



UNIVERSIDAD DE A CORUÑA
FACULTAD DE DERECHO
GRADO EN DERECHO
CURSO 2015/16

TRABAJO DE FIN DE GRADO:
DERECHO DE ASILO Y ADOPCIÓN INTERNACIONAL
DEREITO DE ASILO E ADOPCIÓN INTERNACIONAL
ASYLUM AND INTERNATIONAL ADOPTION

Alumno: Daniel Gestal Martínez

Director: Oscar Vergara Lacalle

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN AL TRABAJO | 4 |
| ÍNDICE DE ABREVIATURAS | 5 |
| ANTECEDENTES DE HECHO | 6 |
| CUESTIONES..... | 9 |
| 1. Respecto al derecho de asilo:..... | 9 |
| 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 | 9 |
| 1.1.A. Procedimiento para la concesión de asilo a Aminah, sus hijos y Delilah..... | 9 |
| 1.1.B. Papel ejercido por la Oficina de Asilo y Refugio..... | 10 |
| 1.1.C. Papel ejercido por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)..... | 11 |
| 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? | 13 |
| 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..... | 16 |
| 2. Respecto a la idoneidad de la familia García Castro como adoptantes: | 18 |
| 2.1 Fundamentos jurídicos que justifican la no idoneidad..... | 18 |
| 2.2 Procedimiento a seguir para solicitar un nuevo informe de idoneidad..... | 21 |
| 3. Atendiendo a la adopción realizada por José y María en Colombia: | 22 |
| 3.1 Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que incurren, tanto en Colombia, como desde su llegada a España..... | 22 |
| 3.2 Dictamen sobre la situación que vive el matrimonio de José y María desde que el bebé llega a su casa..... | 26 |
| 4. Efectos jurídicos derivados del secuestro de Aminah y Delilah | 31 |
| 5. Respecto a la situación que sufrían los hijos de Abdel Bari y Aminah durante su secuestro: | 36 |
| 5.1 Determinar a qué delitos serán objeto de condena los secuestradores..... | 36 |
| 5.2 Salvaguarda jurídica que les aportan las leyes de protección de los derechos del niño. ¿Podrían recurrir a otras normas para su protección?..... | 42 |
| CONCLUSIONES FINALES | 46 |
| BIBLIOGRAFÍA | 47 |
| ANEXOS..... | 50 |

| | |
|---------------|----|
| ANEXO I..... | 51 |
| ANEXO II..... | 58 |

INTRODUCCIÓN AL TRABAJO

El caso sobre el que este trabajo pretende arrojar algo de luz se compone de varios supuestos, todos ellos relacionados en mayor o menor medida con la llamada “crisis migratoria de los refugiados”, un problema presente tanto en el ámbito de los Estados miembros de la Unión Europea como en el de otros Estados.

Las cuestiones que componen este supuesto reflejan una realidad dramática. En primer lugar, por la fricción existente entre, por un lado, el deber moral que tenemos los seres humanos de ayudarnos entre nosotros como especie y, por otro lado, nuestra propia seguridad ante el auge del terrorismo¹, especialmente del autoproclamado “Estado Islámico”. Esto se debe al riesgo inherente que puede conllevar para la seguridad nacional el hecho de que los yihadistas puedan aprovechar esta crisis para introducir sus métodos violentos en España, amenazando con quebrar el Estado de Derecho. En segundo lugar, por los propios problemas que los refugiados puedan tener en España, ya que, por desgracia, el hecho de traspasar una frontera no garantiza la seguridad de quien escapa de una guerra.

Además de examinar en profundidad la regulación sobre el derecho de asilo, también se abordarán otras cuestiones, como por ejemplo la obsesión de una familia coruñesa por adoptar a un menor extranjero, obsesión que será llevada a puntos extremos. Veremos, entonces, la calificación jurídica tanto de las vías legales como de las vías infralegales de las que se vale esta familia para conseguir la adopción internacional.

El trabajo está estructurado de la siguiente forma. Para el primer apartado de la primera pregunta hago una exposición de la normativa actual sobre el procedimiento de concesión de asilo y el papel que en él tienen tanto la Oficina de Asilo y Refugio como ACNUR de una forma teórica. De forma similar está redactado el epígrafe 5.2, aunque de contenido menos teórico. El resto del trabajo lo abordaré de una forma más práctica, siempre adaptando la exposición a las particulares circunstancias de cada caso. La estructura a seguir en esta parte práctica será similar a una sentencia, con la diferencia de que la solución jurídica será dada justo después de una breve exposición de los antecedentes que sean de relevancia para cada cuestión concreta, con el fin de proporcionar una mayor claridad expositiva al contar de antemano con la solución. La estructura, entonces, será la de antecedentes, solución jurídica y fundamentos de derecho, en ese orden.

Por último, antes de la bibliografía, incluiré las conclusiones acerca de los aspectos más polémicos de la materia que se ha tratado.

¹ ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza: *El derecho a solicitar asilo. Un derecho en fase terminal por las violaciones del derecho internacional*, Murcia, 2003, pág. 104.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ACNUR: Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados.

CE: Constitución Española.

CNI: Centro Nacional de Inteligencia.

CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

DOCE: Diario Oficial de la Comunidad Europea

FD: Fundamento de Derecho.

LAI: Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

LDA: Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

LDCG: Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia.

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LFCG: Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia.

LOEX: Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

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

LOPJM: 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.

LRJAP-PAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

OAR: Oficina de Asilo y Refugio.

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

Tramitada la solicitud en la Oficina de Asilo y Refugio, siguiendo el procedimiento establecido para la concesión del derecho de asilo, pasadas unas semanas se les comunica la resolución favorable del Ministro del Interior a la madre y a los hijos, la cual les reconoce la condición de refugiados y el derecho de asilo, teniendo en cuenta los informes de ACNUR. En cambio, se le deniega el derecho de asilo mediante resolución del Ministerio de Interior al padre, Abdel Bari, debido a que el Centro Nacional de Inteligencia emitió un informe en el que sugería la posible existencia de un riesgo para la Seguridad Nacional. El informe recogía referencias a la relación existente en los noventa entre Abdel Bari y uno de los hermanos de Abu Bakr al-Baghdadi, 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 Garcia 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-Hadi, con fecha de nacimiento 4 de julio de 1985, habían conseguido permiso de trabajo en 2014.

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

local, tras recibir una llamada anónima de un cliente del local al que Aminah le había contado su situación.

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

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

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

1.1.A. Procedimiento para la concesión de asilo a Aminah, sus hijos y Delilah

En el supuesto que nos ocupa, una familia de nacionalidad siria llega a la Embajada de España en Ankara (Turquía) y solicitan el reconocimiento de la condición de refugiados. La familia se halla compuesta por Abdel Bari, el padre, Aminah, la madre, y Alí Bari y Azhar, quienes son, respectivamente, el hijo y la hija de aquéllos. Además, viaja con los cuatro miembros de la familia una joven llamada Delilah. Una vez seguido el correspondiente procedimiento, éste concluyó con la concesión de asilo a todos los sujetos mencionados a excepción de Abdel Bari, por causas de seguridad nacional. El procedimiento seguido para la concesión del asilo se explicará en este epígrafe.

Al acabar la Segunda Guerra Mundial, se produjo un importante flujo migratorio desde los países de Europa central y oriental a la Europa occidental. Este hecho evidenció la necesidad de crear un instrumento básico para la protección de esas personas. Ello dio como fruto la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados.² A raíz de esta Convención los Estados fueron creando sus propias normas para tratar de solventar este tipo de problemas.

La principal norma con la que España cuenta a efectos de regular la protección internacional de la que trata el presente supuesto es la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (en adelante, LDA).³ El fin de esta Ley no es otro que el de desarrollar el apartado cuarto del artículo 13 de la Constitución Española (CE) que establece lo siguiente: “*La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España*”. Tal objetivo aparece mencionado tanto en el Preámbulo de la Ley, como en su artículo 1.

El procedimiento que esta ley habilita para que los nacionales de países no comunitarios y apátridas⁴ puedan gozar del derecho de asilo⁵ se encuentra en el Título II de la ya citada Ley. El Capítulo I del Título II (artículos 16 a 22) nos habla de la solicitud del reconocimiento de la protección internacional. En este capítulo se incluye quiénes tienen derecho a solicitar la protección, en qué forma ha de hacerse ésta y los efectos de su presentación, entre otras cosas.

Para saber cómo tiene lugar la tramitación de la solicitud hay que acudir al Capítulo II del Título II. Es necesario diferenciar entre dos procedimientos. En primer lugar, el artículo 24 contiene el procedimiento ordinario. Se inicia por parte del

² CASANOVAS, Oriol y RODRIGO, Ángel J.: *Compendio de Derecho Internacional Público*, 3ª ED, 2012, pág. 281

³ DIEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 18ª ED, 1973, pág. 644

⁴ Art. 1 LDA (ANEXO I).

⁵ Art. 2 LDA (ANEXO I).

Ministerio del Interior y se deben incorporar las diligencias de instrucción del expediente. Una vez finalizada la instrucción del procedimiento por la Oficina de Asilo y Refugio se elevarán los expedientes a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, quien formulará propuesta al Ministerio del Interior, el cual a su vez dictará la resolución que resuelva el procedimiento. Tras seis meses sin contestación, se entiende denegada la solicitud por silencio administrativo.

En segundo lugar, está el procedimiento de urgencia, que podemos encontrar en el artículo 25. Este procedimiento tiene unos requisitos más restrictivos (necesidades específicas de los solicitantes, solicitudes manifiestamente fundadas, país de origen seguro...) pero cuenta con la ventaja de que los plazos se reducen a la mitad.

Las resoluciones que pongan fin al procedimiento pueden ser objeto de recurso potestativo de reposición y contencioso-administrativo (artículo 29).

1.1.B. Papel ejercido por la Oficina de Asilo y Refugio

Nos encontramos con un órgano de gran importancia en el procedimiento para la concesión del derecho de asilo: La Oficina de Asilo y Refugio (OAR), cuya principal función va a ser la de la instrucción de dicho procedimiento, aunque no es la única. Veámoslo en detalle.

Este órgano aparece previsto en el artículo 9 del Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior. Dicho artículo regula la estructura y funciones de la Dirección General de Política Interior. En el apartado tercero se establecen las Subdirecciones Generales que integran la mencionada Dirección General. Una de ellas, a la que hace referencia el sub apartado b, es la Subdirección General de Asilo, cuyas funciones son las que se enumeran en los “*párrafos j), k), l), m) y n) del apartado segundo, así como las del párrafo i) que versen sobre el derecho de asilo y demás formas de protección*”. Finaliza el sub apartado b diciendo que “*tendrá la consideración de Oficina de Asilo y Refugio a que se refiere el artículo 23.1 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*”. Por lo tanto, tal y como se prevé en el Real Decreto 400/2012, la Oficina de Asilo y Refugio es la Subdirección General de Asilo, siendo una de las dos Subdirecciones Generales integrantes de la Dirección General de Política Interior.

En el artículo 23 LDA se nos dice cuál es la función específica de la Oficina de Asilo y Refugio: “*La Oficina de Asilo y Refugio, dependiente del Ministerio del Interior, es el órgano competente para la tramitación de las solicitudes de protección internacional, sin perjuicio de las demás funciones que reglamentariamente se le atribuyan.*”⁶

Las funciones de este órgano no se desarrollan más en la presente Ley, así que es necesario descender a una norma de rango reglamentario para entender mejor sus funciones concretas. Así, nos encontramos con el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. El problema de este Reglamento es que, pese a que se siga

⁶ Art. 23 LDA (ANEXO I).

utilizando en la actualidad (véase STS 5632/2015 de 29 de diciembre y SAN 1170/2016 de 23 de marzo), la Ley a la que el Reglamento viene a desarrollar ya no está vigente. La norma reglamentaria que correspondería a la Ley 12/2009 aún está pendiente.

El Capítulo Preliminar del Reglamento se halla el artículo 3, en el que se desglosan las funciones de la Oficina de Asilo y Refugio, de entre las que cabe destacar:

- La instrucción del procedimiento de asilo.
- La condición de soporte material de la Secretaría de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio.
- Notificación de resoluciones a los interesados.
- Proponer al Ministerio de Justicia e Interior⁷, en determinados supuestos, las inadmisiones a trámite de las solicitudes de asilo.

Además de lo dicho, la Oficina de Asilo y Refugio es uno de los puntos donde se puede presentar la solicitud de asilo, junto con los puestos fronterizos, las Oficinas de Extranjeros, las Comisarías Provinciales de Policía, las Comisarías de distrito que se señalen y las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas en el extranjero.⁸

Por lo tanto, la Oficina de Asilo y Refugio tiene como función principal instruir el procedimiento de concesión del derecho de asilo, pero también tiene otras funciones secundarias, como pueden ser las relativas a notificaciones.

1.1.C. Papel ejercido por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)

Como se ha visto en el supuesto, los informes de ACNUR han sido tenidos en cuenta para proceder a la concesión del asilo. Además, fue la pertenencia a ACNUR lo que permitió a la familia García Castro establecer lazos con los refugiados sirios. Veamos pues, cuál es la función de ACNUR en la concesión del derecho de asilo.

Su presencia en el procedimiento de concesión de asilo es amplia y se manifiesta de diversas formas, en varios supuestos como una condición *sine qua non* para que transcurra dicho procedimiento.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (abreviado como ACNUR en español y UNHCR en inglés), con sede en Ginebra, fue constituido con la XI Resolución 428 (V) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1950. Esta resolución aprueba el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, cuyo apartado primero del Capítulo I establece lo siguiente:

“El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, actuando bajo la autoridad de la Asamblea General, asumirá la función de proporcionar protección internacional, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, a los refugiados que reúnan las condiciones previstas en el presente Estatuto, y de buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados, ayudando a los gobiernos y, con sujeción a

⁷ Actualmente, Justicia e Interior son dos Ministerios independientes. De entre ellos dos, la Oficina de Asilo y Refugio depende del Ministerio del Interior según el art. 3 LDA, como ya se ha expresado previamente.

⁸ Art. 4 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (ANEXO I).

la aprobación de los gobiernos interesados, a las organizaciones privadas, a facilitar la repatriación voluntaria de tales refugiados o su asimilación en nuevas comunidades nacionales”.

ACNUR es, en resumen, un organismo de la Organización de Naciones Unidas que se encarga de proteger a los refugiados y desplazados por persecuciones o conflictos, y, al mismo tiempo, promueve soluciones a dicha solución, bien por reasentamiento voluntario en el país de origen o bien en el de acogida. Este mecanismo ha recibido el Premio Nobel de la Paz en 1954 y 1981.⁹

Existe una Directiva en el marco del derecho de la Unión Europea, concretamente la Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. Esta Directiva contiene un artículo que lleva por rúbrica “el papel de ACNUR”. Este artículo, el 21 de la Directiva, establece varias obligaciones tanto para los Estados miembros como para las organizaciones que trabajen en nombre de ACNUR en el territorio de los mismos, previo acuerdo con ellos. Estas obligaciones son permitir a ACNUR:

- El acceso a los solicitantes del derecho de asilo.
- El acceso a la información contenida en las solicitudes individuales de asilo, siempre y cuando consienta el solicitante.
- Manifestar su opinión en virtud del artículo 35 de la Convención de Ginebra de 1951¹⁰, a toda autoridad competente sobre solicitudes individuales de asilo en cualquier fase del procedimiento.

A lo largo de la Directiva, la intervención de ACNUR resulta necesaria a efectos de consulta, por ejemplo, a la hora de obtener información sobre los países de origen de los refugiados (artículo 8) o la determinación de si estos países son seguros (artículo 30).

En el ámbito normativo nacional también se contempla la intervención del Alto Comisionado, aunque a la Unión Europea no le consta que se haya transpuesto la citada Directiva. De hecho, en la Ley 12/2009 se incluye el Capítulo IV, cuyo título es “Intervención del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)”. Este Capítulo consta de dos artículos en los que se establece, primero, que las solicitudes de asilo deben ser comunicadas a ACNUR (artículo 34). Segundo, que el representante de ACNUR en España debe ser convocado a las sesiones de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (artículo 35.1). Y tercero, que antes de resolverse sobre las solicitudes de asilo debe darse audiencia a ACNUR (artículo 35.2) además de otras funciones.

Puede verse que el nombre de ACNUR aparece no pocas veces en aquellas normas que regulan el derecho de asilo y que se trata de un órgano que interviene siempre, en una u otra fase de los procedimientos.

⁹ <http://acnur.es/quienes-somos/acnur-en-el-mundo> (última consulta realizada el 7 de junio de 2016)

¹⁰ Art. 35 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (ANEXO I).

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?

Sucede en este supuesto, como ya se ha mencionado, que a Abdel Bari, el padre de la familia siria, se le deniega el asilo por motivos de seguridad nacional. El Ministerio del Interior consideró oportuna esta denegación, puesto que un informe del Centro Nacional de Inteligencia (CNI) mostraba que existía cierta relación durante los años noventa entre Abdel Bari y uno de los hermanos del actual líder del Estado Islámico. Debido a la denegación, Abdel Bari solicita reexamen de la solicitud en el aeropuerto del Prat de Barcelona esgrimiendo como motivos por un lado la recomposición de la unidad familiar y por otro lado el peligro que corre con respecto a sus antiguos amigos por su nueva ideología.

Este problema que se plantea me ha llevado a plantear la siguiente solución: Pese a que hay un informe del CNI que prevé un riesgo para la seguridad de España en caso de que se le conceda el derecho de asilo a Abdel Bari, tras examinar la normativa vigente y la jurisprudencia al respecto, no parece que concurren motivos fundados para entender que existe tal riesgo para la seguridad nacional. Además, podría recibir la protección por extensión familiar.

Las razones por las que se emite este dictamen son las que se exponen a continuación.

El principio de *non-refoulement* aparece recogido en el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Este principio consiste en la prohibición de que un Estado, por expulsión o por devolución ponga a un refugiado en territorios donde exista peligro su vida o libertad por motivos de raza, religión, nacionalidad, grupo social u opiniones políticas. Este compromiso por parte de los Estados es la principal protección que otorga la Convención de Ginebra a los refugiados.¹¹ No obstante, en el apartado siguiente existe una excepción a esta norma general de no devolución. Dice así el apartado segundo del artículo 33:

“Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”.

Por lo tanto la Convención establece que la salvaguarda de la seguridad nacional es motivo suficiente como para denegar la concesión de asilo. Esta excepción ha sido trasladada al derecho español en la LDA. El artículo 9 LDA establece que en todo caso el derecho de asilo se debe denegar tanto a quienes constituyan por razones fundadas un peligro para la seguridad de España, como a quienes hayan sido condenados por delito grave y constituyan una amenaza para la comunidad.

De entrada la ley parece clara, ya que la relación de este sujeto con un grupo terrorista podría ser gravemente perjudicial para la seguridad en España. Sin embargo

¹¹ CASANOVAS, Oriol y RODRIGO, Ángel J, *op. cit.*, pág. 281

¿Está fundada esta relación? El supuesto no deja de ser ambiguo, principalmente por dos razones:

En primer lugar, porque la relación de Abdel Bari es con el líder del Estado Islámico, sino con uno de sus hermanos, y de este hermano en concreto no se nos dice nada acerca de si tiene buena relación con el líder de la organización terrorista o de si tan siquiera forma parte de ella.

En segundo lugar, porque la relación que el CNI considera suficientemente controvertida como para denegar el asilo se dio en los años noventa, pero no se dice que se haya dado desde los noventa. Es decir, la propia formulación del supuesto da a entender que esa relación empezó y terminó en los noventa, lo que sería coherente con las alegaciones posteriores de Abdel Bari, sobre el peligro que corre por sus nuevas ideas políticas. Además, no se tiene constancia de que durante los años noventa Abu Bakr al-Baghdadi hubiese tenido relación con el extremismo yihadista. De hecho, poco se sabe sobre los orígenes de la relación del actual líder del Estado Islámico con la yihad, aunque tanto los foros yihadistas como ciertos sectores de la prensa aseguran que todo comenzó con la ocupación estadounidense durante la Guerra de Irak en el año 2003.¹²

En este punto, el peligro que Abdel Bari pueda suponer para la seguridad nacional ya no es tan claro.

Ésta no sería la primera vez en que un informe ambiguo del CNI es insuficiente como para considerar que existen razones fundadas como para denegar la concesión del derecho de asilo. Así, en la Sentencia de la Audiencia Nacional 3633/2014 de 17 de julio de 2014 el Tribunal consideró como insuficientemente fundada la resolución por la que se denegaba la concesión del derecho de asilo por estar basada en un informe del CNI que presentaba ciertas inexactitudes: El recurrente, era el jefe de seguridad de un oligarca ruso, el cual estaba presuntamente vinculado con delitos de terrorismo. El citado oligarca estaba acusado de la quiebra del Banco BTA y el recurrente, en tanto que persona de confianza del oligarca, podría estar involucrado en la retirada y destrucción de documentos.¹³ De acuerdo con el CNI en su informe, los hechos que se han mencionado tendrían entidad suficiente, junto con otra información sin contrastar, como para suponer un riesgo para la seguridad nacional. En la valoración de dicho informe, la Audiencia Nacional concluyó que no existían razones fundadas para entender que la seguridad nacional estaba comprometida y ordenó la tramitación de la solicitud de protección internacional.¹⁴

Distinto es esto de lo que sucede en la STS, 2987/2010 de 4 de junio. Se trata de un recurso de casación interpuesto contra una Sentencia de la Audiencia Nacional en la que se denegaba el derecho de asilo al recurrente. Sin embargo, en este caso puede entenderse que la denegación es más sólida, dado que existían pruebas de que el sujeto estaba vinculado con la organización “Al Nahda” y, pese a sufrir la persecución que en principio le habilitaría para obtener el derecho de asilo, se consideró que la concesión del mismo era inviable por razones de seguridad nacional. Además, para este procedimiento se tuvo en cuenta no sólo el informe del CNI, sino también otras pruebas.

¹² <http://www.theguardian.com/world/2014/jun/12/baghdadi-abu-bakr-iraq-isis-mosul-jihad> (última consulta realizada el 7 de junio de 2016).

¹³ Sentencia de la Audiencia Nacional 3633/2014 de 17 de julio de 2014, FD Tercero (ANEXO II).

¹⁴ *Ibid.*, FD Décimo Segundo (ANEXO II).

En la STS 2987/2010 el Tribunal Supremo confirma esta Sentencia de la Audiencia Nacional.

En el Derecho de la Unión Europea hay varias Directivas de interés, de entre las cuales destaca la Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. El artículo 12 de la misma establece las causas de exclusión de la condición de refugiado, a destacar la comisión de un delito grave común fuera del país de refugio por parte de un sujeto antes de ser admitido como refugiado, o la comisión de actos contrarios a los fines y principios de Naciones Unidas (apartado 2.b y c, respectivamente). Sin embargo, sobre este precepto se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 9 de noviembre de 2010, en los asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09, concretamente en el punto 88 de la misma. Dice que conforme a esta Directiva, el hecho de que una persona haya pertenecido a una organización terrorista de las incluidas en el anexo de la Posición Común 2001/931/PESC no lleva necesariamente aparejada la exclusión de la condición de refugiado (este anexo incluye grupos como ETA, GRAPO o Hamás).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también tuvo gran incidencia en materia de derecho de asilo en una sentencia muy polémica. Se trata del caso Chahal contra Reino Unido. Esta sentencia tiene como protagonista a Chahal, un separatista sij que había sido detenido como sospechoso de un complot para asesinar al Primer Ministro Indio y en otro complot para asesinar a seis sijes moderados de Reino Unido. También fue condenado por participar en unos disturbios que tuvieron lugar en un templo sij de Londres, aunque posteriormente fue absuelto. Después de estos hechos y más, el Ministro del Interior de Reino Unido decidió expulsar a Chahal porque suponía un peligro para la seguridad nacional. En la India, a donde Chahal debería haber sido enviado de salir adelante la expulsión, corría el riesgo de sufrir torturas y de hecho Chahal afirmaba ya haberlas sufrido en ocasiones anteriores. Este asunto fue llevado ante el TEDH, el cual decidió en su sentencia que pese a que efectivamente existían razones de peso para expulsarlo, si se hubiese llegado a hacerlo se habría incurrido en una infracción del artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que dice que *“nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”*.¹⁵

Por lo tanto, a la vista de las consideraciones expuestas del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no parece conveniente considerar que el la información recogida en el informe del CNI sea suficiente como para denegar a Abdel Bari la condición de refugiado, dado que no existen razones fundadas para entender que la seguridad nacional está comprometida. Además, si una vez se le ha concedido el estatuto de refugiado a Abdel Bari se descubre que la relación con el Estado Islámico va más allá de una relación en los noventa con uno de los hermanos de su líder se podría proceder a la revocación del estatuto de refugiado, conforme al artículo 44 LDA, dado que el peligro para la seguridad nacional se contempla en el apartado 1.c del citado artículo como uno de los motivos de revocación.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1996\61, de 15 noviembre de 1996 (Caso Chahal contra Reino Unido).

Sobre el mantenimiento de la unidad familiar nada se nos dice en la Convención de 1951, pero en la Ley 12/2009 sí que se desarrolla esta materia. Ya se nos dice en el Preámbulo de la misma que el Título III “*se destina al mantenimiento o recomposición de la unidad familiar de las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional*”. El artículo 40 LDA contempla los casos en el que puede tener lugar el restablecimiento de la unidad familiar, bien mediante la concesión del derecho de asilo, bien a través de la protección subsidiaria por extensión familiar. El único caso aplicable al presente supuesto sería el del apartado 1.b del mismo artículo 40, dado que los demás supuestos están pensados para casos de dependencia respecto de los miembros de la familia que han obtenido la condición de refugiados. Dicho apartado dice que uno de los casos en los que tiene lugar el restablecimiento de la unidad familiar por los medios antes mencionados es:

“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”.

En este caso, como no se ha acreditado que Abdel Bari y Aminah se hallen en situación de divorcio, separación legal o de hecho, o que Abdel Bari haya cometido sobre Aminah actos de violencia de género, es de aplicación el citado apartado.

Continúa el artículo 41 LDA en su apartado 1 diciendo que es posible la reagrupación incluso cuando las personas que se quieran reagrupar ya se encuentren en territorio español y siempre que tengan la misma nacionalidad. Abdel Bari es sirio, como el resto de los miembros de su familia, y está en el aeropuerto del Prat, así que esto no sería un problema. Finalmente, en el apartado quinto se prohíbe la concesión de la protección por extensión familiar a las personas incluidas “*en los apartados 2 y 3 del artículo 8 y en los artículos 9, 11 y 12 de la presente Ley*”, esto es, aquellas personas que supongan un riesgo para la seguridad nacional o amenaza para la comunidad. Como ya se ha especificado anteriormente, Abdel Bari no constituye un riesgo para la seguridad nacional, pese a que así lo estableció el informe del CNI. Por lo tanto, no pesa sobre él esta prohibición.

En conclusión, no parece que exista riesgo para la seguridad nacional en caso de que se le conceda el derecho de asilo a Abdel Bari, y el Ministerio del Interior cometió un error al denegárselo, sin embargo, se puede subsanar este error si se le concede la protección subsidiaria cuando solicita el reexamen.

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

A partir de los hechos narrados vemos que Delilah no tiene familia, pero viaja con la familia de Abdel Bari, también de nacionalidad siria. Su documentación acredita que Delilah nació el 1 de mayo de 2000, pese a que físicamente aparente 21 años. Le es concedido el derecho de asilo y va a la escuela junto con Alí Bari y Azhar.

Como solución para un caso como este, cuando no se pueda saber si una persona que llega a España es o no menor de edad, el Ministerio Fiscal, después de que esa situación sea puesta en su conocimiento, puede realizar ciertas actuaciones para comprobar si la persona de cuya edad se duda es efectivamente menor de edad. Delilah asiste al colegio junto con los dos hijos de la familia siria, por lo que es altamente probable que no hayan tenido lugar las citadas actuaciones o que éstas hayan confirmado la edad que consta en la documentación de Delilah. A continuación veremos qué base jurídica tienen estas actuaciones y en qué consisten.

Los fundamentos que sustentan la solución que se da en el presente dictamen son los que siguen.

En el artículo 18 LDA se recogen algunas de las obligaciones a las que están sometidos aquellos que soliciten el reconocimiento del derecho de asilo. Concretamente en el apartado 2.b, se nos dice que podrán presentar la documentación de que dispongan sobre su edad, pasado, identidad, nacionalidad y demás datos de relevancia, a efectos de fundamentar la solicitud de asilo. En el texto de la Ley no hay muchas más referencias a la edad de los refugiados.

Sin embargo, el artículo 48 está dedicado expresamente al tratamiento jurídico que reciben los menores no acompañados. Para los casos en los que no se pueda determinar la edad del sujeto concreto esto se debe poner en conocimiento del Ministerio Fiscal, quien realizará las actuaciones oportunas a fin de averiguar la edad real. Para ello contará con el apoyo de las instituciones sanitarias que sean oportunas. Las pruebas científicas realizadas para la determinación de la edad del presunto menor tendrán carácter prioritario y urgente, y la negativa a someterse a dichas pruebas no impide que se pueda dictar una resolución sobre la concesión o no del derecho de asilo. Finalmente, si las pruebas concluyen que en efecto se trata de un menor de edad, el Ministerio Fiscal lo pondrá a cargo de los servicios de protección de menores. Según el artículo 190.4 del Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, la edad del menor será determinada por el Ministerio Fiscal mediante decreto, en el que *“se decidirá su puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores, dándose conocimiento de ello al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente”*.

Sobre las pruebas científicas a practicar sobre Delilah con el fin de determinar su edad, según la monografía *Sólo por estar solo* realizada por la Fundación Raíces, en España se suelen utilizar dos: El Atlas de Greulich Pyle y el método Tunner Whitehouse 41. En ambas se utiliza la radiografía de la mano izquierda de los menores y, según la transformación progresiva de los huesos de la mano y la muñeca, se decide cuál es realmente la edad biológica del sujeto. En el caso de Greulich Pyle, se compara la evolución de sus huesos con unos patrones establecidos para una población caucásica y anglosajona. En cuanto al método Tunner Whitehouse, se toman de referencia veinte puntos de los huesos de la mano y la muñeca. Sin embargo, numerosas quejas han recibido estos métodos por parte de forenses y asociaciones para la defensa de los menores extranjeros, además de por los autores del ya citado informe, dado que estas pruebas tienen un elevado margen de subjetividad y dejan fuera otras técnicas que podrían ser más precisas a la hora de determinar la edad biológica de los menores no

acompañados, por ejemplo, las realizadas sobre los terceros molares, prueba que se conoce como el método Demirjian, que es la más fiable.¹⁶

La problemática de estas pruebas es que el presunto menor extranjero puede oponerse a ellas y sobre esta oposición existen distintas opiniones. Un sector de la doctrina y la jurisprudencia considera que si un extranjero se opone a que se realicen pruebas para determinar su edad esto es un indicio de que miente u oculta algo, de similar forma a lo que sucede con las pruebas de paternidad. Otro sector, sin embargo, considera que esto no puede ser visto como un indicio ya que los extranjeros pueden oponerse a que se realicen estas pruebas porque buena parte de ellas utilizan radiación, lo que podría ser perjudicial para su salud. Además, esta radiación no cumple ningún beneficio terapéutico para el presunto menor, sino que únicamente se utiliza para informar de su edad, lo que puede plantear cuestiones morales.¹⁷

Al margen de lo expuesto, si volvemos a examinar los hechos vemos que a Delilah se le ha reconocido el derecho de asilo y además asiste a la escuela junto con Alí Bari y Azhar, por lo que las opciones más probables son dos:

- Que quienes hayan examinado su documentación, pese a las dudas suscitadas, no hubiesen dado parte al Ministerio Fiscal para determinar la edad de la joven.
- Que se hayan realizado las pruebas científicas sobre Delilah y éstas concluyesen que efectivamente es menor de edad pese a su apariencia de tener 21 años.

En cualquiera de los casos, el efecto es similar. Esto es relevante a muchos efectos. Uno muy claro lo vemos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), concretamente según su artículo 9. Siguiendo este artículo, Delilah, por ser menor de dieciséis años, tiene el derecho y el deber a la educación, con el acceso a una enseñanza pública, gratuita y obligatoria, en las mismas condiciones que cualquier nacional español.

En conclusión, a la luz de los hechos de los que se tienen conocimiento en el presente caso y tras examinar la legislación vigente, cabe presumir que Delilah llegó a España con quince años.

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

2.1 Fundamentos jurídicos que justifican la no idoneidad

Nos encontramos ante la siguiente situación: La familia García Castro estuvo desde principios de 2010 pendiente de la concesión de una adopción internacional. La Xunta emitió un informe en marzo de 2013 según el cual María y José no eran idóneos para adoptar. Esto fue debido a la “falta de motivación para ejercer la patria potestad así como una actitud pasiva ante las responsabilidades que conllevaría la misma” observada en María. Sin embargo, el matrimonio considera que esto no es cierto, dado que María

¹⁶ FUNDACIÓN RAÍCES en colaboración con la FUNDACIÓN ABOGACÍA ESPAÑOLA: *Sólo por estar solo: Informe sobre la determinación de la edad en menores migrantes no acompañados*, 2014, pp. 16-17

¹⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, Madrid, 2011, p. 85

tuvo la preocupación de sufrir una enfermedad crónica que no le permitió alcanzar el máximo rendimiento en ciertos casos.

Anticipando la solución a la que se ha llegado respecto de esta cuestión, decir que María no cumple con el requisito de idoneidad y que, pese a dicha carencia, la Xunta en su resolución no parece haber motivado de forma suficiente esta falta de idoneidad, al limitarse a transcribir lo que dice la Ley.

La normativa que permite dar esta solución al caso es variada.

Hay una norma a nivel estatal que regula la adopción internacional. Es la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de Adopción internacional (LAI). Esta Ley responde a las nuevas necesidades que surgen como consecuencia del aumento de las adopciones internacionales. En su artículo 10 se habla de la idoneidad de los adoptantes, idoneidad que es objeto de controversia en el presente supuesto. Ésta aparece definida como *“la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción”*.

Esta valoración, continúa diciendo el artículo en su apartado segundo, ha de tratarse de una valoración psicosocial sobre la situación de las personas que quieren adoptar, y la capacidad de éstas para establecer vínculos estables, sus aptitudes educativas y también la capacidad de atender a un menor con las particularidades de la adopción internacional. Además, se debe valorar cada caso particular, es decir, la idoneidad de cada familia respecto de cada menor.¹⁸

Sigue el artículo 10 LAI en su apartado cuarto diciendo que *“corresponde a las Entidades Públicas la declaración de idoneidad de las personas que se ofrecen para la adopción a partir de la valoración psicosocial a la que se refiere el apartado 2, que estará sujeta a las condiciones, requisitos y limitaciones establecidos en la legislación correspondiente”*. Estas entidades públicas, como veremos más tarde, son las entidades competentes en materia de protección de menores a nivel autonómico.

Por último, en lo que a legislación nacional se refiere, el citado artículo dice que la valoración llevada a cabo puede servir simultáneamente para declarar la idoneidad de los adoptantes tanto en el ámbito nacional como en el ámbito internacional.

A nivel autonómico existe el Decreto 42/2013, de 21 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consellería de Trabajo y Bienestar. En el artículo 29 del mismo se nos dice que es la Dirección General de Familia e Inclusión la que se encarga de emitir la resolución en materia de protección de menores. Además, la normativa autonómica sigue desarrollando la cuestión de la idoneidad. Así, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, tenemos la Ley 3/2011 de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia (LFCG). En su artículo 76 nos habla de los requisitos que se deben cumplir para ser adoptante:

- En primer lugar según el apartado 1.a, cumplir con las condiciones de edad recogidas en la normativa civil de aplicación. Esto hace referencia tanto al Código Civil como a la Ley de Derecho Civil de Galicia (LDCG), dado que ambas normas fijan la edad mínima para poder adoptar en veinticinco años (artículos 175 y 27, respectivamente),.

¹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 423/2015, de 9 de junio de 2015, FD Segundo.

- En segundo lugar, tal y como dice el apartado 1.b, deben residir habitualmente en Galicia, salvo en los casos en los que se considere conveniente la adopción del menor fuera de la Comunidad Autónoma.
- En tercer lugar y de acuerdo con el apartado 1.c, deben cumplirse con los requisitos de idoneidad. Esto se corresponde con lo expresado por la Ley de Derecho Civil de Galicia en su artículo 33.1: *“Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que los declarara idóneos para el ejercicio de la patria potestad”*.

Esta valoración se define en el artículo 77 como un estudio psicológico y social cuyo fin es averiguar si las personas que quieren adoptar tienen las capacidades que se requieren para satisfacer las necesidades de los posibles adoptados. El apartado segundo del mismo artículo contiene una enumeración de los aspectos mínimos que se tienen en cuenta a la hora de valorar la idoneidad:

“a) Que entre la persona adoptante y la adoptada exista una diferencia de edad adecuada, siguiendo un criterio biológico normalizado y ajustado a sus correspondientes etapas vitales.

b) Que el medio familiar de las personas solicitantes reúna las condiciones adecuadas para la atención integral del niño, niña o adolescente.

c) Que existan motivaciones y actitudes adecuadas para la adopción. En el caso de cónyuges o parejas unidas por relación estable análoga a la conyugal, estas motivaciones y actitudes habrán de ser compartidas.

d) Que las condiciones de salud física e intelectual de las personas solicitantes permitan atender correctamente a la persona menor”.

Nuevamente nos encontramos con las “motivaciones y actitudes adecuadas” para la adopción. Además, esta motivación debe ser conjunta para el caso de los cónyuges. Esto justificaría por qué simplemente con la no idoneidad de María se deriva la no idoneidad de José también. Este concepto de motivaciones y actitudes adecuadas debe ser interpretado para comprender la razón del informe en el que se declara no idóneos a José y María para adoptar.

En este caso, y según las declaraciones de la familia García Castro tal y como constan en la narración de los hechos, María no alcanzó el máximo rendimiento debido a la preocupación de padecer una enfermedad crónica. De entrada la preocupación puede parecer razonable pero hay que tener en cuenta, primero, que no se nos dice qué tipo de enfermedad crónica era la que le preocupaba y, segundo, que tampoco sabemos de qué índole fue la bajada de su rendimiento. Lo que sí sabemos es que por las exigencias de su profesión (es doctora en el Hospital Teresa Herrera) pueden existir riesgos para terceros si sus bajadas de rendimiento llegan a cierto límite.

Además, si tenemos en cuenta hechos posteriores, aun cuando estos no pudiesen haber sido tenidos en cuenta en la resolución de la Xunta, el modo de actuar de María en la simulación del parto, revela la irresponsabilidad de ésta. Efectivamente no cabe considerarla idónea para la adopción, puesto que si es tan irresponsable como para

simular un parto de un niño traído de Colombia después de que su marido pagase a su madre, todo esto esquivando a las autoridades colombianas, de ninguna manera puede entenderse que María sea idónea para adoptar.

No obstante, no podemos valernos de estos hechos a la hora de valorar la idoneidad y la Xunta tampoco lo hizo ya que, como se mencionó previamente, éstos no habían tenido lugar cuando la Dirección General de Familia e Inclusión emitió la resolución. Por lo tanto, sólo podemos servirnos de los argumentos que da la Xunta de Galicia, que son *“la falta de motivación para ejercer la patria potestad y como la actitud pasiva ante las responsabilidades que conllevaría la misma”*. En este caso la Xunta de Galicia se está refiriendo al factor contemplado en el artículo 77.2.c, pero no va más allá de lo que ahí se incluye. Es decir, su argumentación se basa en una tautología, ya que se limita a exponer lo que ya se dice en el citado artículo, de forma genérica. Esto entraría en conflicto con la necesidad de motivar las resoluciones, según el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). Por lo tanto, aunque María no cumpla con el requisito de idoneidad, la Dirección General de Familia e Inclusión, en la resolución no motivó adecuadamente la falta de idoneidad, ya que se limitó a parafrasear lo que ya venía en el artículo 10 de la Ley 54/2007 o en el 77.2.c LFCG, sin aportar razones relacionadas con el caso concreto.

Por lo tanto, como se adelantó al comienzo del epígrafe, pese a que María muy probablemente no sea idónea para adoptar, la Xunta no parece haber motivado de forma suficiente la resolución en la que se declara esta falta de idoneidad.

2.2 Procedimiento a seguir para solicitar un nuevo informe de idoneidad

Ante la declaración de no idoneidad mencionada en el epígrafe anterior, la familia García Castro impugnó la resolución emitida en 2013 por la Xunta de Galicia ante el Juzgado de Primera Instancia Número 3 de La Coruña. Además, solicitaron poder realizar un nuevo informe sin esperar los 3 años de vigencia de la declaración de no idoneidad.

En este caso, para no tener que esperar los tres años de vigencia del informe de idoneidad, José y María podrían haberse opuesto a esta resolución administrativa ante el Juzgado de Primera Instancia de Santiago de Compostela. Veamos los motivos.

En la cuestión anterior se utilizó el artículo 77 LFCG, cuyo apartado segundo enumera los aspectos a tener en cuenta para valorar la idoneidad. Sin embargo, el mismo artículo en su apartado tercero establece la posibilidad de continuar con el proceso de valoración de idoneidad pese a que se haya adoptado una resolución administrativa a fin de tener en cuenta nuevas circunstancias o motivaciones en las personas que quieran adoptar. A este respecto, conviene examinar de nuevo la situación en la que estábamos en la cuestión previa a esta. María y José estuvieron pendientes de la concesión de la adopción internacional desde 2010 hasta marzo de 2013, año en que se emite el ya citado informe. En algún momento comprendido en ese tiempo, o incluso antes, María tuvo esa preocupación sobre la posibilidad de padecer una enfermedad crónica que le hizo bajar el rendimiento. Se entiende que esto fue algo puntual y que no tuvo problemas similares posteriormente, por lo que se puede alegar un cambio de circunstancias, dado que ya no presenta tal preocupación y su rendimiento ha vuelto a

ser normal. Esto sería coherente con las “nuevas circunstancias o motivaciones” que, según el artículo 77.3 posibilitan continuar con la valoración.

Desde el punto de vista procesal, a los procesos en materia de protección de menores se refiere el Capítulo V, del Título I, del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). El órgano competente para conocer de dichos procedimientos es el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública y, en su defecto o en los casos de los artículos 179 y 180, el Tribunal del domicilio del adoptante, en virtud del artículo 179 LEC. En este caso, nos interesa el domicilio de la Dirección General de Familia e Inclusión, que se ubica en la calle San Caetano, en Santiago de Compostela, por lo tanto será competente el Juzgado de Primera Instancia de Santiago de Compostela. Por lo tanto, en este sentido actuaron erróneamente al dirigirse al Juzgado de Primera Instancia número 3 de A Coruña, dado que no tiene competencia territorial, aunque en los hechos no consta que esta circunstancia haya sido advertida por el mencionado órgano judicial. Además, el mismo artículo establece que los procedimientos que versen sobre la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores serán de carácter preferente.

En el artículo 180 LEC se recoge el procedimiento que ha de seguirse para oponerse a este tipo de resoluciones. En primer lugar, tal y como establece el apartado primero, no es necesario reclamar previamente en vía administrativa, sino que se puede acudir a la vía judicial directamente. Esto debe realizarse en el plazo máximo de dos meses desde que es notificada la resolución. El proceso se inicia presentando el actor un escrito en el que se identifica claramente la pretensión y la resolución respecto de la que se produce la oposición. Posteriormente, el Letrado de la Administración de Justicia reclamará a la Entidad Pública que corresponda un testimonio del expediente, que debe ser aportado en el plazo máximo de veinte días. Una vez recibido el testimonio por el Letrado de la Administración de Justicia, éste emplazará al actor para que en veinte días formule demanda, que se habrá de tramitar conforme a lo establecido en el artículo 753 LEC, esto es, conforme a las reglas establecidas para los procedimientos especiales del Libro IV.¹⁹

Por lo tanto, José y María tienen dos opciones, principalmente: O bien esperan a que se cumplan los tres años de vigencia del informe de idoneidad o bien se oponen a la resolución administrativa ante el Juzgado de Primera Instancia de Santiago de Compostela alegando el cambio de circunstancias.

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

Los hechos que corresponden a este epígrafe son los que siguen: Ante las dificultades que presentaba la adopción debido a la resolución de la Xunta de Galicia en la que se declaraba la no idoneidad de la familia García Castro para adoptar, José decide tratar de conseguirla por su cuenta al margen de legalidad. Con motivo de su trabajo en la Consellería competente en adopciones²⁰ tenía facilidad para conseguir información sobre aquellos países con los que existe convenio de adopción. Así, viajó a Bogotá en

¹⁹ Art. 753 LEC (ANEXO I).

²⁰ Como se ha visto en el epígrafe 2.1, se trata de la Consellería de Trabajo y Bienestar y, dentro de ésta, la Dirección General de Familia e Inclusión.

septiembre de 2015 para adoptar un niño de una mujer embarazada a cambio de una contraprestación económica. Para conseguir esto, se valió de todos los medios que pudo, incluyendo una falsificación documental. Tras esquivar a las autoridades colombianas y ya en A Coruña, consigue, junto con María, simular el parto en un hospital.

Por estos hechos, María podría ser autora de un delito de suposición de parto del artículo 220 CP, mientras que José puede ser calificado como inductor de ese mismo delito, además de autor de los delitos de falsificación de documento público hecha por particular y adopción ilegal mediando contraprestación, todo ello en concurso medial. Esta solución se va a sustentar en los artículos 28.a, 220.1, 221.2 y 392 del Código Penal de la forma en la que se expone a continuación.

El Título XII del Código Penal regula los delitos cometidos contra las relaciones familiares. Concretamente, el Capítulo II está dedicado a la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor. El artículo 220 CP castiga la suposición de parto, pero no nos dice quién es el sujeto activo de dicha conducta, aunque se deduce que quien simula un parto sólo puede ser una mujer, independientemente de la concurrencia de otros sujetos, por ejemplo, como cooperadores necesarios.

Esto es confirmado por la jurisprudencia. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 24/2002, Sección Primera Sentencia de 16 octubre la hija de la acusada tuvo un hijo pero en el Registro Civil puso a sus padres como los progenitores del bebé. Quien fue condenada por un delito de suposición de parto y otro de falsificación documental fue la progenitora de la verdadera madre del niño. Es decir, la mujer que simula un parto dice estar embarazada con el fin de fingir que el bebé es descendiente suyo. En el caso que nos ocupa, esa mujer que estaría cometiendo un delito de suposición de parto sería María. Por lo tanto, pese a que en el supuesto práctico se diga “con la complicidad de María”, lo cierto es que la mujer que simula el parto no podría ser nunca cómplice, sino autora. En cualquier caso, la lógica lleva a concluir que José intervino en esta simulación a título de inductor, ya que fue idea suya abandonar los cauces legales.

En esta Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña hemos visto que la suposición de parto concurre con una falsificación documental, lo que es habitual en este tipo de delitos. Sin embargo, ello no implica que deban ser contemplados como un todo, sino cada uno de ellos de forma aislada. Esto se debe a que la suposición del parto y la falsificación documental se castigan para proteger bienes jurídicos diferentes y por lo tanto, estos dos delitos no pueden consumirse el uno al otro.²¹

En este caso, la falsificación se da respecto de documentos de identidad, que son documentos públicos, lo que en materia penal nos lleva al artículo 390 CP. Este artículo castiga la falsedad llevada a cabo por una autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones. La falsedad puede tener lugar de cuatro maneras:

“1º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

²¹ RIBAS, Eduard Ramon y ROSELL, Núria Torres: *Los delitos contra las relaciones familiares*, Cataluña, pp. 22 y 23.

2º *Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.*

3º *Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.*

4º *Faltando a la verdad en la narración de los hechos”.*

Cabe pensar que José, en su condición de funcionario de la Consellería, puede haber cometido el delito que se acaba de exponer. No obstante, no cabe incluir la conducta de José en el tipo penal mencionado dado que, si bien la falsificación documental que se ha llevado a cabo le ha resultado más fácil con motivo de su puesto en la Consellería, dicho órgano no es el competente para la expedición de los documentos de identidad. Según el Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica, el órgano encargado de la expedición del DNI es la Dirección General de Policía, de acuerdo con el artículo 3.2. Por lo tanto, al no trabajar José en la Dirección General de Policía, no puede entenderse que la falsificación documental haya sido en el ejercicio de sus funciones, por lo que habrá que valorar su conducta como la que pueda llevar a cabo cualquier particular.

Para este tipo de supuestos, está el artículo 392 CP, cuyo apartado primero establece lo siguiente: *“El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”*. Si bien no sabemos la naturaleza de la falsificación que llevó a cabo José, es decir si fue creando un documento falso o alterando un documento existente, la más habitual es la primera de las formas, que aparece contemplada en el apartado 1.2º del artículo 390. Sea como fuere, independientemente del tipo de falsificación que haya llevado a cabo José, lo cierto es que su conducta encaja en el supuesto del artículo 392 CP²² y por lo tanto es responsable de un delito de falsedad documental en documento público hecha por un particular.

Además de esto, es José quien va a Bogotá y trae al niño, a cambio de una contraprestación económica entregada a la mujer colombiana, por lo que estaría cometiendo el delito contemplado en el artículo 221.2 que condena a quienes reciban a un menor mediando compensación económica, aunque la entrega tenga lugar en el extranjero. Este último inciso del apartado segundo permite enjuiciar a José aun cuando se trata de un delito cometido por un español en el extranjero. Sin embargo, aún sin este último inciso la jurisdicción española podría conocer de este delito, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en su artículo 23.2 en cuanto a delitos cometidos fuera del territorio nacional por un español:

- El hecho es punible en el lugar de ejecución (artículo 232 del Código Penal Colombiano).
- El agraviado o, en su caso, el Ministerio Fiscal, tendría que interponer querrela ante los Tribunales.
- El delincuente (José) no ha sido absuelto, indultado o penado en el extranjero.

²² Con la remisión al art. 390 CP, apartados primero, segundo y tercero.

Vemos entonces que en este supuesto José ha podido cometer tres delitos: Falsificación de documento público, adopción ilegal a cambio de una contraprestación e inducción a la suposición de parto. La relación entre estos tres delitos parece tratarse de un concurso medial, dado que tanto la falsificación documental como la adopción ilegal se realizaron con el fin de poder llevar a cabo la suposición de parto.

Sobre la conducta de la madre biológica del bebé no procede realizar calificación alguna, dado que se trata de un delito cometido por un extranjero en otro Estado y no se incluye en los supuestos del artículo 23.3 LOPJ en los que es competente la jurisdicción española.

Calificados los delitos, es el momento de determinar la eventual pena:

- A María le puede corresponder la pena del tipo básico de suposición de parto, ya que no concurren en ella circunstancias modificativas de la responsabilidad penal: Prisión de seis meses a dos años (artículo 220.1 CP).
- En cuanto a José, como estamos ante un concurso medial, se puede aplicar la pena superior a la señalada para la infracción más grave, sin que esta nueva pena pueda superar a la que correspondería de aplicar todas las penas separadamente.

Veamos cuál de los delitos tiene la pena mayor:

- La falsificación documental hecha por particular se castiga con prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses (artículo 392 CP).
- La adopción ilegal mediando contraprestación se castiga con las “*penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años*” (artículo 221.2, en relación con el 221.1 CP)
- La suposición de parto se castiga con prisión de seis meses a dos años. Como se ha determinado que José es inductor, se castiga con la misma pena que al autor, tal y como establece el artículo 28.a CP (artículo 220.1 CP).

La pena más grave es la que se asigna a la adopción ilegal mediando contraprestación. Es importante resaltar que esta regulación del concurso medial no se refiere a la pena superior en grado, ni tampoco a la mitad superior de la pena, sino simplemente a “*una pena superior a la que habría correspondido*”, lo que puede llevar a confusión.²³ Por lo tanto, el rango en el que es posible moverse va desde el límite máximo de la pena señalada para la infracción más grave incrementada en un día a la suma total de las penas.

Los límites superiores de las penas sumados darían un total de diez años de prisión (tres de falsificación, cinco de la adopción y dos de la suposición de parto). Por lo tanto, la pena que le corresponde a José por los hechos cometidos es de cinco años y un día a diez años de prisión, además de los diez años de inhabilitación especial.

²³ Circular 4/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre la nueva regla penológica para el concurso medial de delitos.

Vemos entonces, como se adelantaba, cuáles son las posibles infracciones penales en las que incurren María y José: Suposición de parto la primera y falsificación documental, adopción ilegal mediando contraprestación e inducción a la suposición de parto el segundo.

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

Resueltos los hechos previos en el epígrafe anterior, conviene también examinar los que tuvieron lugar a continuación: Luego del parto simulado y ya con el bebé en casa, José empieza a sufrir estrés por las ilegalidades cometidas, hasta el punto de comenzar a comportarse de forma violenta con María, habiéndole propinado golpes frecuentemente. Ante esto, los vecinos llamaron a la policía el 20 de octubre y ésta detuvo a José.

La solución más probable a este problema resulta ser un concurso ideal entre un delito continuado de violencia no habitual de género del artículo 153.1 CP y un delito de violencia habitual en el ámbito familiar del artículo 173.2 CP agravado por comisión en el domicilio común. Esta opinión resulta del siguiente análisis.

Según la narración de los hechos, José propinaba golpes frecuentemente a María durante esa época de especial estrés para él. Faltan datos sobre esos golpes. En primer lugar, la intensidad de los golpes, dado que esto podría llevar a valorar la posibilidad de aplicar un delito de lesiones. En segundo lugar, la cantidad de esos golpes, dado que podría ser también relevante para apreciar determinados tipos penales.

Comenzando con la intensidad de los golpes, no se nos dice que María requiriese asistencia facultativa o tratamiento médico o quirúrgico, lo que permite excluir estas conductas del delito de lesiones. Por lo tanto se puede deducir que son golpes que se pueden englobar en los golpes y maltratos de obra que no constituyen lesión de los que habla el artículo 147.3 CP. Sin embargo, esto no puede ser aplicable al caso por la especial relación entre José y María, dado que son matrimonio. Para estos casos, cuando la víctima sea o haya sido esposa del autor, se utiliza el artículo 153.1 CP, que castiga la llamada “violencia no habitual de género”. Sin embargo, no fue un sólo golpe, sino varios y por lo tanto habrá un delito del 153.1 CP por cada una de estas situaciones que, según los antecedentes de hecho, fueron frecuentes. Corresponde a José la pena que se expone a continuación:

“Prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

Además, el apartado tercero del mismo precepto contempla la posibilidad de elevar la pena a su mitad superior cuando los actos tengan lugar en presencia de menores. Si bien no se nos dice que estos actos tuviesen lugar con el bebé delante, cuando los vecinos llamaron a la policía para denunciar los hechos fue precisamente cuando ésta se percató de la extraña situación con el bebé. De esta forma se podría deducir que los actos tuvieron lugar en presencia del bebé. En cualquier caso, la misma

agravación se aplica para el caso de que los hechos tengan lugar en el domicilio común y, teniendo en cuenta que fueron los vecinos quienes denunciaron, procede aplicar la pena en su mitad superior por este subtipo agravado por esta circunstancia.

Complementando lo expuesto, se puede contemplar la posibilidad de que estemos ante un delito continuado. A estos efectos, el artículo 74 CP, apartado primero, dice que lo siguiente:

“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones y 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”.

La jurisprudencia ha venido estableciendo los requisitos que deben concurrir para apreciar un delito continuado. De entre las múltiples sentencias al respecto cabe destacar la Sentencia de la Sala Segunda, Sección Primera del Tribunal supremo de 9 de julio de 2012. En la citada sentencia, un militar llamado Casimiro había sido condenado por aprovechar su posición en el servicio de alimentación de su Regimiento para presentarse como brigada jefe y encargar grandes cantidades de carne congelada en nombre del ejército español para poder comercializarla en su beneficio, lo que le llevó a obtener casi medio millón de la venta, quedando otro medio millón pendiente. La Audiencia Provincial de Madrid condenó a Casimiro, entre otras cosas, por un delito continuado de estafas.²⁴ Al recurrir en casación, la representación de Casimiro alegó que no podía aplicarse el artículo 74 CP al no existir una pluralidad de acciones, a lo que el Tribunal Supremo le dio la razón, no sin antes exponer los requisitos del delito continuado que fueron extraídos de Sentencias anteriores:

“a. Pluralidad de hechos delictivos ontológicamente diferenciables;

b. Identidad de sujeto activo;

c. Elemento subjetivo de ejecución de un plan preconcebido, con dolo conjunto y unitario, o de aprovechamiento de idénticas ocasiones en las que el dolo surge en cada situación concreta pero idéntica a las otras;

d. Homogeneidad en el modus operandi, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito;

e. Elemento normativo de infracción de la misma o semejante norma penal; y

f. Una cierta conexidad espacio-temporal”.

Los requisitos expuestos parecen cumplirse ya que:

- Los golpes fueron frecuentes, por lo tanto existió una pluralidad de episodios.
- El sujeto activo siempre fue el mismo, José.

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 5140/2012, de 9 de julio de 2012, FD Segundo (ANEXO II).

- Se puede entender que el dolo surgió de la misma forma, ya que la alternativa del plan preconcebido no parece tener cabida en esta situación (estos maltratos estuvieron influidos por el estrés, luego es más una reacción impulsiva que algo planeado).
- El *modus operandi* fue el mismo: Violencia de género mediante golpes.
- La norma infringida fue siempre la misma, el artículo 153.1 CP.
- Existe la conexidad espacio-temporal ya que los hechos transcurrieron entre septiembre y octubre, en el domicilio común del matrimonio.

Por lo tanto, cabe calificar la conducta de José como un delito continuado de violencia de género del artículo 153.1 CP.

Sin embargo, como se adelantaba, el hecho de que los golpes fuesen frecuentes permiten apreciar otro tipo penal: La violencia habitual en el ámbito familiar, que se castiga en el artículo 173.2 CP. La redacción de este apartado que resulta de interés al presente supuesto es la siguiente:

“El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia (...) será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”.

Vemos que el legislador, con la redacción de este precepto, ha decidido castigar separadamente, por un lado, el delito de violencia habitual y, por otro lado, los hechos que integran dicho delito. Esto responde a que los delitos del 153.1 CP protegen un bien jurídico, la salud, mientras que el 173.2 CP es un tipo penal que protege la integridad moral. Este apunte del legislador permite excluir la posibilidad de una infracción del principio de *non bis in ídem* y en esa línea han actuado los jueces.

Por ejemplo, en la STS 3292/2004 de 14 de mayo se resuelve un recurso de casación en el que el acusado, Rosendo, mordió en la pierna con intención de causar una lesión a la que fue su mujer, Margarita, y también le provocó heridas en la mano, todo ello en el domicilio conyugal el 7 de febrero de 1998, sin que Margarita denunciase los hechos. El 15 de junio del mismo año volvió a agredirla y a morderla, y en esta ocasión Margarita retiró la denuncia. El 12 de diciembre de 1999, de nuevo en el domicilio conyugal, la insultó y la golpeó por todo el cuerpo, dejándola incapacitada una semana para sus ocupaciones y con necesidad de una primera asistencia facultativa sin tratamiento médico. La Audiencia de instancia condenó a Rosendo como autor de una falta de lesiones y también por un delito de violencia doméstica de malos tratos. El Tribunal Supremo en el fallo del recurso de casación confirmó los pronunciamientos de la sentencia dictada en primera instancia, con la salvedad de que añadió una orden de alejamiento. Sobre la posible infracción del *non bis in ídem* se pronuncia el Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho tercero cuando dice:

“En efecto, en primer término, no cabe hablar de ninguna vulneración del principio "non bis in ídem", por la posible duplicidad de sanciones por unos mismos hechos, por la sencilla razón de que el propio precepto legal, cuya infracción se

*denuncia, prevé expresamente que la sanción correspondiente a la conducta descrita en el mismo se impondrá, "sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare"*²⁵

Vemos entonces que no existe problema alguno en calificar las dos conductas separadamente. Sin embargo, hay que distinguir entre concurso de normas y concurso de delitos. Cuando los mismos hechos pueden infringir dos disposiciones penales diferentes y no hace falta aplicar las dos para abarcar toda la antijuridicidad de la conducta estaremos ante un concurso de normas, que se resolverá por el criterio de absorción: El tipo penal más amplio absorbe al otro (artículo 8.3ª CP). Pero esto sólo cabe cuando aplicando esa norma más amplia “ninguna parte injusta del hecho queda sin respuesta”.²⁶

Hay un concepto clave que es necesario delimitar para poder aplicar este delito: La habitualidad. Hace falta saber en qué punto la violencia pasa de ser algo puntual a habitual. La doctrina y la jurisprudencia no tienen una interpretación unánime de la habitualidad, pese a que el Código Penal en su artículo 94 contiene una definición de habitualidad.²⁷ A estos efectos es especialmente ilustrativa una Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2005:

“Finalmente en cuanto a la habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica, un tanto imprecisa, que ha originado distintas corrientes interpretativas. La más habitual entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta, criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el art. 94 CP establece a los efectos de sustitución de las penas. Otra línea interpretativa, prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente”.²⁸

Sea como fuere, en los hechos se dice expresamente que los golpes fueron frecuentes y además fueron durante los meses de septiembre y octubre, de modo que no estuvieron muy separados temporalmente.

Además, el segundo párrafo del mismo precepto contempla la posibilidad de elevar la pena a su mitad superior cuando los actos tengan lugar en presencia de menores o se realicen en el domicilio común, por lo que se puede dar por reproducido lo dicho anteriormente en el análisis de la violencia no habitual de género a fin de aplicar el subtipo agravado del 173.2 párrafo segundo.

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 3292/2004, de 14 de mayo de 2004, FD Tercero (ANEXO II).

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 580/2006, de 23 mayo de 2006, FD Noveno (ANEXO II).

²⁷ CRISTÓBAL LUENGO, Héctor J.: *El concepto de habitualidad en la violencia doméstica: Análisis del art. 173.2 del Código Penal español*, Madrid, 2014, pág. 5

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 5993/2005, de 10 de octubre de 2005, FD Cuarto (ANEXO II).

Visto esto, parece recomendable calificar la conducta de José como una vulneración del derecho a la integridad moral de María a través del delito de violencia habitual doméstica del artículo 173.2 CP en su modalidad agravada por su comisión en el domicilio común.

A la vista de lo establecido, la relación entre los dos delitos parece constituir un concurso ideal, dado que los hechos que dan lugar al delito de violencia no habitual de género también provocan, en su conjunto, la aplicación de otro tipo penal, la violencia habitual doméstica. De este modo, para calcular la pena es necesario seguir las reglas establecidas para el concurso ideal en el artículo 77.2 CP: Aplicar la pena que corresponda a la infracción más grave en su mitad superior. Habrá que ver, entonces, qué delito tiene asignada una pena mayor atendiendo a las circunstancias concurrentes:

- Por una parte, el delito del artículo 153.1 CP. Siendo en este caso la violencia no habitual de género un delito continuado, para calcular la pena que correspondería es necesario acudir al artículo 74.1, que dice que hay que aplicar la pena de la infracción más grave en su mitad superior, pudiendo llegar a la pena superior en grado en su mitad inferior. En este caso y teniendo en cuenta que vamos a aplicar un concurso ideal entre dos delitos parece más conveniente agravar solamente en la mitad superior para evitar un resultado desproporcionado. De esta forma, la pena de seis meses a un año de prisión o los treinta y uno a ochenta días trabajos en beneficio de comunidad y, en cualquier caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años que prevé el artículo 153.1 CP pasaría a ser, conforme a lo establecido en el apartado 3, de nueve meses y un día a un año de prisión o de cincuenta y seis a ochenta días de trabajos en beneficio de la comunidad, junto con dos años y un día a tres años de privación del derecho de tenencia y porte de armas. Además, el artículo 153.1 CP también contempla la posibilidad de inhabilitar para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela guardia o acogimiento cuando el juez o tribunal lo estime pertinente, pero como no se sabe si José tiene esta relación con alguna persona (y, desde luego, no puede entenderse que existe respecto del bebé que adoptaron ilegalmente) esta medida carece de relevancia en el presente supuesto.
- Por otra parte, el delito del artículo 173.2 CP. La pena básica es de seis meses a tres años de prisión y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años. También se prevé para cuando el juez lo estime oportuno la privación de la patria potestad y demás derechos, para lo cual me remito a lo dicho anteriormente. Con la agravación prevista por comisión en el domicilio conyugal en el párrafo segundo, la pena se eleva a su mitad superior: De un año, nueve meses y un día a tres años de prisión y de cuatro años y un día a cinco años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

Vemos, pues, que la pena más grave es la que corresponde al delito de violencia habitual en el ámbito familiar. Como estamos ante un concurso ideal, esta pena se debe incrementar, a su vez, en su mitad superior, tal y como establece el artículo 77.2 CP.

De modo que la pena que le puede corresponder a José por los hechos cometidos es, finalmente, de dos años, cuatro meses y quince días a tres años de prisión y de cuatro años, seis meses y un día a cinco años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

4. Efectos jurídicos derivados del secuestro de Aminah y Delilah

Resuelto lo sucedido respecto de la familia García Castro, conviene examinar los hechos que tuvieron lugar con Aminah y Delilah. Tras llegar Aminah, Delilah, Alí Bari y Azhar a España en septiembre de 2015 son acogidos por la familia García Castro, quienes dan trabajo a Aminah en unos invernaderos de su propiedad situados en Arteixo, mientras los otros asisten a la escuela. Tres compañeros de trabajo de Aminah, Abdul-Azim, Abdul-Ali y Abdul-Hadi, comienzan a ganarse la confianza de Delilah y Aminah con el fin de secuestrarlas, propinarles un trato degradante e introducir las en el mundo de la prostitución más tarde. Al mismo tiempo comenzaron a amenazar a Alí Bari y Azhar. El 1 de diciembre de 2015 las forzaron a prostituirse en el pub de alterne “Eclipse” hasta el 28 de febrero de 2016, cuando, tras contarle Aminah a un cliente su situación, éste hizo una llamada anónima a la policía, que hizo una redada ese día. Además de esto, durante el secuestro los tres hombres privaron a Aminah de la posibilidad de ver a sus hijos o comunicarse con ellos.

Siguiendo el Código Penal y la jurisprudencia, la solución a esta situación se traduce en que Abdul-Azim, Abdul-Ali y Abdul-Hadi pueden ser condenados como coautores de trata de seres humanos del artículo 177 bis CP, determinación a la prostitución de los artículos 187 (en el caso de Aminah) y 188 CP (en el caso de Delilah) y detenciones ilegales agravadas del artículo 166 CP, todo ello en concurso medial.

Las razones son las que siguen.

La primera cuestión que debe ser objeto de análisis es la del “trato degradante”. En el presente supuesto concurren varios delitos y las fronteras entre lo que sería el propio trato degradante inherente a la situación y un trato degradante con sustantividad propia (que podría englobarse en el artículo 173.1 CP) son muy difusas. Además, no se nos dice nada acerca de la índole de dicho trato degradante, sino que simplemente se menciona. Teniendo en cuenta la falta de información sobre el trato degradante y atendiendo al contexto especial en el que el mismo ha tenido lugar, no parece conveniente enjuiciar a los tres hombres por la comisión de un delito de trato degradante. Por lo tanto, este tipo penal queda excluido y habrá que pasar a la calificación de los demás hechos, a fin de saber ante qué delitos estamos.

La palabra “secuestro” podría conducirnos a contemplar la posibilidad de que estemos ante un delito contra la libertad, y ciertamente Aminah y Delilah estuvieron privadas de libertad. Por lo tanto, los secuestradores podrían estar cometiendo, entre otras cosas, delitos de detenciones ilegales. Sin embargo, este tipo penal puede verse excluido cuando se aplican otros delitos contenidos en el Código Penal, como pueden ser los delitos contra los derechos de los extranjeros. Entonces, es necesario, antes de decidir aplicar los artículos 163 y siguientes CP, ver si la conducta de Abdul-Azim, Abdul-Ali y Abdul-Hadi puede enmarcarse en otro delito que también englobe una privación de libertad.

El artículo 177 bis CP, que fue añadido con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y modificado posteriormente por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, contempla la trata de seres humanos, un delito autónomo que antes de la citada reforma se castigaba acudiendo a otros tipos penales. Este artículo dice en su apartado primero:

“Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:”

Y a continuación expone una lista de las distintas finalidades que debe tener este comportamiento, de las cuales nos interesa una:

“b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía”.

Podemos observar que, con la redacción actual, el delito de trata de seres humanos es bastante abierto, ya que aparecen tipificadas varias conductas: Captar, transportar, trasladar, acoger, recibir... Además, la trata no se da únicamente con el traslado de un país a otro, sino que también puede tener lugar dentro del propio país, aunque no es lo más común.²⁹ También es indiferente si la víctima es nacional o extranjera, aunque lo más frecuente en estos supuestos es su comisión transnacional. Por último en cuanto a esta primera aproximación, los medios de los que pueden valerse quienes cometen este delito son muy variados (violencia, intimidación, engaño, situación de superioridad, vulnerabilidad...). Visto el contenido del artículo, parece que los hechos cometidos por los tres hombres encajan en este delito. Ellos se encargaron de ganarse la confianza de Aminah y Delilah para posteriormente secuestrarlas y prostituirlas, por lo tanto el factor de engaño contemplado por el artículo 177 bis es el más factible, si bien cuando ellas ya estaban ejerciendo la prostitución lo hacían en contra de su voluntad y, a juzgar por la descripción de los hechos, a través de la intimidación. Sin embargo, lo que debe valorarse por el momento no es lo que sucedió en el pub “Eclipse”, sino los actos previos que llevaron a esa situación. En cuanto a la conducta en que se tradujo la trata, pudo haber sido un transporte, un traslado, una captación o un acogimiento (o varias de estas conductas).

Si se sigue leyendo el artículo, se llega hasta el apartado cuarto, que contempla una pena cualificada para el caso de que la víctima sea menor de edad. Tal y como hemos visto en el dictamen contenido en la cuestión 1.3 del presente trabajo sobre la edad de Delilah, ésta es una menor a los ojos del ordenamiento jurídico español, por lo tanto cabe aplicar esta agravante respecto de ella. Otro apartado que interesa en este precepto a los efectos de evaluar la conducta de los tres hombres es el apartado sexto, en el que se impone otra agravación para el caso de que los culpables pertenezcan a *“una organización o asociación de dos o más personas, aún de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades”*. En este caso son tres personas, y dado que el Código Penal establece la posibilidad de elevar la pena incluso aunque dicha organización sea de carácter transitorio, sí que procede observar la agravante en este caso. Sin embargo, resolviendo así esta cuestión surge un problema, ya que hay dos agravantes (por ser Delilah menor y por organización o asociación) y las dos obligan a utilizar la pena superior en grado. Esto lo resuelve el apartado sexto en su inciso

²⁹ https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/sobre-unodc/Fact_Sheet_Dados_Trafico_de_Pessoas_geral_ESP.pdf (última consulta realizada el 6 de junio de 2016) y también, MAPELLI CAFFARENA, Borja: *La trata de personas*, Sevilla, 2012 Pág. 28.

segundo, que dice que si concurre alguna de las circunstancias del apartado cuarto, se impondrá la pena en su mitad superior. Por lo tanto, se aplica la pena superior en grado y de esa pena, la mitad superior, pero no hay que olvidar que esta pena súper cualificada sólo se aplica sólo respecto de Delilah, no de Aminah.

La trata de seres humanos es un delito que afecta a los derechos a la dignidad y a la libertad, simultáneamente, tal y como se deduce del Preámbulo de la LO 5/2010. Además, es necesario atender al elemento subjetivo de la trata, dado que éste le da al mencionado delito su carácter singular. El traslado de estas personas se hace con unos fines determinados en la lista del artículo 177 bis.1, para explotar a la víctima de una de esas formas tipificadas. Si bien es cierto que siempre que exista una trata existirá una privación de libertad, el elemento subjetivo antes mencionado es precisamente lo que hace que en estos casos se aplique la trata y no por un delito contra la libertad, como pueden ser las detenciones ilegales.³⁰ Sin embargo, en determinados supuestos se admite la valoración separada de un delito contra la libertad cuando esta privación exceda de la que le es propia al delito de trata, es decir, cuando la restricción de la libertad ambulatoria trasciende de la propia privación de libertad que conlleva este tipo de delitos.³¹

Teniendo en cuenta que la privación de libertad fue tal que Aminah no pudo ver a sus hijos ni comunicarse con ellos, ello sugiere que efectivamente estamos ante una privación de libertad con sustantividad propia, y de mayor entidad que la que se deriva del delito de trata. Distinto sería el caso, por ejemplo, de que las obligasen a ejercer en la calle y éstas tuviesen que volver al domicilio de los proxenetas a entregarles el dinero, ya que en este caso la libertad ambulatoria como tal no se ve particularmente protegida³². Por lo tanto, sí que procede apreciar un delito contra la libertad, dado que existe una gran restricción de movimientos. Con la actual redacción del Código Penal, recientemente modificada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el artículo 166 está ideado para estos supuestos. Dice el apartado primero lo siguiente:

El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado con una pena de prisión de diez a quince años, en el caso de la detención ilegal, y de quince a veinte años en el de secuestro.

La pena es distinta si estamos ante una detención ilegal o un secuestro. Pese a que se utilizan las palabras “secuestro” y “secuestradores” lo cierto es que no es el caso, dado que el delito de secuestro es aquel en el que la detención ilegal se realiza poniendo alguna condición (artículo 164 CP), por lo tanto esto no es sino una detención ilegal. Hay una agravación prevista en el apartado segundo para el caso de que la detención ilegal se realice bien sobre víctima menor de edad o discapacitada (sub apartado a) o bien para actuar contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima (sub apartado b). Por lo tanto, este es el tipo penal que interesa a los efectos del supuesto, siendo la pena prevista de quince a veinte años de prisión.

Lo expuesto anteriormente no completa la conducta de los tres hombres, dado que Aminah y Delilah fueron obligadas a prostituirse. El artículo 187 CP impone las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses para quienes

³⁰ *Ibid.*: cit. pág. 50

³¹ MAYORDOMO RODRIGO, Cristina: *Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas*, San Sebastián, 2011, pág. 380

³² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 610/2013, de 15 de julio de 2013, FD Sexto.

determinen a una persona mayor de edad a ejercer o mantenerse en la prostitución, siempre que medie violencia, intimidación o engaño, o el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima. En este caso, parece que concurren los requisitos necesarios para poder apreciar una determinación a la prostitución en Aminah. Sin embargo, no procede aplicar la agravante de actuación en organización criminal porque en este artículo no se contempla la posibilidad de que sea transitoria y los de los hechos no parece probado que Abdul-Azim, Abdul-Ali y Abdul-Hadi formen parte de una organización criminal duradera. El segundo párrafo del apartado primero obliga a imponer la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona. Si bien se entiende que los tres hombres se han lucrado con la prostitución de Aminah no se puede probar que concurren las circunstancias contenidas en dicho párrafo que deben existir para apreciar la explotación (vulnerabilidad personal o económica, o imposición de condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas).

En el caso de Delilah se utiliza otro artículo por ser ésta menor de edad: El 188. Además, contempla una agravación por ser la víctima menor de dieciséis años, ya que, como se expuso en el punto 1.3 del trabajo, Delilah nació el 1 de mayo de 2000. Otra agravación más es posible según el apartado tercero letra e del mismo artículo, dado que se contempla una súper agravación cuando los hechos se hubiesen cometido por la actuación conjunta de ambas personas.

Y como característica común a ambas mujeres, no parece correcto entender que existe intimidación, o por lo menos no más intimidación que la que se pueda derivar del propio contexto en el que se hallan inmersas. Sí que se ha ejercido intimidación sobre los hijos, pero ese asunto se abordará en el siguiente apartado del trabajo.

La relación entre los delitos de trata y del delito de explotación de que se trate (en este caso, explotación sexual) es tan intensa que cuando concurren ambos no se pueden enjuiciar de forma independiente, sino mediante las reglas del concurso medial del artículo 77.1º CP. Así, el Tribunal Supremo anuló una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en la que se aplicaba un concurso real:

*“En estos casos la explotación sexual constituye, en cierto modo, un agotamiento de la conducta de trata, por lo que nos encontramos ante un delito instrumento y un delito fin, lo que hace procedente aplicar, en beneficio de los recurrentes aunque no lo hayan solicitado expresamente, la regla prevenida en el art 77 1º para el denominado concurso medial”.*³³

Por lo tanto existe un concurso medial entre el delito de trata y el de determinación a la prostitución. Pero es que además existe un delito de detenciones ilegales agravadas, como ya se ha dicho. Además, la relación entre las detenciones ilegales y la prostitución se suele enjuiciar como un concurso medial.³⁴ Como esta privación de libertad atiende a un fin, que es el de prolongar la situación de Aminah y Delilah, parece razonable entender que este delito se relaciona con los otros dos en concurso medial también. Por lo tanto, detenciones ilegales, en concurso medial con trata y con determinación a la prostitución.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 53/2014, de 4 febrero, FD Décimo Segundo (ANEXO II).

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 174/2007, de 9 de marzo de 2007, FD Tercero y Fallo de la Segunda Sentencia (ANEXO II).

Tratándose de un concurso medial, es necesario aplicar una pena superior a la establecida para la infracción más grave:

- En primer lugar, la pena por el delito de determinación a la prostitución de Aminah sería de dos a cinco años de prisión más multa de doce a veinticuatro meses, dado que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (art. 187 CP). En cuanto a la determinación a la prostitución de Delilah, la pena sería la cualificada por ser ella menor de dieciséis, de cuatro a ocho años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses, súper cualificada por actuación conjunta de dos o más personas, con lo que quedaría en prisión de ocho años y un día a doce años y multa de veinticuatro meses y un día a treinta y seis meses (art. 188 CP).
- En segundo lugar, la trata de Aminah y Delilah se castiga de formas diferentes también. En el caso de Aminah se aplica la pena superior en grado por pertenecer, los tres hombres, a una organización u asociación criminal transitoria, por lo que de cinco a ocho años de prisión, que es el tipo básico, quedaría en una pena de ocho años y un día a doce años. En el caso de Delilah la pena es aún mayor: De los cinco a ocho años de prisión se aplica la pena superior en grado del artículo 177 bis apartado sexto, por organización u asociación criminal transitoria. Además, en ese mismo artículo se contempla la pena aplicable para el caso de que concurren además circunstancias del apartado cuarto (recordemos que en el sub apartado b del apartado cuarto se contempla la agravación por minoría de edad), de tal forma que de esa pena superior en grado se aplicaría en su mitad superior. Entonces, de los cinco a ocho años del tipo básico pasaríamos a un margen de ocho años y un día a doce años por organización criminal, y dentro de ese margen, la mitad superior: De diez años y un día a doce años de prisión.
- En tercer y último lugar, el delito de detenciones ilegales agravadas se castiga con prisión de quince a veinte años tanto por Aminah como por Delilah (art. 166.2.b CP).

Puede verse, entonces, que la infracción más grave es la de las detenciones ilegales agravadas del 166 CP. Como se aplican las reglas del concurso medial, hay que seguir lo establecido en el artículo 77.3 CP: Aplicar la pena superior que habría correspondido a la infracción más grave, siempre que de dicho cálculo no resulte una pena superior a la que correspondería aplicar la suma de las penas:³⁵

Como se ha visto en el apartado 3.1 de este trabajo, hace falta determinar el límite superior de la pena final tomando como base los límites superiores de las penas individuales. Así:

- Respecto de las penas que corresponden a los hechos cometidos sobre Aminah, cinco años de prisión (determinación a la prostitución) más doce años (trata) más veinte años (detenciones ilegales) hacen un total de treinta y siete años. La pena que correspondería a cada uno de los tres hombres sería de veinte años y un día a treinta y siete años de prisión.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 53/2014 de 4 febrero, FD Único de la Segunda Sentencia (ANEXO II).

- Respecto de las penas que corresponden a los hechos cometidos sobre Delilah, doce años de prisión (determinación a la prostitución) más doce años de prisión (trata) más veinte años (detenciones ilegales) hacen un total de cuarenta y dos años de prisión. La pena que corresponde a Abdul-Azim, Abdul-Ali o Abdul-Hadi por estos hechos sería de veinte años y un día a cuarenta y dos años de prisión.

Sin embargo, pese a estos cálculos, la pena efectiva que los tres hombres podrían cumplir de forma efectiva por todos estos delitos no podría exceder de veinticinco años, dado que ninguno de los hechos cometidos se castiga con más de veinte años de prisión (artículo 76.1.a CP).

Como complemento a lo expuesto en el presente apartado, es necesario tener en cuenta que la pena en que se incurre por los delitos antes mencionados es sin perjuicio de las que correspondan a los posibles delitos de abuso o agresión sexuales que se hayan podido cometer. Ello se establece en el artículo 187.3 y 188.5 CP. Sin embargo, de la narración de los hechos no se puede extraer que Abdul-Azim, Abdul-Ali o Abdul-Hadi hayan cometido alguno de esos delitos. Como tampoco sabemos la identidad ni el de los posibles clientes que hayan podido tener relaciones sexuales con Delilah y Aminah en esa situación, ni mucho menos las características de esas relaciones, es imposible determinar las consecuencias penales de esos clientes.

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

5.1 Determinar de qué delitos serán objeto de condena los secuestradores

Finalmente, quedan por examinar los hechos relativos a los hijos de Abdel Bari y Aminah. Desde que Abdul-Azim, Abdul-Ali y Abdul-Hadi comienzan a tener relación con Aminah y Delilah, al mismo tiempo empiezan a amenazar a los pequeños, antes incluso de secuestrar a las dos mujeres. Más tarde, cuando Delilah y Aminah ya estaban siendo prostituidas en el pub de alterne y antes de que tuviese lugar la redada del 28 de febrero, tanto Alí Bari como Azhar sufrieron acoso por parte de los secuestradores, con repetidas amenazas de muerte, a través de los teléfonos móviles que la familia García Castro les había facilitado, las cuales tenían la condición de que los niños no revelasen la situación por la que estaban pasando su madre y Delilah. Durante este tiempo, los secuestradores se preocupaban de proporcionarles comida.

Como consecuencia a los actos cometidos, Abdul-Azim, Abdul-Ali y Abdul-Hadi podrían ser condenados como coautores de un delito continuado de amenazas condicionales cualificado por cumplimiento de la condición y súper cualificado por la comisión a través de un teléfono en concurso ideal con un delito de acoso.

A continuación expongo el razonamiento seguido.

Vistos los hechos, y teniendo en cuenta que se repite la palabra “amenazas”, la lógica nos conduce a examinar la conducta llevada a cabo por los tres hombres para averiguar si ésta tiene cabida en el delito de amenazas.

Para comenzar, conviene examinar el delito de amenazas para saber si se cumplen los requisitos en este caso. El delito de amenazas lo describe el Tribunal Supremo como “*un delito de mera actividad que se consuma con la llegada del anuncio*”

*a su destinatario, y su ejecución consiste en la conminación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza sin que sea necesario la producción de la perturbación anímica que el autor persigue, de manera que basta que el componente objetivo sea apto para amedrentar a la víctima”.*³⁶

Los requisitos que tienen que concurrir para poder estar ante un delito de amenazas son, entonces, los siguientes:³⁷

Primero, que el sujeto activo lleve a cabo una conducta con hechos o expresiones que hagan entender que tendrá lugar un mal inminente.

Segundo, que además del dolo, concurra un elemento más objetivo de persistencia y credibilidad.

Tercero, que, atendidas las circunstancias, ese mal tenga entidad suficiente “*para merecer la repulsa social y servir de soporte al juicio de antijuridicidad*”.

Comencemos por las segundas amenazas que reciben Azhar y Alí Bari, es decir, cuando los hombres los amenazaron con matarlos si hacían pública la situación por la que estaban pasando Aminah y Delilah, dado que estas amenazas son más claras a la hora de clasificarlas.

En este supuesto se dan los requisitos enunciados por la jurisprudencia, ya que por una parte los tres hombres han dado a entender un mal inminente, que se traduce en la muerte de los niños y también es un mal razonablemente creíble teniendo en cuenta las circunstancias.

Ahora que hemos visto que efectivamente estamos ante unas amenazas, hay que observar las variables que se deben tener en cuenta a la hora de establecer la pena. Para ello se debe acudir al texto del artículo 169 del Código Penal:

- 1). En primer lugar dice hacia quién debe dirigirse el mal en el que se basa la amenaza. En el presente supuesto no hay ninguna duda, ya que se dice que se amenazó a los propios niños.
- 2). En segundo lugar, se establece una enumeración de aquellos delitos que constituyen el mal en el que se puede basar la amenaza. También se cumple en este caso, dado que el mal con el que se amenaza a los niños es la muerte, es decir, un delito de homicidio.
- 3). En tercer lugar, si continuamos con la lectura del precepto nos encontraremos en una bifurcación, ya que el Código Penal castiga de forma diferente las amenazas condicionales de las no condicionales. Sobre la condición que se impone, ésta puede consistir en exigir una cantidad o cualquier otra cosa o acción, y además puede ser lícita. Las amenazas a las que los hechos se refieren tienen una condición clara: Que los niños no revelen lo que les está sucediendo a su madre y a Delilah.
- 4). En cuarto lugar, la pena a la que se ha de condenar al autor será mayor si la condición impuesta llegó a cumplirse como consecuencia de las amenazas.

³⁶ Auto del Tribunal Supremo, 2497/1990, de 28 de diciembre de 1990, FD Primero (ANEXO II).

³⁷ Sentencia 950/2009 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 15 de Octubre de 2009, FD Tercero (ANEXO II).

La Sentencia del Tribunal Supremo 950/2009 de 15 de octubre resolvió un caso de agresión sexual y amenazas. En esa situación, el condenado, Feliciano, invitó a una menor de ocho años, Visitación, a su casa diciéndole que le iba a enseñar un ordenador. Una vez allí, la amenazó con ahogarla si no se desnudaba y después la penetró vaginalmente. Al acabar, le permitió marchar amenazándola de que si se lo contaba a alguien lo ocurrido la mataría. Visitación tuvo miedo y no contó nada durante tres días, tras los cuales su madre, al verla rara, le preguntó qué le pasaba. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, que conoció del asunto en primera instancia condenó a Feliciano en su sentencia de 11 de diciembre de 2008 por un delito de violación y por otro de amenazas condicionales.

El problema fue que el delito de amenazas por el que Feliciano fue condenado había sido el subtipo agravado por cumplimiento de la condición. El Tribunal Supremo, en el recurso de casación consideró que esto no era correcto porque, aunque tarde, Visitación reveló la verdad a su madre:

*“Ahora como en el relato fáctico, seguidamente se añade que " Visitación , por miedo, no contó los hechos a su madre hasta tres días después, una vez que Elena le preguntó que qué era lo que pasaba, pues la notaba, extraña, triste e introvertida", la condición impuesta de silenciar los hechos no se cumplió, al comunicar los hechos a su madre, por lo que el agente no logró su propósito, por lo que será aplicable, no el inciso primero del art. 169.1º CP, que presupone que el culpable habrá conseguido su propósito con una penalidad de uno a cinco años de prisión, sino el inciso segundo de una penalidad de seis meses a tres años ”.*³⁸

Por lo tanto, de una interpretación *a contrario* de las palabras del Tribunal Supremo en la Sentencia antes mencionada, parece preferible entender que en el supuesto que nos ocupa, la condición impuesta a Alî Bari y Azhar se cumplió puesto que, si bien la verdad terminó saliendo a la luz el 28 de febrero de 2016, no fue a causa de los niños, sino gracias a que Aminah le contó la situación a un cliente y éste fue el que denunció.

5). En quinto y último lugar en lo que a este precepto se refiere, se contempla una agravación de las penas en su mitad superior si las amenazas se hacen por escrito, por teléfono u otro medio de comunicación o reproducción. Según los hechos del supuesto, las segundas amenazas que recibieron Alî Bari y Azhar fueron a través de los teléfonos móviles que les dieron María y José, por lo tanto también procede aplicar este subtipo agravado.

Además, es necesario traer a colación lo expuesto en páginas anteriores sobre el delito continuado, a fin de valorar su posible aplicación en este supuesto.³⁹

Las circunstancias del caso parecen adaptarse a los requisitos citados. Se habla de amenazas, por lo tanto existe una pluralidad de hechos delictivos. El sujeto activo ha sido el mismo, Abdul-Azim, Abdul-Ali y Abdul-Hadi indistintamente, que es lo que se deduce del enunciado de los hechos. Estas amenazas forman parte de un plan: Mantener en secreto el secuestro y prostitución de Aminah y Delilah. El *modus operandi* es el mismo, dado las amenazas fueron a través de los teléfonos móviles. El elemento

³⁸ Sentencia 950/2009 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 15 de Octubre de 2009, FD Tercero (ANEXO II).

³⁹ *vid.* Epígrafe 3.2.

normativo también se da ya que, como ya se mencionó con anterioridad, fueron varias amenazas condicionales agravadas por cumplimiento de la condición. Finalmente, existe conexidad espacio-temporal, en tanto que éstas, como se dice en los hechos, fueron constantes.

Por lo tanto, procede aplicar la figura del delito continuado en estas segundas amenazas.

En cuanto a las primeras amenazas, si bien no está claro cuál es su contenido, se pueden deducir ciertas cosas. Primero, que dado que el secuestro de Aminah y Delilah no había tenido lugar, no existe la condición que habrá en las segundas amenazas (la de no revelar la situación de las dos mujeres), por lo tanto estas primeras amenazas serían no condicionales, posibilidad que se contempla en el segundo apartado del artículo 169 CP, de forma que:

“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:

2º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional”.

Por supuesto, para que podamos aplicar este precepto, al igual que en el caso de las amenazas condicionales, el mal con el que se amenaza debe tratarse de un delito de los contemplados en el citado artículo. Como no sabemos el contenido exacto de estas primeras amenazas existen dos posibilidades:

- Que hayan sido amenazas similares a las posteriores, es decir, que los tres hombres hubiesen amenazado de muerte a Alí Bari y Azhar o, al menos, los hubiesen amenazado con alguno de los delitos enumerados en el artículo 169 CP, pero en este caso sin poner condición alguna.
- Que por el contrario estemos ante unas amenazas más leves que podrían tener cabida en el supuesto contemplado en el artículo 171.7 CP,⁴⁰ y que se castigan con pena de multa de uno a tres meses únicamente por medio de denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En cualquiera de los dos casos puede apreciarse la figura del delito continuado, ya que concurren las mismas circunstancias que en las amenazas condicionales, previamente analizadas.

De hecho, aunque las primeras amenazas han sido distintas a las segundas, no puede ignorarse que ambas están encaminadas al mismo propósito: Infundir temor en Azhar y Alí Bari. Los tres hombres comenzaron amenazando a los niños antes de secuestrar a su madre y Delilah para empezar a atemorizarlos y así evitar que contasen la verdad, cosa que consiguieron. Valorando esto, se puede determinar que las amenazas de Abdul-Azim, Abdul-Ali y Abdul-Hadi hacia Alí Bari y Azhar forman parte de un todo. Además, es necesario tener en cuenta que el artículo 74 CP permite su aplicación

⁴⁰ Recientemente modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Anteriormente las amenazas leves se castigaban como faltas en el art. 620.2º CP.

no sólo en los casos de infracción del mismo precepto penal, sino también la infracción de normas de igual o similar naturaleza.

Por lo tanto, es razonable entender que estamos ante un delito continuado, que comenzó con las primeras amenazas (leves o no, según se quiera interpretar, y no condicionales) y que terminó con la última de las amenazas condicionales, sea cual fuere el momento en que éstas tuvieron lugar.

Para poder aplicar el delito continuado del artículo 74 se debe utilizar la pena señalada para la infracción más grave en su mitad superior y, de forma facultativa, en la mitad inferior de la pena superior en grado. En este caso, la infracción más grave serían las amenazas condicionales con cumplimiento de la condición. Éstas se castigan con pena de prisión de uno a cinco años. Además, la pena debe estar en su mitad superior por la modalidad comisiva (recordemos que existe una agravación cuando las amenazas se hacen por teléfono, tal y como establece el último párrafo del artículo 169.1º CP). Pero además estamos ante un delito continuado, por lo que es de aplicación el artículo 74 CP, por el que se debe aplicar la pena señalada para la infracción más grave en su mitad superior, e incluso se puede llegar a aplicar la pena superior en grado en su mitad inferior.

Hechos los cálculos, la pena quedaría de la siguiente forma:

Una pena inicial de uno a cinco años. Con una agravación por cumplirse la condición se aplica en su mitad superior, por lo tanto, de tres años y un día a cinco años. La agravación adicional por delito continuado exige aplicar la mitad superior y abre la posibilidad de aplicar la mitad inferior de la pena superior en grado.

- Por un lado, si decidimos aplicar la mitad superior de la mitad superior, el margen sería de cuatro años y un día a cinco años.
- Por otro lado, si decidimos aplicar la mitad inferior de la pena superior en grado, tendríamos que partir de un margen de cinco años y un día a siete años y seis meses de prisión, pero como se trata de la mitad inferior de la pena superior en grado, el margen a seguir estaría comprendido entre cinco años y un día a seis años y tres meses de prisión.

Por último, decir que las amenazas fueron dirigidas tanto hacia Alí Bari como a Azhar, por lo tanto existirá un delito continuado de amenazas condicionales con cumplimiento de la condición por cada uno de ellos.

Todo esto en lo relativo a las amenazas, pero es que además puede valorarse la concurrencia de otro delito cometido hacia los niños por parte de los secuestradores. De hecho, ya se adelanta en la narración de los hechos, con la utilización de la palabra “acoso”. Pues bien, existe un delito contemplado como tal en el artículo 172 ter CP. Según el texto del apartado primero del mismo artículo, cometerá el citado delito quien acose a una persona de forma insistente y reiterada y sin legítima autorización llevando a cabo alguna de las conductas que se enumeran en los cuatro sub apartados siguientes:

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

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

3ª 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.

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

En el supuesto que nos ocupa, parece claro que los secuestradores realizaron al menos una, incluso dos, de estas conductas, puesto que establecieron contacto repetidas veces con Azhar y Alí Bari y también atentaron contra su libertad, ya que el delito de amenazas es una protección penal de la libertad. Además, en el artículo 172 ter.1 *in fine* se establece que en caso de víctima vulnerable por su edad, enfermedad o situación, se debe imponer la pena de prisión de seis meses a dos años, mientras que si no se diese esta circunstancia el juez podría optar entre la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses.⁴¹ Siguiendo con el mismo artículo, en el apartado tercero se establece que las penas contempladas “*se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso*”, lo que evita problemas a la hora de castigar conjuntamente el delito de acoso con las amenazas, ya expuestas anteriormente. Finalmente en cuanto al análisis de este delito, estos hechos “*sólo serán perseguibles por medio de denuncia de la persona agraviada o de su representante legal*”.

Calificados los delitos cometidos por Abdul-Azim, Abdul-Ali y Abdul-Hadi es menester determinar definitivamente la pena. Como se ha visto, la conducta de Abdul-Azim, Abdul-Ali y Abdul-Hadi permite la aplicación de dos tipologías delictivas, ambas contra la libertad de los niños. Esta situación permite aplicar las reglas del concurso ideal de delitos (artículo 77.2 CP). Siguiendo estas reglas, se debe aplicar la pena más grave en su mitad superior. Como de entre los dos delitos la pena más grave es la de amenazas, ésta será la que haya que aplicar en su mitad superior, lo que nos lleva a continuar con la disyuntiva ya vista en el cálculo de la pena de amenazas:

- De un lado, si se opta por aplicar la mitad superior de la mitad superior del delito de amenazas, tenemos una pena de cuatro años y un día a cinco años que, incrementada nuevamente en su mitad superior por el concurso ideal, quedaría en una pena de cuatro años, seis meses y un día a cinco años.
- De otro lado, si se decide aplicar mitad inferior de la pena superior en grado del delito de amenazas la pena de cinco años y un día a seis años y tres meses de prisión pasaría a ser de cinco años, siete meses y quince días a seis años.

Esto es importante a efectos de determinar la competencia judicial puesto que de aplicar la primera alternativa, sería competente el Juzgado de lo Penal de A Coruña, ya que es el partido judicial donde se encuentra Arteixo, que, a su vez, no cuenta con Juzgado de lo Penal, en virtud de lo establecido en el artículo 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr), dado que estaríamos ante una pena privativa de libertad no superior a cinco años. Por otra parte, si decidimos aplicar la segunda alternativa, ésta superaría los 5 años y pasaría a ser competencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, tal y como se deduce del artículo 82.1.1º LECr.

⁴¹ Art. 172 ter.1, primera frase.

Por lo tanto, y tal y como se adelantaba, la solución más probable al caso se traduzca en un delito continuado de amenazas condicionales cualificado por cumplimiento de la condición y por la comisión a través de un teléfono, además de un delito de acoso, que se relaciona con las amenazas en concurso ideal.

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

Resultan de aplicación los antecedentes del epígrafe anterior.

Hay diversas normas encaminadas a la protección de los derechos del niño de las que podrían servirse Alí Bari y Azhar. En el plano internacional están la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, Convención de los Derechos del Niño de 1989, la Carta Europea de los Derechos del Niño, en el plano nacional, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor que va a reconducir al plano autonómico, principalmente al Decreto 42/2000.

La norma más genérica en materia de protección de los derechos del niño es la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, que va a tener una gran influencia en toda la regulación posterior en la materia, en la medida en la que esta regulación posterior va a emular, en cierto modo, los compromisos que recoge la Declaración.⁴² En esta Declaración se contemplan diez principios en los que se contienen los derechos de los que deben gozar todos los niños sin distinción: Igualdad, nombre, alimentación, servicios médicos, educación...

Siguiendo con el ámbito internacional, tenemos la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. La Convención fue proclamada por la ONU la sesión ordinaria del día previamente señalado, en la cual se invitó a todos los gobiernos a ratificar este instrumento normativo y trasladarlo a su ordenamiento jurídico interno.⁴³ En el artículo 1 de esta Convención se establece quiénes han de ser considerados como niños a efectos de la aplicación de la misma: *“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”*. Además, en el artículo 20 se establece el derecho a la protección y asistencia especiales del Estado para aquellos niños que se hallen temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuando su interés superior exija que no permanezcan en ese medio. Sigue el artículo diciendo que los Estados Parte de la Convención garantizarán otro tipo de cuidados, de acuerdo con las leyes nacionales de dichos Estados. En el apartado tercero del mismo artículo se exponen algunos ejemplos de estos cuidados:

“Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.

Además de este artículo de protección genérica para todos los niños, está el artículo 22, en el que se contempla el caso particular de aquellos niños que quieran obtener el estatuto de refugiados, para lo cual los Estados Partes tomarán las medidas

⁴² OCÓN DOMINGO, José: *Normativa internacional de protección de la infancia*, Granada, pág. 115

⁴³ *Ibid.*, pág. 116

que sean necesarias. En el apartado segundo se impone a los Estados Partes la obligación de cooperar para proteger y ayudar a los niños refugiados y localizar a sus padres u otros familiares para que se puedan reunir con ellos. De no ser posible esto, se le dará al niño la misma protección que a cualquier niño privado temporal o permanentemente de su medio familiar, tal y como se establece en el artículo 20.

En el presente caso, Alí Bari y Azhar se hallan privados de su medio familiar, dado que su madre se halla secuestrada por Abdul-Azim, Abdul-Ali y Abdul-Hadi, por lo que siguiendo estos dos artículos, los dos niños tienen derecho a la protección del Estado. Por lo tanto, pueden gozar de los cuidados que se enumeran en el artículo 20.3 de la Convención. Además, por su condición de refugiados, el Estado debe articular las medidas necesarias para que se puedan reunir con sus padres, lo cual conectaría con lo expuesto en el apartado cuarto de este trabajo, es decir, se podría abrir una investigación penal a la hora de localizar a Aminah. Más aún si los niños deciden confesar la situación a las autoridades.

Además, esta Convención prevé la creación de un órgano dedicado a la supervisión de la aplicación de la mencionada Convención, así como de sus respectivos protocolos facultativos, por parte de los Estados Partes: El Comité de los Derechos del Niño.⁴⁴ Su regulación aparece en la Parte II de la Convención (artículos 42 a 45).

Otra norma internacional de relevancia es la Carta Europea de los Derechos del Niño, publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Europea (DOCE) nº C 241, de 21 de Septiembre de 1992. Recoge algunos de los derechos más básicos de los niños, como el derecho a la vida (punto 9), el derecho a una nacionalidad (punto 11) o el derecho a gozar de unos padres o, en su defecto, de personas que los sustituyan (punto 12). También destaca el deber de los Estados de que toda decisión familiar, administrativa o judicial, en los aspectos que se refieran al niño, deberán tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses, siempre con la intervención del Ministerio Fiscal u órgano equivalente (punto 15).

En España contamos con una Ley Orgánica para regular estas situaciones. Es 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 (LOPJM). Ya en su artículo primero reproduce lo establecido en el artículo primero de la Convención cuando dice que la Ley es de aplicación a todo menor de dieciocho años que se encuentre en territorio español, con la excepción de aquellos que alcancen antes la mayoría de edad en virtud de su ley aplicable. Además, hay una remisión en el artículo 3 LOPJM a la Convención en cuanto a los derechos que se les debe reconocer a los niños.

Interesa especialmente el artículo 18 LOPJM que recoge aquellas actuaciones que se deben llevar a cabo respecto de los menores que se encuentran en situación de desamparo. Ésta se define en el apartado segundo como *“la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”*. Puede verse que esto se adecúa a la situación, dado que se nos dice claramente que *“durante los días previos al 28 de febrero de 2016, Aminah ve quebrantado su deber de custodia de sus hijos, así*

⁴⁴ <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc> (última consulta realizada el 7 de junio de 2016)

como no puede verlos ni comunicarse con ellos”, lo que se traduce en la imposibilidad de ejercitar los deberes de protección para la guardia de los menores.

A continuación, el mismo apartado recoge una lista de situaciones que pueden suponer una amenaza contra la integridad física o mental del menor y que por tanto constituyen una situación de desamparo. De esta lista es un supuesto potencialmente aplicable el que se contiene en la letra a:

“El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla”.

No dan a lugar a dudas los hechos en cuanto que existe una voluntad de Aminah de cuidar de sus hijos y que si no lo hace es porque se halla totalmente impedida, de modo que el supuesto que nos ocupa se incluiría en el último inciso de este apartado.

Finalmente, en lo referente a este artículo dice el apartado tercero que cada Entidad Pública designará al órgano que ejercerá la tutela.

En materia de menores desamparados, la regulación continúa en la normativa autonómica, concretamente 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 la Sección Primera del Capítulo III del Título II de este Decreto se regula la situación de los menores desamparados.⁴⁵ El artículo 32 del Decreto en su apartado tercero diciendo que *en el caso de menores extranjeros en situación de desamparo que se encuentren en la Comunidad Autónoma de Galicia, la delegación provincial competente adoptará las medidas protectoras que correspondan, de conformidad con la normativa vigente reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España.*

Esta norma se remite a la regulación en materia de extranjería, lo que reconduce a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En el artículo 35 de la misma se recogen las actuaciones que deben ser llevadas a cabo en cuanto a menores extranjeros no acompañados. Dice el apartado cuarto que *determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle.* Por lo tanto, la normativa autonómica nos remite a la normativa estatal en materia de extranjería que, a su vez, nos devuelve a la normativa autonómica.

El órgano señalado por la Xunta para la tutela de los menores desamparados será la delegación provincial de la Consellería de Familia y Promoción de Empleo, Mujer y Juventud que corresponda al domicilio del menor, tal y como establece el artículo 32 del Decreto bajo la previsión del artículo 18.3 LOPJM. En el presente caso, le correspondería a la delegación provincial de A Coruña, por tener Alí Bari y Azhar su domicilio en Arteixo.

En el artículo 33.2 vuelve a proporcionarse una lista de situaciones de desamparo, similar a la contenida en el artículo 18 LOPJM, de entre las cuales la que mejor se adecúa a la situación es la de la letra g: *La falta de las personas a las que les corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando estas personas estén*

⁴⁵ Sección Primera del Capítulo III del Título II del Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia (ANEXO I).

imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el menor. Quienes se encargarán de evaluar si estamos ante una situación de desamparo serán los equipos técnicos del menor, tal y como se establece en el artículo 34. En este proceso podrán ser escuchados los mayores de doce años y los menores de doce siempre que tengan madurez suficiente, aunque de la narración de los hechos no puede deducirse la edad de Azhar y Alî Bari. Una vez tramitado el procedimiento, las delegaciones provinciales dictarán una resolución en la que, por una parte, declaran el desamparo y por otra, asumen la tutela mientras no desaparezca la situación de desamparo.

En cuanto a las actuaciones que, en calidad de tutora de los menores, debe llevar a cabo la delegación provincial, dice el artículo 41 del Decreto que será de acuerdo con lo establecido en el Código Civil, debiendo adoptar las medidas que considere necesarias para la conservación de los derechos del menor tutelado.

Por lo tanto, se puede ver una transición de normas de protección de los derechos del niño de las que pueden servirse Alî Bari y Azhar, desde el plano internacional hasta el autonómico.

CONCLUSIONES FINALES

1. ACNUR, pese a ser el organismo más importante en lo que a la protección de los refugiados se refiere, apenas tiene capacidad de decisión en los procedimientos, ya que en muchos casos sólo se requiere su presencia o conocimiento de los mismos y rara vez se le requieren acciones directas, como por ejemplo su voto afirmativo como requisito imprescindible. De hecho, no son pocas las veces en que el exceso de discrecionalidad de las autoridades estatales se lleva por delante las solicitudes del derecho de asilo sin que concurren motivos reales para la denegación de las mismas. Considerando esto cabe preguntarse si un órgano de tanta relevancia en esta materia como lo es ACNUR no debería tener mayor incidencia para poder controlar mejor las posibles infracciones que se puedan cometer.
2. Si entendiésemos que a cada persona que tuvo alguna relación con un miembro de una organización terrorista debe ser excluida de la posibilidad de obtener la condición de refugiado acabaríamos llegando a situaciones absurdas. Como se ha visto, el CNI ha decidido utilizar una suposición muy lejana y prácticamente carente de fundamento acerca de Abdel Bari con la finalidad de impedir a toda costa su entrada en territorio español. Es cierto que al solicitar el reexamen habla de sus “nuevas ideas políticas” lo que sugiere que en algún momento del pasado pudo tener ideología radical pero considero que esto no es suficiente como para impedir la entrada a alguien, puesto que existen distintos grupos (por ejemplo, neonazis) en España, cuyos miembros, en su mayor parte y pese a tener una ideología igualmente radical, no ponen en peligro la seguridad nacional. Interesan la realidad y los hechos objetivos, no las suposiciones ni las palabras. La seguridad nacional tiene una importancia enorme para todos los ciudadanos, pero no se puede utilizar ese concepto como una patente de corso para darle la espalda a los derechos humanos.
3. El informe de idoneidad emitido por la Xunta de Galicia fue manifiestamente insuficiente, no dejando de ser curioso que existían motivos de sobra para que éste fuese desfavorable. Pese a ello, se optó por parafrasear una norma, sin quedar muy claro hasta qué punto esto puede considerarse una resolución motivada. Para dos personas que quieran adoptar, como lo son María y José, sería muy importante que les diesen razones de peso por las cuales no son aptos, no solamente por el deber que tiene la Administración de motivar sus decisiones, sino también para que estas dos personas puedan tener una referencia para una posible subsanación de esos defectos, a fin de poder adoptar en el futuro.
4. No deja de resultar increíble el daño que pueden seguir sufriendo los refugiados aun cuando han escapado de la guerra que estaban viviendo en su país y lo expuestos que están a todo tipo de abusos de quienes se aprovechan de su vulnerabilidad.
5. La nueva regulación del concurso medial es bastante oscura. Tanto es así que hizo falta una Circular de la Fiscalía General del Estado a efectos aclaratorios. Incluso sabiendo en qué consiste la nueva regulación, ésta le da al concurso medial un marco demasiado amplio, dado que, si bien no se puede exceder de la suma total de las penas, da cabida a una pena excesivamente larga. Por suerte, los límites establecidos en el artículo 76 CP ayudan a controlar estos excesos.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Carta Europea de los Derechos del Niño, publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Europea (DOCE) nº C 241, de 21 de Septiembre de 1992.

Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados.

Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

Constitución Española de 1978.

Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959.

Decreto 42/2013, de 21 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consellería de Trabajo y Bienestar.

Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia.

Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.

Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Ley 3/2011 de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

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.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

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

Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica

Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009

Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior

Jurisprudencia

Auto del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 2497/1990, de 28 de diciembre de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 3292/2004, de 14 de mayo de 2004.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 5993/2005, de 10 de octubre de 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 580/2006, de 23 mayo de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 174/2007, de 9 de marzo de 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 950/2009, de 15 de Octubre de 2009.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, 2987/2010, de 4 de junio de 2010.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 5140/2012, de 9 de julio de 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 610/2013, de 15 de julio de 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 53/2014, de 4 febrero de 2014.

Sentencia de la Audiencia Nacional, 3633/2014, de 17 de julio de 2014.

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 24/2002, de 16 de octubre.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 423/2015, de 9 de junio de 2015.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de noviembre de 2010, en los asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1996\61, de 15 noviembre de 1996 (Caso Chahal contra Reino Unido).

Monografías

1. CARRASCO ANDRINO, María del Mar: *Protección penal de la filiación*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Alicante, 2010.

<http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-06.pdf> (última consulta realizada el 13 de junio de 2016).

2. CASANOVAS, Oriol y RODRIGO, Ángel J.: *Compendio de Derecho Internacional Público*, 3 ED, 2012.
3. CRISTÓBAL LUENGO, Héctor J.: *El concepto de habitualidad en la violencia doméstica: Análisis del art. 173.2 del Código Penal español*, Madrid, 2014.

http://www.derechoycambiosocial.com/revista036/EL_CONCEPTO_DE_HABITUALIDAD_EN_LA_VIOLENCIA_DOMESTICA.pdf (última consulta realizada el 13 de junio de 2016).

4. DEFENSOR DEL PUEBLO: *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, Madrid, 2011.

<https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2011-09-Menores-o-Adultos-Procedimientos-para-la-determinaci%C3%B3n-de-la-edad1.pdf> (última consulta realizada el 13 de junio de 2016).

5. DIEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 18 ED, 1973.

6. FUNDACIÓN RAÍCES en colaboración con FUNDACIÓN ABOGACÍA ESPAÑOLA: *Sólo por estar solo: Informe sobre la determinación de la edad en menores migrantes no acompañados*, 2014.

<http://www.fundacionraices.org/wp-content/uploads/2014/05/SOLO-POR-ESTAR-SOLO.pdf> (última consulta realizada el 13 de junio de 2016).

7. MAPELLI CAFFARENA, Borja: *La trata de personas*, Sevilla, 2012.

https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2012-10002500062_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_La_trata_de_personas (última consulta realizada el 13 de junio de 2016).

8. MAYORDOMO RODRIGO, Cristina: *Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas*, San Sebastián, 2011.

<http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/143/77> (última consulta realizada el 13 de junio de 2016).

9. OCÓN DOMINGO, José: *Normativa internacional de protección de la infancia*, Granada, 2006

<http://revistas.ucm.es/index.php/CUTS/article/viewFile/CUTS0606110113A/7564> (última consulta realizada el 13 de junio de 2016).

10. ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza: *El derecho a solicitar asilo. Un derecho en fase terminal por las violaciones del derecho internacional*, Murcia, 2003.

https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3083/14280_9RJ056.pdf?sequence=1 (última consulta realizada el 13 de junio de 2016).

11. RIBAS, Eduard Ramon y ROSELL, Núria Torres: *Los delitos contra las relaciones familiares*, Cataluña.

[https://www.exabyteinformatica.com/uoc/Dret/Derecho_penal_parte_especial/Derecho_penal_parte_especial_\(Modulo_5\).pdf](https://www.exabyteinformatica.com/uoc/Dret/Derecho_penal_parte_especial/Derecho_penal_parte_especial_(Modulo_5).pdf) (última consulta realizada el 13 de junio de 2016).

ANEXOS

ANEXO I

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Artículo 1. Objeto de la ley.

La presente Ley, de acuerdo con lo previsto en el apartado cuatro del artículo 13 de la Constitución, tiene por objeto establecer los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios y las apátridas podrán gozar en España de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, así como el contenido de dicha protección internacional.

Artículo 2. El derecho de asilo.

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 Nueva York el 31 de enero de 1967.

Artículo 23. Órganos competentes para la instrucción.

1. La Oficina de Asilo y Refugio, dependiente del Ministerio del Interior, es el órgano competente para la tramitación de las solicitudes de protección internacional, sin perjuicio de las demás funciones que reglamentariamente se le atribuyan.
2. La Comisión Interministerial de Asilo y Refugio es un órgano colegiado adscrito al Ministerio del Interior, que está compuesto por un representante de cada uno de los departamentos con competencia en política exterior e interior, justicia, inmigración, acogida de los solicitantes de asilo e igualdad.
3. Serán funciones de la Comisión las previstas en esta Ley y aquellas otras que, junto con su régimen de funcionamiento, se establezcan reglamentariamente.

Artículo 34. Intervención en el procedimiento de solicitud.

La presentación de las solicitudes de protección internacional se comunicará al ACNUR, quien podrá informarse de la situación de los expedientes, estar presente en las audiencias a la persona solicitante y presentar informes para su inclusión en el expediente.

A estos efectos, tendrá acceso a las personas solicitantes, incluidas las que se encuentren en dependencias fronterizas o en centros de internamiento de extranjeros o penitenciarios.

Artículo 35. Intervención en la tramitación de protección internacional.

1. El representante en España del ACNUR será convocado a las sesiones de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio.
2. Asimismo será informado inmediatamente de la presentación de las solicitudes en frontera y podrá entrevistarse, si lo desea, con los solicitantes. Con carácter previo a dictarse las resoluciones que sobre estas solicitudes prevén los apartados primero, segundo y tercero del artículo 21 de la presente Ley, se dará audiencia al ACNUR.

3. En los casos que se tramiten las solicitudes mediante el procedimiento de urgencia, y en los casos de admisión a trámite del artículo 20, si la propuesta de resolución de la Oficina de Asilo y Refugio fuese desfavorable se dará un plazo de diez días al ACNUR para que, en su caso, informe.

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

Artículo 4 Lugar de presentación de la solicitud

1. El extranjero que desee obtener el asilo en España presentará su solicitud ante cualquiera de las siguientes dependencias:

a) Oficina de Asilo y Refugio.

b) Puestos fronterizos de entrada al territorio español.

c) Oficinas de Extranjeros.

d) Comisarías Provinciales de Policía o Comisarías de distrito que se señalen mediante Orden del Ministro de Justicia e Interior.

e) Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas en el extranjero.

2. Cuando el representante en España del ACNUR solicite al Gobierno español la admisión urgente de un refugiado o refugiados reconocidos bajo su mandato, y que se hallen en situación de alto riesgo en un tercer país, el Ministerio de Asuntos Exteriores, a través de la Misión Diplomática u Oficina Consular española o de otro país en régimen de cooperación, dispondrá lo necesario para la oportuna comprobación de la situación, entrevista del interesado e informar a la CIAR. Dicho Ministerio dispondrá la expedición, en su caso, de visados, títulos de viaje o salvoconductos y cuantas otras gestiones resulten procedentes, según instrucciones de la Dirección General de Asuntos Consulares del Ministerio de Asuntos Exteriores, para facilitar el traslado a España en los términos de los artículos 16 y 29.4 del presente Reglamento.

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

Artículo 35. Cooperación de las autoridades nacionales con las Naciones Unidas

1. Los Estados Contratantes se comprometen a cooperar en el ejercicio de sus funciones con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, o con cualquier otro organismo de las Naciones Unidas que le sucediere; y en especial le ayudarán en su tarea de vigilar la aplicación de las disposiciones de esta Convención.

2. A fin de permitir a la Oficina del Alto Comisionado, o a cualquier otro organismo de las Naciones Unidas que le sucediere, presentar informes a los órganos competentes de las Naciones Unidas, los Estados Contratantes se comprometen a suministrarles en forma adecuada las informaciones y los datos estadísticos que soliciten acerca de:

a) La condición de los refugiados;

b) La ejecución de esta Convención, y

c) Las leyes, reglamentos y decretos, que estén o entraren en vigor, concernientes a los refugiados.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 753. Tramitación.

1. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, los procesos a que se refiere este título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, pero el Secretario judicial dará traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el artículo 405 de la presente ley.

2. En la celebración de la vista de juicio verbal en estos procesos y de la comparecencia a que se refiere el artículo 771 de la presente ley, una vez practicadas las pruebas el Tribunal permitirá a las partes formular oralmente sus conclusiones, siendo de aplicación a tal fin lo establecido en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 433.

3. Los procesos a los que se refiere este título serán de tramitación preferente siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.

Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia

Título II: Protección del menor

Capítulo III: De la protección del menor

Sección primera: De la tutela administrativa de los menores desamparados

Artículo 32º.-Tutela administrativa de los menores desamparados.

1. La tutela administrativa de los menores desamparados prevista en el artículo 172.1º del Código civil será asumida y ejercida por la delegación provincial de la Consellería de Familia y Promoción del Empleo, Mujer y Juventud que corresponda al domicilio del menor.

2. Las delegaciones provinciales asumirán provisionalmente la tutela de un menor en situación de desamparo que se encuentre transitoriamente en su territorio, y le notificarán a la Administración pública competente en la que tuviese su domicilio el menor para que ésta adopte las medidas protectoras que considere convenientes. Al objeto de garantizar la protección del menor, la tutela asumida en estos casos subsistirá hasta que desaparezcan las causas que la motivaron o el caso sea asumido por la Administración competente.

3. En el caso de menores extranjeros en situación de desamparo que se encuentren en la Comunidad Autónoma de Galicia, la delegación provincial competente adoptará las medidas protectoras que correspondan, de conformidad con la normativa vigente reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España.

4. En el ejercicio de la tutela administrativa, previo informe preceptivo de los equipos técnicos, se podrán adoptar las medidas previstas en el artículo 21 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la familia, de la infancia y de la adolescencia.

Artículo 33º.-Incoación de expediente de tutela administrativa.

1. Los delegados provinciales, cuando tuviesen constancia por cualquier medio de la existencia de un menor que pudiese estar en situación de desamparo, ordenarán la incoación del oportuno expediente.

2. Se considerarán situaciones de desamparo:

a) El abandono del menor.

b) La existencia de malos tratos físicos o psíquicos o de abusos sexuales por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de éstas.

c) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución.

d) La drogadicción o el alcoholismo habitual del menor con el consentimiento o con la tolerancia de los padres o guardadores.

e) El trastorno mental grave de los padres o guardadores que impida el normal ejercicio de la patria potestad o de la guarda.

f) La convivencia en un medio sociofamiliar que deteriore gravemente la integridad moral del menor o perjudique el desarrollo de su personalidad.

g) La falta de las personas a las que les corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el menor.

h) Cualquier otra situación de desprotección que se produzca 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 menores y que generen que estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Artículo 34º.-Investigación y evaluación de la situación de desamparo.

1. Los equipos técnicos del menor iniciarán y desarrollarán el proceso de investigación y evaluación de la situación y, en su caso, propondrán la declaración de desamparo.

2. En su intervención durante el proceso de evaluación deberán escuchar al menor mayor de 12 años, al de menos de 12 si tiene la suficiente madurez, y a los padres, tutores o guardadores, previa citación de los mismos, en la que se hará constar expresamente que de no comparecer se adoptarán las medidas oportunas para la protección del menor. En supuestos de la patria potestad compartida deberán ser escuchadas ambas partes.

Artículo 35º.-Trámite de audiencia.

En cualquier caso, en cumplimiento del preceptivo trámite de audiencia, los padres o guardadores del menor podrán comparecer ante los equipos técnicos y aportar cuantos informes y documentos estimen convenientes para una mejor defensa de sus derechos y

conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes para el expediente. En este caso, se harán constar documentalmente las manifestaciones de los padres o guardadores.

Artículo 36°.-Propuesta de actuación.

Una vez completada la información necesaria a la que se refieren los artículos anteriores, los equipos técnicos del menor elaborarán la propuesta de actuación, que será elevada al delegado provincial.

Artículo 37°.-Resolución de asunción de la tutela administrativa.

1. Los delegados provinciales dictarán resolución declarando el desamparo y asumiendo la tutela administrativa, que subsistirá en tanto no desaparezcan las causas que la motivaron o se proceda a la constitución de la tutela ordinaria, el menor sea adoptado, se emancipe o alcance la mayoría de edad.

La resolución será motivada, indicando las causas que la originaron, los planes de actuación que se efectuaron, las medidas que se adopten, así como el derecho a recurrir la misma ante la autoridad judicial competente sin necesidad de reclamación administrativa previa.

2. La resolución le será comunicada al Ministerio Fiscal y notificada, en el plazo de 48 horas, a los padres, al tutor, al guardador o a los familiares que últimamente conviviesen con el menor, y siempre que sea posible, serán informados de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los efectos de la decisión adoptada.

Los padres o guardadores dispondrán de un plazo de 2 días, a contar desde el día siguiente a la notificación, para hacer entrega voluntaria del menor, bien en el centro de acogida residencial o bien en los servicios de atención a menores.

3. No obstante, en caso de urgencia con grave riesgo para el menor, la delegación provincial competente podrá, de modo inmediato, declarar el desamparo y asumir la tutela, adoptando las medidas de protección que considere adecuadas, cumpliendo en todo caso el preceptivo trámite de audiencia de los interesados.

Artículo 38°.-Solicitud de auxilio judicial.

Cuando los padres, tutores o guardadores de un menor impidiesen la ejecución de la medida de protección acordada en la resolución de tutela o no hiciesen entrega del menor tutelado en el plazo señalado en la resolución, la delegación provincial competente presentará ante el juzgado de guardia correspondiente solicitud de auxilio judicial para hacer efectiva la medida acordada, sin perjuicio de las intervenciones inmediatas que puedan realizarse si están ante una situación que implique la vulneración de derechos fundamentales de las personas o si están en peligro la vida o la integridad física del menor.

Artículo 39°.-Derecho del menor a relacionarse con sus padres.

1. El menor separado de sus padres tendrá derecho a relacionarse con estos, excepto si fuese adoptado por otros o cuando así se acuerde por resolución judicial. En el caso de un menor tutelado por la delegación provincial, ésta podrá regular las condiciones del ejercicio de ese derecho atendiendo al interés del menor, y si hubiese oposición de los padres, resolverá el juez, oído el Ministerio Fiscal.

2. Si la gravedad de la situación lo requiere y el interés del menor lo aconseja, la delegación provincial podrá suspender cautelarmente el derecho de relacionarse con sus padres comunicándole la resolución inmediatamente al Ministerio Fiscal, a los efectos correspondientes.

3. Respecto a los demás parientes y allegados, no podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre éstos y el menor, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 160 del Código civil.

Artículo 40°.-Suspensión del ejercicio de la patria potestad o tutela ordinaria.

La asunción de la tutela administrativa implicará la suspensión del ejercicio de la patria potestad o tutela ordinaria durante el tiempo de aplicación de la medida, sin perjuicio de lo que disponga la autoridad judicial competente. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.

Artículo 41°.-Actuación de la delegación provincial como tutor.

La delegación provincial procederá a dar cumplimiento a todas las obligaciones que como tutor le corresponden de acuerdo con lo establecido en el Código civil y adoptará las medidas que considere necesarias para la conservación de los derechos del menor tutelado, debiendo proceder a comunicárselo a las personas que se indican en el artículo 37°, párrafo segundo del presente reglamento.

Artículo 42°.-Menores en los que concurran causas de incapacitación.

Cuando se trate de menores en los que concurra cualquiera de las causas de incapacitación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 200 y siguientes del Código civil, el delegado provincial, a través de los gabinetes jurídicos territoriales, promoverá ante la autoridad judicial el oportuno proceso declarativo de incapacidad.

ANEXO II

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 53/2014, de 4 febrero de 2014

FUNDAMENTO DE DERECHO DÉCIMO SEGUNDO

“Aun cuando no se haya suscitado expresamente por la parte recurrente, ni tampoco por la representación del Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad, pese a lo dispuesto en la Circular 5/2011, apartado IV-6, la doctrina de la voluntad impugnativa debe determinar el análisis de la situación concursal entre ambos tipos delictivos objeto de condena, art 177 bis, trata de seres humanos con fines de explotación sexual y art 188, explotación posterior de la prostitución de la persona víctima de la trata.

El párrafo nueve del art 177 bis dispone que en todo caso las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el art 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

Nos encontramos, en consecuencia, ante un concurso de delitos y no un concurso de leyes, pues aun cuando la finalidad de explotación sexual constituye un elemento del tipo del art 177 bis, la sanción por este delito no absorbe toda la gravedad de la conducta realizada, cuando dicha explotación se llega a consumir efectivamente.

Pero lo cierto es que la trata de seres humanos con fines de explotación sexual constituye una acción preparatoria de la explotación posterior, explotación que materializa la intencionalidad o finalidad del delito inicial. Es precisamente el riesgo de explotación sexual lo que determina la elevada penalidad prevista en este tipo delictivo, máxime cuando se trata de menores, en cuyo caso la finalidad califica por sí misma la acción delictiva como trata de seres humanos, sin necesidad de haber utilizado los medios coactivos previstos en el párrafo primero del precepto.

En consecuencia, en estos casos la explotación sexual constituye, en cierto modo, un agotamiento de la conducta de trata, por lo que nos encontramos ante un delito instrumento y un delito fin, lo que hace procedente aplicar, en beneficio de los recurrentes aunque no lo hayan solicitado expresamente, la regla prevenida en el art. 77 1º para el denominado concurso medial.

Es claro que existe una conexión típica entre ambos tipos delictivos, delito medio y delito fin, así como una conexión lógica, temporal y espacial entre ambas conductas, la de traer a España a la menor para explotarla sexualmente, y la de su explotación posterior. También es claro que el dolo de los sujetos activos ha abarcado la comisión de ambos delitos, al actuar siguiendo un plan preordenado. Y, por último, es clara la necesidad del delito medio, para poder cometer el delito fin, pues no sería posible la explotación de la prostitución de la menor en España, sin su previo traslado a nuestro país con dicha finalidad, que es la conducta que integra el delito de trata de seres humanos. Concurren, por ello, en el supuesto actual, los requisitos propios del concurso medial

Dado que la pena establecida sancionando ambas conductas por separado ha alcanzado doce años cuatro meses y un día, y la máxima aplicable conforme a la regla segunda del art 77 sería de doce años, procede aplicar esta regla, sancionando el concurso con la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, que va de diez a doce años de prisión.

Procede, en este sentido, estimar parcialmente el recurso, con declaración de las costas de oficio”.

SEGUNDA SENTENCIA

FUNDAMENTO DE DERECHO ÚNICO

“Dando por reproducidos los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia que no queden afectados por nuestra sentencia casacional, y por las razones expuestas en la misma, debemos condenar a los recurrentes, como autores criminalmente responsables de un delito de trata de seres humanos, del art. 177 bis CP, en concurso medial con un delito de determinación a la prostitución, del art. 188 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ONCE AÑOS DE PRISIÓN, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y costas procesales, pena que se estima proporcionada atendiendo a las circunstancias de los hechos y de los culpables, y que se impone en la zona media de la mitad superior determinada por la apreciación del concurso, sin que pueda apreciarse que la pena resultaría inferior sancionando separadamente ambos delitos, pues las penas que se estimarían aplicables por cada uno de ellos, dentro del marco legalmente prevenido y atendiendo a la gravedad de los hechos, sumarían una pena superior”.

Sentencia de la Audiencia Nacional 3633/2014 de 17 de julio de 2014

FUNDAMENTO DE DERECHO DÉCIMO SEGUNDO: VALORACIÓN INFORME CNI.

“En dicho Informe de fecha 24 de mayo de 2013, se hace constar:

“Con relación a su oficio de la referencia en el que solicita que este Organismo valore la potencial peligrosidad que para la seguridad nacional interior y exterior o el orden público pueda suponer la presencia de Bienvenido en nuestro país, se ponen de manifiesto las consideraciones siguientes:

Sobre Bienvenido pesa una orden de extradición, por parte de Kazajstán, bajo las acusaciones de cometer atentados en Almaty y delitos de estafa. Bienvenido habría cometido estos delitos cuando trabajaba como Jefe de Seguridad del oligarca kazajo Dámaso, ex Presidente del Banco BTA, al que se le concedió el estatus de refugiado político en Reino Unido. Sobre este individuo también pesa una orden de extradición de Kazajstán, acusado de estafa y malversación de préstamos. Reino Unido no ha resuelto acerca de esta orden de extradición.

Dámaso fue condenado en febrero de 2012 a 22 meses de prisión por desacato a un tribunal inglés, al haber violado una orden de congelación de activos en el juicio en el que se encuentra inmerso con los actuales directores del Banco BTA, en la actualidad está huido del Reino Unido.

Bienvenido, como Jefe de Seguridad de Dámaso, ayudó a éste a sacar y destruir documentos y datos del Banco BTA tras su huida de Kazajstán. Este puede ser el motivo por el que el Gobierno kazajo ha imputado a Bienvenido, con el objetivo de lograr una extradición rápida y obtener información sobre el entorno de Dámaso.

Existe información, no contrastable, en fuentes abiertas sobre la vinculación de Bienvenido con actividades terroristas en Kazajstán. En concreto, el 28 de marzo de

2012, la Fiscalía de la República de Kazajstán difundió la información de que los órganos de seguridad habían conseguido evitar un atentado en Almaty, cuyos autores eran el ciudadano kazajo Bienvenido, residente en el extranjero, y Jaime, uno de los dirigentes del partido de la oposición Alga y también persona de confianza de Dámaso.

Posteriormente, el 3 de abril de 2012, el canal de televisión kazajo KTK informó que los subordinados de Dámaso, entre los que se encontraba Bienvenido, no sólo habían preparado una serie de atentados terroristas, como había anunciado la Fiscalía General, sino que, además estaban preparando un golpe de estado. El canal se basaba en unos documentos a los que había tenido acceso, según los cuales sólo el año pasado Dámaso envió a Kazajstán más de 12.000 millones de dólares para "financiar a una serie de medios de comunicación y organizar desórdenes masivos".

Así las cosas, y de conformidad con la información que se traslada, se puede concluir que es posible que la presencia de Bienvenido constituya una potencial peligrosidad para la seguridad nacional interior y exterior o el orcen público, habida cuenta su presunta vinculación con delitos relacionados con criminalidad organizada. No obstante, debe señalarse que las fuentes y datos consultados no se consideran suficientemente fiables, lo que no permite realizar una valoración plenamente acreditada sobre el grado de esa potencial peligrosidad. En cuanto a la acusación de terrorismo, no se dispone de ninguna información que lo contraste."

Pues bien, como se desprende, de forma general, de estos criterios jurisprudenciales, para que concurra el requisito de "peligro para la seguridad nacional", se requiere la existencia de "razones fundadas" de que la concesión de la protección internacional y la permanencia del solicitante en España constituye un peligro para la seguridad nacional, sustentado en datos objetivos que alerten de la concurrencia de un riesgo concreto y determinado; motivado, precisamente, por su presencia en territorio nacional del solicitante, pues al suponer esta causa una restricción del derecho de asilo, se ha de sustentar, no sobre posibles sospechas o presunciones, sino con datos y circunstancias del solicitante cuya valoración con la debida cautela sea convincente.

En el presente caso, como hemos expuesto, la resolución impugnada se fundamenta en el Informe del CNI; de la lectura de este Informe se pueden extraer las siguientes consecuencias:

1. No fiabilidad de los datos que expone en relación con Sr. Bienvenido, al no disponer de información que sirva de contraste a la obtenida.
2. Valora la peligrosidad de la presencia del Sr. Bienvenido en nuestro país con dicho sustrato fáctico, escaso de fiabilidad.
3. Que dicha peligrosidad se predica de la presunta vinculación con delitos relacionados con criminalidad organizada, pero no de la actividad o influencia del Sr. Bienvenido pudiera desarrollar en España.
4. La inseguridad y ambigüedad que se desprende de la lectura de dicho Informe.

La Sala no aprecia que en la resolución impugnada se expresen las "razones fundadas", exigidas por la jurisprudencia, que fundamente la causa de denegación que haga viable la apreciación del "peligro para la seguridad nacional".

Primero, porque las razones expuestas en el Informe se apoya en una serie de datos, que por sí solos no constituyen "razones", argumentos racionales, sino mera información de la que se extrae una presunción de "posible peligrosidad" por la presencia del Sr. Bienvenido en España; y, segundo, porque esa "potencial peligrosidad" que se expresa en dicho Informe se pone en conexión con la objetividad de dichos datos, pero no puestos en conexión con las actividades individuales del Sr. Bienvenido, ya sea por las desarrolladas en el seno de esa presunta organización criminal o por su presunta vinculación con la criminalidad organizada, u otros medios que puedan ser considerados como "razones fundadas", en los términos antes señalados.

En este sentido, la resolución impugnada, al asumir lo expresado en dicho Informe carece de la fundamentación necesaria en apoyo de la desestimación de la solicitud, al no expresarse las "razones fundadas" que evidencien que la presencia del Sr. Bienvenido en España constituya un "peligro para la seguridad nacional", pues la información aportada no puede entenderse, por sí sola, como motivos de los que se desprenda la apreciación subjetiva de la "peligrosidad", sustentada en datos reales y fiables de los que se derive el argumento racional de que la presencia del solicitante en España comprometa la "seguridad nacional", poniéndola en "peligro".

Por otra parte, la Sala considera que no procede traer a este procedimiento especial, como es el de protección internacional, las actuaciones seguidas en el procedimiento de extradición ante la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional, remitiéndose, en todo caso, a los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, en especial a lo declarado en la Sentencia de fecha 7 de julio de 1989, caso Soering c. R.U. nº 1/1989/161 /217, en la que concluye: "En resumen, la decisión de un Estado contratante de extraditar a un fugitivo puede suscitar problemas de conformidad con el artículo 3 y, por ello, comprometer la responsabilidad del Estado según el Convenio, en casos en que se hayan mostrado razones sustanciales para creer que la persona involucrada, de ser extraditada, enfrentaría un riesgo real de ser sometida a tortura o penas y tratos inhumanos o degradantes en el estado solicitante" (párr. 91). "

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de noviembre de 2010

PUNTO 88

"En consecuencia, en primer lugar, aun cuando los actos cometidos por una organización incluida en la lista que figura en el anexo a la Posición común 2001/931 como consecuencia de su implicación en actos de terrorismo puedan estar comprendidos en las cláusulas de exclusión contenidas en los apartados b) y c) del artículo 12, apartado 2, de la Directiva, el mero hecho de que la persona de que se trata haya pertenecido a esa organización no puede llevar aparejada su exclusión automática del estatuto de refugiado en virtud de las citadas disposiciones".

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 28 de diciembre de 1990

FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO

"El recurrente, al amparo del art. 849.1 de la Ley Procesal, denuncia el error de Derecho producido en la sentencia por la aplicación indebida de un precepto penal

sustantivo que no cita, aunque debe ser referido al art. 493 del Código Penal , por el que el procesado es condenado.

El motivo parte, o debe hacerlo, del respeto al hecho probado, discutiendo el error producido al subsumir, de forma errónea, el hecho probado, que respeta, en la norma penal que invoca como indebidamente aplicada.

El hecho probado relata, en el particular que interesa a la resolución del motivo, que el procesado, en compañía de otro, «fueron invitados a viajar con ellos haciéndole saber que serían recompensados si ayudaban a Luis Francisco -otro procesado- a cobrar la deuda». Relata seguidamente que el procesado y los otros «conminaron a Inocencio al pago de la deuda y como éste contestara de forma desairada, el procesado -hoy recurrente- tras esgrimir una navaja y coger por un brazo a la esposa de Inocencio la dijo que pagara en el acto o te pego una puñalada y te mato». Relata seguidamente que Inocencio -el amenazado- «ante el cariz que estaban tomando los acontecimientos», entró en su casa, cogió una escopeta cargada y realizó un disparo que mató a su mujer -por cuyo hecho se sigue el sumario aparte-.

El recurrente argumenta que en el supuesto declarado probado, el amenazado no se sintió seriamente perturbado.

La jurisprudencia de esta Sala, respecto al delito de amenazas, al tiempo de destacar el relativismo que prestan, tanto por la variedad de circunstancias anímicas que puedan concurrir, como por sus formas comisivas, ha señalado que se trata de un delito de mera actividad que se consuma con la llegada del anuncio a su destinatario, y su ejecución consiste en la conminación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza sin que sea necesario la producción de la perturbación anímica que el autor persigue, de manera que basta que el componente objetivo sea apto para amedrentar a la víctima (Sentencias de 23 de mayo de 1989, 18 de septiembre de 1986, 9 de octubre de 1984, por todas en sentido análogo).

En el caso del hecho probado, el hoy recurrente, junto a otros tras exigirle un dinero correspondiente a un deuda, cogen del brazo a la mujer y con un cuchillo le exigen el dinero, o en caso contrario, la amenazan con la muerte, lo que, objetivamente, no puede por menos que tener un contenido efectivamente amenazante.

Desde el plano subjetivo de quien recibe la amenaza, el hecho objetivo relatado, ha surtido los efectos buscados por la amenaza, pues el amenazado vuelve a su casa y para evitar la perpetración de la amenaza vertida, coge una escopeta, con lo que espera poner fin a la situación creada, produciendo el resultado lesivo que el hecho probado relata, y por el que se siguen diligencias penales aparte.

La argumentación del motivo, choca frontalmente con el relato fáctico, que ha sido respetado en la articulación del motivo, incurriendo en la causa de inadmisión del art. 884.1 de la Ley Procesal”.

Sentencia 950/2009 del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 15 de Octubre de 2009

FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO: El motivo segundo al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción de Ley por indebida aplicación del art. 169.1 CP por no haberse tenido en cuenta por parte de la Sala, que la condición impuesta por el amenazante no se llevó a cabo por cuanto la menor contó lo sucedido a sus padres.

“El motivo que es apoyado por el Ministerio Fiscal debe ser estimado.

El art. 169 CP castiga las amenazas a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituye, entre otros, un delito de homicidio, dependiendo la penalidad de que se hubiese hecho exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, de que aquella amenaza que no haya sido condicional (núm. 1 y 2 del expresado art. 169 CP. y dentro de las condicionales, que se haya conseguido o no, el propósito.

La jurisprudencia de esta Sala, ya desde antiguo (SS. 9.10.84, 18.9.96, 23.5.89, 28.12.90), ha considerado el delito de amenazas como de mera actividad, que se consume con la llegada del anuncio a su destinatario, y su ejecución consiste en la conminación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza, sin que sea necesario la producción de la perturbación anímica que el autor persigue, de manera que basta con que las expresiones utilizadas sean aptas, para amedrentar a la víctima.

En definitiva, son elementos constitutivos de este delito, según los precedentes jurisprudenciales:

1º) Una conducta por parte del sujeto activo integrada por hechos o expresiones susceptibles de causar una intimidación en el ánimo del sujeto pasivo, dando a entender la realización futura, más o menos inmediata, de un mal;

2º) Que en el agente no sólo se dé el elemento subjetivo general de la conciencia y voluntariedad del acto, en el que pueda asentarse el reproche de culpabilidad, sino también que la expresión del propósito sea persistente y creíble, que es lo que integra el delito distinguiéndolo de las contravenciones afines; y

3º) Que concurren circunstancias concomitantes y circundantes a los hechos que permitan valorar la emisión y recepción del anuncio de un mal como de entidad suficiente para merecer la repulsa social y servir de soporte al juicio de antijuridicidad (SS. 4-11-1978, 13-5-1980, 2-2, 25-6, 27-11 y 7-12-1981, 13-12-1982, 30-10-1985 y 55/2007 de 21.6).

Y con carácter general conviene precisar que las amenazas condicionales añaden al tipo básico de la voluntad del sujeto amenazado, mediante la imposición de una condición, lícita o ilícita, que por su propia naturaleza y significación, perturba la tranquilidad de ánimo del sujeto pasivo, restringiendo su capacidad de decisión.

En el caso de autos, la literalidad de las palabras proferidas fue, según el factum: "El procesado permitió a la niña que se marchara, no sin antes advertirla de que si decía algo de lo ocurrido la mataría", es decir, estamos en presencia de una amenaza condicional, y no se trata de expresiones más o menos impensadas y que son fruto del calor del momento, sino que se profieren contra una niña de ocho años, fácilmente

impresionable y susceptible de ser intimidada y producirle intranquilidad de ánimo, inquietud o zozobra (ver repercusiones psicológicas obrante folios 139 a 142).

Ahora como en el relato fáctico, seguidamente se añade que " Visitación, por miedo, no contó los hechos a su madre hasta tres días después, una vez que Elena le preguntó qué era lo que pasaba, pues la notaba, extraña, triste e introvertida", la condición impuesta de silenciar los hechos no se cumplió, al comunicar los hechos a su madre, por lo que el agente no logró su propósito, por lo que será aplicable, no el inciso primero del art. 169.1º CP que presupone que el culpable habrá conseguido su propósito con una penalidad de uno a cinco años de prisión, sino el inciso segundo de una penalidad de seis meses a tres años”.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección Primera, de 9 de julio de 2012

FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO

“2. En cambio, sí le asiste la razón al recurrente en su cuestionamiento de la modalidad de delito continuado, toda vez que, a tenor de los hechos probados, no concurre la pluralidad de acciones que exige el art. 74 del C. Penal.

Según la jurisprudencia consolidada de este Tribunal (SSTS 1038/2004, de 21-9 ; 820/2005, de 23-6 ; 309/2006, de 16-III ; 553/2007, de 18-6 ; 8/2008, de 24-1 ; y 465/2012, de 1-6 , entre otras), los requisitos del delito continuado son los siguientes: a) pluralidad de hechos delictivos ontológicamente diferenciables; b) identidad de sujeto activo; c) elemento subjetivo de ejecución de un plan preconcebido, con dolo conjunto y unitario, o de aprovechamiento de idénticas ocasiones en las que el dolo surge en cada situación concreta pero idéntica a las otras; d) homogeneidad en el modus operandi , lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito; e) elemento normativo de infracción de la misma o semejante norma penal; y f) una cierta conexidad espacio-temporal.

Pues bien, la sentencia recurrida no describe en el "factum" que fueran varias las acciones defraudatorias ejecutadas por el acusado para que le fueran entregando las partidas de carne que integraban el total de la compra realizada. Se describe el acuerdo del acusado con el apoderado de la entidad compradora y se afirma que la carne fue servida entre los meses de junio y julio de 2004, viajando de los almacenes frigoríficos de Francia hasta los de AFRIBA en Madrid. Y también se especifica que se emitieron dos facturas pro forma, una por 834.195,25 y la otra por 230.463,35 euros.

Sin embargo, no se especifica en ningún caso que fueran dos las operaciones y dos los acuerdos, sino que se deja entrever que fue una sola negociación y un solo acuerdo el que determinó la venta, si bien la carne fue servida mediante siete camiones que llegaron a Madrid en diferentes fechas.

En los folios 47 a 92 de la causa consta que los camiones arribaron a Madrid en las fechas comprendidas entre el 24 de junio y el 6 de julio de 2004, depositándose la carne en los almacenes frigoríficos de AFRIBA.

Por consiguiente, ni del contenido del relato fáctico ni tampoco de las pruebas que obran en la causa cabe colegir que fueran diferentes actos engañosos los ejecutados por el acusado para conseguir que cada uno de los camiones con la carne fueran

enviados hasta Madrid. Se trató de un solo acuerdo y de un solo contrato, si bien la entrega de la mercancía se materializó en fechas sucesivas, todas ellas comprendidas en el corto periodo de doce días.

En consonancia con lo expuesto, ha de estimarse que concurre una unidad de acción y no una pluralidad de acciones. En la sentencia de instancia, aunque no se explica con la debida claridad y precisión, se da a entender que hay una pluralidad de acciones porque la mercancía vendida se entrega en diferentes fechas, dato que por cierto no se pormenoriza debidamente en los hechos probados. Centra así el concepto de pluralidad de acciones en el desvalor del resultado y no en el desvalor de la acción. De modo que, aunque la operación de venta pactada fue única y la acción engañosa no consta diversificada en distintas ocasiones, la pluraliza la Audiencia por el mero hecho de que los camiones con la mercancía fueran arribando a la nave frigorífica en fechas sucesivas.

Pues bien, ese criterio no puede asumirse, toda vez que la manifestación de la voluntad delictiva por parte del acusado se produjo en una sola ocasión con motivo de convenir y formalizar la compra de la mercancía, no constando que tal acción se ejecutara en diferentes fechas y en distintos contratos. La pluralidad de fechas relativas a la llegada de la mercancía no constituye un dato suficiente para estimar que concurre una pluralidad de acciones delictivas ensamblables en la figura del delito continuado.

Debe, pues, estimarse este submotivo del recurso y excluir la modalidad continuada del delito de estafa, dejando de aplicarse el art. 74 del C. Penal, con las consecuencias punitivas que se determinarán en la segunda sentencia”.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 5993/2005, de 10 de octubre de 2005

FUNDAMENTO DE DERECHO CUARTO

“(…) Finalmente en cuanto a la habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica, un tanto imprecisa, que ha originado distintas corrientes interpretativas.

La más habitual entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta, criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el art. 94 CP establece a los efectos de sustitución de las penas. Otra línea interpretativa, prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente.

Esta es la postura más correcta. La habitualidad no debe interpretarse en un sentido jurídico de multireincidencia en falta de malos tratos -lo que podría constituir un problema de non bis in ídem- parece más acertado optar por un criterio naturalístico entendiendo por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, pero no siendo estrictamente la pluralidad la que convierte a la falta en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo.

No se trata, por ello, de una falta de lesiones elevada a delito por la repetición, ya que no puede especularse en torno a si son tres o más de tres las ocasiones en las que se ha producido la violencia como se ha recogido en algunos postulados doctrinales para exigir la presencia del hecho delictivo por la habitualidad del maltrato sino que lo importante es que el Juez llegue a esa convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta dirección la habitualidad debe entenderse como concepto criminológico social, no como concepto jurídico- formal por lo que será una conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, ya que éstas actuarían como prueba de la habitualidad, que también podría demostrarse por otras más.

Por ello, lo esencial será constatar esa constante situación agresiva del recurrente hacia su esposa, que la sentencia considera acreditada, pues no es ocioso recordar que el delito del art. 153 consiste en ejercicio de violencia física o psíquica, con habitualidad, sin que requiera, además, la producción de un resultado material sino de peligro abstracto para la seguridad y salud personal de la víctima. En esta dirección debemos considerar la violencia como toda acción u omisión de uno o varios miembros de la familia que dé lugar a tensiones, vejaciones u otras situaciones similares en los diferentes miembros de la misma, concepto amplio que comprendería las más variadas formas de maltrato que se dan en la vida real”.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 3292/2004, de 14 de mayo de 2004

FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO

“En efecto, en primer término, no cabe hablar de ninguna vulneración del principio "non bis in ídem", por la posible duplicidad de sanciones por unos mismos hechos, por la sencilla razón de que el propio precepto legal, cuya infracción se denuncia, prevé expresamente que la sanción correspondiente a la conducta descrita en el mismo se impondrá, "sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare" (v. la redacción originaria del art. 153 C. Penal), "sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica" (v. la redacción del citado artículo según la reforma operada en el mismo por la L.O. 14/1999, de 9 de junio), "con independencia de que (...) los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores" (v. art. 173.3 del Código Penal, según el texto reformado por la L.O. 11/2003). Existen dos bienes jurídicos claramente diferenciados (la paz familiar y la integridad moral de la persona, de un lado, y la integridad física y psíquica de la persona, por otro). Los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor, no existe, por tanto, infracción del principio "nos bis in ídem" (v. STS de 9 de julio de 2001)”.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 174/2007, de 9 de marzo de 2007

FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO

“Desde la perspectiva expuesta, la privación de libertad, que ataca un bien jurídico distinto de la determinación de la prostitución, pero es, en el hecho probado el medio para su realización. Consecuentemente procede estimar parcialmente el motivo y dar lugar, de conformidad con el art. 77, a una penalidad conjunta que se vertebra en torno al delito más grave, la detención ilegal, en su mitad superior, y dentro del ámbito punitivo imponer la pena de cinco años y 6 meses de prisión atendiendo a los criterios

de individualización que el tribunal de instancia expone, aprovechamiento de privación de libertad para inferir malos tratos y amenazas y la duración del tiempo de privación de libertad, así como la concurrencia de los antecedentes penales que se reflejan en el hecho probado”.

SEGUNDA SENTENCIA

III.FALLO

“FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a Sara y Adolfo como autores responsables de un delito de detención ilegal en concurso con otro de determinación coactiva a la prostitución, concurriendo en éste, la agravante de reincidencia, a la pena de 5 AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio, al pago de las costas procesales, ratificando la deducción de testimonio acordada en la sentencia de instancia en orden a la ejecución del procedimiento abreviado 269/03 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Getafe.”

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 610/2013, de 15 de julio de 2013

FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO

“Por ello ha señalado esta Sala que "...la determinación al ejercicio de la prostitución mediante violencia o intimidación, o incluso aprovechando una situación de superioridad del autor o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, implica una cierta restricción de la libertad ambulatoria en cuanto que la persona que se ve determinada a actuar de esa forma no puede abandonar el lugar donde ejerce la prostitución mientras se dedica a su ejercicio efectivo" (STS núm. 1092/2004, de 1 de octubre de 2004), pero "... solamente se debe apreciar un delito de detención ilegal autónomo, no incluido en el anterior por aplicación del principio de especialidad, cuando se alcanza una situación de encierro o privación física de libertad de las víctimas del referido delito, es decir, de internamiento forzado en un lugar del que las víctimas no pueden salir por sí mismas, como consecuencia del desbordamiento de los factores fácticos que califican el delito del art. 188. Es decir, cuando se va más allá de la mera restricción deambulatoria ínsita a la coacción psíquica ejercitada para el mantenimiento en la actividad de prostitución" (STS núm. 594/2006, de 16 de mayo de 2006).

En consecuencia, es admisible la aplicación del art 188 CP sin privación de libertad deambulatoria, como sucede en el caso actual, en el que la prostitución se ejerce por la menor forzadamente pero en la calle, volviendo diariamente al domicilio de sus proxenetas para entregarles el dinero obtenido, comportamiento determinado como efecto directo de las coacciones y amenazas previamente sufridas. El hecho de que la menor dispusiese de teléfono móvil, de llave de la casa y de una cierta libertad deambulatoria, necesaria para el ejercicio de la prostitución callejera que es a la que la tenían dedicada los acusados, no excluye que actuase bajo coacción, por el temor a que se repitiesen los malos tratos o a que se ejecutasen las amenazas de muerte de que había sido objeto. Buena prueba del control que los acusados ejercían sobre la menor, fueron las 41 llamadas que le realizaron al móvil, cuando comprobaron que se retrasaba, precisamente por la intervención policial y las evidentes muestras de maltrato medicamente constatadas.”

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 580/2006, de 23 mayo de 2006

FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO

“En este sentido la STS 458/2003 de 31.3 reitera que "cuando los hechos delictivos encajan en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuridicidad del suceso, nos hallamos ante un concurso de normas a resolver por lo regulado en el art. 8 CP, concretamente por la regla 3ª que recoge el criterio de la absorción, a aplicar cuando el precepto penal más amplio consume o otro más simple...". Pero la consunción de una norma solo puede admitirse cuando "ninguna parte injusta del hecho" queda sin respuesta penal, debiendo accederse en otro caso al concurso de delitos.

Pues bien, en modo alguno puede entenderse por la teoría de la consunción que el delito de violencia habitual del art. 173.2 puede ser absorbido por el delito de agresión sexual y el delito de lesiones art. 153, cuando son totalmente distintos, como distinto es el bien jurídico de una y otra infracción, siendo perfectamente autónomos e independientes sin que entre ellos exista la relación que haga posible un supuesto de progresión o se dé el caso de que uno de los preceptos en los que el hecho es subsumible en su injusto el todo, de modo que el supuesto fáctico previsto por una de las normas constituya parte integrante del previsto por otra, y si se admitiera la aplicación del principio de consunción no se produciría la integra desvalorización del hecho, si se penara solo la agresión sexual y no el maltrato y lesiones, quedaría impune una parte injusta del hecho”.