



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

DERECHO DE ASILO Y ADOPCIÓN
INTERNACIONAL

Autor: Lorena Labandeira Ramos

Tutor: Óscar Vergara Lacalle

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	3
INTRODUCCIÓN	4
SUPUESTO DE HECHO	5
CAPÍTULO I.- RESPECTO AL DERECHO DE ASILO	8
1.1.- <i>Concepto de la condición de refugiado y del derecho de asilo</i>	8
1.2.- <i>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</i>	9
1.3.- <i>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?</i>	12
1.4.- <i>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</i>	14
CAPÍTULO II.- RESPECTO A LA IDONEIDAD DE LA FAMILIA GARCÍA CASTRO COMO ADOPTANTES	17
2.1.- <i>Fundamentos jurídicos que justifican la no idoneidad</i>	17
2.2.- <i>Procedimiento a seguir para solicitar un nuevo informe de idoneidad</i>	19
CAPÍTULO III.- RESPECTO A LA ADOPCIÓN REALIZADA POR JOSÉ Y MARÍA EN COLOMBIA	22
3.1.- <i>Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que incurren, tanto en Colombia como desde su llegada a España</i>	22
3.2.- <i>Dictamen sobre la situación que vive el matrimonio de José y María desde que el bebé llega a su casa</i>	26
CAPÍTULO IV.- EFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DEL SECUESTRO DE AMINAH Y DELILAH	31
4.1.- <i>Delito de detención ilegal</i>	31
4.2.- <i>Delito relativo a la prostitución coactiva</i>	31
4.3.- <i>Análisis de los hechos ocurridos en el pub “Eclipse”</i>	32
4.4.- <i>Agravantes</i>	32
CAPÍTULO V.- RESPECTO A LA SITUACIÓN QUE SUFRÍAN LOS HIJOS DE ABDEL BARI Y AMINAH DURANTE SU SECUESTRO	35
5.1.- <i>Determinar por qué delitos serán objeto de condena los secuestradores</i>	35
5.2.- <i>Salvaguarda jurídica que les aportan las leyes de protección de los derechos del niño. ¿Podrían recurrir a otras normas para su protección?</i>	37
CONCLUSIONES GENERALES	41

FUENTES	43
1.- <i>Legislación</i>	43
2.- <i>Jurisprudencia</i>	44
BIBLIOGRAFÍA	45
ANEXO 1.- TABLA SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LOS SOLICITANTES DE ASILO	46
ANEXO 2.- ESTUDIO DEL ANÁLISIS CARPAL COMO INDICADOR DE MADURACIÓN ÓSEA	47
ANEXO 3.- CONVERSIÓN DE PUNTUACIÓN A EDAD DENTARIA EN NIÑAS	49
ANEXO 4.- CONTENIDO BÁSICO DEL INFORME PSICOSOCIAL	50
ANEXO 5.- PROCEDIMIENTO PARA EL CÁLCULO DE LA PENA	53

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
CC	Código Civil
CIAR	Comisión Interministerial de Asilo y Refugio
CNI	Centro Nacional de Inteligencia
CP	Código Penal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LeCrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
OAR	Oficina de Asilo y Refugio
ONU	Organización de las Naciones Unidas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

Con este trabajo se ha pretendido profundizar un poco más en lo relativo al derecho de asilo, la adopción internacional y la protección de los menores. Para hacerlo efectivo, al margen de apoyarnos en diversos manuales y en legislación ha sido vital el uso de la jurisprudencia emanada por los Tribunales ya que se trata de un tema en el que existen numerosos conceptos jurídicos que necesitan concretar su contenido. Asimismo ha resultado muy útil la información que de cada uno de los temas ofrecen los organismos y entidades que se dedican a ellos tanto a través de sus páginas web como de la información directa que proporcionan en sus sedes.

El resultado ha sido satisfactorio no sólo en el sentido de encontrar numerosas fuentes de las que obtener respuesta para las cuestiones planteadas sino que también en el sentido de comprobar cómo el consenso a nivel internacional es posible y verdaderamente efectivo cuando se alcanza.

La elección del tema está condicionada al margen de por gustos personales porque se trata de un tema de actualidad que me ha despertado un gran interés.

Para comenzar el análisis partiremos de la exposición de los hechos que ahora nos ocupan para centrarnos posteriormente en cada uno de los Capítulos. En el primero de ellos, centrado en el derecho de asilo, se analizará el derecho como tal, el procedimiento para su concesión, cómo influyen en él la seguridad nacional y la recomposición de la unidad familiar y el procedimiento a seguir para determinar si los datos que figuran en la documentación de un solicitante de asilo son veraces o no. El segundo se centra en el procedimiento de adopción internacional, en concreto, en los requisitos para ser declarado idóneo y en los pasos necesarios para poder solicitar un nuevo informe de idoneidad en caso de ser el primero desfavorable. En el tercero se resolverá la cuestión referente a las posibles responsabilidades penales en las que han podido incurrir tanto José García como María Castro con la adopción que realizan en Colombia y posteriormente y a consecuencia de ello, se analizará la situación que atraviesa su matrimonio tras la llegada del bebé a España. En el cuarto capítulo se expondrán los efectos jurídicos derivados de la detención ilegal de Aminah y Delilah, para en el último y quinto capítulo explicar en qué manera influye esto en sus hijos citando las normas encargadas de su protección. Finalmente se ofrecerán unas conclusiones sobre la totalidad del trabajo

SUPUESTO DE HECHO

Derecho de asilo y adopción internacional

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 ilegales. 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-Hadí, 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.

CUESTIONES

1. Respecto al derecho de asilo:

1.1 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

1.2 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?

1.3. 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

2. Respecto a la idoneidad de la familia García Castro como adoptantes:

2.1 Fundamentos jurídicos que justifican la no idoneidad

2.2 Procedimiento a seguir para solicitar un nuevo informe de idoneidad

3. Atendiendo a la adopción realizada por José y María en Colombia:

3.1 Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que incurren, tanto en Colombia, como desde su llegada a España

3.2 Dictamen sobre la situación que vive el matrimonio de José y María desde que el bebé llega a su casa

4. Efectos jurídicos derivados del secuestro de Aminah y Delilah

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

5.1 Determinar a qué delitos serán objeto de condena los secuestradores

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

CAPÍTULO I.- RESPECTO AL DERECHO DE ASILO

Antes de profundizar en el análisis de las cuestiones planteadas, trataremos de determinar en qué consiste el derecho de asilo así como quién puede ostentar la condición de refugiado.

En segundo lugar explicaremos el procedimiento legalmente establecido para la concesión del derecho de asilo para determinar si se ha seguido estrictamente en el caso de Aminah, sus hijos Alî Bari y Azhar así como por la joven Delilah que solicitaron asilo el 13 de julio del año 2015 en la embajada española de Turquía, ubicada en Ankara.

Posteriormente trataremos de determinar el significado de “seguridad nacional” para comprobar si Abdel-Bari constituye efectivamente un peligro para la misma así como si su alegación de necesidad de recomposición de la unidad familiar es hecho suficiente para permitirle la entrada en España. En el cuarto epígrafe analizaremos la veracidad o no de la documentación aportada por Delilah, joven que llega a España tras la concesión del derecho de asilo pese a que los datos de su pasaporte no concuerdan con su apariencia física.

1.1.- Concepto de la condición de refugiado y del derecho de asilo

La definición de refugiado podemos encontrarla en el artículo 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que establece que:

“la condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9”.

En este sentido, Guy S. Goodwin-Gill profesor de Derecho de asilo en la Universidad de Ámsterdam y asesor jurídico de ACNUR entre los años 1976 y 1988 sostiene que *“the term refugee is a term of art, that is, a term with a content verifiable according to principles of general international law”*¹.

Por lo que se refiere al derecho de asilo, es necesario decir que se trata de un derecho constitucional consagrado en el artículo 13.4 de nuestra Carta Magna ya que *“la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”*. Por su parte, la Ley 12/2009 establece en su artículo 2 que *“el derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en*

¹ *“El término refugiado es una expresión de la técnica, es decir, un término con un contenido verificable de acuerdo con los principios del derecho internacional general”.*

Nueva York el 31 de enero de 1967". Su contenido viene explicitado en el artículo 36 de este texto legal donde se recoge:

- La protección contra la devolución de refugiados que pueda poner en peligro su vida o libertad, prohibida junto con la expulsión por el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.
- La información sobre sus derechos y obligaciones en lengua que le sea comprensible.
- Autorización de residencia y trabajo.
- Expedición de documentos de identidad y de viaje.
- Acceso a los servicios públicos de empleo y a la asistencia social y económica.
- Libertad de circulación.
- Acceso a los programas de integración.
- Mantenimiento de la unidad familiar.

A modo de anotación, decir que con el paso de los años se ha incrementado considerablemente el número de personas que solicitan la concesión de este derecho para entrar así en territorio español².

1.2.- 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

El procedimiento para la concesión de asilo se regula de manera general en la Ley 12/2009 y se completa con el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, en lo que concierne a procedimientos y a tramitaciones especiales.

Por lo que se refiere al lugar de presentación, la solicitud de asilo debe hacerse por los interesados que se tienen que presentar personalmente en los lugares indicados para ello en el artículo 4 del Real Decreto, siendo estos la Oficina de Asilo y Refugio, los puestos fronterizos de entrada al territorio español, las Oficinas de Extranjeros, las Comisarías de Policía autorizadas, los Centros de Internamiento de Extranjeros y Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas en el extranjero.

Para poder presentar una solicitud será necesaria la comparecencia personal del interesado que nunca podrá producirse en un plazo superior a un mes desde que se tengan lugar los hechos detonantes del temor a la persecución. La formalización como tal de la solicitud tiene lugar con una entrevista que se hace individualmente a cada solicitante y con la cumplimentación y firma del correspondiente formulario. Tras la presentación de la misma, se les informará a través de la Administración en colaboración con ACNUR y en una lengua que le resulte comprensible sobre todos los derechos de los que goza así como de las obligaciones que tiene que asumir.

A tenor de lo dispuesto en el art. 6 del ya mencionado Real Decreto, estas solicitudes se cursan en la Oficina de Asilo y Refugio siendo necesario el informe de la Misión Diplomática u Oficina Consular. Dicha Oficina tiene la obligación de comunicar en el plazo de veinticuatro horas la presentación de la solicitud al representante en España de ACNUR.

² Anexo 1: tabla sobre la evolución de los solicitantes de asilo.

Posteriormente se procederá a la admisión a trámite de la solicitud en la que se examinarán sus aspectos formales como que se haya presentado ante las autoridades competentes o que cumpla con todos los requisitos legalmente establecidos.

También es necesario comprobar si le compete al Estado español el examen de dicha solicitud de asilo a tenor de lo dispuesto en el art. 20.1 de la Ley 12/2009. Para realizar esta comprobación hay que acudir a lo establecido en el Reglamento (UE) nº 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 (conocido como Reglamento de Dublín) en el que se fijan los criterios para el establecimiento del Estado responsable de la solicitud de asilo determinando que el mismo se hará atendiendo a varios aspectos que siguen un orden jerárquico: el principio de unidad familiar, la posesión reciente de un visado o permiso de residencia en un Estado Miembro y si el solicitante ha entrado o permanecido en la Unión Europea de forma regular o irregular. Si pese a esto ningún Estado puede entenderse como responsable, asumirá dicho rol aquel en el que se haya presentado la solicitud. De este modo y tras la imposibilidad de establecer algún tipo de vínculo entre los solicitantes y algún Estado Miembro, la responsabilidad recaerá sobre el estado español puesto que la solicitud se presenta en su Embajada.

A continuación, se procede a la instrucción del expediente de la que se encarga la OAR que podrá recabar toda la información necesaria y que en todo caso debe incorporar al expediente el informe de ACNUR. En este momento se analizará si el solicitante cumple como tal con los requisitos establecidos que figuran en el artículo 2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que debe ser interpretado en relación con el tercer precepto del mismo texto legal. Esto es así porque el primero se limita a mencionar como merecedores del derecho de asilo a todos los que ostenten la condición de refugiado, siendo necesario acudir a lo dicho en el artículo 3 para saber quiénes tienen tal condición. Así, los requisitos que la ley establece son los siguientes:

- Que existan fundados temores de que la persona sea perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual.
- El sujeto se tiene que encontrar fuera de su país no pudiendo volver al mismo o bien no queriendo hacerlo por dichos temores.

En este punto, es necesario conectar lo dicho con el artículo 33.1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951 (Ginebra), ya que en él se establece específicamente la prohibición de que algún Estado Contratante a través de la expulsión o la devolución pueda poner a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad pueda peligrar por su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o por sus opiniones políticas. En virtud de la suscripción de dicha Convención así como del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, del 31 de enero de 1967 (Nueva York) que España realiza en el Instrumento de Adhesión a los mismos se puede concluir que se trata de un Estado sujeto a la obligación de prohibición del ya mencionado art. 33.1 de la Convención.

Por lo que se refiere a los actos de persecución enumerados en el artículo 6 de la Ley 12/2009, en el caso nos interesa la aplicación de su apartado 1 letra a) en lo concerniente a la violación de los derechos fundamentales, con especial mención a los recogidos en el artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que hace referencia a la vulneración que

de los mismos tiene lugar en casos de guerras o de otros peligros públicos que amenacen la vida de una nación. De sobra es conocida la situación que están atravesando los civiles sirios en su país de origen, con continuas violaciones de sus derechos y atentados contra sus vidas, motivos estos que justifican el cumplimiento total por parte de los solicitantes de asilo de las condiciones establecidas en la Ley 12/2009.

En cuanto a los demás requisitos, ninguno de los solicitantes ostenta la condición de refugiado, ni tiene derecho a residir o a obtener protección internacional en un tercer Estado, como tampoco es nacional de un Estado de la Unión Europea o le ha sido rechazada una solicitud previa de asilo en España.

Un organismo vital en este proceso de instrucción es la ya mencionada Oficina de Asilo y Refugio. De entre sus funciones, enumeradas en el artículo 3 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, destacan la de informar y orientar a los solicitantes de asilo sobre los servicios sociales existentes así como la de constituir el soporte material de la Secretaría de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio y la de proporcionar al representante del ACNUR en España los datos estadísticos y cualesquiera otros relacionados con solicitantes de asilo y refugiados en España. Así se introduce en esta parte del procedimiento de concesión de asilo a otro gran organismo como es ACNUR que tiene entre sus funciones la de proporcionar todos aquellos documentos que tenga a su alcance y que permitan confirmar y corroborar la situación que el solicitante alega como meritoria de la concesión del derecho de asilo y consiguientemente de la concesión de la condición de refugiado. Asimismo podrá aportar también informes médicos, sociales y psicológicos del solicitante. Todo esto tiene amparo legal en los artículos 34 y 35 de la Ley 12/2009.

De igual modo participa en la CIAR compuesta por representantes de los Ministerios con competencia en asuntos exteriores, justicia, interior, inmigración y acogida e igualdad, donde se estudian mensualmente las solicitudes de asilo, si bien lo hace sin voto. En esta Comisión se analiza el trabajo que anteriormente realizó la Oficina de Asilo y Refugio y se elabora una propuesta de resolución que se envía al Ministerio de Justicia y de Interior para que sobre la base de estas recomendaciones decida sobre la concesión o denegación de la solicitud de asilo llegando así a la última fase del procedimiento. Para llevar a cabo esta función, la CIAR podrá recabar todos los datos y documentos que estime oportunos a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 apartado 4 del citado Real Decreto de 10 de febrero.

El plazo máximo para toda esta tramitación es de seis meses que se empezará a computar una vez recibida la solicitud en la Oficina de Asilo y Refugio. La resolución debe ser notificada a los interesados y como en el caso concreto la solicitud se presentó en la Embajada española de Ankara, se producirá a través de este organismo. Una vez realizada, y tras la propuesta de documentación a expedir hecha por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, se expedirán a cada uno de los solicitantes el visado o la autorización de entrada necesarios para viajar a España desde Turquía igualmente a través de la Embajada española, proporcionándole un documento de viaje si fuese necesario para en último lugar expedir a cada uno el correspondiente y oportuno documento de identidad

Llegados a este punto la conclusión es que tanto Aminah como sus hijos y Delilah reúnen los requisitos establecidos tanto por la Ley 12/2009 como por el Real Decreto 203/1995 por lo que la resolución debe ser positiva en el sentido de concesión del derecho de asilo. De este modo, se procederá al traslado a España para que pueden

comenzar su estancia en el país de acuerdo con las leyes, cumpliendo con sus deberes y ejerciendo sus correspondientes derechos.

1.3.- 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?

Respecto al derecho de asilo, es necesario tener en cuenta que existen ciertos supuestos en los que aunque el solicitante reúna los requisitos legalmente establecidos, su solicitud puede ser denegada en base a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 12/2009, esto es, cuando constituya por razones fundadas un peligro para la seguridad de España³. De este modo la “seguridad nacional” queda confeccionada como un concepto jurídico cuyo contenido se ha ido definiendo jurisprudencialmente.

En el caso concreto consta un informe del CNI en el que se sugiere la posible existencia de un riesgo para la seguridad nacional derivada de la relación que en los años noventa existía entre Abdel- Bari, el solicitante, y uno de los hermanos del actual líder del Estado Islámico.

El informe que realiza el Centro Nacional de Inteligencia no es vinculante, sino que únicamente debe ser tenido en cuenta a la hora de la valoración efectiva sobre la existencia o no de tal riesgo para lo que se deben analizar exhaustivamente los términos que en él se recogen.

Así, para poder afirmar que en verdad existe un riesgo para la seguridad, “*no es necesario probar o acreditar, mediante una prueba plena y acabada, que el recurrente pertenece a una organización terrorista; se trata de determinar si concurren razones fundadas de constituir un peligro para la seguridad nacional*”⁴. Para poder afirmar que existen razones fundadas es necesario que reúnan dos requisitos según lo establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2008:

- Deben ser convincentes y estar valoradas con cautela, siendo su base unos datos de hecho que se deben poder contrastar fácilmente.
- Este sustrato fáctico ya mencionado debe estar formado y representado por los diversos incidentes llevados a cabo por la persona en cuestión, de los que inevitablemente se tiene que poder derivar un real y efectivo grado de peligrosidad del titular del derecho de asilo.

Es necesario tener en cuenta además que el peligro derivado no puede ser abstracto o general sino que se debe tratar de un riesgo concreto y determinado.

Ahora bien, analizando el caso concreto podemos decir que el motivo de la denegación, recordemos que es su relación en los años 90 con el hermano del actual líder del Estado Islámico, no presupone en modo alguno la existencia de un riesgo real para España. Esto es así porque para poder afirmarlo sería necesario acreditar hechos realizados por el solicitante vinculados con el fin de dicha organización o, en su caso, la comisión de delitos graves sancionados en nuestro Código Penal.

³ En el mismo sentido podemos mencionar el artículo 33 del Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

⁴ STS de 2 de octubre de 2008 (RJ 2008\7460)

Sin embargo, el informe del Centro Nacional de Inteligencia en ningún momento sostiene de manera definitiva que supone tal riesgo para la seguridad nacional, sino que se limita a sugerir la posible existencia del mismo. Los Tribunales, a lo largo de su jurisprudencia han sostenido que para poder negar el derecho de asilo por motivos de seguridad se requiere que dicho informe aporte argumentos sólidos y válidos que hagan presuponer su existencia y no simple información de la que se pueda derivar una presunta peligrosidad⁵.

Cierto es que son numerosas las sentencias que deniegan el asilo por vinculaciones indirectas como la que se nos ofrece pero no es menos verdad que existían otros datos que se reflejaban en los respectivos informes del CNI tales como participación activa en hechos delictivos que conducían inevitablemente a un riesgo real y efectivo⁶.

Es necesario también tener en cuenta que al no existir pruebas que acrediten definitivamente que Abdel Bari forma parte de la organización terrorista llamada Estado Islámico tampoco se puede deducir que su entrada en España esté motivada por algún interés de la misma que permita satisfacer sus fines estableciendo aquí una base logística o de operaciones.

Es innegable el hecho de que el Estado Islámico se encuentra detrás de la autoría de numerosos ataques terroristas pero debido a meros indicios y no a pruebas no se puede concluir en modo alguno que su entrada vaya a suponer un riesgo o amenaza para la seguridad nacional.

Sin embargo, hay que tener en cuenta lo que ocurre cuando solicita el reexamen de su expediente puesto que alega persecución por sus viejos amigos tras manifestar nuevas ideas políticas. La solicitud la presenta en el aeropuerto del Prat, que tiene la consideración de puestos fronterizos por lo que habrá que estar a la regulación que de las mismas hace la Ley 12/2009 en su artículo 21. Con base en este precepto y teniendo en cuenta lo dicho en el caso sobre su peligro para la seguridad nacional, cabe decir que el Ministro del Interior procederá a la denegación de la solicitud por encontrarse el solicitante en el supuesto del art. 25 apartado f)⁷.

Frente a esta denegación se abre entonces la posibilidad de solicitar el reexamen en el plazo de dos días desde la notificación de la denegación. El reexamen permite añadir argumentos, documentos o alegaciones que deben ser distintas de las hechas en la solicitud siendo necesario explicar el motivo de por qué se incorporan en ese momento y no con la primera solicitud⁸. Su simple presentación implicará necesariamente la suspensión de los efectos de la resolución de denegación.

Pues bien, los nuevos motivos alegados por Abdel Bari son la recomposición de la unidad familiar y la persecución por sus viejos amigos. De este modo se puede comprobar cómo el hecho de que él sostenga que anteriormente sí eran sus amigos así como que ahora sostenga una ideología distinta permiten concluir que efectivamente sí existía tal vínculo y que en verdad también compartía sus ideas por lo que efectivamente sí que podría derivarse un riesgo para la seguridad nacional de su permanencia en territorio español.

⁵ Sentencia de la AN de 17 de julio de 2014 (RJCA\2014\716)

⁶ Véase Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de mayo de 2006 (JUR\2006\171091) o Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2009 (RJ\2010\1352).

⁷ “*Que la persona solicitante incurra en alguno de los supuestos de exclusión o de denegación previstos en los artículos 8, 9, 11 y 12 de la presente Ley*”.

⁸ http://www.acnur.es/PDF/acnur_guia_abogados2011_20120216095526.pdf (25/05/2016)

En segundo lugar y entrando a analizar si la necesidad de recomposición de la unidad familiar es un hecho justificativo de la concesión de asilo podemos afirmar que la respuesta debe ser negativa.

Cierto es que la unidad familiar se considera un principio que debe ser respetado y estar garantizado. A ella se refieren numerosos textos internacionales como, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10) o la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 9 y 10). El mantenimiento de la unidad familiar se garantiza igualmente en el artículo 39 de la Ley 12/2009.

Precisamente en sus art. 40 y 41 se ofrecen dos mecanismos para que esta unidad sea efectiva y son la extensión familiar del derecho de asilo o de la protección subsidiaria y la reagrupación familiar.

Por lo que respecta al primero, como su nombre indica y por lo que al caso concreto se refiere, permite la extensión del derecho de asilo a:

“el cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad y convivencia, salvo los supuestos de divorcio, separación legal, separación de hecho, distinta nacionalidad o concesión del estatuto de refugiado por razón de género, cuando en el expediente de la solicitud quede acreditado que la persona ha sufrido o tenido fundados temores de sufrir persecución singularizada por violencia de género por parte de su cónyuge o conviviente”.

El segundo consiste en la posibilidad de reagruparle pero sin que tenga lugar la extensión del estatuto que disfruta el reagrupante. En todo caso, hay que tener en cuenta que el que tiene que activar estos mecanismos es la persona que ya está en territorio español y a la que ya se le ha concedido el derecho de asilo pero no por el que desea ser reagrupado. Ahora bien, existen ciertas situaciones en las que no es posible proceder a su aplicación como es el caso de todos aquellos en los que concurran las circunstancias del artículo 9 de esta ley⁹.

Como ya hemos dicho anteriormente, Abdel Bari es una persona sobre la que pesa una prohibición de entrada al entender que puede suponer un riesgo para la seguridad nacional por lo que aunque siempre se debe preservar la unidad familiar, en este caso, la recomposición de la misma cede frente a la necesidad de establecer, garantizar y mantener la seguridad de España, debiendo concluir por tanto que no se debe proceder al reconocimiento del derecho de asilo que solicita.

1.4.- 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

Es necesario partir de la base de que se trata de una menor de edad respecto de la que existen dudas sobre ello puesto que pese a que la fecha de nacimiento de su pasaporte es del 1 de mayo de 2000, su apariencia física concuerda con la de una mujer de 21 años.

Para estos supuestos el art. 48 de la Ley 12/2009 establece que si la minoría de edad no puede establecerse con seguridad, es necesario comunicárselo al Ministerio Fiscal

⁹ Artículos 40.4 y 41.5 de la Ley 12/2009.

que hará todo lo necesario para la determinación de su edad. En este procedimiento colaborarán instituciones sanitarias que se encargarán de realizar las pruebas científicas necesarias.

Respecto a estas pruebas hay que tener en cuenta lo dicho en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2014¹⁰, en la que se sigue la misma línea que en el Juzgado de 1ª Instancia nº 16 de Barcelona. Así, se establece que cuando un extranjero viene acompañado de un documento de identidad u otro semejante, como ocurre con Delilah que trae un pasaporte, hay que presuponer que tal documento es fiable por lo que para proceder a la realización de las pruebas científicas es necesario hacer un juicio de proporcionalidad explicando las razones que llevan a entender el documento como no válido o fiable siendo necesario, por tanto, una nueva determinación de la edad. En todo caso las dudas suscitadas atendiendo únicamente a la apariencia física del sujeto en cuestión deben resolverse siempre a favor del interés del menor.

Sin embargo en este caso concreto debemos partir de la difícil y tensa situación que se vive en Siria. Así pues, hay que contemplar la posibilidad de que en verdad el pasaporte sea falso y por tanto se desconozca realmente quién es la persona que se hace pasar por Delilah. En primer lugar, y pese a lo dicho anteriormente sobre las dudas que se ciñen exclusivamente a una apariencia física, no debemos pasar por alto que si atendemos a lo dicho en el pasaporte Delilah tendría 15 años en el momento de entrar en España (figura el 1 de mayo de 2000 como fecha de nacimiento y los hechos ocurren en el año 2015) y que la apariencia que tiene es de 21 años, es decir, hay seis años de diferencia. Ciertamente es que el desarrollo físico de las personas es distinto según la raza y según la propia genética de las mismas pero en este caso no nos encontramos ante unas dudas sobre si Delilah tiene 17 años o es por el contrario mayor de edad, sino que estamos ante un desfase temporal más que destacable.

En segundo lugar, sí existen motivos para dudar de la fiabilidad de la documentación aportada y esto es así por los intereses que las fuerzas rebeldes y las organizaciones terroristas asentadas en territorio sirio tienen en relación con introducir a personas en diversos países para cumplir así con sus fines. En relación con esto, podemos hacer referencia a un informe emitido por los servicios de seguridad nacional estadounidenses en los que se expresa la preocupación ante la posible falsificación de pasaportes por parte de la organización terrorista ISIS puesto que *“con el acceso a los edificios del gobierno de Siria que tienen datos biométricos y biográficos de los ciudadanos del país se prenden las alertas de la posibilidad de robo de identidades”*¹¹. Así lograrían introducir a personas en países con el fin de alcanzar una base de operaciones más sólida y una mejor posición en ellos. Junto a esto debemos advertir el hecho de que ya han ocurrido casos de sirios que han intentado entrar en países sudamericanos utilizando pasaportes falsos¹².

De este modo se puede concluir que sí existen dudas razonables acerca de la fiabilidad del pasaporte aportado por Delilah a tenor de lo expuesto anteriormente, lo que sumado a la diferencia entre su apariencia física y la edad que figura en él permiten proceder a la realización de las pruebas científicas a las que hace alusión el art. 48 de la

¹⁰ STS 3818/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3818 (número de resolución 453/2014).

¹¹ <http://cnnespanol.cnn.com/2015/12/11/isis-podria-crear-pasaportes-falsos-advierete-reporte-de-ee-uu/> (3/06/2016)

¹² <http://cnnespanol.cnn.com/2015/11/18/detienen-a-5-sirios-que-intentaban-entrar-a-honduras-con-pasaporte-griegos-robados/> (3/06/2016)

Ley 12/2009 para determinar efectivamente la edad de Delilah. Concretamente centraremos el estudio en tres pruebas¹³: la radiografía de muñeca, practicada a través del método conocido como Greulich y Pyle, ortopantomografía dental vía método Demirjian y, finalmente, se analizará la fusión de la epífisis esternal de la clavícula.

Por lo que se refiere a la primera, consiste en una especie de atlas en el que se recogen radiografías que van representando la distinta evolución ósea según la edad y el sexo¹⁴. El método Greulich y Pyle se hace sobre la muñeca izquierda concretamente por estar menos influenciada por factores externos ya que la mayor parte de la población es diestra. Pues bien, para el caso concreto sería necesario hacerle una radiografía a Delilah de esta mano para compararla con las que forman el atlas y observar con cual tiene más parecido o, en su caso, encuadrarla entre las dos radiografías pertenecientes a dos intervalos de edad sucesivos con los que guarde más similitud¹⁵. Para esto se puede analizar la mano en general o bien hacer un análisis exhaustivo de cada uno de los huesos teniendo presente en ambos casos las diferencias ocasionadas por los diversos factores externos entre los que podemos destacar las que tienen lugar entre razas.

En cuanto a la segunda, el método de Demirjian se centra en la mineralización de las piezas dentales que se suele observar a través de una radiografía panorámica. El análisis se realiza sobre los siete dientes permanentes mandibulares preferentemente del lado izquierdo y excluyendo el tercer molar inferior. Así a la suma de obtenida de los puntajes de cada uno de estos siete dientes se le asigna una puntuación de 0 a 100 que se convierte en edad dentaria¹⁶. En todo caso hay que tener en cuenta el margen de error que existe empleando este método y que diversos estudios sitúan en un 0.55 años en el caso de niñas, es decir, la edad calculada en base a esta técnica podría superar en 0.55 años a la edad cronológica legal¹⁷.

Finalmente, la tercera prueba consiste en un análisis vía radiografía, tomografía y ecografía de esta zona para observar la unión de la clavícula con el esternón. Se realiza especialmente para determinar si el sujeto es mayor o menor de 21 años, lo que es especialmente importante para el caso concreto si tenemos en cuenta que la edad que se cree que tiene Delilah es 21 años¹⁸.

Al margen de lo dicho, se debe llevar a cabo también una exploración física en la que se estudiarán los aspectos físicos relevantes del sujeto: estatura, peso, madurez sexual... pero siempre teniendo en cuenta el distinto desarrollo que se da entre las diferentes razas. Asimismo también es necesario comprobar si existen o no enfermedades que puedan alterar dicho desarrollo.

A tenor de todo lo expuesto hasta el momento se puede cuando menos poner en duda la fiabilidad del pasaporte de Delilah en lo que a la edad se refiere procediendo, por tanto, a la realización de las pruebas enumeradas. De igual modo lo lógico es presumir que también se han podido cometer irregularidades respecto a su identidad presuponiendo que Delilah ha entrado en España con un pasaporte falso y de manera irregular.

¹³ http://www2.sindic.cat/site/unitFiles/2996/RESOLUCIÓ%20SOBRE%20EL%20Proceso%20determinacion_revisada%20sinnombres_prensa_cast.pdf (8/06/2016)

¹⁴ Anexo 2: Estudio del análisis carpal como indicador de maduración ósea.

¹⁵ Los intervalos entre edades van desde los seis meses al año.

¹⁶ Anexo 3: conversión de puntuación a edad dentaria en niñas.

¹⁷ <http://eprints.ucm.es/12188/1/T32673.pdf>

¹⁸ Para llevar a cabo esta prueba se tienen en cuenta los distintos estadios elaborados por Schmeling.

CAPÍTULO II.- RESPECTO A LA IDONEIDAD DE LA FAMILIA GARCÍA CASTRO COMO ADOPTANTES

En este caso los hechos que se nos plantean parten de la situación que vive la familia Castro desde enero del año 2010, puesto que se encontraban a la espera de la concesión de una adopción internacional. Sin embargo, en marzo de 2013 se les comunica a través de un informe de la Xunta de Galicia que pese a que reúnen el requisito de capacidad deben ser declarados como no idóneos por la falta de motivación que presenta María Castro aquejada de una enfermedad crónica que en ocasiones le impide alcanzar su máximo rendimiento así como por una actitud pasiva por parte de ella ante las responsabilidades inherentes a una adopción.

Posteriormente y ante la declaración de su no idoneidad, José García y María Castro deciden denunciar ante el Juzgado de Familia de La Coruña las medidas de protección de menores que figuraban en el ya mencionado informe emitido por la Xunta de Galicia. Además solicitan la posibilidad de poder realizar ya un nuevo informe sin necesidad de esperar el tiempo restante de la anterior declaración de idoneidad y de los informes psicológicos y sociales, esto es, tres años.

Así, se explicarán los fundamentos jurídicos que justifican la no idoneidad y el procedimiento a seguir para solicitar un nuevo informe, recapitulando lo oportuno en cada uno de los epígrafes.

2.1.-Fundamentos jurídicos que justifican la no idoneidad

La adopción se define según la Real Academia Española como “*tomar legalmente en condición de hijo al que no lo es biológicamente*”. Para estos supuestos y teniendo en cuenta el fuerte impacto que tiene para el niño, el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos de los Niños establece la obligación de velar principal y primordialmente por el interés superior del menor.

El procedimiento de adopción consta de una serie de trámites complejos y que tienen una larga duración. Su regulación la encontramos en la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia y en el Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia. En Galicia se encarga de su gestión la Dirección General de Familia¹⁹.

El inicio del mismo se sitúa en la necesidad de ofrecerles a los padres una información completa para que continúen con la presentación de la solicitud. El siguiente paso es el que aquí nos interesa, la valoración de la idoneidad. Dicha valoración consiste en un estudio psicosocial en el que se analizará si los solicitantes reúnen las condiciones necesarias para satisfacer las obligaciones que una adopción conlleva atendiendo a aspectos personales, familiares y relacionales. Se trata además de uno de los requisitos que se exigen para poder seguir con los trámites, los otros son, aplicados al caso concreto, que uno de los cónyuges tenga 25 años puesto que la solicitud se hace conjuntamente, que tengan residencia habitual en la Comunidad Autónoma gallega y tener plena capacidad jurídica y de obrar. Se puede decir que excepto la idoneidad, tanto José García como María Castro cumplen con los otros

¹⁹ Artículo 88 del Decreto 42/2000 de 7 de enero.

requisito puesto que tienen 36 y 33 años respectivamente, ambos son de Coruña y tienen un puesto de trabajo que presume su plena capacidad jurídica y de obrar.

Centrándonos ya en la valoración de idoneidad, podemos decir que se trata de una obligación establecida por la normativa internacional puesto que las autoridades de los países receptores tienen la obligación de asegurar y garantizar que los futuros padres reúnen los requisitos y son aptos para poder adoptar²⁰. A su vez, el artículo 9.5 del CC establece que *“la adopción internacional se registrará por las normas contenidas en la Ley de Adopción Internacional”*.

Atendiendo a lo que dice la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, en su art. 10, por idoneidad hay que entender las aptitudes, motivaciones y responsabilidades adecuadas para poder satisfacer y llevar a cabo todas las obligaciones que implica la adopción para lo que es necesario comprobar su capacidad para establecer vínculos estables y seguros así como sus habilidades educativas y la capacidad que pueden tener llegado el caso para atender a un menor.

Puesto que según la Disposición Final Quinta de la ya mencionada ley este artículo 10 se dicta al amparo de la distribución competencial que nuestra Constitución hace en su artículo 149.1.8.^{o21}, será necesario recurrir a lo que dispone la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, que en su artículo 77 apartado 2 explicita los requisitos para considerar a unos solicitantes como idóneos.

El primero de ellos es que entre la persona adoptante de menor edad y el menor adoptado exista una diferencia de edad idónea, siguiendo un criterio biológico normalizado ajustado a sus correspondientes etapas vitales y siempre conforme con la legislación del país de origen del menor. En este caso se tomaría como referencia la edad de María por ser la menor, 33 años, calculando a partir de ahí cuáles serán las mejores edades de los niños a adoptar.

En segundo lugar, el medio familiar de los solicitantes debe ser el adecuado para el correcto desarrollo del niño o niña. Para comprobar el cumplimiento de este requisito se atenderá a la vivienda, medios de subsistencia, capacidad educativa, integración social y relación estable y positiva entre la pareja. Pues bien, teniendo en cuenta que ambos disponen de un puesto de trabajo (él es funcionario de la Consellería de Política Social de la Xunta de Galicia y ella doctora en el Hospital Teresa Herrera materno infantil de La Coruña) no es descabellado pensar que tendrán medios económicos suficientes para un adecuado nivel de vida así como que disponen de una vivienda. Por otro lado son trabajos que les permiten interactuar y tener contacto con un gran número de personas lo que facilita su integración en la sociedad. Finalmente nada se dice sobre que José y María no gocen de estabilidad o de una relación sana.

El tercer requisito es que las personas que soliciten la adopción gocen de una salud física, psíquica e intelectual que les permita atender correctamente al menor. En este caso consta que María Castro padece una enfermedad crónica que le impide alcanzar su máximo rendimiento en determinados momentos lo que lleva a pensar que en ciertas ocasiones puede verse limitada a la hora de atender y cuidar al menor adoptado. En relación con esto es necesario tener en cuenta que la simple enfermedad por sí sola,

²⁰ Artículo 5 del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

²¹ *“El Estado tiene competencia exclusiva sobre Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”*.

excepto aquellas que supongan una imposibilidad absoluta de atender al menor tales como incapacidades o adicciones, no es motivo suficiente para declarar la no idoneidad de alguien, sino que deben constar además otras causas²². En nuestro caso tampoco se cumple el siguiente requisito por lo que se deben analizar de una manera conjunta.

En cuarto lugar, se requiere que los solicitantes tengan motivaciones, aptitudes y actitudes adecuadas para la adopción. En este caso, al ser pareja, deberán ser compartidas por ambos. Cuando se habla de motivación, se refiere a los motivos por los que se desea iniciar un proceso de adopción. Los motivos pueden ser diferentes y a veces no existe un único motivo pudiendo ser varios que se entremezclan. De este modo la motivación no puede incidir negativamente en la atención y cuidado de un menor. En cuanto a las aptitudes, estas son las condiciones psicológicas de una persona que se vinculan con sus capacidades para dar respuesta a las necesidades especiales de un menor que está en el programa de adopción. Como bien se nos explica en el supuesto consta un informe de la Xunta de Galicia en el que se detalla cómo María no debe ser considerada idónea por la falta de motivación que manifiesta en relación a la patria potestad así como por su actitud pasiva ante las responsabilidades que de ella se derivan. Es necesario reseñar la validez de este informe al tener la Xunta de Galicia, en virtud del art. 75.1 de la Ley 3/2011, el deber de velar por la idoneidad de los solicitantes de una adopción internacional.

Finalmente deben reunir los requisitos que se exigen en el país de origen del menor al que se va a dirigir la solicitud de adopción.

Los mecanismos a través de los cuales se lleva a cabo esta valoración de idoneidad son dos: la entrevista personal y la visita al domicilio de los solicitantes. Debemos tener en cuenta que todos los datos obtenidos con este estudio son confidenciales y que los solicitantes tienen la obligación de comunicar cualquier cambio relevante en las circunstancias que se plasmaron en la valoración.

Para concluir debemos decir que los requisitos son un tanto estrictos y en ocasiones de difícil valoración puesto que cabe cuestionarse si, por ejemplo, una persona como María que espera durante un período de tres años para poder adoptar no reúne las motivaciones suficientes. Sin embargo lo que está claro es que ciñéndonos a los requisitos establecidos legalmente en el artículo 77.2 de la Ley 3/2011 y teniendo en cuenta que existe un informe de la Xunta que así lo determina, deben ser declarados no idóneos denegándoseles, por tanto, la concesión de la adopción internacional.

2.2.- Procedimiento a seguir para solicitar un nuevo informe de idoneidad

Una vez que José García y María Castro han sido declarados no idóneos en base al informe de la Xunta de Galicia se abren dos vías.

Por un lado, respecto a la denuncia que presentan ante el Juzgado de Familia de La Coruña, es necesario tener en cuenta que a tenor de lo dispuesto en el artículo 779 de la LEC, estos procedimientos que versan sobre la oposición a las medidas de protección de los menores deberán tramitarse con carácter preferente.

Para poder iniciarlos es necesario un escrito de oposición que en todo caso se debe presentar en el plazo de dos meses desde que se notifica la resolución de idoneidad y

²² Véase sentencia de la AP de Badajoz del 11 de noviembre de 2005 (AC 2006/99) y sentencia de la AP de Zaragoza del 11 de diciembre de 2002 (AC 2002/2253).

tiene que plantearse obligatoriamente ante el Juzgado de Primera Instancia de Santiago de Compostela²³ pues es el lugar en el que radica el domicilio de la entidad pública en cuestión (artículo 779 párrafo 2.º LEC). Hay que tener en cuenta que para acudir a la vía judicial no se necesita reclamación administrativa previa.

Por lo que se refiere a los sujetos activos, tendrán legitimación para plantear este tipo de cuestiones además del propio menor, sus progenitores, tutores, acogedores, guardadores, Ministerio Fiscal y aquellas personas que tengan atribuida esta legitimación expresamente por la ley, a tenor de lo dispuesto en el art. 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil titulado “*Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores*”. Puesto que tanto José García como María Castro son los principales perjudicados por la resolución dictada, cabe pensar que tienen un interés legítimo y directo sobre la misma pudiendo, por tanto, formular oposición a dicha resolución.

El procedimiento como tal se iniciará con la presentación por parte de la familia García Castro de un escrito inicial en el que dirán expresamente la resolución a la que se oponen, que en este caso es la que les declara como no idóneos, y manifestarán cuál es su pretensión que consiste en la solicitud de que se agilice el tiempo de espera de tres años para poder realizar un nuevo informe y someterse a unos nuevos informes psicosociales²⁴. De este modo lo que ellos pretenden es una flexibilización de los requisitos legalmente establecidos para estos supuestos de declaración de no idoneidad ya que como dispone el artículo 81 del Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia, “*cuando una persona sea declarada no idónea para la adopción, podrá presentar nueva solicitud transcurridos tres años desde la resolución, procediéndose en estos casos a realizar una nueva valoración, siguiendo el procedimiento ordinario*”.

Una vez presentado este escrito inicial, el Secretario Judicial fijará un plazo máximo de veinte días para que la entidad administrativa aporte un testimonio completo del expediente y una vez que lo reciba emplazará a los actores para que presenten la demanda en un plazo de veinte días tramitándose como a continuación se explica siguiendo las directrices del artículo 753 de la LEC.

El mencionado precepto determina el carácter de juicio oral de este tipo de procesos, sin embargo, el Secretario Judicial cuando proceda y siempre que deban ser parte en el procedimiento dará traslado de la demanda al Ministerio Fiscal y a las demás partes para que puedan contestar a la demanda en el plazo de veinte días afirmando o negando los hechos aducidos por el actor y exponiendo claramente los fundamentos que le llevan a oponerse a las pretensiones de la parte contraria.

Finalmente, en la celebración de la vista del juicio verbal el Tribunal ofrecerá a las partes la posibilidad de formular sus conclusiones oralmente una vez practicadas todas las pruebas.

Pero, por otro lado tienen la opción de limitarse a esperar el transcurso de los tres años para después volver a solicitar un nuevo informe de idoneidad siguiendo el procedimiento ordinario²⁵. De este modo tendrían que acudir, pasados tres años, a las correspondientes sesiones informativas y a un curso formativo gracias a los cuales se

²³ <http://adopcions.xunta.es/index.php?idMenu=35&idIdioma=1> (7/06/2016)

²⁴ Anexo 4: contenido básico del informe psicosocial.

²⁵ Artículo 80 del Decreto 42/2000, de 7 de enero.

garantizará que los interesados están bien informados y conocen todos los pasos a seguir.

Una vez hecho este paso, deben presentar una solicitud normalizada en la delegación provincial de A Coruña, por ser este su domicilio, según el artículo 73.1 del Decreto 42/2000. Esta solicitud de valoración de idoneidad debe acompañarse de la documentación que se cita a continuación:

- a. Certificación literal de nacimiento.
- b. Informe médico según cuestionario específico.
- c. Fotocopia de la última declaración de la renta o, en su defecto, certificación negativa expedida por la Agencia Tributaria y, en su caso, declaración de bienes patrimoniales.
- d. Documento acreditativo de la cobertura sanitaria.
- e. Libro de familia.
- f. Sentencia de separación o divorcio.
- g. Dos fotografías tamaño carné de cada solicitante.
- h. Certificación de antecedentes penales.
- i. Cuestionario personal que se entrega en el curso de formación, debidamente cubierto por cada uno de los solicitantes.
- j. Compromiso de comunicar la llegada del menor y de someterse al seguimiento periódico que señale el país de origen.
- k. Certificación negativa de delitos de naturaleza sexual o autorización para su solicitud por la jefatura territorial.

La solicitud se remitirá por la delegación correspondiente a la Dirección General de Familia para proceder a su inscripción en el Registro de Adopciones.

El siguiente paso ya sería someterse de nuevo al informe de idoneidad realizado por los equipos técnicos dependientes de las delegaciones provinciales de la Consellería.

Así y para concluir, José García y María Castro deben optar entre hacer efectivas sus pretensiones pero dirigiendo su escrito de oposición al Juzgado de Primera Instancia de Santiago de Compostela en vez de al de La Coruña y esperar a que se proceda a la estimación del mismo para que les sean realizados nuevos informes psicosociales cuyos resultados se reflejen en un nuevo informe de idoneidad que en este caso sea favorable o, en su caso, limitarse a esperar el transcurso del plazo de tres años. Cabe esperar que teniendo en cuenta la rotundidad con la que el matrimonio rechaza el informe emitido por la Xunta de Galicia, opten por oponerse frontalmente al mismo mediante el oportuno escrito de oposición. Además no podemos obviar que el plazo de espera para poder presentar una nueva solicitud es de tres años, un lapso de tiempo más que considerable y en el que las circunstancias de los cónyuges pueden cambiar de manera considerable por lo que parece poco viable la opción de resignarse a esperar el transcurso de dicho plazo.

CAPÍTULO III.- RESPECTO A LA ADOPCIÓN REALIZADA POR JOSÉ Y MARÍA EN COLOMBIA

Tras las dificultades surgidas para poder adoptar, José aprovechándose de la información a la que tenía acceso por su trabajo decide viajar a Bogotá en septiembre de 2015 para adoptar ilegalmente el niño de una embarazada en Colombia a cambio de una compensación económica. Una vez aquí en España y contando con la complicidad de María, deciden simular en el Hospital Teresa Herrera el nacimiento del bebé. Posteriormente se viven unos episodios violentos en los que José le propina golpes frecuentes a su esposa.

En primer lugar se tratará de determinar las posibles responsabilidades penales de la pareja tanto aquí, en España, como en Colombia y, en segundo lugar, explicaremos la situación de José y María una vez que ya tienen el bebé en su casa, haciendo las oportunas recapitulaciones en cada uno de los apartados.

3.1.- Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que incurren, tanto en Colombia como desde su llegada a España

Para comenzar, analizaremos los posibles delitos cometidos en Colombia²⁶. En primer lugar, a José García se le podría imputar un delito de falsedad material en documento público²⁷ puesto que falsifica un documento que sirve de prueba, en este caso, de su identidad. A tenor de lo dispuesto en la legislación penal colombiana “*es documento toda expresión de persona conocida o conocible recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, soporte material que exprese o incorpore datos o hechos, que tengan capacidad probatoria*”(art. 294). Para este tipo de delitos se prevé una pena de prisión de tres a seis años. Es necesario tener en cuenta que no procede la imposición de multa puesto que en este caso la atribución de un nombre, edad o estado civil pese a encuadrarse en la falsedad personal tipificada en el art. 296 del Código Penal constituye, como ya hemos dicho, objeto de otro delito no procediendo por ello a la imposición de dicha multa.

En segundo lugar, la falsificación del documento público da lugar a una alteración del estado civil, delito tipificado en el artículo 238 del Código Penal colombiano²⁸. En concreto, la alteración se produce respecto de los datos concernientes a su propia persona porque al utilizar documentación falsa se está atribuyendo una identidad que en verdad no le corresponde.

Finalmente se le podría imputar un delito de adopción irregular (artículo 232 del Código Penal de Colombia) puesto que se considerará autor de este tipo delictivo “*al que promueva o realice la adopción del menor sin cumplir los requisitos legales correspondientes, o sin la respectiva licencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para adelantar programas de adopción, o utilizando prácticas irregulares lesivas para el menor*” sancionándose con pena de prisión de uno a cinco años. En relación con esto hay que estar a la prohibición de venta de niños que establece el

²⁶ Para lo que se utilizará el Código Penal colombiano, Ley 599 de 2000, publicada en el diario oficial número 44.097 del 24 de julio de 2000.

²⁷ Artículo 286 del Código Penal de Colombia.

²⁸ “*El que suprima o altere el estado civil de una persona, o haga inscribir en el registro civil a una persona que no es su hijo o que no existe, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años*”.

artículo 1 del Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, a la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía²⁹. En el artículo 2 apartado a) se concreta que se entenderá por venta “*todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución*”. En este caso la madre biológica del niño le da el bebé a José García a cambio de una retribución económica. Hay que precisar que en ningún momento se puede entender que nos encontramos ante un supuesto de vientre de alquiler ya que esta práctica consiste en la transferencia de embriones de una pareja al útero de otra mujer que accede a ello³⁰.

Para el caso de concursos, la legislación penal colombiana prevé en su artículo 31, en lo que a nosotros nos concierne, que un sujeto que lleva a cabo varias acciones que infrinjan varias de las disposiciones de la ley penal:

“Quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”.

Sin embargo, también podemos analizar la actitud de José García y María Castro a la luz de la legislación penal española. Desde este punto de vista, se puede apreciar la comisión de un delito de falsificación de documento público a través de su simulación para inducir a error sobre su autenticidad³¹ perpetrado por José, funcionario público. La sanción prevista consiste en pena de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años.

Por otro lado y en base al artículo 221 del CP, le será impuesta una pena de prisión de uno a cinco años así como inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años. Esto es así porque José García, mediando compensación económica y con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, se hizo con el niño eludiendo los procedimientos legales para la adopción. Como queda establecido en el párrafo segundo del ya mencionado art. 221, resulta indiferente que la entrega se hubiese efectuado en un país extranjero, en este caso, Colombia³².

Finalmente es necesario hacer mención al delito de suposición de parto tipificado en el art. 220.1 de nuestra legislación penal y sancionado con la pena de prisión de seis meses a dos años. La suposición de parto consiste en fingir un alumbramiento que nunca ha tenido lugar. Puede revestir diversas formas pero en lo que a nosotros nos concierne debemos destacar dos: simular un parto que no ha existido o presentar un niño como nacido de una mujer que no es su verdadera madre. Esto es lo que ocurre puesto que María y José fingen el nacimiento del niño traído desde Colombia en el hospital Teresa Herrera. En relación con esto el Tribunal Supremo³³ ha establecido una serie de requisitos cuya concurrencia es necesaria para poder entender que se ha producido una suposición de parto y son los siguientes:

²⁹ “Los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo”.

³⁰ <http://www.vientredealquilerespaña.es/f-a-q/> (10/06/2016)

³¹ Artículo 390.1 Código Penal español.

³² “Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero” (artículo 221.2.º Código Penal).

³³ STS de 6 junio 1980 (RJ 1980\2512).

- Realización de actos que aparenten la existencia real y efectiva de un parto puesto que este como proceso biológico que es implica cambios y modificaciones físicas que deben conllevar su correspondiente simulación. De este modo no se considerarán expresiones de este tipo de delito *“las meras manifestaciones o fingimientos ideales del alumbramiento”*.
- Es necesario un ánimo tendente a modificar el estado civil del presunto nacido por lo que no es suficiente con que exista una simple conciencia o voluntad por parte del sujeto activo.
- El juicio valorativo sobre la antijuridicidad de la acción no se puede determinar únicamente de acuerdo con la norma social de convivencia reflejo del sentir general del grupo, sino que también con el relativo a la filiación y los elementos esenciales definitorios del parto en sí.

Respecto a los dos últimos delitos comentados hay que tener en cuenta la matización hecha por el art. 222 del Código Penal puesto que la comisión de los mismos por parte de facultativo o funcionario público en el ejercicio de sus funciones además de la pena ya explicada, le será impuesta la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años. Este precepto es de aplicación tanto a José como a María puesto que él es funcionario de la Consellería de Política Social de la Xunta de Galicia y ella doctora en el Hospital Teresa Herrera materno infantil de La Coruña³⁴.

Respecto a los concursos que rigen en los delitos cometidos por José, por un lado se podría aplicar lo dispuesto en el artículo 77CP. Esto es, estaríamos ante un concurso medial de delitos porque uno de los delitos sirve para perpetrar el otro³⁵, en concreto, la falsificación de documentos le permite viajar a Colombia para llevar a cabo la adopción irregular. Para estos casos, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido por la infracción más grave y que en ningún caso podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubiesen sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. El límite máximo que no se puede superar es de 11 años³⁶ y la pena a imponer oscilará de 4 años y 6 meses a 6 años de prisión³⁷. Posteriormente, sería necesario sumar la pena en abstracto prevista para la suposición de parto, esto es, de 6 meses a 2 años de prisión, según el artículo 73 del Código Penal.

Por otro lado, no es descabellado pensar que toda esta cadena de delitos es fruto de un plan preconcebido y perfectamente organizado entre la familia García Castro con el objetivo de fingir que el niño es realmente suyo. El artículo 74.1 del Código Penal se refiere a este tipo de conductas en los siguientes términos:

“El que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado”.

³⁴ Artículo 222 párrafo 2º CP: *“el término facultativo comprende los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria”*.

³⁵ Artículo 77.1 CP: *“cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro”*.

³⁶ Suma de la pena máxima de ambos delitos (6 años por falsificación a los que se suman 5 años por la adopción ilegal).

³⁷ La pena en su mitad superior se halla dividiendo la diferencia entre la pena máxima y la mínima del delito mayor, sumando este resultado al límite mínimo (6-3= 3; 3/2=1.5; 3+1.5= 4.5).

En este caso, el delito de alteración de la paternidad perpetrado a través de la adopción irregular está íntimamente vinculado con el de la suposición de parto porque su sujeto pasivo es el mismo, el niño, y en ambos queda afectado su interés superior teniendo en cuenta además que aparecen regulados en el mismo capítulo del Código Penal. Pues bien, la infracción más grave es la prevista para el delito del art. 221, prisión de 1 a 5 años, que se impondrá en su mitad superior, es decir de 3 a 5 años³⁸. Se podría llegar hasta la pena superior en grado (de 5 a 7 años y 6 meses) pero en su mitad inferior (de 5 años a 6 años y 3 meses).

Por lo que se refiere a María, únicamente se le impondría la pena correspondiente al delito de suposición de parto, esto es, pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de dos a seis años. Esto es así porque respecto a los otros delitos solamente ostenta la condición de encubridora y al ser el autor de los mismos su pareja está exenta de las penas que a éstos se le imponen³⁹.

Tras el análisis de las distintas responsabilidades en las que incurrir tanto en Colombia como en España es necesario decir que al margen de que son las autoridades españolas las que proceden a la detención de José, la jurisdicción correspondería igualmente a los Tribunales españoles en base a lo dicho en el artículo 23.2 de la LOPJ⁴⁰, puesto que “*conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles*”. De este modo se consagra el principio personal o personalidad como criterio determinante de la atribución de jurisdicción a los órganos judiciales españoles.

Finalmente y a modo de anotación cabe decir que no cabe la posibilidad de que Colombia solicite la extradición para iniciar un procedimiento judicial en su territorio en virtud del Convenio de Extradición entre el Reino de España y la República de Colombia, firmado en Bogotá el día 23 de julio de 1892. En este Convenio al margen de la colaboración que se garantizan ambos Estados, se establece en el artículo 2 que ninguna de las dos partes tiene la obligación de entregar a la otra a sus nacionales pero sí se comprometen, sin embargo, a perseguir y juzgar a los nacionales de una parte que atenten contra las leyes de la otra mediante la comisión de alguno de los delitos enumerados en el artículo 3, entre los que se encuentran la “*falsificación, expendición y circulación fraudulenta de documentos públicos o privados*” así como la “*ocultación, sustracción, sustitución o corrupción de menor; usurpación del estado civil*”.

Así, recapitulando podemos decir que de confirmarse los hechos, José García habría cometido los delitos de falsedad material de documento público, alteración del estado civil y adopción regular según los artículos 294, 238 y 232 respectivamente del Código Penal colombiano. Por otro lado, atendiendo al Código Penal español, José García es presuntamente autor de un delito de suposición de parto (art. 220.1), de falsificación de documento público (art. 390.1) y de alteración de la paternidad (art. 221), mientras que su esposa, María Castro, es igualmente presunta autora del ya mencionado delito de suposición de parto. En base a la atribución hecha por la LOPJ, serán los Tribunales españoles los encargados de investigar y perseguir los hechos.

³⁸ La pena en su mitad superior se halla dividiendo la diferencia entre la pena máxima y la mínima del delito mayor, sumando este resultado al límite mínimo (5-1=4; 4/2=2; 2+1=3).

³⁹ Artículo 454 del Código Penal.

⁴⁰ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

3.2.-Dictamen sobre la situación que vive el matrimonio de José y María desde que el bebé llega a su casa

Tras la llegada del bebé a la familia García Castro, la actitud de José García cambia notablemente manifestándose dicho cambio en las situaciones violentas que vive con María. De esta violencia cabe decir que puede revestir diversas formas atendiendo al ámbito en el que se produce distinguiendo entre la que tiene lugar en el ámbito familiar, la que acontece a nivel de la comunidad en general y la llevada a cabo o meramente tolerada por el Estado.

Por desgracia se trata de un tema que está de actualidad por lo que goza de una exhaustiva regulación. Así a nivel nacional nos encontramos con la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que tiene por objeto atajar la violencia que ejercen sobre las mujeres quienes sean o hayan sido sus cónyuges o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad aunque haya sido sin convivencia. Existe igualmente una regulación a nivel autonómico que en Galicia se encuentra en la Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género⁴¹, en la que se define como violencia de género como:

“cualquier acto violento o agresión, basados en una situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de dominación de los hombres sobre las mujeres que tenga o pueda tener como consecuencia un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas de tales actos y la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si ocurren en el ámbito público como en la vida familiar o privada⁴²”.

Dicha ley se aplicará a toda aquella mujer que, víctima de este tipo de violencia, resida o trabaje en la Comunidad Autónoma de Galicia. En concreto y a tenor de los hechos que se narran nos encontramos con el tipo recogido en el artículo 3 apartado a) de este texto legal, es decir, con violencia física entendiendo por la misma todo acto que se efectúe contra el cuerpo de la mujer que pueda causar una lesión física y que haya sido ejercida por su cónyuge o persona con la que haya estado ligada por análoga relación de afectividad.

Centrándonos ya en el delito como tal, los hechos violentos que tienen lugar en el domicilio de José y María se encuadran dentro del Título III del Libro II del Código Penal (“De las lesiones”), en concreto en su artículo 153. Este precepto tipifica, en lo que a nosotros nos importa, aquellas conductas que causan un menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el artículo 147⁴³ siempre que la ofendida sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad aún sin convivencia. Se considera que es una lesión menos grave que las recogidas en el artículo 147 porque no consta que haya sido necesario ningún

⁴¹ La violencia sobre la mujer es definida por la ONU como “todo acto de violencia de género que resulte, o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

⁴² Artículo 1.2 Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género.

⁴³ “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”.

tratamiento médico o quirúrgico. Por lo que respecta al sujeto activo, siempre debe ser un hombre (José) y el sujeto pasivo tiene que ser una mujer (María) que esté o haya estado ligado a él por una relación conyugal o análoga a la misma (son matrimonio). La conducta típica, como ya se ha dicho, consiste en causar un menoscabo psíquico o una lesión. Como el delito tiene lugar en el domicilio habitual del matrimonio, la pena se impondrá en su mitad superior, según el artículo 153.3 CP, esto es, de 9 meses a 1 año.

La pena impuesta para este delito es de seis meses a un año de prisión o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días llevando siempre aparejada la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años.

A tenor de lo dispuesto en el art. 23 del CP, cabría aplicarle la agravante de haber cometido el delito sobre la persona de su cónyuge. Puesto que el artículo 153 se aplica basándonos en el género de los sujetos activo y pasivo pero esta agravante se centra en la unión entre ambos, no cabe apreciar una vulneración del principio “non bis in ídem” porque en cada uno se atienden a aspectos diferentes.

Por lo que se refiere a la pena concreta a aplicar hay que tener en cuenta que para estos supuestos, el art. 66.1.3.º del Código Penal establece que se aplicará la pena en la mitad superior de la que esté fijada para el delito. Como la pena en abstracto es de 9 meses a 1 año, aplicando los cálculos necesarios para la pena en su mitad superior, la pena de prisión a aplicar es de 10 meses y 15 días a 1 año⁴⁴.

Como pena accesoria se puede aplicar la recogida en el artículo 48.2 CP⁴⁵, es decir, la prohibición de aproximarse a la víctima, acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo y a cualquier otro que frecuente.

Respecto al niño, el Juez podrá suspender la patria potestad fijando el correspondiente régimen de visitas o de comunicación en beneficio del interés del menor, según el artículo 544 quinquies apartado 1.a) de la LeCrim.

Es necesario hacer una serie de precisiones sobre por qué se aplica este delito y esta agravante en concreto y no otros. Pues bien, respecto al delito podemos decir que no procede aplicar el recogido en el art. 173.2 del Código Penal porque en dicho precepto la persona agraviada no tiene que ser necesariamente una mujer, sino que se refiere al cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad. Además el círculo de sujetos pasivos es más amplio⁴⁶. Otro requisito que no concurre en el caso de José y María es la habitualidad que exige este precepto (“*habitualmente ejerza violencia física o psíquica*”). Para entender que existe dicha habitualidad, el apartado 3.º establece, entre otras cosas, que hay que atender al número de actos de violencia que resulten acreditados que la doctrina ha fijado en tres. Pues bien, en el caso consta que los golpes son “frecuentes” pero no se ofrece ningún dato exacto del número de episodios violentos.

⁴⁴ Pena en su mitad superior: $12-9=3$; $3/2=1.5$; $9+1.5=10.5$.

⁴⁵ Artículo 57.2 CP: “delitos [...] cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge [...] aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48”.

⁴⁶ Artículo 173.2 CP: “descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho 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”.

Respecto a las agravantes, centrándonos en la establecida “*por razones de género*” en el artículo 22.4.º del Código Penal podemos decir que si bien el artículo 3 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica⁴⁷ establece que:

“Por violencia contra las mujeres se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o puedan implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”.

No debemos pasar por alto que la aplicación del artículo 153 se basa en el género, puesto que fija su atención en el que tiene la víctima, por lo que pretender agravar la pena por el mismo motivo supondría juzgar a la misma persona dos veces por el mismo hecho y, por tanto, la ruptura del principio “non bis in ídem”.

Tampoco cabría aplicar la agravante de reincidencia del artículo 22.8.º cuando establece que “*hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza*” puesto que, como queda claro, para esto se requiere que el culpable ya haya sido condenado por un delito de la misma naturaleza que el que ahora nos ocupa y en ningún lugar figura que José García tenga antecedentes penales. Esto es, no podemos confundir frecuencia en los golpes con reincidencia.

Nada se nos dice sobre si el niño estaba presente durante estos episodios violentos así que no debemos presuponerlos. Pero si llegado el caso esto fuese así, el artículo 153.3 prevé la imposición de la pena en su mitad superior. Esto es así por el impacto negativo que tiene en los menores ser testigos de este tipo de actos. Desde un punto de vista interno los problemas van desde síntomas depresivos hasta problemas de ansiedad, inhibición social o estrés postraumático. De igual modo, estos traumas se pueden expresar a través de manifestaciones externas tales como actitudes de agresividad verbal, problemas de conducta o conductas violentas o delictivas⁴⁸.

Como medida cautelar a adoptar podemos mencionar la prohibición de residir en un determinado lugar o acudir a determinados sitios así como la de comunicarse y aproximarse a María, según el artículo 544 bis de la LeCrim. Para comprobar el efectivo cumplimiento de esta medida se podrá recurrir a instrumentos tecnológicos como establece el artículo 64.3 de la Ley 1/2004.

Finalmente cabe decir que el Juzgado encargado del asunto será el Juzgado de Violencia sobre la mujer atendiendo al reparto competencial que la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace en su artículo 14.5 apartado a). En concreto, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer situado en Coruña, por ser ese el domicilio de María, la víctima⁴⁹.

A modo de balance podemos decir que de confirmarse los hechos, los mismos podrían insertarse en el delito tipificado en el artículo 153 del Código Penal, es decir, de violencia de género. Se podrá agravar la pena en base a la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23, procediendo en ese momento a la adopción de cuantas

⁴⁷ Convenio número 210 del Consejo de Europa.

⁴⁸ http://www.uca.es/recursos/doc/unidad_igualdad/360108496_1122011112253.pdf (12/06/2016)

⁴⁹ Artículo 15 bis Ley de Enjuiciamiento Criminal.

medidas cautelares sean necesarias para lograr la efectiva protección de María y del niño mientras no se celebre juicio y recaiga sentencia.

CAPÍTULO IV.- EFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DEL SECUESTRO DE AMINAH Y DELILAH

Los responsables de los hechos a analizar son Abdul-Azim y Abdul-Hadi, de nacionalidad marroquí con residencia española y permiso de trabajo. Ambos deciden ganarse la confianza de Aminah y Delilah para secuestrarlas e introducir las en el mundo de la prostitución forzándolas a ejercerla en un pub de alterne. Es necesario tener en cuenta que mientras ocurren los hechos Delilah es menor de edad.

Pues bien, en este epígrafe trataremos de determinar los efectos jurídicos que se derivan de estas conductas analizando los delitos agrupados por epígrafes así como las circunstancias agravantes si las hay, calculando las penas y explicando la especificidad derivada de que los autores sean extranjeros para, finalmente, ofrecer unas breves conclusiones.

4.1.- Delito de detención ilegal

En primer lugar podemos decir que se les puede imputar el delito de detención ilegal del artículo 163.1 del Código Penal el cual dispone que “*el particular que encerrar o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años*”. Por lo que se refiere a los elementos esenciales, el sujeto activo debe limitar la libertad de movimiento de otro de manera dolosa y el sujeto pasivo debe verse efectivamente limitado en contra de su voluntad⁵⁰. La acción típica puede ser el encierro (consiste en mantener a una persona en contra de su voluntad en un lugar no abierto, mueble o inmueble) o la detención (aprehensión de una persona a la que por determinados medios se le impide alejarse de un espacio abierto). Se consuma en el momento en el que se produce efectivamente la privación de libertad⁵¹.

Teniendo en cuenta que las tienen retenidas en el pub de alterne “Eclipse” desde el día 1 de diciembre de 2015 hasta el 28 de febrero de 2016, y por tanto, estamos hablando de un período superior a 15 días en el que no tienen libertad de movimiento, la pena de prisión a imponer será de cinco a ocho años⁵². Sin embargo, no podemos pasar por alto que Delilah en el momento de la comisión del delito tiene 15 años y para estos casos el artículo 165 prevé la aplicación de las ya citadas penas pero en su mitad superior.

Es necesario precisar que el delito a analizar es el de detención ilegal y no el de secuestro tipificado en el artículo 164 porque para apreciar la existencia de este último es requisito indispensable que se exija una condición para la puesta en libertad y nada se dice al respecto en los hechos.

4.2.- Delito relativo a la prostitución coactiva

En segundo lugar, el hecho de obligarlas a prostituirse está igualmente sancionado. A nivel internacional el artículo 1 del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena⁵³ establece la obligación que asumen las

⁵⁰ STS de 15 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9787).

⁵¹ STS número 465/1994 de 1 marzo (RJ 1994\2081).

⁵² Artículo 163.3 del Código Penal.

⁵³ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949.

Partes que suscriben dicho Convenio de castigar a todo aquel que concierte la prostitución de otra persona aunque medie el consentimiento de esta persona. A nivel nacional el artículo 187.1 del Código Penal sanciona la conducta en los siguientes términos:

“El que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses”.

En el supuesto nos encontramos con una situación de vulnerabilidad de las víctimas fruto de la detención ilegal.

El precepto alude únicamente a la situación de Aminah, mayor de edad por lo que para poder determinar la responsabilidad respecto a Delilah, menor de edad, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 188.1 párrafo 2.º porque es menor de dieciséis años⁵⁴, fijándose en él una pena de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. En concreto, se aplicará la pena superior en grado puesto que los hechos se llevan a cabo por la actuación conjunta de Abdul-Azim y Abdul- Ali⁵⁵.

4.3.-Análisis de los hechos ocurridos en el pub “Eclipse”

Lo último a decir respecto a este tema es que se puede decretar en la sentencia condenatoria la clausura temporal o definitiva del pub de alterne “Eclipse” por ser este el establecimiento que se emplea para llevar a cabo estas conductas. En cualquier caso, la clausura temporal cuyo límite máximo es de cinco años se podrá adoptar también como medida cautelar, a tenor de lo dicho en el art. 194 del Código Penal:

“En los supuestos tipificados en los capítulos IV y V de este Título, cuando en la realización de los actos se utilizaren establecimientos o locales, abiertos o no al público, podrá decretarse en la sentencia condenatoria su clausura temporal o definitiva. La clausura temporal, que no podrá exceder de cinco años, podrá adoptarse también con carácter cautelar”.

4.4.- Agravantes

Si tenemos en cuenta la estrategia seguida por Abdul- Azim y Abdul- Ali consistente en ganarse poco a poco la confianza de Aminah y Delilah podríamos apreciar que en la conducta delictiva concurre la agravante de abuso de confianza recogida en el artículo 22.6.º del Código Penal⁵⁶. El contenido de esta agravante se ha ido definiendo a través de la jurisprudencia y así la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2000⁵⁷ establece una serie de requisitos para poder sostener su concurrencia tales como:

- Que la relación de confianza debe tener su razón nacida en circunstancias de diversas motivaciones, que en este caso son laborales.

⁵⁴ Los hechos suceden entre el 1 de diciembre de 2015 y el 28 de febrero de 2016 y la fecha nacimiento que figura en su pasaporte es el 1 de mayo del 2000.

⁵⁵ Artículo 188.3.e): “Cuando los hechos se hubieren cometido por la actuación conjunta de dos o más personas”.

⁵⁶ “Son circunstancias agravantes: obrar con abuso de confianza”.

⁵⁷ RJ 2000\10182

- Que genere una confianza especial en virtud de la cual desaparece la sospecha.
- Que el autor se beneficie de las facilidades que esta relación le confiere para ejecutar el delito.

De los hechos se puede deducir que el propósito que ellos tienen cuando intentan ganarse su confianza es que ellas no desconfíen de sus planes de introducir las en el mundo de la prostitución puesto que se cumplen los requisitos enumerados puesto que el origen de su relación surge en el ámbito laboral cuando trabajan en los invernaderos y que buscan que las mujeres confíen en ellos para así tener más facilidades para facilitar la comisión del delito

Es necesario ofrecer una explicación de por qué la simple mención de “*propinarle un trato degradante*” no es suficiente para sostener la existencia del delito del artículo 173 del Código Penal. En primer lugar hay que definir “trato degradante” entendiendo De la Mata Barranco y Pérez Machío que consiste en:

“La causación de padecimientos físicos, psíquicos o morales a una persona que, tratada al margen de toda consideración y respeto que merece el ser humano por el solo hecho de serlo, cosificada e instrumentalizada en manos de un sujeto que abusa de la superioridad que ostenta, permanente o temporal, afectiva o circunstancial, experimenta un sentimiento de humillación o envilecimiento de especial intensidad que menoscaba su integridad moral, referida ésta al ámbito espiritual o anímico de su esencia”⁵⁸.

A su vez, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2008⁵⁹ dictamina que se necesita la concurrencia de los siguientes requisitos para entender un trato como degradante:

- Su contenido debe ser inequívocamente vejatorio para quien lo sufre.
- Se requiere un padecimiento físico o psíquico, debe tener una especial incidencia en la dignidad de la víctima y una notoria gravedad.

Pues bien, por todo lo dicho no cabe concluir que de la única información dada se pueda extraer el delito del artículo 173 del Código Penal apartado 1.º que sanciona a “*el que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años*”.

Centrándonos en la determinación de la pena, debemos partir de la base de que en este caso hay que aplicar dos concursos mediales entre el delito de detención ilegal y de prostitución coactiva a cada una de las mujeres. Si entendemos el concurso medial como aquél que se da cuando un delito se utiliza como medio para perpetrar otro, no cabe duda de que es lo que ocurre en el caso, dado que las detenciones ilegales se utilizan como medio para obtener el fin último de forzarlas a ejercer la prostitución en el pub de alterne “Eclipse”. Para estos casos, el Código Penal en su artículo 77.3 prevé la aplicación de la pena más grave en su mitad superior, no obstante, en el caso concreto dicha pena se verá incrementada en su mitad superior por la existencia de una circunstancia agravante⁶⁰.

⁵⁸ Véase DE LA MATA BARRANCO/ PÉREZ MACHÍO, “*El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal*”, página 42, *Revista penal*, ISSN 1138-9168, Nº 15, 2005.

⁵⁹ RJ 2008\2696

⁶⁰ Anexo 5: procedimiento para el cálculo de la pena.

Por lo que respecta a la situación de Abdul-Azim y de Abdul-Hadi de confirmarse la comisión de los delitos podemos decir que el artículo 89 del CP dispone que están condenados a una pena de prisión superior a los 5 años:

“El juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”.

Para estos supuestos se sustituye la ejecución del resto de la pena por la expulsión de España siempre y cuando cumplan la parte de la pena que se hubiera determinado o accedan al tercer grado o libertad condicional⁶¹. Esta expulsión implicará la suspensión de la autorización de residencia así como del permiso de trabajo concedido en el año 2014 a tenor de lo dispuesto en el art. 89.6 CP: *“la expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España”*. Igualmente se les impondrá la prohibición de retorno al territorio español por un tiempo que oscila entre los 5 y los 10 años. Si incumplen esto y regresan antes a España, el juez o tribunal puede acordar el cumplimiento de las penas que fueron sustituidas⁶².

A modo de conclusión podemos decir que de un modo esquemático y resumido los delitos cometidos por Abdul- Ali y Abdul- Hadi podrían ser el de detención ilegal tipificado en el art. 163.1 CP y el de prostitución coactiva del art. 187.1, ambos agravados por el abuso de confianza según lo dispuesto en el artículo 22.6.º del Código Penal. Respecto al pub de alterne a tenor de lo dicho en el art. 194, se debería proceder a la clausura del mismo. Finalmente y de confirmarse los hechos, una vez impuesta la pena se podría sustituir su ejecución por la expulsión del territorio nacional según el art. 89.2. del Código Penal.

⁶¹ Art. 89.2 CP.

⁶² Art. 89.7 CP.

CAPÍTULO V.- RESPECTO A LA SITUACIÓN QUE SUFRÍAN LOS HIJOS DE ABDEL BARI Y AMINAH DURANTE SU SECUESTRO

Paralelamente a la situación vivida por Aminah y por Delilah, los hijos de la primera son víctimas de acoso y amenazas por parte de los responsables de la detención ilegal de las mujeres. De este modo pretenden evitar que los niños informen de los hechos que están sucediendo.

Así, en primer lugar determinaremos los delitos cometidos por Abdul- Ali y Abdul-Hadi respecto a los menores para, en segundo lugar, explicar qué normas y leyes se encargan de la salvaguarda jurídica de su interés.

5.1.- Determinar por qué delitos serán objeto de condena los secuestradores

Teniendo en cuenta que los niños son amenazados de muerte, se les puede imputar un delito de amenazas del artículo 169 del Código Penal el cual establece:

“El 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 será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años”.

En este caso se les amenaza con causarles un mal que constituye delito de homicidio, en concreto, con matarles si hacían público el secuestro de su madre y Delilah. Sin embargo hay que estar a lo que dice este precepto en su primer apartado puesto que las amenazas se hacen para garantizar que mantendrían en secreto la detención ilegal de su madre y de Delilah, esto es, nos encontramos con un delito de amenazas sujeto a condición. Para estos supuestos se impondrá pena de prisión de seis meses a tres años. Si estas amenazas, al igual que ocurre con el acoso, tuvieren lugar a través del teléfono móvil se impondrá la citada pena pero en su mitad superior.

Para analizar los elementos característicos de este tipo delictivo nos podemos remitir a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2009⁶³ que establece los siguientes:

- El sujeto activo debe llevar a cabo una conducta formada por hechos que perturben el ánimo del sujeto pasivo causándole una sensación de intimidación ante la realización en un futuro de un mal.
- Al margen del elemento subjetivo de ser consciente y querer seguir este tipo de conductas, es necesario que la expresión del propósito sea persistente y creíble, esto es, el mal con el que se amenaza debe ser real y factible.
- Las circunstancias que rodean al hecho deben permitir una percepción del mal de entidad suficiente para provocar la repulsa y el rechazo social.

⁶³ RJ 2009\5602

Por otro lado y en lo que respecta al acoso que sufren los niños, el mismo se encuentra tipificado en el artículo 172 ter del Código Penal, denominado “delito de stalking”⁶⁴:

“Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella”.

Con este tipo de delitos se pretende penar conductas graves que por su naturaleza no forman parte de las coacciones o amenazas. En concreto establece que es autor de este delito el que acose a una persona alterando gravemente el desarrollo de su vida cotidiana llevando a cabo de forma insistente y reiterada, sin estar autorizado legítimamente, alguna de las conductas que el precepto enumera. En lo que a nosotros nos interesa debemos mencionar su apartado 1.3.º, que se refiere a todas aquellas conductas que establezcan o intenten establecer con las víctimas contacto a través de cualquier medio de comunicación que en este caso, es a través del teléfono móvil. Para estos supuestos la sanción impuesta es la de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses. Sin embargo hay que tener en cuenta que los sujetos pasivos son menores, hecho que se puede deducir de que vayan al colegio, por lo que en estas situaciones la pena de prisión será de seis meses a dos años suprimiendo la opción de la multa debido a la especial vulnerabilidad del agraviado en atención a su edad.

En relación con este delito, cabe distinguir cuatro elementos⁶⁵:

- Debe tratarse de una conducta habitual, de un patrón, no siendo válidos los actos aislados.
- Se requiere una estrategia sistemática de persecución que debe consistir en una serie de acciones que están encaminadas a una finalidad que sirve de nexo entre ellas.
- Se debe alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima
- Es necesaria la denuncia por parte de la persona agraviada o de su representante legal.

El encargado de proteger el interés superior del menor es el Ministerio Fiscal⁶⁶. Para ello ejercerá las siguientes funciones: informará a la Entidad Pública de Protección de Menores de todas aquellas situaciones en las que un menor esté en situación de riesgo o desamparo, promoverá la adopción de las medidas de protección de menores o, en su

⁶⁴ La palabra ‘stalking’ es el gerundio del verbo ‘stalk’, que en español significa “acechar”.

⁶⁵ Sentencia del Juzgado de Instrucción número 3 de Tudela de 23 de marzo de 2016 (ARP 2016\215).

⁶⁶ Artículo 3 de Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

caso y siempre que considere que vulneran su interés superior, impugnará las adoptadas por la Administración y de vital importancia es el ejercicio por su parte de todas las acciones necesarias para la tutela de los derechos fundamentales de los menores.

Por lo que se refiere al quebrantamiento de la custodia por parte de Aminah debemos decir que no constituye ningún tipo delictivo, ya que pese a que indirectamente ella sí quebranta los deberes de custodia inherentes a la patria potestad, al no prestar sustento a sus descendientes, puesto que no puede ni verles ni comunicarse con ellos, en ningún momento se trata de una actitud voluntaria. Es decir, el quebrantamiento tiene su origen en la detención ilegal y en la limitación de su libertad. De este modo en la conducta no concurre ni dolo ni imprudencia por lo que no se puede considerar delito, al ser estos elementos subjetivos indispensables para sostener la comisión de un delito, a tenor de lo dispuesto en el art. 10 del Código Penal.

Recapitulando lo dicho podemos concluir que los delitos cometidos por parte de Abdul- Ali y Abdul- Hadi se podrían encuadrar dentro del tipo de amenazas y acoso tipificados en los artículos 169 y 172 CP respectivamente, cuyas penas se agravarían, en todo caso, por ser cometidos sobre Azahar y Alí Bari, menores de edad. Así, observamos como al margen de la reprochabilidad que de por sí tienen estas conductas se pena en mayor medida el hecho de cometerlas sobre los más vulnerables. El principal encargado de la defensa de estos menores será el Ministerio Fiscal en base a las funciones que las leyes le atribuyen.

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

Es necesario partir de la definición de niño, que según el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del niño es *“todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*. Pues bien, la seguridad y la integridad de los niños ha sido siempre un punto importante a asegurar y garantizar tanto por parte de los Estados como de los organismos internacionales. Esto es así por su especial vulnerabilidad frente a los peligros de las sociedades actuales y porque *“la infancia de todo individuo y las particulares circunstancias de su entorno familiar y social determinan en gran medida su vida posterior de adulto”*⁶⁷.

Para facilitar la síntesis, se agruparán las diversas normativas en tres grupos: internacional, comunitaria y estatal, ofreciendo una breve explicación de cada texto normativo y una conclusión al final de dicho epígrafe. Si bien la protección que cada uno de los textos que se mencionan a continuación confiere a los menores es amplia y precisa, se hará referencia exclusivamente a algunos de los preceptos relativos a los hechos expuestos, es decir, se tendrá en cuenta a la hora de citar los artículos el hecho de que durante cierto tiempo Alí Bari y su hermana Azhar están completamente desprotegidos. De este modo, se hará especial hincapié en las disposiciones relativas a la protección de la familia así como al derecho que todo niño tiene a disfrutar de la misma.

A) Normativa internacional

⁶⁷ Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92, sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992.

En primer lugar, nos encontramos con la Convención sobre los Derechos del Niño⁶⁸ que establece por primera vez la figura del niño como sujeto de derechos y, por tanto, la del adulto como sujeto responsable. Estos derechos indispensables en la infancia se pueden agrupar en torno a cuatro principios fundamentales como son la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y, por último, la participación en las situaciones que les afecten. De todo su articulado en lo que al caso concierne, debemos destacar el artículo 9 que:

“Es un derecho del niño vivir con su padre y su madre, excepto en los casos que la separación sea necesaria para su interés superior. Es derecho del niño mantener contacto directo con ambos, si está separado de uno de ellos o de los dos”.

Por otro lado debemos mencionar también el artículo 22 por su condición de refugiados ya que para estos casos se prevé una atención especial por parte de las autoridades: *“se proporcionará protección especial a los niños considerados refugiados o que soliciten el estatuto de refugiado, y es obligación del Estado cooperar con los organismos competentes para garantizar dicha protección y asistencia”.*

La base de esta Convención sobre los Derechos del Niño la encontramos en la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 que encuentra su pilar en la Declaración de los Derechos del Niño firmada en Ginebra en el año 1924, reconocida como el primer texto internacional en el que se reconocían una serie de derechos a los menores. La Declaración de 1959 se dictó con el fin de garantizar que el niño pudiese tener una infancia feliz para lo que se establecieron una serie de principios, entre los que destacamos el sexto (*“siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres”*) y el noveno (*“el niño deberá ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación”*).

En segundo lugar podemos mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos⁶⁹, texto elaborado por las Naciones Unidas en el año 1948 en el que se reconocen treinta derechos fundamentales para cualquier Estado. Como su nombre indica es el documento que goza de una mayor universalidad. Como artículo relevante al caso se debe citar el 16 apartado 3, que establece que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*. En los mismos términos se manifiesta el artículo 23 apartado primero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷⁰ cuando afirma exactamente lo mismo (*“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*).

Finalmente, podemos citar la Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo de los niños acordado en la Cumbre Mundial de la Infancia el 30 de septiembre de 1990. Pues bien, en este documento los países firmantes se comprometen a procurar el respeto por el papel que en la educación de los niños tiene la familia así como se deben realizar todos los esfuerzos necesarios para evitar que el menor sea separado de su familia. En concreto, en su apartado 18 establece que *“para que su personalidad se desarrolle plena y armónicamente, los niños deben crecer en un ambiente familiar”*, sosteniendo por su parte el apartado 19 que:

⁶⁸ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

⁶⁹ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

⁷⁰ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

“Habría que hacer todo lo posible por evitar que los niños se separen de su familia. Siempre que se separe a un niño de su familia, ya sea por un motivo de fuerza mayor o porque es lo mejor para él, habría que tomar medidas para que reciba otro tipo de atención familiar o para que reciba atención en una institución, y prestar la debida atención a la conveniencia de que el niño crezca en su propio medio cultural”.

B) Normativa comunitaria

A nivel comunitario nos encontramos con la Carta Europea de los Derechos del Niño⁷¹ aprobada por el Parlamento Europeo el 8 de julio de 1992. En ella el Parlamento Europeo destaca la vital importancia de la infancia en el desarrollo personal de todo ser humano así como el rol que la familia desempeña para satisfacer las necesidades básicas de los niños. De todo esto se derivan una serie de derechos para los menores y, consecuentemente, obligaciones para la familia y los Estados. Por este motivo se enumeran una serie de principios que afectan a los niños, en este caso, europeos. En concreto resaltamos por un lado que *“todo niño tiene derecho a gozar de unos padres o, en su defecto, a gozar de personas o instituciones que los sustituyan”* (apartado 12) y, por otro lado, que *“el padre y la madre tienen una responsabilidad conjunta en cuanto al desarrollo y educación”* (apartado 12). El Estado debe facilitar a los padres el cumplimiento de las responsabilidades en lo que asistencia a sus hijos se refiere.

C) Normativa estatal

La primera mención debe ser para nuestra Carta Magna que en su artículo 39 fija el aseguramiento por parte de los poderes públicos de la protección social, económica y jurídica de la familia. En el apartado 4 de este precepto se establece que *“los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*. De este modo se produce una remisión por parte de la Constitución a toda la normativa explicada anteriormente para dotar a los niños de una protección efectiva de sus derechos.

Por su parte, el Código Penal en el Capítulo III del Título XII tipifica los derechos contra los derechos y deberes familiares, centrándose en las siguientes conductas: el quebrantamiento de los deberes de custodia y la inducción de menores al abandono de domicilio, la sustracción de menores y el abandono de familia, menores o personas con discapacidad de especial protección. Como se puede observar, el denominador común de cualquiera de estas conductas típicas es el desamparo del menor que queda totalmente desprotegido ante la ausencia de las figuras materna y paterna. Por otro lado y simplemente a modo de anotación cabe decir que el Código Penal confiere a los menores una protección especial cuando son víctimas de determinados delitos a través de la agravación de las penas que están previstas para los mismos casos pero perpetrados respecto a mayores de edad⁷². El fundamento de la agravación radica en la mayor reprochabilidad de este tipo de conductas frente a los más indefensos y vulnerables.

⁷¹ DOCE n° C 241, de 21 de Septiembre de 1992

⁷² Véase, por ejemplo, el art. 149.2: *“El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección”*. Se añade la inhabilitación especial a la pena de prisión en el caso de que el sujeto pasivo sea un menor.

El Código Civil también se encarga de la protección de los menores especialmente en lo que a las relaciones paterno-filiales se refiere, a las que dedica el Título VII del Libro I y en las que se concretan las obligaciones de los padres respecto a sus hijos. El Capítulo V de este Título se refiere a la adopción y otras formas de protección de los menores, definiendo en el artículo 172 el desamparo como la situación:

“Que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material” atribuyendo en estos casos a la Entidad Pública correspondiente el cuidado del menor.

Una vez más se comprueba cómo se trata de salvaguardar el interés del menor a través del mantenimiento de los vínculos familiares que deben ser respetados por los progenitores.

Finalmente a nivel estatal tenemos la 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 formada por los dos siguientes Títulos: de los derechos y deberes de los menores y actuaciones en situación de desprotección social del menor e instituciones de protección de menores. Dicha ley pretende garantizar y salvaguardar el interés superior del menor, estableciendo en el artículo 2.1 que:

“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

A nivel autonómico nos encontramos con la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia. De esta Ley destaca el concepto de infancia recogido en su artículo 37, según el cual *“se entiende por infancia el período de vida de las personas comprendido desde el nacimiento hasta los 12 años de edad”*. Por su parte, el artículo 42 enumera una serie de derechos que deben garantizarse por parte de las autoridades, especialmente en la infancia. Por último destacar que en el Capítulo III del Título II, de la protección de la infancia y la adolescencia, se regulan dos supuestos especiales de protección como son las situaciones de riesgo (artículos 49-51) y la situación de desamparo (artículos 52-54).

Para concluir podemos decir que la regulación destinada a garantizar la protección de los menores es numerosa y extensa. A nivel internacional cabe destacar la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo de los niños. De la normativa comunitaria destaca la Carta Europea de los Derechos del Niño mientras que de la estatal debemos mencionar la Constitución española, el Código Penal, el Código Civil y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Finalmente podemos citar la Ley 3/2011, de 15 de enero, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia que se encarga del tema a nivel autonómico.

CONCLUSIONES GENERALES

1. Por lo que respecta al derecho de asilo, el procedimiento seguido por Aminah, sus hijos y Delilah cumple con todos los requisitos establecidos por la Ley 12/2009 así como por el Real Decreto 203/1995 por lo que se debe proceder a la concesión del derecho de asilo solicitado. En cuanto a si Abdel Bari supone efectivamente un riesgo para la seguridad nacional, la respuesta debe ser afirmativa basándonos en las pautas que la jurisprudencia ha ido sentando sobre este concepto. Por ello, pese a que la unidad familiar debe estar garantizada, en este caso cede ante ese riesgo para la seguridad del territorio nacional. Finalmente, en cuanto a la información aportada por Delilah, existen dudas razonables acerca de la fiabilidad de la misma por lo que sería útil y pertinente proceder a la realización de diversas pruebas para comprobar cuál es su verdadera edad y tomar las oportunas medidas en base al resultado de estas pruebas.
2. En cuanto a la idoneidad de la familia García Castro para la concesión de la adopción internacional podemos decir que la misma debe ser denegada en base a los requisitos que figuran en el artículo 77 apartado 2 de la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia. La justificación de esta denegación tiene su amparo en el informe negativo emitido por la Xunta de Galicia. Por lo que se refiere a la posibilidad de solicitar un nuevo examen de idoneidad, la familia tiene dos opciones diferenciadas: esperar el transcurso del plazo de tres años establecido legalmente o bien presentar un escrito de oposición denunciando las medidas de protección de menores contenidas en el informe de la Xunta, solicitando además la concesión de su pretensión de no esperar este plazo para poder ser nuevamente a los controles psicosociales.
3. Centrándonos ahora en la adopción realizada por José García y María Castro en Colombia, podemos decir que de confirmarse los hechos, los mismos serían constitutivos de diferentes infracciones de tipo penal. Si atendemos a este tipo de legislación en Colombia, a José García se le podrían imputar tres delitos: falsedad material de documento público (art. 294), alteración del estado civil (art. 238) y adopción irregular (art. 232). Centrándonos ya en el Código Penal español de modo esquemático podemos decir que las conductas llevadas a cabo por José García, se incluirían en los delitos de suposición de parto (art. 220.1), falsificación de documento público (art. 390.1) y de alteración de la paternidad (art. 221). Por su parte, María Castro podría ser juzgada como autora del ya mencionado delito de suposición de parto del artículo 220 apartado 1.º del Código Penal.
4. De la detención ilegal de Aminah y Delilah se derivan una serie de consecuencias. Así, esta conducta aparece tipificada en el artículo 163.1 del Código Penal con su correspondiente pena de prisión de cuatro a seis años. Teniendo en cuenta que la detención se lleva a cabo con la finalidad de introducirlas forzosamente en el mundo de la prostitución, se les podría imputar asimismo el delito del artículo 187.1 que sanciona este tipo de conductas. Es necesario tener en cuenta que en ambos casos la

pena se vería incrementada por aplicación de la agravante de abuso de confianza (art. 22.6.º CP). Sería necesario proceder en su caso a la clausura del pub de alterne “Eclipse” por ser este el lugar en el que se desarrollan los hechos en base a lo establecido en el artículo 194 CP. Por lo que se refiere a Abdul- Ali y a Abdul- Hadi, presuntos autores, de confirmarse la comisión de estos delitos, el Juez podría proceder a decretar la sustitución de la ejecución de la pena por la expulsión del territorio nacional, en virtud de lo estipulado en el artículo 89.2 del Código Penal.

5. Respecto a los hijos de Aminah y de Abdel Bari, hay que decir que la conducta llevada a cabo por Abdul- Ali y Abdul- Hadi podría ser constitutiva de dos tipos de delito: el de amenazas, del artículo 169 CP, y el de acoso tipificado en el artículo 172 CP. Las penas fijadas en abstracto para este tipo de delitos se agravarían en el caso concreto por ser cometidos sobre menores. Precisamente, en relación con este tema, son numerosas las normas que se encargan de la protección de los menores. Así a nivel internacional podemos citar la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo de los niños. Como norma comunitaria destacamos la Carta Europea de los Derechos del Niño. A nivel estatal nos encontramos con la Constitución, el Código Penal, el Código Civil y con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Simplemente mencionar que a nivel autonómico, Galicia cuenta en este tema con la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia.

FUENTES

1.- Legislación

- Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.
- Constitución Española (BOE-A-1978-31229).
- 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.
- Reglamento nº 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013.
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951.
- Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, de 31 de enero de 1967.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1953.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976.
- Convención sobre los Derechos de los Niños de 1989.
- Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia.
- Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia.
- Real Decreto de 24 de julio por el que se publica el Código Civil.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.
- Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 599 de 2000, de 24 de julio, por la que se expide el Código Penal de Colombia.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Convenio de Extradición entre el Reino de España y la República de Colombia.
- Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género.

- Real Decreto 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 2011.
- Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1951.
- Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.
- Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo de los niños de 1990.
- Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

2.- *Jurisprudencia*

- Sentencia del Juzgado de Instrucción nº 3 de Tudela de 23 de marzo de 2016
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2014
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 2014
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2009
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2009
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2008
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de mayo de 2006
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 11 de noviembre de 2005
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza del 11 de diciembre de 2002
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2000
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1998
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1994
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1980

BIBLIOGRAFÍA

- Aláez Corral, Benito. *Minoría de edad y derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2003.
- Solana Ruiz, José Luis. *Prostitución, tráfico e inmigración de mujeres*. Granada: Comares, S.L., 2003.
- Trinidad García, M.L., Robles Almécija, J.M. y Fuentes Mañas, J.B. *Guía jurídica de extranjería, asilo y ciudadanía de la unión* (5ª ed.). Granada: Comares, S.L., 2002.
- Martín y Pérez de Nanclares, José. *La inmigración y el asilo en la Unión Europea hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*. Madrid: COLEX, 2002.
- Carrillo Carrillo, Beatriz L. *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo 1993*. Granada: Comares, S.L., 2003.
- Pérez Alonso, Esteban J. *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- Blázquez Rodríguez, Irene. *Derecho de la Unión Europea sobre inmigración y asilo: compilación sistemática y comentada de la normativa comunitaria*. Madrid: Dykinson, 2006.
- Muñoz Aunión, Antonio. *La política común europea del Derecho de asilo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- Gómez Campelo, Esther. *La Ley 54-2007 de adopción internacional: un texto para el debate (acercamiento crítico a alguna de sus propuestas)*. Madrid: Reus, 2009.
- Bou Franch, Valentín. *“Derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario”*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

ANEXO 1.- TABLA SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LOS SOLICITANTES DE ASILO



En esta tabla observamos cómo evoluciona el número de solicitantes de derecho de asilo. Así vemos que mientras en el período de 2002-2006 la cantidad se mantiene más o menos estable, en el 2007 sufre un repunte propiciado por la situación que en esos momentos se vivía en Irak, que se convirtió en el segundo país con mayor número de solicitantes por detrás de Colombia. A partir de ahí, desciende hasta el año 2009 y desde ese año hasta el actual no para de subir. Concretamente la subida del año 2014 (5.947) al 2015 (14.881) es vertiginosa, motivada por la crisis humanitaria que causa el conflicto armado de Siria.

ANEXO 2.- ESTUDIO DEL ANÁLISIS CARPAL COMO INDICADOR DE MADURACIÓN ÓSEA



Radiografía del atlas femenino
8 años y 10 meses



Radiografía de paciente: edad
ósea de 8 años y 10 meses

La primera de estas radiografías se corresponde con la que figura en el Atlas para servir de término comparativo de las que se realizan, como la segunda. Sin embargo en este caso concreto, la edad cronológica de la paciente que se sometió a este estudio resultó ser de 9 años y 10 meses, existiendo, por tanto, un desfase de un año.



Tomado del atlas masculino:

15 años y 6 meses



Radiografía de paciente:

15 años y 6 meses

En este segundo caso, pese a que la edad ósea siguiendo la radiografía del atlas es de 15 años y 6 meses, la edad cronológica es de 12 años y 11 meses, existiendo un gran desfase que demuestra que el método no siempre responde con exactitud.

ANEXO 3.- CONVERSIÓN DE PUNTUACIÓN A EDAD DENTARIA EN NIÑAS

Edad	Puntuación	Edad	Puntuación	Edad	Puntuación	Edad	Puntuación
3,0	13,7	7,0	51,0	11,0	94,5		
3,1	14,4	7,1	52,9	11,1	94,7	15,0	99,2
3,2	15,1	7,2	55,5	11,2	94,9	15,1	99,3
3,3	15,8	7,3	57,8	11,3	95,1	15,2	99,4
3,4	16,6	7,4	61,0	11,4	95,3	15,3	99,4
3,5	17,3	7,5	65,0	11,5	95,4	15,4	99,5
3,6	18,0	7,6	68,0	11,6	95,6	15,5	99,6
3,7	18,8	7,7	71,8	11,7	95,8	15,6	99,6
3,8	19,5	7,8	75,0	11,8	96,0	15,7	99,7
3,9	20,3	7,9	77,0	11,9	96,2	15,8	99,8
4,0	21,0	8,0	78,8	12,0	96,3	15,9	99,9
4,1	21,8	8,1	80,2	12,1	96,4	16,0	100,0
4,2	22,5	8,2	81,2	12,2	96,5		
4,3	23,2	8,3	82,2	12,3	96,6		
4,4	24,0	8,4	83,1	12,4	96,7		
4,5	24,8	8,5	84,0	12,5	96,8		
4,6	25,6	8,6	84,8	12,6	96,9		
4,7	26,4	8,7	85,3	12,7	97,0		
4,8	27,2	8,8	86,1	12,8	97,1		
4,9	28,0	8,9	86,7	12,9	97,2		
5,0	28,9	9,0	87,2	13,0	97,3		
5,1	29,7	9,1	87,8	13,1	97,4		
5,2	30,5	9,2	88,3	13,2	97,5		
5,3	31,3	9,3	88,8	13,3	97,6		
5,4	32,1	9,4	89,3	13,4	97,7		
5,5	33,0	9,5	89,8	13,5	97,8		
5,6	34,0	9,6	90,2	13,6	98,0		
5,7	35,0	9,7	90,7	13,7	98,1		
5,8	36,6	9,8	91,1	13,8	98,2		
5,9	37,0	9,9	91,4	13,9	98,3		
6,0	38,0	10,0	91,8	14,0	98,3		
6,1	39,1	10,1	92,1	14,1	98,4		
6,2	40,2	10,2	92,3	14,2	98,5		
6,3	41,3	10,3	92,6	14,3	98,6		
6,4	42,5	10,4	92,9	14,4	98,7		
6,5	43,9	10,5	93,2	14,5	98,8		
6,6	45,2	10,6	93,5	14,6	98,9		
6,7	46,7	10,7	93,7	14,7	99,0		
6,8	48,0	10,8	94,0	14,8	99,1		
6,9	49,5	10,9	94,2	14,9	99,1		

ANEXO 4.- CONTENIDO BÁSICO DEL INFORME PSICOSOCIAL

1.- Actitud y comportamiento durante las entrevistas:

- Nivel de tolerancia a la situación de examen, actitud ante la introspección y la reflexión sobre sí mismos.
- Estilos de comunicación verbal y no verbal.
- Nivel de elaboración de las respuestas.

2.- Motivación para la adopción.

- Decisión de adoptar: quién, cuándo y por qué. Cómo y cuándo se acordó.
- Duelo por la infertilidad, nivel de elaboración o resolución del mismo.
- Nivel de acuerdo entre los dos miembros de la pareja, nivel de implicación de cada uno y de ambos en el proyecto adoptivo.
- Exposición de los motivos que les llevaron a decidir entre la adopción nacional y la internacional. Elección de país (en su caso): por qué y conocimiento que se tiene del mismo.
- Opinión y grado de implicación en el proyecto adoptivo por parte de la familia extensa y personas significativas con las que se relacionan. Consecuencias futuras en la relación de la nueva familia con los otros significativos, posibles problemas de cada a integración del menor que puede conllevar si existe oposición de aquéllos y estrategias para solucionarlos.

3.- Perfil individual de cada uno de los solicitantes.

- Perfil psicológico individual, tendencias y características de personalidad.
- Historia de crisis y problemas y modos de afrontarlos.
- Capacidad de adaptación y flexibilidad ante el cambio.
- Motivaciones e intereses.
- Autoestima, autoconcepto.

4.- Historia de pareja y relación actual.

- Desarrollo evolutivo de la relación de la pareja, incluyendo los posibles episodios de crisis y estilo de resolución de los mismos.
- Características personales autopercebidas, acuerdo entre ambos, valores y aspectos que desearían cambiar.
- Interacción habitual, nivel de dependencia o de fusión.
- Áreas de tensión/conflicto y aspectos gratificantes y satisfactorios de la relación.
- Distribución de competencias, responsabilidades y toma de decisiones.

5.- Capacidades educativas.

- Experiencia personal previa, educación recibida por figuras o instituciones significativas (familia, amigos, escuela...), valoración de la misma.
- Valores, creencias y principios educativos.
- Temores, inquietudes, problemas de comportamiento que preocupan y capacidad autopercebida para afrontarlos.
- Estrategias de afrontamiento para resolver problemas educativos y posibles discrepancias en la pareja.
- Experiencia en la crianza o educación de niños.

6.- Estilo de vida familiar.

- Genograma, historia de las familias de origen de ambos solicitantes, vivencias, crisis relevantes y estilos de afrontamiento, trayectoria individual y lugar que se ocupa. Figuras de autoridad. Antecedentes y situación actual de salud física y psíquica.
- Lugar de residencia de los familiares con los que se relacionan los solicitantes y estilo de las transacciones-interacciones.
- Experiencias familiares en el mundo de la adopción.
- Apoyo social y estrés.
- Pertenencia a grupos sociales organizados, tipo, actividades y finalidad, tiempo dedicado a ello. Aspectos gratificantes y aspectos problemáticos.
- Relación con grupos informales, amigos, vecinos y familiares, actividades, tiempo dedicado, apoyos, confianza, aspectos gratificantes y problemáticas de cada relación.
- Actividades de ocio y tiempo libre en general, intereses personales y aficiones.
- Actividades ocupacionales y laborales: distribución de tiempos y disponibilidad de los mismos para atender las necesidades ante la venida de un nuevo miembro en su familia.
- Qué y cómo cree la pareja que va a cambiar la entrada de un niño en el sistema familiar.

7.- Actitud hacia la familia de origen y el pasado del niño.

- Conocimiento sobre los motivos de abandono y valoración que la pareja realiza acerca de los mismos.
- Creencias sobre la influencia del origen y de la historia anterior del niño, relación entre herencia-medio.
- Expectativas sobre posibles dificultades que se pueden presentar en la integración familiar: temores, deseos y capacidad de afrontamiento a los mismos.

- Actitud hacia la revelación de la condición de adoptado de su hijo: nivel de comprensión de lo que ello implica, grado de preparación y capacidad para afrontarlo, capacidad para pedir ayuda exterior.
- Disponibilidad.
- Características deseadas y aquellas totalmente excluidas acerca del menor. Explicación de los motivos.
- Capacidad para aproximarse a expectativas más realistas acerca de cuáles son las características de los niños en situación de ser adoptados.
- Comprensión de la necesidad de concreción del proyecto adoptivo: qué niño desean y para qué niño se sienten capaces de ser padres. Hasta qué nivel de dificultad podrían asumir.

8.- Salud física y cobertura sanitaria.

- Estado de salud, enfermedades o discapacidades de los solicitantes y sus familias. Repercusiones ante la adopción de un niño.
- Consumo habitual de fármacos.
- Cobertura sanitaria.

9.- Situación económica y laboral.

- Nivel de estudios, profesión, empresa para la que trabajan, puesto de trabajo actual.
- Antigüedad, horario, salario. Aspiraciones y nivel de satisfacción en el trabajo.
- Otros ingresos adicionales.
- Situación económica general, organización y planificación de ingresos y gastos globales.

10.- Características de la vivienda y su entorno.

- Tipo de vivienda, régimen de tenencia, superficie, distribución, equipamiento y mobiliario, condiciones de habitabilidad y clima entorno donde se ubica y servicios comunitarios a los que puede tener acceso.
- Otras viviendas o propiedades familiares.

ANEXO 5.- PROCEDIMIENTO PARA EL CÁLCULO DE LA PENA

Para el cálculo de la pena de estos delitos, es necesario partir de las penas en abstracto para cada uno de los delitos que se les podrían imponer. Así, hay que partir de que para los delitos cometidos sobre Aminah las penas son de 5 a 8 años por el delito del art. 163 CP y de 2 a 5 años por el del 187 CP mientras que para los que se comenten sobre Delilah se prevén ciertas agravaciones.

Así, para estos casos, el art. 165 establece la pena del art. 163 en su mitad superior, lo que da un resultado de 6 años y 6 meses a 8 años. Por su parte el art. 188 CP prevé que los delitos cometidos sobre los menores que se sancionen a través de este tipo legal sean impuestos en la pena superior en grado. Es decir, de una pena en abstracto de 4 a 8 años, estaríamos ante una de 8 a 12 años.

Sin embargo, hay que entender que el delito de detención ilegal se lleva a cabo para poder forzarlas a entrar en el mundo de la prostitución, aplicando por tanto, un concurso medial. Para estos concursos el Código Penal prevé en su artículo 77 que se debe imponer:

“Una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos”.

Si tenemos en cuenta que por lo que se refiere a Aminah, el delito con pena superior es el del art.163, con una pena de 5 a 8 años, así que se debe aplicar la pena en su mitad superior, lo que da un resultado de 6 años y 6 meses a 8 años. Mientras que si hacemos el mismo procedimiento con Delilah, la pena a imponer sería la de 10 años a 12 años.

Finalmente, se debe aplicar la agravante de abuso de confianza de artículo 22.6 CP. Para estos supuestos, se debe imponer la pena en su mitad superior ya que el artículo 66.3.º CP dispone que:

“Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito”.

Así finalmente la pena a aplicarle a Aminah será la de 7 años y 3 meses a 8 años mientras que la de Delilah ascenderá a los 11 a 12 años.