un nuevo informe de idoneidad.**

La declaración de la no idoneidad emitida, mediante resolución, por la Entidad Pública competente, en este caso la Dirección General de Familia, Infancia y Dinamización Demográfica, implica la imposibilidad de solicitar nuevamente la adopción durante el plazo de un año<sup>43</sup> pero, al tiempo, da lugar a una doble vía con el fin de evitar ese lapso temporal.

Por un lado, conforme a lo establecido en el artículo 77, apartado 3, la resolución de idoneidad emitida por la autoridad administrativa, si se entiende en términos absolutos, no supone la finalización del proceso de valoración. En este sentido, debe valorarse que esta resolución no agota la vía administrativa y, por ende, es posible formular “motivaciones de las personas interesadas en adoptar”. A esta etapa de

---

<sup>43</sup> El enunciado del caso práctico expone que los solicitantes no podrían solicitar un nuevo informe hasta que no transcurriesen tres años desde la fecha de resolución de la no idoneidad. Sin embargo, dicha circunstancias no se ajusta a la previsión legal establecida en el artículo 10.3 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que enuncia “3. La declaración de idoneidad y los informes psicosociales referentes a la misma tendrán una vigencia máxima de tres años desde la fecha de su emisión por la Entidad Pública, siempre que no se produzcan modificaciones sustanciales en la situación personal y familiar de las personas que se ofrecen para la adopción que dieron lugar a dicha declaración, sujeta a las condiciones y a las limitaciones establecidas, en su caso, en la legislación autonómica aplicable en cada supuesto”. De la lectura de dicho precepto, resulta conveniente estimar que el plazo de tres años señalado afecta a las declaraciones de idoneidad, en el sentido de que, una vez emitido por parte de la Entidad Pública un informe que certifique la idoneidad de los solicitantes, dicha condición se mantiene durante un plazo de tres años, debiéndose someter a examen nuevamente transcurrido ese tiempo. La resolución de no idoneidad, por lo tanto, no está sujeta a dicho plazo y, por lo tanto, la imposibilidad de volver a iniciar el trámite de adopción y de someterse a una nueva valoración, en el plazo de un año y no de tres.

valoración le sigue una fase en la que la Administración selecciona las personas idóneas para adoptar y realiza una propuesta de adopción que elevará ante el juez o jueza, en los términos y condiciones previstas en los artículos 20, 22 y 23 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia.

Por otro lado, y esta resulta la opción más adecuada, es posible acudir a la vía establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone, en su artículo 779, la facultad de impugnar ante los Tribunales competentes las resoluciones administrativas que hayan sido dictadas sin que sea necesario realizar un recurso en vía administrativa. Por lo tanto, es posible impugnar la resolución de no idoneidad emitida por el Ente Público ante el Juzgado de Primera instancia del domicilio de la Entidad pública y, en su defecto en el Tribunal del domicilio del adoptante. Mediante esta vía, por lo tanto, corresponde a la Sala examinar y valorar los elementos que conformen una valoración final.

## **V. Atendiendo a la adopción realizada por José y María en Colombia:**

### **1. Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que incurren, tanto en Colombia, como desde su llegada a España.**

De los hechos del caso se desprende que José podría haber incurrido, durante su estancia en Colombia en un delito de ocultación o entrega de hijo, tipificado en el artículo 221 del Código Penal (En adelante, CP), y en un delito de falsedad documental, previsto en el art. 390 CP. Se valora a continuación la posible concurrencia de ambos delitos.

En relación al delito de ocultación o entrega de un hijo, previsto en el art. 221 CP, como punto de partida, cabe poner de relevancia que el tipo exige, además de la entrega del menor al margen de los cauces legales establecidos para la adopción, una determinada finalidad y la existencia de contraprestación económica de cualquier tipo. En este sentido, sostiene LUZÓN CUESTA<sup>44</sup> que el mero incumplimiento de los procedimientos legales no constituirá delito de no concurrir compensación económica y la finalidad a la que se refiere el tipo.

La finalidad exigida referida es la de establecer una relación análoga a la de filiación. En este sentido la Audiencia Provincial de Vizcaya, en su sentencia de 13 enero de 2005<sup>45</sup>, sostiene que *“la exigencia típica de la concurrencia de establecer una relación análoga a la filiación comporta, necesariamente, la voluntad de asumir los deberes inherentes a dicha situación por parte del adoptante.”* En referencia a la contraprestación la jurisprudencia señala que la *“compensación económica no solo atiende a la persona de la madre del menor, sino que se amplía a todos los que intervienen en la entrega de este facilitando su consumación”* e indica que por compensación puede entenderse *“la cancelación de deudas, e incluso la entrega de un bien que pueda ser valorado en cuantía susceptible de superar el mero presente o regalo”*<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de Derecho Penal, Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 137

<sup>45</sup> SAP de Vizcaya, de 13 de enero de 2005, f.j. segundo (JUR 2005\79326)

<sup>46</sup> SAN de 17 de julio de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. noveno (RJCA 2014/716)

Los hechos del caso no ofrecen dudas en relación a la finalidad, ya que se menciona que José se desplaza a Colombia “*con el propósito de adoptar ilegalmente a un niño*”, tampoco ofrece dudas la mediación de compensación económica, que se explicita a continuación en el relato.

En relación a participación, se trata de un delito plurisubjetivo o de participación necesaria, ya que la entrega a la que se refiere el apartado 1º del art. 221 CP no puede ser concebida sin el acto de recepción por parte de otro sujeto, así, en el apartado su apartado 2º se especifica que serán castigados con la misma pena la persona que lo reciba y, en su caso, el intermediario, añadiendo el precepto que esto será así “*aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero*”, como sucede en este caso, al realizarse en Colombia. Esto significará que tanto como la persona que entrega como la que recibe será coautores del delito.

En relación a la participación de María, atendiendo a los hechos del caso, en el que se indica que, al no estar José conforme con la decisión tomada por María de abandonar los trámites necesarios para la adopción debido a los exigentes exámenes y largas esperas, “*decide continuar la adopción por vías infralegales*”, no puede deducirse que María tuviese conocimiento de las acciones desarrolladas por José antes y durante su estancia en Colombia.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, José sería autor del delito de ocultación o entrega de un hijo, que se consumaría en el momento de la recepción del niño en Colombia con la mediación de contraprestación económica. Dada la condición de José de funcionario de la Consellería de Política Social de la Xunta de Galicia, será de aplicación el subtipo agravado del art. 222 CP, de aplicación cuando el sujeto activo es, entre otras profesiones, funcionario público.

Entrando a analizar la suposición de parto relatada en los hechos es necesario apuntar, como punto de partida, que en el delito de suposición de parto la finalidad es presentar al niño como hijo biológico de la madre supuesta, falseando, según CARRASCO ANDRINO<sup>47</sup>, la filiación por nacimiento y no la filiación por adopción.

La acción típica de este delito, recogido en el art. 220.1 CP, siguiendo a LUZÓN CUESTA<sup>48</sup>, consiste en simular el alumbramiento de un niño vivo, atribuyéndose la mujer la maternidad del mismo. En consecuencia, se trata de un delito especial propio, ya que resulta necesaria la condición de mujer para ser sujeto activo. Esto, sin perjuicio de considerar como cooperador necesario a la persona que proporciona al niño u otras personas.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de junio de 2007<sup>49</sup>, considera cooperador necesario al marido de acusada, entre otros familiares, por el hecho de haber proporcionado cobertura a la apariencia de la filiación del menor. El sujeto pasivo, por su parte, será el niño, cuya filiación es alterada, no siendo necesario que éste sea un recién nacido.

---

<sup>47</sup> CARRASCO ANDRINO, M., “Protección penal de la filiación”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Universidad de Granada, 2010, nº12, p.4.

<sup>48</sup> Cfr. LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de Derecho Penal*, cit., p. 137

<sup>49</sup> STS de 7 de junio de 2007, Sala de lo Penal, f.j. segundo, (RJ 2007/4745)

La jurisprudencia más reciente, que incluye la STS de 7 de junio de 2007<sup>50</sup> antes mencionada, sostiene que, aunque el tipo se ejecuta cuando se lleva a cabo tal comportamiento, es decir, cuando se simula en la práctica con actos materiales un parto que no ha existido, también se cumple cuando, sin aparentar materialmente el alumbramiento, se hace aparecer en escena a un niño como fruto de un nacimiento inexistente

En el caso que nos ocupa la suposición de parto tuvo lugar en un centro hospitalario, por lo que, a pesar de que esta cuestión no se detalla los hechos, puede deducirse que se han llevado a cabo actos materiales encaminados a dotar de veracidad la simulación.

Según la doctrina dominante la consumación del delito no requiere la inscripción en el Registro Civil que, de realizarse, se castigará como falsedad en documento público, en concurso real, y no ideal, en cuanto que no hay una relación medial<sup>51</sup>.

De acuerdo con lo anterior, y no constando en el caso los detalles relativos a la acción de suposición del parto, puede afirmarse que María sería autora de este delito, con la agravante del art. 222 CP debido a su profesión de médico, mientras que su esposo, José, podría ser considerado cooperador necesario, ya que es él quien realiza las acciones necesarias para conseguir el niño. A pesar de que en caso se indica que José y María “simulan en el hospital coruñés el nacimiento”, por las razones referidas anteriormente no pueden considerarse ambos coautores del delito de suposición de parto. No consta en los hechos la inscripción en el Registro Civil del menor y, de acuerdo a lo expuesto anteriormente se considera consumado el delito de igual forma.

En definitiva, puede concluirse que de los hechos del caso -“*usando todos los medios a su alcance para llevar a cabo el propósito, como falsificación de documentos de identidad*”- que José es autor de un delito de falsedad documental de documento oficial.

En lo que atañe al delito de falsedad documental, previsto en el artículo 390 CP, en relación con la falsificación que llevó a cabo José de Documentos Nacionales de Identidad cabe apuntar, en primer lugar, que el Código Penal actual no contempla una definición del concepto de falsedad documental<sup>52</sup>.

La falsedad documental puede cometerse en relación a documento público, oficial o mercantil. La jurisprudencia indica que los documentos Nacionales de Identidad son de carácter oficial<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> La jurisprudencia anterior, como la STS de 6 de junio de 1980, Sala de lo penal, exigía, en su segundo considerando “*el fingimiento o simulación del alumbramiento de un ser nacido, efectuado por actos reales o una conducta que lleve consigo la realización de hechos que aparenten la existencia del parto, en cuanto que éste, como fenómeno biológico, está caracterizado por ciertos elementos externos*” fundamentándose en que “*la tipología delictiva se describe con la suposición del hecho mismo del parto, con lo que no deben ser considerados dentro de la misma, las meras manifestaciones o fingimientos ideales del alumbramiento*”, (RJ 1980/2512)

<sup>51</sup> LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de Derecho Penal, Parte especial*, cit., 138.

<sup>52</sup> El Proyecto de Código Penal de 1992 definía la falsedad documental como “*la simulación total o parcial de un documento o de la realidad jurídica que refleja y, además, toda actuación o intervención material o intelectual que, incidiendo en su contenido, sentido o integridad, intencionalmente configure una situación jurídica que no se corresponda con la realidad o altere su relevancia o eficacia, o lo atribuya a persona u órgano que no haya intervenido en su creación, contenido o firma*”.

<sup>53</sup> STS de 23 de julio de 2001, Sala de lo Penal, f.j. segundo, (RJ 2001/7296)

En línea con lo defendido por LUZÓN CUESTA, cuando el funcionario, como sujeto activo, se aprovecha de su condición, pero lo hace dentro de una actividad que no le es inherente, a fin de gozar de una mayor facilidad para conseguir su móvil delictivo son castigados con el art.392 con la agravante 7º del art.22, referente a la prevalencia del carácter público del culpable. Este sería por tanto, el precepto de aplicación al caso que nos ocupa, ya que José trabajaba como funcionario de la Consellería de Política Social de la Xunta de Galicia. En consecuencia, José sería autor de un delito de falsedad documental de documento oficial agravado por la prevalencia de su condición de funcionario público.

En el ámbito concursal, no resulta clara para la doctrina la relación existente entre el tipo relativo a la entrega de hijo, regulado en el artículo 221 CP, y el de suposición de parto, tipificado en el artículo 220 CP. Un sector doctrinal, en el que se encuentra CASTIÑEIRA PALOU<sup>54</sup>, considera que el artículo 221 CP es un tipo agravado en razón de la compensación económica, al estar la elusión de los procedimientos legales de adopción en realidad es un elemento implícito en los tipos del art. 220 CP, mientras que otro sector apunta a la relación de subsidiariedad, al considerar que entre estos tipos no se da una vinculación lógica de inclusión, sino más bien de interferencia, es decir, que ambos tipos contienen elementos de especialidad no previstos entre sí.

## **2. Dictamen sobre la situación que vive el matrimonio de José y María desde que el bebé llega a su casa.**

En adelante, se analizará la situación que transcurre entre el momento en el José llega de Colombia hasta el día 20 de octubre, fecha en la que José es detenido. En concreto, se estudiará si los actos que se describen en los hechos pueden ser constitutivos del delito de violencia habitual contenido en el artículo 173.2 CP.

A partir de la reforma efectuada por la L.O 11/2003, el delito de violencia habitual se desplaza desde el título de lesiones al de los delitos contra la integridad moral. Este hecho como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2016<sup>55</sup> *“dota de un mayor fundamento la vigencia de la misma en tanto que el bien jurídico protegido se clarifica y su autonomía se refuerza respecto de los actos singulares de violencia que sirven para sostener la habitualidad”*.

Siguiendo lo expuesto por la Sentencia referida, *“el delito de violencia o maltrato habitual es autónomo, tiene su propio radio de acción y se proyecta sobre un valor trascendente al de los actos concretos y singulares que definen la existencia de la habitualidad exigida por el legislador”*, y añade el Tribunal que se trata de un tipo con sustantividad propia que *“sanciona la consolidación por parte de sujeto activo de un clima de violencia y dominación; de una atmósfera psicológica y moralmente irrespirable, capaz de anular a la víctima e impedir su libre desarrollo como persona, precisamente por el temor, la humillación y la angustia inducidos. Un estado con autonomía propia y diferenciada, que se vertebra sobre la habitualidad, pero en la que los distintos actos que lo conforman sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor”*.

---

<sup>54</sup> CASTIÑEIRA PALOU, MT “Delitos contra las relaciones familiares” en SILVA SÁNCHEZ, JM (Dir.) Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, 2a ed., Barcelona, 2009.

<sup>55</sup> STS de 27 de abril de 2016, Sala de lo Penal, f.j. segundo 1.3 (RJ 2016/1707).

Profundizando en esta línea argumental, se indica en la misma sentencia que *“el maltrato familiar del artículo 173 CP se integra por la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia en relación a las personas que el precepto enumera, aun cuando aisladamente consideradas fueran constitutivas de falta. Lo relevante es que creen, por su repetición, esa atmósfera irrespirable o el clima de sistemático maltrato al que ya nos hemos referido.”*

Debe tenerse en cuenta, en este punto, que se explicita en los hechos del caso que José *“comienza a actuar de forma violenta”*, conducta dentro de la que se incluyen *“golpes frecuentes”*. En relación con la entidad de la violencia, como sostiene RAMÓN RIBAS<sup>56</sup>, no se fija un límite o umbral mínimo por debajo del cual sea penalmente ésta sea irrelevante.

Dado que de los hechos del caso parece desprenderse que esta situación se prolonga solamente durante un mes, cabe plantearse si los golpes y la actuación violenta que se describen pueden ser considerados como habituales en el contexto de este precepto.

La jurisprudencia más reciente<sup>57</sup> interpreta que esta habitualidad que necesariamente debe existir en el ejercicio de la violencia dentro del ámbito de las relaciones familiares, de esta forma *“se ha apartado de la que vinculaba la habitualidad con un número de acciones violentas, que por establecer un paralelismo con la habitualidad que describe el artículo 94 CP a efectos de sustitución de penas, se fijó en más de dos, es decir, a partir de la tercera acción violenta”*. Se sigue, por tanto, *“la línea que considera que lo relevante no es el número de actos violentos o que estos excedan de un mínimo, sino la relación entre autor y víctima, más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo.”*

En base a la jurisprudencia a anteriormente referida, puede concluirse que ha existido habitualidad en el sentido requerido por el tipo y, por tanto, María ha sido víctima de un delito de violencia o maltrato habitual. Ha considerarse, además, que en este caso sería de aplicación el subtipo agravado debido a la presencia de menores, cuestión que se desprende de la presencia en su domicilio del bebé, y al hecho de que el delito se ha producido en el domicilio común, lo cual puede deducirse del hecho de que hayan sido los vecinos los que dieron aviso a la policía.

## **V. Efectos jurídicos derivados del secuestro de Aminah y Delilah.**

En este apartado se analizará se los hechos relativos al secuestro de Aminah y Delilah pueden ser constitutivos de los delitos de trata de seres humanos (art.177bis CP), determinación coactiva al mantenimiento de la prostitución (187.1 CP), detención ilegal ( art.163 CP) y delito contra la integridad moral (art.173.1 CP)

En lo referente al delito de trata de seres humanos, como se cita en el Preámbulo de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, por la que se crea la rúbrica *“De la trata de seres*

---

<sup>56</sup> RAMÓN RIBAS, E., *“Los Delitos de Violencia de Género según la Jurisprudencia Actual”*, en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, nº 33, p. 408

<sup>57</sup> STS de 27 de abril de 2016, Sala de lo Penal, f.j. segundo 1.3, (RJ 2016/1707)

*humanos*” que comprende, únicamente, en el artículo 177bis CP<sup>58</sup>, es un delito que abarca “*todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas con la delincuencia organizada*”.

El sujeto pasivo, según MARTOS NÚÑEZ<sup>59</sup>, puede ser cualquier persona nacional o extranjera y, a pesar de que el tipo se refiera a una persona singular a la que se denomina “víctima” existirá un solo delito aunque la trata, como sucede en el caso que nos ocupa, afecta a varias personas, “*siempre que la conducta típica se refiera globalmente a una pluralidad de personas al mismo tiempo y se lleve a cabo como manifestación de una misma operación, dirigida con idéntico propósito criminal*”.

Apunta también el autor que el delito de trata de seres humanos no exige un desplazamiento transfronterizo de la víctima, ya que como se recoge en el precepto, el delito puede ser cometido, “*en territorio español*”, como ocurre en este caso.

El apartado 1 del art. 177 bis contiene el tipo básico de los delitos de trata de seres humanos que castiga una serie de conductas: captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar como conductas alternativas. En este sentido DE VICENTE MARTÍNEZ<sup>60</sup>, apunta que se trata de conductas que “*se desarrollan de manera escalonada con la intervención de una pluralidad de individuos, haya o no prueba de la existencia de una organización criminal*”.

De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2015<sup>61</sup> y con lo contenido en el precepto, los medios comisivos son el empleo de violencia, intimidación o engaño o el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.

A la vista de los hechos del caso que nos ocupa, todos estos elementos típicos concurren en el caso que nos ocupa, ya que Abdul-Azim, Abdul-Ali y Abdul-Hadi, se habían ganado la confianza de las víctimas, por lo que, a pesar de que en los hechos no se detallan las acciones que desarrollaron ambos hombres para forzar a las

---

<sup>58</sup> Esta norma procede del art 3º del Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en el cual dispone que para los fines del Protocolo: a) Por “*trata de personas*” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “*trata de personas*” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por “*niño*” se entenderá toda persona menor de 18 años”.

<sup>59</sup> MARTOS NÚÑEZ, A., “El delito de trata de seres humanos: El análisis del artículo 177 bis del Código Penal”, en Revista de *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2012, nº32, p. 103.

<sup>60</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Comentarios al Código Penal*, en (GÓMEZ TOMILLO, M. Dir.). Valladolid, 2010.

<sup>61</sup> STS de 15 diciembre de 2015, Sala de lo Penal, f.j. primero, (RJ 2015/6624)

víctimas a ejercer la prostitución, todo apunta a que se trató de un engaño<sup>62</sup>. Igualmente, hay que apuntar que puede considerarse que estaban en situación de vulnerabilidad<sup>63</sup> debido a que habían llegado recientemente al país y su condición de refugiadas, cuestión que Abdul-Azim, Abdul-Ali y Abdul-Hadi conocían.

A pesar de que resultarían necesarios más datos para determinar este punto con más claridad, de los hechos parece desprenderse que ambos hombres llevaron a cabo de forma conjunta las acciones de captación, traslado y alojamiento.

Siguiendo a MARTOS NÚÑEZ<sup>64</sup>, el delito de trata de seres humanos se consuma una vez realizada la acción típica, independientemente de que se haya producido o no la situación concreta y efectiva de, en este caso, explotación sexual. Así, este artículo entrará en concurso con el de prostitución coactiva, previsto en el art. 181.1 CP.

Conviene ahora analizar el delito de prostitución coactiva, previsto en el art. 187.1 CP tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

La jurisprudencia sostiene en relación a este precepto que *“la idea de que no toda ganancia proveniente de la prostitución por sí sola, convierte a quien la percibe en autor de un delito castigado con penas de dos a cuatro años de prisión, sino que se requiere una mayor gravedad”*<sup>65</sup>.

Esta gravedad se refiere, de acuerdo con lo expuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2008<sup>66</sup>, a *“la determinación del ámbito típico de esta modalidad delictiva resulta obligada ante la necesidad de impedir una interpretación que avale la quiebra del principio de proporcionalidad, especialmente cuando se asocia la misma pena a los actos violentos e intimidatorios, frente a aquellos otros que sólo emplean el engaño o, como en este caso, se identifican aquellas conductas violentas o intimidatorias con la acción de lucrarse o vivir a costa de la prostitución ajena”*.

En este sentido, se indica que es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: *“a) Que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad. Así se desprende de una elemental consideración de*

---

<sup>62</sup> Cfr. MARTOS NÚÑEZ El engaño comprende “el fraude y, en su caso, el rapto. Requiere el uso de estrategias capaces de crear un error en el sujeto pasivo, de tal modo que determine su sometimiento a los fines a los que se orienta el delito de trata, desconociendo la víctima, el significado real o la trascendencia para sus bienes jurídicos de aquello que, fraudulentamente acepta; por ejemplo, un puesto de trabajo inexistente o la posibilidad de obtenerlo en condiciones que nunca se cumplirán; la promesa de regularización administrativa en el país de destino que, por supuesto, tampoco se cumplirá”. El “engaño” es, también, la forma más común de la trata, tanto para la finalidad de explotación laboral como para la de carácter sexual.

<sup>63</sup> Ibid., el abuso de superioridad, necesidad o vulnerabilidad *“comprende tanto las situaciones de prevalimiento del sujeto activo con la víctima, como la inferioridad de la víctima generada por una pluralidad de causas”*.

<sup>64</sup> MARTOS NÚÑEZ, A., “El delito de trata de seres humanos: El análisis del artículo 177 bis del Código Penal”, en Revista de *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2012, nº32, p. 111

<sup>65</sup> STS de 15 de diciembre de 2015, Sala de lo Penal, f.j. quinto, (RJ 2015/6624)

<sup>66</sup> STS de 3 de julio de 2008, Sala de lo Penal, f.j. cuarto, (RJ 2008/4188)

*carácter sistemático. Ese inciso cierra un precepto en el que se castiga, no toda forma de prostitución, sino aquella que degrada la libertad y la dignidad de la persona prostituida, en atención a las circunstancias que precisa 187.1 del CP. b) Quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena ha de ser conocedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución. c) La ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo. Sólo la explotación lucrativa que está íntimamente ligada a la fuente de la prostitución ajena queda abarcada en el tipo. d) La percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico. No basta con un mero gesto de liberalidad. Esa reiteración es exigible, tanto en la persona que ejerce la prostitución como en aquella otra que se lucra con su ejercicio.”*

Atendiendo a las circunstancias del caso, puede observarse que se cumplen todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la comisión de este delito, ya que de los hechos se desprende que ha existido, al menos, la existencia d engaño en el sentido expuesto anteriormente. Podría concluirse, también, la existencia de intimidación, a todas luces necesaria para forzar a las víctimas a prostituirse en contra de su voluntad y permanecer en el lugar en el que se encontraban retenidas.

Los actos llevados a cabo por Abdul-Azim, Abdul-Ali y Abdul-Hadi tienen lugar entre el 1 de diciembre de 2015 y el 128 de febrero de 2016, por lo que existe la reiteración en sentido que exige la jurisprudencia, así como beneficio económico directo, fruto del trabajo de las víctimas en el pub Eclipse. Las víctima de este delito sería Aminah y Delilah, considerando que esta fuese mayor de edad, cuestión que puede deducirse de la primera parte del texto, en la cual se señala que su apariencia física no se corresponde con su documentación.

En relación al delito de detención ilegal, que se desarrolla en el artículo 163 CP, la jurisprudencia señala que puede cometerse *“aunque la privación de libertad deambulatoria no fuese absolutamente estricta o que los medios para ejecutarla no sean de violencia física bastando la mecánica meramente intimidatoria”*. Se trata, por tanto, continua la sentencia, de una infracción *“de consumación instantánea porque su perfección se alcanza en el instante mismo en que la detención produce”*<sup>67</sup>.

Los actos nucleares del tipo son *“encerrar”* y *“deterner”*, a pesar de que en el caso no se aportan detalles acerca de las condiciones en las que se encontraban las víctimas, el hecho de que éstas se encontrasen en un *“pub de alterne”* apunta a que se trata de una detención concepto que, según la citada sentencia, *“implica la obligación de inmovilidad sin necesidad de encerrar materialmente”*.

El tipo básico, recogido en el artículo 163, requiere, como indica la jurisprudencia, de un elemento objetivo que es *“la privación de la libertad deambulatoria de la persona, y que esa privación de libertad sea ilegal.”*, como sucede en el caso que nos ocupa, así como un elemento subjetivo, que se refiere al *“dolo penal, consiste en que la detención se realice de forma arbitraria injustificada”*<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> STS de 5 diciembre de 2005, Sala de lo Penal, f.j. quinto, (RJ 2006/1878)

<sup>68</sup> Ibid.

En definitiva, en este caso concurren los requisitos necesarios del tipo. En relación al tiempo, siguiendo lo expuesto por la misma sentencia, *“es un factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce”*. En este caso la privación de libertad tiene lugar entre el 1 de diciembre de 2015 y el 28 de febrero de 2016, por tanto se aplicaría el subtipo agravado previsto en el artículo 163.3 CP.

En último lugar, en referencia al trato degradante que, según se recoge en los hechos, recibieron las víctimas por parte de los tres ciudadanos marroquíes, parece que esta conducta se ajusta al tipo del art.173.1, es decir, Aminah y Delilah habrían sido víctimas de un delito contra la integridad moral. El Tribunal Supremo ha manifestado en sus sentencias de 17 abril<sup>69</sup> y de 30 de marzo de 2012<sup>70</sup>, que la integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona y entiende la jurisprudencia por trato degradante *“aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral”*<sup>71</sup>.

En último lugar, cabe plantearse, la relación concursal de los delitos detención ilegal y determinación coactiva al mantenimiento de la prostitución. Si atendemos a lo expuesto por la jurisprudencia, El Tribunal Supremo, en la ya citada sentencia de 5 diciembre de 2005<sup>72</sup>, entre otras, señala que *“la dinámica comisiva del delito de determinación coactiva de una persona al mantenimiento en la prostitución conlleva necesariamente una cierta restricción ambulatoria, pues en la medida en que la víctima se ve forzada a dedicarse a algo que no desea, también lo está, aún instantánea o transitoriamente, a no abandonar el lugar donde dicha actividad se realiza”*.

En consecuencia, continúa la sentencia, debido a la necesidad de respetar la prohibición del bis in idem, así como la aplicación del principio de especialidad, debe estimarse que *“el delito de determinación coactiva al mantenimiento en la prostitución consume las manifestaciones menores de restricción deambulatorias insitas en el comportamiento sancionado en el tipo. De otro modo la comisión de la conducta tipificada en el art. 187, determinaría necesariamente la condena adicional, prácticamente, en todo caso, por el delito de detención ilegal”*. Sin embargo, la consunción por el delito de prostitución coactiva o forzada no se producirá y la detención ilegal deberá ser sancionarse acumuladamente, *“cuando se alcanza una situación de encierro o privación física de libertad de las víctimas del referido delito, es decir, de internamiento forzado en un lugar del que las víctimas no pueden salir por sí mismas, como consecuencia del desbordamiento de los factores fácticos que califican el delito del art. 187. Es decir, cuando se va más allá de la mera restricción deambulatoria insita a la coacción psíquica ejercitada para el mantenimiento en la actividad de prostitución”*.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2001<sup>73</sup> señala que, mediante la determinación coactiva *“se dobllega simplemente la voluntad de la víctima para obligarla mediante «vis compulsiva» o la realización de ciertos*

---

<sup>69</sup> STS de 17 de abril de 2013, Sala de lo Penal, f.j. 3, (RJ 2013/3296)

<sup>70</sup> STS de 30 de marzo de 2012, Sala de lo Penal, f.j. 3, (RJ 2012/5018)

<sup>71</sup> STS de 29 de septiembre de 1998, Sala de lo Penal, f.j. 5 (RJ 1998/7370)

<sup>72</sup> STS de 5 diciembre de 2005, cit.,

<sup>73</sup> STS de 17 de septiembre de 2001, Sala de lo Penal, f.j. sexto, (RJ 2001/9014)

*actos contra su libre albedrío, sin que ello suponga una privación total de movimientos”, mientras que, en la comisión de un delito de detención ilegal “no se doblega, sino que se impone o se obliga imperativamente, sin posibilidad alguna de defensa, la voluntad de la víctima, la cual queda impedida de libertad ambulatoria, porque se la detiene o se la encierra con privación total de movimientos.”*

En lo que atañe al caso que nos ocupa, sería necesaria una mayor concreción de la situación en la que se encontraban las víctimas para determinar con seguridad esta cuestión. Sin embargo, como se ha expuesto con anterioridad, parece que del hecho de que estas se encontrasen en un “*pub de alterne*”, puede desprenderse que las víctimas no estaban sometidas a una privación total de movimientos y, por tanto, que el delito de detención ilegal puede ser incluido dentro del de determinación coactiva al mantenimiento de la prostitución.

De lo anteriormente expuesto se deriva que Aminah y Deliah fueron víctimas de un delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, con concurso ideal medial, con delito de prostitución coactiva y un delito contra la integridad moral.

## **VI. Respecto a la situación que sufrían los hijos de Abdel Bari y Aminah durante su secuestro:**

### **1. Determinar a qué delitos serán objeto de condena los secuestradores.**

El supuesto de hecho ofrecido en el caso, y que afecta de modo directo a los menores, ofrece dos conductas delictivas contenidas en el Código Penal y que deben de ser analizadas con el objeto de determinar su efectiva comisión; el delito de acoso y el de amenazas.

Por una parte, el delito de acoso se trata de un novedoso tipo penal que ha sido introducido 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. Esta figura delictiva se ha insertado en el artículo 172 *ter* del Código penal.

Como ha puesto de manifiesto GALLEGO CENOZ<sup>74</sup>, con la inclusión del delito de acoso, se pretende proteger diferentes bienes jurídicos; la libertad de obrar como capacidad de decidir libremente, la seguridad de la víctima, entendida como el derecho al sosiego y tranquilidad personal e, igualmente, garantizar la protección del honor, la integridad moral o la intimidad.

La conducta penal entendida por acoso es definida como la alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de la persona afectada por la realización insistente y reiterada, sin la autorización por el mismo, de las conductas contempladas en el artículo 172 *ter*. En concreto, en el apartado 1 de dicho artículo se pena la vigilancia, persecución o búsqueda de cercanía física respecto de la persona, circunstancia que, a tenor de lo contenido en el supuesto de hecho, media en este caso, ya que los menores se vieron acosados por lo secuestradores en la calle. Sin embargo, no es esta la única conducta descrita en el artículo 172 *ter* la que se llevó a cabo, pues también se produjo la realización de la acción descrita en los apartados 2º, debido a que este acoso también se materializó mediante vía telefónica, y 4º, pues la conducta supuso

---

<sup>74</sup> Cfr. GALLEGO CENOZ, J., “Primera condena por el nuevo delito de «stalking»”, en *Revista Aranzadi Doctrina*, 2016, nº6.

un atentado contra la libertad de acción de los menores. Como ha señalado RAGUÉS I VALLÈS<sup>75</sup>, “con esta figura no se castigan únicamente actos que pueden coartar la libertad de otra persona, sino también situaciones que, sin limitar estrictamente su libertad de actuación, pueden afectar muy negativamente a su sensación de seguridad”.

En atención a que la conducta delictiva fue inflingida a unos sujetos pasivos especialmente vulnerables, tanto por su edad como por la situación en la que se encontraban, y aquí es necesario no sólo tener presente que su estado precario ante la ausencia de progenitores, sino el desarrollo sin dicha presencia en un ámbito que les es extraño, ya que llevaban escasos meses en un país que les era culturalmente novedoso, en aplicación del párrafo segundo del artículo 172 *ter*, apartado uno, debería de imponerse la pena de prisión de seis meses a dos años.

A pesar del análisis realizado hasta el momento, la aplicación de esta conducta delictiva a los sujetos activos resulta problemática por el tenor literal contenido en el apartado 4 del artículo 172 *ter*, que establece la necesidad de que los agraviados presenten una denuncia previa para que el delito sea perseguible. En este sentido, cabe hacer alusión al apartado 2 del artículo objeto de estudio que exige de esta exigencia cuando las personas agraviadas se correspondan con “*alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173*”<sup>76</sup>. El artículo 173.2 alude al cónyuge, a las personas ligadas por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección y que guarden una relación de convivencia familiar con la persona que realiza la conducta típica, o personas que estén sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. Del enunciado del caso práctico no se desprende con exactitud la situación habitacional en la cual se encuentran los menores, por lo que es necesario prever distintas resoluciones según las circunstancias precisas y que son desconocidas.

En el supuesto de que los menores conviviesen con los acosadores, circunstancia que no resulta probable, parece que no habría inconveniente en poder eximir a los menores de la necesidad de presentar denuncia previa para que se pudiese aplicar el delito de acoso. Igualmente ocurriría si los menores, tras el quebrantamiento de custodia de su madre, hubiesen sido realojados en un centro público o privado sometido a custodia o guarda. Sin embargo, ofrece mayores dudas respecto de su resolución el supuesto que parece alinearse con el caso y que consistiría en que, tras el

---

<sup>75</sup> RAGUÉS I VALLÈS, R., *Lecciones de Derecho penal. Parte especial.*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 114.

<sup>76</sup> El artículo 173.2 del Código Penal establece que “*El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica*”.

secuestro de Aminah y Delilah, los menores hubiesen continuado viviendo solos en la casa proporcionada por la familia García Castro y subsistiendo con la comida proporcionada por los secuestradores. En este supuesto, aplicando con concreción lo establecido en el artículo 172 *ter*, no podría aplicársele a los secuestradores el delito de acoso debido a que los menores deberían de haber interpuesto denuncia para que hubiese sido perseguible. A pesar de ello, esta situación parece, a todas luces, poco razonable habida cuenta de los condicionantes del caso y de la especial vulnerabilidad de los menores. La apreciación de esta última circunstancia correspondería a la interpretación, más o menos extensiva, que hiciese el juez del contenido del artículo 173.2 del Código Penal.

Por otra parte, en atención al supuesto de hecho, en la conducta de los secuestradores respecto de los niños concurre un delito de amenazas.

Como ha puesto de manifiesto PAREDES CASTEJÓN<sup>77</sup>, el legislador español no establecido con claridad la acción típica consistente en “amenazar”. El concepto de lesividad, que puede aludir tanto al menoscabo de la libertad como de la seguridad, ha hecho necesario el pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales con el fin de concretar el supuesto al que nos encontramos.

Según reiterada jurisprudencia, entre ellas STS de 23 de septiembre de 1992<sup>78</sup>, *“Este no es otro que un ataque a la seguridad y libertad de las personas a tenor de la rúbrica legal bajo la que está enclavado. Como tal, es un delito de simple actividad, de expresión, en el que la manifestación de voluntad y el resultado suelen coincidir en el tiempo, aunque ambos momentos pueden quedar escindidos en algún caso (amenazas por carta). Desde otro punto de vista la amenaza es un delito de peligro: ¿abstracto o concreto? Hemos llegado al punctum pruriens de la cuestión. Es cierto que basta la idoneidad general de la amenaza para intimidar al amenazado, lo que permite la incriminación de las amenazas simples, pero no es menos cierto que el peligro abstracto no excluye el peligro concreto añadido, a la susceptibilidad a aptitud in genere de la amenaza.”*

En relación a los caracteres fundamentales del delito la STS de 13 de mayo de 1995<sup>79</sup>, indica que *“son caracteres fundamentales del delito de amenazas el constituir un ataque al sosiego y tranquilidad personal en el normal desarrollo de la vida, que es el bien jurídico protegido, que se realice ese ataque por obra de un sujeto agente animado del propósito de atemorizar a la víctima privándola de su tranquilidad y sosiego, mediante el anuncio serio y real de causarle un mal futuro, determinado, posible, que constituye un delito contra su persona, honra o propiedad, y cuya causación dependa exclusivamente de la voluntad de ese sujeto agente. Se trata de un delito de peligro y de simple actividad y no de lesión y que no exige para su existencia que se haya producido en la víctima la perturbación anímica perseguida por su autor.”* Mientras que la STS del 2 de diciembre de 1992<sup>80</sup> señala como tales: *“1.º) el bien jurídico protegido es la libertad de la persona y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida; 2.º) es un delito de simple actividad, de expresión o de peligro, y no de verdadera lesión, de tal suerte que si ésta se produce actuará como complemento del*

---

<sup>77</sup> PAREDES CASTEJÓN, J.M., “Libertad, seguridad y delitos de amenazas”, en Revista de Estudios Penales y Criminológicos, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2009, nº29, pp. 363-420.

<sup>78</sup> STS de 23 de septiembre de 1992, Sala de lo Penal, f.j. segundo, (RJ 1992/7246)

<sup>79</sup> STS de 13 de mayo de 1995, Sala de lo Penal, f.j. segundo, (RJ 1995/4483)

<sup>80</sup> STS de 2 de diciembre de 1992, Sala de lo Penal, f.j. segundo, (RJ 1992/9906)

*tipo; 3.º) el contenido o núcleo esencial del tipo es el anuncio en hechos o expresiones, de causar a otro un mal que constituya delito, bien en su persona, honra o propiedad; anuncio de mal que debe de ser serio, real y perseverante, de tal forma que ocasione una repulsa social indudable; 4.º) el mal anunciado ha de ser futuro, injusto, determinado y posible, dependiente exclusivamente de la voluntad del sujeto activo y originador de la natural intimidación en el amenazado; 5.º) este delito es eminentemente circunstancial, debiendo valorarse la ocasión en que se profiera, personas intervinientes, actos anteriores, simultáneos y sobre todo posteriores al hecho material de la amenaza; 6.º) el dolo específico consiste en ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego, dolo indubitado, en cuanto encierra un plan premeditado de actuar con tal fin; 7.º) la penalidad varía según se exija cantidad o se impongan condiciones al amenazado y según el culpable hubiera o no conseguido su propósito”*

La doctrina, asimilando la actividad jurisprudencial, ha definido el delito de amenazas. Resulta, en este sentido, de relevancia la interpretación que ha realizado la Profesora CUERDA ARNAU<sup>81</sup>, quien define el delito de amenazas como “*actos o expresiones objetivamente idóneas para violentar el ánimo del sujeto pasivo ante el daño que se le anuncia*”, o la realizada por MUÑOZ CONDE<sup>82</sup>, que define el tipo penal como la acción consistente en exteriorizar un propósito que constituya un mal consistente en la privación de un bien presente o futuro.

Como se ha puesto de manifiesto a través de las sentencias aludidas, nos encontramos ante delitos de sentido abstracto, de simple actividad, de expresión, en los que la manifestación de voluntad y resultado suelen coincidir en el tiempo. Se consuma con la llegada del anuncio conminativo a su destinatario con apariencia de seriedad y firmeza, pero sin que se haya producido necesariamente una perturbación anímica.

Con el objetivo de enmarcar las acciones descritas en el supuesto de hecho con una acción típica, debemos acudir al artículo 169 del Código Penal, que castiga al que “*amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico*”. La interpretación que la doctrina ha realizado de este precepto es divergente. De una parte, un sector, encabezado por MUÑOZ CONDE<sup>83</sup> considera que el bien jurídico afectado por la realización de la acción típica es el sentimiento de seguridad o tranquilidad de la víctima, mientras que otro sector doctrinal, entiende, por el contrario, que el bien jurídico protegido es la libertad.

En todo caso, la acción típica del delito de amenazas debe de ser entendida en un doble sentido; como la amenaza de un mal referido al amenazado y/o a su familia o a la persona, honra o propiedades.

Esta previsión se complementa con lo establecido en el apartado primero, pues señala que se sanciona “*si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita y el culpable consiguiera su propósito*”.

---

<sup>81</sup> CUERDA ARNAU, M.L., “Delitos contra la libertad (y II), en *Derecho Penal Parte Especial*, GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 155

<sup>82</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 145.

<sup>83</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, cit., p.146.

En el supuesto de hecho que se estudia se dan todas las circunstancias que, como señala LUZÓN CUESTA<sup>84</sup>, deben darse para que medie un delito de amenazas. Por un lado, se intimida a los menores con un mal futuro cuya concreción es posible y que depende de la voluntad de las personas que realizaron la amenaza. A la vista de lo dispuesto y de las acciones llevadas a cabo por los secuestradores, estos deberían de ser condenados con una pena de prisión de uno a cinco años, ya que a los menores fueron amenazados con el ánimo de que no hicieran público “que su madre y Delilah estaban secuestradas en contra de sus respectivas voluntades”. En este caso, además, se debería de imponer la pena en su mitad superior puesto que las amenazas realizadas se formularon por teléfono, siendo esta circunstancia apreciada en el artículo 169 1º, que establece que “las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos.” La justificación de esta agravación reside, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de septiembre de 2000<sup>85</sup>, en que, al ser realizadas por un medio telemático se aprecia “una mayor reflexión en el mal que se anuncia”.

Es posible cuestionarse, a la vista del trato que dispensaron los secuestradores a los menores suministrándole comida durante el secuestro de su madre que estos, en realidad no tuvieran el propósito de culminar las amenazas formuladas. Sin embargo, esta circunstancia carece de relevancia, tal y como se desprende de la STS de 9 de octubre de 1984<sup>86</sup>, pues el sujeto activo lo que pretendía era atemorizar al sujeto pasivo, algo que, a la vista de las circunstancias, que los menores no denunciasen la situación, parece haberse cumplido.

Cabría cuestionarse si, al haberse vertido las amenazas a los dos hermanos, deberían de ser entendidos estos como sujetos determinados e individualizados. Ante esta duda, resulta clasificadora la brillante Sentencia<sup>87</sup> del Magistrado José Agustín Vega Ruíz quien, para un supuesto de hecho similar, determinó que “*La conciencia del sujeto activo, y el dolo intencional que guía su conducta, constituye el elemento diferenciador, y definidor a la vez, de su acción . El acusado quiso amedrentar a dos personas, en el mismo momento . Dos fueron las que sufrieron los efectos que aquél pretendía. Es así una única valoración sobre dos sujetos pasivos. Se trata de distinguir la actividad , única, de los efectos, diversos, que la misma origina. El dolo quiere amedrentar, a dos sujetos distintos pero también con base en una sola acción, en el espacio y en el tiempo.*”

Es por ello por lo que, en el supuesto que nos ocupa, a pesar de que fueron dos las personas que recibieron la amenaza, no debe de considerarse esta individualizada.

En atención de todo lo enunciado, cabría imputársele a los secuestradores un delito de amenazas condicionales con una pena de prisión en su mitad superior. Además, en

---

<sup>84</sup> Cfr. LUZÓN CUESTA, J.M., Compendio de Derecho Penal, cit., p. 70.

<sup>85</sup> STS de 14 de septiembre del 2000, Sala de lo Penal, f.j. segundo (RJ 2000/7942)

<sup>86</sup> STS de 9 de octubre de 1984, Sala de lo Criminal, f.j.2: “*el sujeto activo de la infracción realiza respecto de un mal serio, real, futuro, dependiente de su voluntad y antijurídico, a recaer sobre la víctima, su familia, honra o propiedad, de tal forma que, independientemente de que el mal llegara o no a consumarse e independientemente también de que el presunto delincuente tuviera o no intención de ejecutarlo en su fuero interno siempre que este propósito real no pueda ser captado por quien sufre la amenaza*” (RJ 1984/4815)

<sup>87</sup> STS de 12 de marzo de 1993, Sala de lo Penal, f.j.7, (RJ 1993/2379)

atención al apartado tercero del artículo 172 *ter*, en el supuesto de que la autoridad judicial previese la conveniencia de entender que, debido a la especial vulnerabilidad de los individuos acosados y a las circunstancias contenidas en el artículo 173.2, resultase imputable el delito de acoso. En aplicación del apartado 3 del artículo 172 *ter*, y como defiende la Profesora Cuerda Arnau<sup>88</sup>, estaríamos ante una modalidad de concurso real entre los delitos en que se hubiesen concretado los actos de acoso y el propio delito de acoso.

## **2. Salvaguarda jurídica que les aportan las leyes de protección de los derechos del niño. ¿Podrían recurrir a otras normas para su protección?**

La salvaguarda jurídica de los derechos del niño deben de ser evaluados en una triple perspectiva; internacional, estatal y autonómica.

Desde el punto de vista internacional, debemos situar como referencia el texto al que se refiere el enunciado; la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre 1989, y que fue ratificada por España el 30 de noviembre 1990. El contenido del texto adoptado en esta convención supuso el comienzo de la regulación jurídica en materia de protección de los menores, basada en la visualización de los menores en el entorno social y en reivindicación de la protección y defensa de sus derechos. Sin embargo, este texto, que ha inspirado las regulaciones posteriores realizadas por los Estados con el objetivo de recepcionar los compromisos adquiridos en la Comunidad internacional, no implicó crear un marco de protección jurisdiccional, ni permite la protección ante un órgano internacional, sino la creación de mecanismo de los mismos en el ámbito del Derecho autónomo. Como se pondrá de manifiesto a continuación, con el tratamiento de la normativa estatal, la incidencia que ha tenido la Convención sobre los Derechos del niño en el Derecho interno de los Estados firmantes ha sido absorbida hasta el núcleo más duro de su ordenamiento creando se han mecanismos y organismos tendentes a asegurar la protección de los derechos enunciados en ella.

Teniendo presente la referencia jurídica que implica la Declaración sobre los Derechos del niño, no es esta la única normativa emanada del Derecho internacional; también tiene relevante incidencia en el ámbito de protección de los menores la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, que guarda gran importancia en materia de adopción y en la recepción de los menores en hogares de guarda, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, conocidas como Reglas de Beijing, y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado.

En lo relativo al ámbito estatal, es preciso poner de relieve tres regulaciones distintas que han configurado la regulación estatal en materia de protección de los menores. Por un lado, cobra especial relevancia los principios rectores de la política social presentes en el capítulo III del Título I de la Constitución España, que dispone la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y, especialmente, de los menores bajo el concepto de “interés

---

<sup>88</sup> CUERDA ARNAU, M.L., “Delitos contra la libertad (y II), cit., p.178.

superior del menor”. Esta definición, estima IGLESIAS REDONDO<sup>89</sup>, “estriba en la mayor suma de ventajas, de cualquier género y especie, y del menor número de inconvenientes que le reporta una situación perfectamente determinada respecto de otra, siempre en proyección hacia el futuro, desde el exclusivo punto de vista de su situación personal”.

Por otro lado, Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, tuvo una gran incidencia en el Derecho español respecto de la protección del menor en España, pues introdujo la institución del desamparo en detrimento del concepto de abandono que era empleado hasta ese momento. Esta precisión se ha traducido en la creación de procedimientos de protección al menor más ágiles, pues permite que, en los casos en los que el menor se encuentre en un supuesto de desprotección grave, la entidad pública competente asuma automáticamente su tutela. La previsión del concepto legal de desamparo en el artículo 172 del Código Civil, tal y como señala DE PALMA DEL TESO<sup>90</sup>, conceptualizó el desamparo como la “situación de desprotección en la que se encuentra el menor, como consecuencia de que faltan sus padres o tutores o que estos no cumplen adecuadamente o incumplen las obligaciones de protección establecidas para la guarda de los menores”. Sin embargo, este concepto, como ha expuesto, entre otras, la Audiencia Provincial de Álava en su sentencia de 9 de marzo de 1993<sup>91</sup>, no debe ser interpretada en términos restrictivos. Esta circunstancia ha supuesto la divergencia de caracteres de las distintas Administraciones autonómicas<sup>92</sup> respecto del mismo término, ya que han sido los legisladores autonómicos los que, en último término, han adecuado el ámbito a su valoración.

Por último, el Estado español ratificó el Convenio de los Derechos del niño mediante el Instrumento de Ratificación que entró en vigor el 5 de enero de 1991. La esencia del mismo fue materializado en nuestro ordenamiento a través de la Ley orgánica 1/1996, del 15 de enero, de protección jurídica del menor, que ha servido de referencia para que las Comunidades Autónomas creasen normas de aplicación para hacer uso del ámbito de las competencias atribuidas por el artículo 148.1.20º, que dispone la facultad de que las Comunidades Autónomas asuman competencias en materia de asistencia social. Al haber incorporado dicha facultad en sus Estatutos de Autonomía, son las Comunidades Autónomas los entes competentes en materia de protección de menores desde una doble perspectiva; ejerciendo la función legislativa y asumiendo la ejecución de la misma. Sin embargo, a pesar de esta atribución

---

<sup>89</sup> IGLESIAS REDONDO, J.I., *Guarda Asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 66.

<sup>90</sup> DE PALMA DEL TESO, A., *Administraciones Públicas y protección de la infancia*, INAP, Madrid, 2006, p. 189.

<sup>91</sup> SAP de Vitoria, Sentencia de 9 de marzo de 1993, f.j. primero: “situación legal de desamparo puede revestir variedad de formas, entre las que se encuentra la de cuando los padres o las personas que tienen la guarda del menor incumplieran los deberes de protección o ésta fuese imposible. Situación que ha de apreciarse con una cierta interpretación restrictiva, de tal manera que sólo se estime cuando no se lleguen a cumplir unos mínimos de atención exigidos por la conciencia social más común”. (AC 1993/313)

<sup>92</sup> Esta circunstancia se aprecia, en el ámbito gallego, en la STS de 27 de octubre de 2014, Sala de lo Civil, en cuyos antecedentes se pone de manifiesto la “disparidad de criterios de las doctrinas enmarcadas de las sentencias de las Audiencias Provinciales”, señalando, posteriormente, en el fundamento jurídico décimo que “la situación de desamparo es casuística”. (RJ 2014/5183)

competencia, como ha puesto de manifiesto TENA PIAZUELO<sup>93</sup>, dado que el Estado ha de velar por la igualdad de condiciones de los españoles, el ente estatal tiene la facultad de garantizar, tanto la cooperación de las distintas Administraciones, como unos mínimos en el contenido sustancial de las distintas regulaciones en lo relacionado con la protección de menores.

El contenido de la Ley Orgánica 1/1996 ofrece un marco de protección a los menores que se materializa especialmente en los artículos 10, 12 y 18.

En el artículo 10, además de enunciarse el derecho del que disponen los menores para recibir una asistencia por parte de las Administraciones Públicas para garantizar el correcto ejercicio de sus derechos, contempla las acciones que pueden llevar a cabo los menores con el fin de hacer uso de los derechos; entre los que se encuentra el *“solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente”*; trasladar al Ministerio Fiscal *“las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas”*; *“plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo”*, y *“solicitar los recursos sociales disponibles de las Administraciones públicas”*. Un aspecto de especial importancia para el supuesto de hecho es la previsión contenida en el apartado 3 del mismo artículo 10, que reconoce el derecho de los menores extranjeros que se encuentren en España al acceso a la educación, a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos cuando se encuentren en una situación de riesgo.

Por otra parte, el artículo 12 de la Ley Orgánica 1/1996 contempla las actuaciones que deben de llevar a cabo los poderes públicos con el fin de prevenir y reparar las situaciones de riesgo que vivan los menores. En este sentido, el apartado primero de este artículo establece, de un modo ciertamente genérico, que dichos objetivos deben cumplirse a través del *“establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda, y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la Ley”*.

En consonancia con lo enunciado en el artículo 12, el artículo 18 establece las actuaciones que las entidades públicas deben llevar a término en aquellos supuestos en los que los menores se encuentren en situación de desamparado y que se concretan en la asunción de la tutela de los mismos, adoptando medidas de protección y trasladando el conocimiento de la situación al Ministerio Fiscal.

Por último, como pone de manifiesto DE LA ROCHA GARCÍA<sup>94</sup>, la publicación de la norma entrañó la incorporación de un criterio que, por su obviedad, podría haber resultado obviado pero que, sin embargo, adquiere importancia en el supuesto objeto de estudio, y es que se prevé la obligación específica para la ciudadanía de comunicar a las Autoridades competentes la ausencia del menor. Es probable que, ante la situación vivida, los menores no acudieran habitualmente al centro escolar en el que debieron ser escolarizados cuando se les proporcionó asilo o que se detectase una situación anormal en su comportamiento. La denuncia de esta circunstancia ante la Administración competente podría haber supuesto una resolución satisfactoria de la misma con anterioridad.

Los principios esenciales que se recogieron en la legislación nacional han sido

---

<sup>93</sup> TENA PIAZUELO, I., “Instrumentos de la protección de menores de la Ley aragonesa de 14 de diciembre de 1989”, en *Revista de Derecho Privado*, 1993, nº 77, p. 692.

<sup>94</sup> DE LA ROCHA GARCÍA, E., *Los menores de edad en el derecho español*, Comares, Granada, 2000, p. 29.

incorporados a la normativa autonómica, en Galicia, fundamentalmente, a través de dos normas; La Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia y la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia. A pesar de que en la Comunidad Autónoma Gallega se han creado multitud de previsiones normativas con el objeto de crear un marco jurídico adecuado de protección para los menores, tales como el Decreto 254/2011, del 23 de diciembre, por el que se regula el régimen de registro, autorización, acreditación y la inspección de los servicios sociales en Galicia o el Decreto 96/2014, de 3 de julio, por el que se regulan los puntos de encuentro familiar en Galicia, es mediante las normas legislativas autonómicas a través de las cuales se ha incluido las reglas fundamentales de protección del menor previstas a nivel nacional con el objeto de dar cumplimiento a la competencia establecida en el artículo 148.1.20 de la Constitución Española.

La primera de las normas fundamentales gallegas creadas con el objetivo de proteger a los menores, la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia, fue creada, tal y como contempla el primer apartado de su artículo 1 con objeto de *“estructurar y regular, como servicio público, los servicios sociales en Galicia para la construcción del sistema gallego de bienestar”*. Se trata, por lo tanto, de una norma que ha servido de paso previo a la redacción de un marco normativo específico a los distintos ámbitos sociales. La vinculación de esta norma con la materia que nos ocupa resulta evidente teniendo en consideración que, entre los objetivos perseguidos por esta Ley se encuentran, en atención al artículo 3º, apartado a), el *“facilitar alternativas, recursos e itinerarios de integración social a aquellas personas que se encuentran en situación o en riesgo de exclusión social”*, y a la vista del apartado c) del mismo artículo, que destaca como otro de los objetivos el *“dar protección y oportunidades sociales y educativas a menores de edad y a aquellas otras personas que se encuentren en situación de conflicto o de desamparo”*. Otro punto importante de esta norma reside en el contenido del artículo 21º, que prevé prestaciones económicas con el objeto de *“apoyar el cuidado de menores, paliar situaciones transitorias de necesidad, garantizar mínimos de subsistencia y reforzar procesos de integración familiar e inclusión social”*.

A pesar de que la Ley 13/2008 ha servido como piedra angular sobre la cual asentar el sistema de protección social de Galicia, ha sido la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia la que ha creado el marco jurídico de protección del menor en el ámbito de la Comunidad Autónoma gallega a través de su articulado. Es el Título II de la mencionada Ley, que abarca del artículo 37 al 103 englobados en seis capítulos, el dedicado a la infancia y a la adolescencia y el que ha materializado la exigencia constitucional de desarrollar un código jurídico que da protección a los menores y que insta a las Administraciones Públicas a la creación de políticas de bienestar que tengan por objeto el garantizar a los menores un nivel de vida digno. A continuación se procederá a realizar un breve análisis del contenido más sustancial de los capítulos que guardan especial relación con el supuesto de hecho.

El capítulo I del Título II resulta de relevancia para el caso, principalmente, porque establece una perspectiva general sobre la materia de protección, introduce los aspectos básicos de la misma y otorga, a través del artículo 41.1.a) 1.º) y 2.º), la competencia al organismo competente en materia de asuntos sociales Xunta de Galicia, respectivamente, para *“la protección y asistencia de las y los menores que se encuentren en situación de posible desprotección o desamparo”* y *“la tutela de las personas menores desamparadas y el ejercicio de las funciones de protección de ellas”*

*según la legislación vigente.”*

El capítulo II regula, no sólo los derechos de especial protección de la infancia y la adolescencia, sino también los deberes que los menores han de afrontar. Especial importancia para el supuesto de hecho tienen el artículo 42, que establece, en su punto f), como derecho de especial protección de la infancia y la adolescencia el derecho a la asistencia pública en casos de abandono, marginación, malos tratos; el artículo 44, que describe los medios a través de los cuales pueden defenderse los derechos de la infancia, y el artículo 48, que contempla conceptos generales de aplicación<sup>95</sup>.

El capítulo III del Título II es el más importante para el caso, pues está dedicado a la protección de los menores, previniendo las actuaciones de los poderes públicos ante las situaciones de riesgo y desamparo mediante actuaciones como el apoyo a la familia, la tutela, la asunción de la guarda de la o el menor y la adopción. En este capítulo se describe la situación de desamparo, y, de su contenido, se puede aseverar que los menores se encontraban en este estado pues el artículo 52 considera como situación de desamparo el abandono del menor y, también, *“la falta de personas a quienes corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el niño, niña o adolescente”*. En el mismo sentido se pronuncia el punto k) del mismo artículo que incluye dentro de este concepto a *“Cualquier otra situación de desprotección que se produzca de hecho a causa del incumplimiento o de un imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de las personas menores de edad cuando estas queden privadas de la necesaria asistencia moral o material”*.

Ante esta situación, el departamento competente la Xunta de Galicia, en atención al artículo 53, debe declarar la situación de desamparo. Esta previsión, a pesar de la nacionalidad de los menores, les resulta de aplicación pues tal competencia procede respecto *“de las personas menores que residan o se encuentren transitoriamente en el territorio de la Comunidad Autónoma gallega”*. Debido al carácter urgente- descrito en el supuesto, en aplicación del artículo 54.1, la declaración de la situación de desamparo puede realizarse sin un previo trámite de audiencia y asumiendo, la Administración, la tutela de modo inmediato sobre los menores. La asunción de esta tutela debe realizarse en los términos contenidos en el artículo 61, que explica la competencia que la Xunta de Galicia detenta en esta materia y las consecuencias jurídicas que se derivan de esta situación. Más concretamente, se dispone que *“La constitución de la tutela administrativa supone la atribución al órgano competente de la Xunta de Galicia de las funciones de contenido personal, de representación legal y de administración patrimonial sobre la o el menor establecidas en la legislación civil”*.

Las medidas concretas de protección a aplicar se enumeran en el artículo 55, que dispone que *“Se consideran medidas de protección: a) El apoyo a la familia cuando en la resolución que lo adopte se determine su carácter de medida; b) La tutela; c) La asunción de la guarda de la o el menor, ejercida mediante el acogimiento; d) La adopción; e) Las medidas que se adopten con respecto a las menores y los menores en situación de conflicto social”*. Estas medidas, según lo dispuesto en el artículo 56,

---

<sup>95</sup> Ha sido respecto de este artículo sobre el cual se ha producido un pronunciamiento jurisdiccional del Tribunal Supremo respecto del contenido de la Ley 3/2011 que tenía por objeto interpretar el concepto de desamparo que el legislador gallego había configurado. Sentencia 582/2014, de 27 de octubre, Sala de lo Civil, f.j. décimo, (RJ 2014/5183)

deben de ser aplicadas conforme a los principios de intervención mínima y proporcionalidad”.

En atención a las normas analizadas, es conveniente concluir que la Convención sobre los Derechos del Niño sentó los precedentes sobre los cuales se ha materializado la protección en los Estados firmantes. Sin embargo, no contiene medidas directas de protección. Para que los menores, Alí Bari y Azhar, obtengan medidas de protección, debe ponerse en conocimiento de la Administración autonómica la situación que viven para que se proceda a la aplicación de la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, cuyo fundamento se ha construido en base a la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, de protección jurídica del menor. A la vista de las normas enunciadas, el órgano competente de la Xunta de Galicia impondrá las medidas de protección que le sean más adecuadas a los menores y que estarán fundamentadas en la observancia del interés superior del menor y del principio de proporcionalidad.

## **VII. Conclusiones.**

I. El proceso de concesión de asilo seguido por Aminah, sus hijos y Delilah se ha efectuado de acuerdo con lo previsto en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria. Presenta la particularidad de utilizar la vía de las Misiones Diplomáticas y Oficinas consulares españolas en el extranjero, de acuerdo con la cual, encontrándose los solicitantes en la Embajada de España en Ankara y en caso de que pudiese considerarse que su integridad física corría peligro, el Embajador de España en Turquía podría promover su traslado a España para que éstos pudiesen presentar la solicitud en nuestro territorio.

II. En relación al riesgo que podría constituir, para la seguridad nacional la concesión de protección internacional a Abdel- Bari, a la vista de la jurisprudencia, no parece que los datos recogidos en el Informe del CNI puedan dar lugar a una razón fundada de la cual pueda extraerse una *presunción de posible peligrosidad*.

Sin embargo, la resolución por la que se acuerda la reagrupación familiar no podría contemplarse para Abdel Bari, ya que la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria impide su concesión para los supuestos motivadores de la denegación de derecho de asilo como es, en este caso, el “peligro para la seguridad nacional”.

III. La Ley no contiene reglas procedimentales en materia de protección internacional en lo que se refiere a las cuestiones de identidad, aunque sí figura como una obligación del peticionario de asilo. La declaración del solicitante en relación a su identidad es asumida por la Oficina de Asilo y Refugio como una hipótesis sin posibilidad de verificación. En consecuencia, la Oficina de Asilo y Refugio, como punto de partida, asumirá como válida la información que figura en el pasaporte de Delilah y, por tanto, su identidad.

En caso de que se cuestionase la veracidad del pasaporte por parte de la Oficina de Asilo y Refugio, esta recurrirá a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras a fin de que establezca su valoración mediante informe técnico y, en caso de que se requiera informe pericial con valor judicial, éste deberá ser emitido por la Comisaría General de Policía Científica

IV. Considerando el marco jurídico que configura los criterios de valoración de las personas adoptantes, cabe concluir que el informe que determina la no idoneidad de los adoptantes ha sido elaborado por la Entidad Administrativa competente y que se fundamenta en Derecho. En particular, la decisión de declarar no idónea para la adopción a María se sustenta en el hecho de no haberse determinado, durante el estudio psicosocial, que la solicitante tuviese una actitud adecuada para hacer frente a las responsabilidades derivadas de la asunción de la patria potestad. Si bien es cierto que podrían alegarse ciertos factores para rebatir el argumento esgrimido por la Administración Autónoma, también lo es que las circunstancias recogidas en el informe se hayan jurídicamente sustentadas.

V. La resolución de idoneidad emitida por la autoridad administrativa no supone la finalización del proceso de valoración. En este sentido, debe valorarse que esta resolución no agota la vía administrativa y, por tanto, es posible formular “motivaciones de las personas interesadas en adoptar”.

La otra vía a contemplar es la establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone, en su artículo 779, la facultad de impugnar ante los Tribunales competentes las resoluciones administrativas que hayan sido dictadas sin que sea necesario realizar un recurso en vía administrativa. Sería posible, a través de la misma, impugnar la resolución de no idoneidad emitida por el Ente Público.

VI. Durante su estancia en Colombia, podría considerarse que José ha cometido un delito de ocultación o entrega de un hijo, que se consumaría en el momento de la recepción del niño en Colombia con la mediación de contraprestación económica. Dada la condición de funcionario de José, será de aplicación el subtipo agravado del tipo.

En relación a la falsificación de documentos de identidad por parte de José, al aprovecharse éste de su condición de funcionario, pero dentro de una actividad que no le es inherente, sería castigado con el art.392 con la agravante 7º del art.22.

María, por su parte, podría ser considerada autora de un delito de suposición de parto, ya que doctrina y jurisprudencia consideran que el sujeto activo debe de ser, necesariamente, una mujer, mientras que su esposo, José, podría ser considerado cooperador necesario, ya que es él quien realiza las acciones necesarias para conseguir el niño.

VII. Una vez en España, y en relación a la situación dentro del matrimonio, puede considerarse que María ha sido víctima de un delito de violencia o maltrato habitual, siendo José el autor del mismo. Hade valorarse, además, que en este caso sería de aplicación el subtipo agravado debido a la presencia de menores y el hecho de que el lugar de comisión haya sido el domicilio de la pareja.

VII. Tras el análisis de la responsabilidad penal que se podría derivarse de los hechos relacionados con el secuestro de Aminah y Deliah, puede concluirse que éstas fueron víctimas de un delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, con concurso ideal medial con delito de prostitución coactiva y un delito contra la integridad moral. No se considerarían, sin embargo, víctimas de un delito de detención ilegal debido a la necesidad de respetar la prohibición del bis in idem, así como la aplicación del principio de especialidad, ya que el delito de determinación

coactiva al mantenimiento en la prostitución consume las manifestaciones menores de restricción de ambulatorias comprendidas en el comportamiento sancionado en el tipo.

VIII. Respecto de los hijos de Abdel Bari y Aminah, , cabría imputársele a los secuestradores un delito de amenazas condicionales con una pena de prisión en su mitad superior. En atención a la especial vulnerabilidad de los individuos acosados, podría considerarse imputable, también, el delito de acoso, que tendrá una pena separada del previsto para el delito de amenazas.

IX. Finalmente, tras la evaluación de la salvaguarda jurídica de los derechos del niño en una triple perspectiva -internacional, estatal y autonómica-, cabe concluir que, a pesar de que la Convención sobre los Derechos del Niño sentó los precedentes sobre los cuales se ha materializado la protección en los Estados firmantes, no recoge medidas directas de protección. Para la efectiva obtención de medidas de protección en relación a los dos menores será necesario poner en conocimiento de la Administración autonómica la situación en la que se encuentran, de forma que se proceda a la aplicación de la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia. El órgano competente de la Xunta de Galicia impondrá las medidas de protección que le sean más adecuadas a los menores y que estarán siempre fundamentadas en la observancia del interés superior del menor y del principio de proporcionalidad.

## VIII. Bibliografía.

- ACNUR, *Consideraciones de protección internacional con respecto a las personas que huyen de la República Árabe Siria*, Actualización III, 2014.
- CARDONA LLORENS, J/ PUEVO LOSA, J/ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J/ SOBRINO HEREDIA, J.M., en *Estudios de derecho internacional y de derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Tomo II, AZNAR GÓMEZ, M.J., (Dir.), Tirant lo Blanch, 2012.
- CARRASCO ANDRINO, M., “Protección penal de la filiación”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Universidad de Granada, 2010, nº12, pp. 1-30.
- CASTIÑEIRA PALOU, MT “Delitos contra las relaciones familiares” en SILVA SÁNCHEZ, JM (Dir.) *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2a ed., Barcelona, 2009.
- CUERDA ARNAU, M.L., “Delitos contra la libertad” (y II), en *Derecho Penal Parte Especial*, GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- DE LA ROCHA GARCÍA, E., *Los menores de edad en el derecho español*, Comares, Granada, 2000.
- DE PALMA DEL TESO, A., *Administraciones Públicas y protección de la infancia*, INAP, Madrid, 2006.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Comentarios al Código Penal*, en (GÓMEZ TOMILLO, M. Dir.). Valladolid, 2010.
- GALLEGO CENOZ, J., “Primera condena por el nuevo delito de «stalking»”, en *Revista Aranzadi Doctrina*, 2016, nº6.
- GARCÍA MAHAMUT, GALPASORO, J. Y VIDAL FUEYO, M.C., *Régimen Jurídico del Derecho de Asilo en la Ley 12/2009. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2010.
- IGLESIAS REDONDO, J.I., *Guarda Asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, 1996.
- LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de Derecho Penal, Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011.
- MARTOS NÚÑEZ, A., “El delito de trata de seres humanos: El análisis del artículo 177 bis del Código Penal”, en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2012, nº32, pp. 97-130.
- METSOLA, R./ KYENG, K., *Sobre la aplicación efectiva del sistema europeo común de asilo (SECA), incluido el papel de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO)*. Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, Parlamento Europeo, Documento de trabajo, 2016.

- MUÑOZ AUNIÓN, A., *La política común europea del derecho de asilo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- PAREDES CASTEJÓN, J.M., “Libertad, seguridad y delitos de amenazas”, en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2009, nº29, pp. 363-420.
- PÉREZ SOLA, N., “Derecho de Asilo y la Condición de Refugiado: Balance de 26 años de Desarrollos legislativos”, en *Revista Derechos y Libertades*, Dykinson, Madrid, 2011, nº 25, pp. 269-308.
- RAGUÉS I VALLÈS, R., *Lecciones de Derecho penal. Parte especial.*, Atelier, Barcelona, 2015.
- RAMÓN RIBAS, E., ”Los Delitos de Violencia de Género según la Jurisprudencia Actual”, en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, nº 33, pp. 401-464.
- RED EUROPEA DE MIGRACIÓN, *Determinación de la identidad en la protección internacional: desafíos y prácticas*, Madrid, 2012.
- TENA PIAZUELO, I., “Instrumentos de la protección de menores de la Ley aragonesa de 14 de diciembre de 1989”, en *Revista de Derecho Privado*, 1993, nº 77, pp. 685-721.
- VIVES ANTÓN, T.S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

## APÉNDICE LEGISLATIVO

### DERECHO INTERNACIONAL

Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, firmada en noviembre de 1989.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, , adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951.

Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.

Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado Proclamada por la Asamblea General en su resolución 3318 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974.

Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

### DERECHO ESTATAL

Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

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.

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.

Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. «BOE» núm. 182, de 1 de agosto de 1995.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 7, de 08/01/2000.

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. «BOE» núm. 263, de 31/10/2009.

Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. «BOE» núm. 275, de 17 de noviembre de 1987.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015.

Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado .«BOE» núm. 74, de 27 de marzo de 1984.

Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. «BOE» núm. 312, de 29/12/2007.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.«BOE» núm. 15, de 17 de enero de 1996.

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.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. «BOE» núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

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

Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, «BOE» núm. 52, de 2 de marzo de 1995.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «BOE» núm. 206, de 25/07/1889

## **DERECHO AUTONÓMICO**

Decreto 254/2011, del 23 de diciembre, por el que se regula el régimen de registro, autorización, acreditación y la inspección de los servicios sociales en Galicia. «DOG» núm. 14, de 20/01/2012.

Decreto 96/2014, de 3 de julio, por el que se regulan los puntos de encuentro familiar en Galicia. «DOG» núm. 145, de 01/08/2014.

Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia. «DOG» núm. 245, de 18/12/2008.

Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. «DOG» núm. 124, de 29/06/2006, «BOE» núm. 191, de 11/08/2006.

Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia. «DOG» núm. 134, de 13/07/2011.

## APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

### SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 27 de abril de 2016, Sala de lo Penal, f.j. segundo 1.3 (RJ 2016/1707)
- STS de 10 de diciembre de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. segundo (RJ 2016/154)
- STS de 15 diciembre de 2015, Sala de lo Penal, f.j. primero y quinto, (RJ 2015/6624)
- STS de 24 de julio de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. primero (RJ 2014/4456)
- STS de 27 de octubre de 2014, Sala de lo Civil, fundamento jurídico décimo, (RJ 2014/5183)
- STS de 27 de noviembre de 2014 RJ/2014/6037, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j.cuarto. (RJ 2014/6037).
- STS de 17 de abril de 2013, Sala de lo Penal, f.j. 3, (RJ 2013/3296)
- STS de 17 de junio de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. quinto. (RJ 2013/5078)
- STS de 30 de marzo de 2012, Sala de lo Penal, f.j. 3, (RJ 2012/5018)
- STS de 21 de junio de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. cuarto (RJ 2011/5503)
- STS de 21 de diciembre de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. tercero (RJ 2012/2944)
- STS de 29 de diciembre de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j.segundo, (RJ 2011/7237)
- STS de 17 de diciembre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. segundo (RJ 2010/2883)
- STS de 3 de julio de 2008, Sala de lo Penal, f.j. cuarto, (RJ 2008/4188)
- STS de 2 de octubre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. séptimo, (RJ 2008/7460)
- STS de 7 de junio de 2007, Sala de lo Penal, f.j. segundo, (RJ 2007/4745)
- STS de 19 de julio de 2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. 4, (RJ 2007/7132)
- STS de 26 de julio de 2006, Sala de lo Penal, f.j.segundo (RJ 2006/4653)

STS de 14 de diciembre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. tercero, (RJ2007/14)

STS de 5 diciembre de 2005, Sala de lo Penal, f.j. quinto, (RJ 2006/1878)

STS de 29 de julio de 2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. quinto (RJ 2004/6274)

STS de 23 de julio de 2001, Sala de lo Penal, f.j. segundo, (RJ 2001/7296)

STS de 17 de septiembre de 2001, Sala de lo Penal, f.j. sexto, (RJ 2001/9014)

STS de 14 de septiembre del 2000, Sala de lo Penal, f.j. segundo (RJ 2000/7942)

STS de 29 de septiembre de 1998, Sala de lo Penal, f.j. 5 (RJ 1998/7370)

STS de 13 de mayo de 1995, Sala de lo Penal, f.j. segundo, (RJ 1995/4483)

STS de 12 de marzo de 1993, Sala de lo Penal, f.j.7, (RJ 1993/2379)

STS de 23 de septiembre de 1992, Sala de lo Penal, f.j. segundo, (RJ 1992/7246)

STS de 2 de diciembre de 1992, Sala de lo Penal, f.j. segundo (RJ 1992/9906)

STS de 15 de abril de 1988, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. primero, (RJ 1988/3344)

STS de 9 de octubre de 1984, Sala de lo Criminal, f.j.2 (RJ 1984/4815)

STS de 6 de junio de 1980, Sala de lo Penal, considerando dos, (RJ 1980/2512)

### **SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL**

SAN de 17 de julio de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. noveno y undécimo (RJCA 2014/716)

SAN de 14 de enero de 2013, Sala de lo Contencioso Administrativo, f.j. cuarto, (JUR 2013/32256)

SAN de 2 de octubre de 2008, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. tercero (RJ 2009/53194)

SAN de 15 de noviembre de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, f.j. tercero, (RJ 2006/293195)

### **SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES**

SAP de Vizcaya, de 13 de enero de 2005, f.j. segundo, (JUR 2005\79326)

SAP de Vitoria, Sentencia de 9 de marzo de 1993, f.j. primero, (AC 1993/313)

