



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Derecho de Asilo y Adopción Internacional

Trabajo de Fin de Grado

Alumna: Raquel V. Lois Bermejo

Tutor: Aberto Arufe Varela

ÍNDICE

| | |
|--|---------|
| Introducción _____ | Pág. 2 |
| ANEXO 1, Supuesto Práctico _____ | Pág. 2 |
| 1. Respeto del derecho de asilo | |
| 1.1 Dictamen sobre el procedimiento para la concesión del derecho de asilo _____ | Pág. 4 |
| 1.2 Dictamen sobre el posible riesgo para la seguridad nacional _____ | Pág. 12 |
| 1.3 Dictamen sobre la documentación aportada por Delilah _____ | Pág. 15 |
| 2. Respeto a la idoneidad de la familia García Castro como adoptantes | |
| 2.1 Fundamentos jurídicos que justifican la no idoneidad _____ | Pág. 20 |
| 2.2 Procedimiento a seguir para solicitar un nuevo informe de idoneidad _____ | Pág. 28 |
| 3. Atendiendo a la adopción realizada por José y María en Colombia | |
| 3.1 Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que incurren _____ | Pág. 30 |
| 3.2 Dictamen sobre la situación que vive el matrimonio de José y María _____ | Pág. 38 |
| 4. Efectos jurídicos derivados del secuestro de Aminah y Delilah _____ | Pág. 43 |
| 5. Respeto a la situación que sufrían los hijos de Abdel Bari y Aminah durante su secuestro | |
| 5.1 Determinar a qué delitos serán objeto de condena los secuestradores _____ | Pág. 47 |
| 5.2 Salvaguarda jurídica que les aportan las leyes de protección de los derechos del niño _____ | Pág. 49 |
| Conclusión Final _____ | Pág. 51 |
| Bibliografía _____ | Pág. 52 |

Introducción

El supuesto práctico escogido como Trabajo de Fin de Grado ha sido el de “Derecho de Asilo y Adopción Internacional” que trata temas de gran relevancia en la actualidad, como lo son la huida masiva de nacionales sirios a consecuencia de la guerra; la rigidez de los trámites para la adopción internacional y la consecuente búsqueda de vías infralegales para tener hijos; la violencia de género; la prostitución coactiva y las amenazas a menores. Son temas del ámbito del derecho internacional público y del derecho penal, especialmente son temas que inciden sobre el tratamiento de los extranjeros en España, bien como refugiados, bien como adoptados, bien como víctimas de actos delictivos. En el caso que nos ocupa, trataré de resolver a lo largo de estas páginas las cuestiones planteadas valorando qué legislación resulta pertinente, y buscando aplicarla de un modo eficaz.

Supuesto: Derecho de Asilo y Adopción Internacional

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

Tramitada la solicitud en la Oficina de Asilo y Refugio, siguiendo el procedimiento establecido para la concesión del derecho de asilo, pasadas unas semanas se les comunica la resolución favorable del Ministro del Interior a la madre y a los hijos, la cual les reconoce la condición de refugiados y el derecho de asilo, teniendo en cuenta los informes de ACNUR. En cambio, se le deniega el derecho de asilo mediante resolución del Ministerio de Interior al padre, Abdel Bari, debido a que el Centro Nacional de Inteligencia emitió un informe en el que sugería la posible existencia de un riesgo para la Seguridad Nacional. El informe recogía referencias a la relación existente en los noventa entre Abdel Bari y uno de los hermanos de Abu Bakr al-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 infralegales. Además, su trabajo y experiencia en la Consellería competente en adopciones le facilitaba acceso a información sobre los países con convenio de adopción, sobre las vías más rápidas para conseguirla. Así fue que, aprovechando su condición de funcionario y los datos de concedentes de niños en adopción, decide en septiembre de 2015 viajar a Bogotá con el propósito de adoptar ilegalmente un niño de una embarazada en Colombia, a cambio de una compensación económica, usando los medios a su alcance para llevar a cabo el propósito, como falsificación de documentos de identidad.

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

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

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

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

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

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

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

1.1 Respecto al derecho de asilo

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

Antecedentes de hecho

1. El 13 de Julio del año 2015, la familia Bari de origen sirio, formada por el padre Adbel Bari, la madre Aminah, su hijo Ali Bari y su hija Azhar, solicitan asilo desde la Embajada de Ankara en Turquía. Con ellos viaja una niña, Delilah que también solicita asilo.
2. Tramitada la solicitud en la Oficina de Asilo y Refugio, pasadas unas semanas se les comunica la resolución favorable del Ministerio del Interior a la madre y a los hijos teniendo en cuenta los informes de ACNUR.

Fundamentos jurídicos

1. Sobre la condición de refugiado.

El artículo 13.4 de la Constitución Española afirma que “La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”. De modo que el asilo se configura no como un derecho fundamental sino como un derecho de configuración legal, es decir que su contenido y alcance depende no de la Constitución, sino de la ley llamada a regularlo¹. Sin embargo, el legislador está limitado en la configuración normativa del derecho de asilo por la Convención de Ginebra, que marca los mínimos que debe respetar nuestra legislación con respecto al refugio. Afirmación reforzada por el artículo 10.2 de la Constitución que nos ordena interpretar nuestros derechos y libertades conforme a los tratados internacionales ratificados por España.

De este modo, la Ley 12/2009², de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, define el derecho de asilo como la “protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los comunitarios a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos de la ley y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de Julio de 1951, y su Protocolo de Nueva York, 1967”.

Por tanto, con carácter previo al análisis del procedimiento, debemos señalar qué factores deben darse para que se reconozca la condición de refugiado. El artículo 3 de la Ley 12/2009 establece que “La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9”.

¹POLO GUARDO, R. K; CARMONA MUÑOZ, V; *Guía sobre el derecho de asilo*, Ministerio del Interior, Madrid, 2005, p. 27

²Artículo 2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE núm. 263

La Directiva 2011/95/UE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 establece unos requisitos para ser considerado refugiado en el capítulo III y determina cómo deben ser los actos de persecución³ y en las mismas líneas lo hace el artículo 6 de La Ley 12/2009: “a) *suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales*. Y prosigue: “Los actos de persecución definidos en el apartado 1 podrán revestir, entre otras, las siguientes formas: a) actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual; b) medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o se apliquen de manera discriminatoria; c) procesamientos o penas que sean desproporcionados o discriminatorios; d) denegación de tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o discriminatorias; e) procesamientos o penas por la negativa a cumplir el servicio militar en un conflicto en el que el cumplimiento del servicio militar conllevaría delitos o actos comprendidos en los motivos de exclusión establecidos en el artículo 12, apartado 2; f) actos dirigidos contra las personas por razón de su sexo o por ser niños”.

En el artículo 10, la Directiva que he mencionado anteriormente entiende motivos de persecución: la raza o pertenencia a un determinado grupo étnico o social; la religión o profesión de creencias teístas, no teístas y ateas; la nacionalidad, que comprenderá la pertenencia a un grupo determinado por su identidad cultural, étnica o lingüística, sus orígenes geográficos o políticos comunes o su relación con la población de otro Estado; y la persecución por opiniones políticas.

El Auto del Tribunal Constitucional, del 12 de Marzo de 1996⁴ fue adoptado para fijar una serie de orientaciones o criterios interpretativos comunes sobre el asunto de los motivos de persecución definidos en el artículo 1.a de la Convención, criterios que han de ser tenidos en cuenta por los responsables del asilo en los estados miembros de la Unión, aunque admitiendo la posibilidad de que cada uno de ellos autorice otros casos de acogida al margen de los previstos en la Convención.

La Posición Común parte de que se puede hablar de persecución cuando los hechos acaecidos o el temor a que ocurran sea lo suficientemente graves para constituir un atentado grave a los derechos humanos por ejemplo a la vida, la libertad o la integridad física o porque a la vista de todos los elementos, éstos impidan de manera evidente la continuación de la vida de la persona que los ha sufrido en su país y estén originados por uno de los motivos mencionados en el artículo 1. Por tanto, el factor determinante para conceder el estatuto de refugiado es la existencia de temores fundados de ser perseguido por los motivos mencionados en la Convención, concretándose dichos temores según las circunstancias particulares de cada caso⁵.

En este caso Aminah, sus hijos y Delilah son originarios de Siria, donde actualmente se libera una guerra civil que les fuerza a cruzar las fronteras. Respecto a esta situación la jurisprudencia viene señalando una y otra vez que las situaciones de guerra civil o de conflicto interno generalizado en el país de origen del solicitante no dan lugar, por sí solas, y a falta de mayores datos sobre la situación personal del solicitante, a la concesión de la condición de refugiado. De esta doctrina se hace eco, por ejemplo, la sentencia de 10 de octubre de 2011⁶, que afirma:

³ Artículo 9 Directiva 2011/95/UE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida

⁴ Auto Tribunal Constitucional, Pleno, 12 de Marzo de 1996, nº 63/1996, Número de Recurso: 4364/1995

⁵ POLO GUARDO, R. K; CARMONA MUÑOZ, V; *Guía sobre...* cit. p. 52

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de octubre de 2011, Roj 6566/2011, rec. nº: 3933/2009

“ [...] la situación de conflicto interno generalizado en un país, incluso con debilitamiento de los poderes del Estado y surgimiento de grupos incontrolados que puedan poner en riesgo los derechos más básicos de las personas, no es, por sí sola, una causa de aquéllas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado, que requiere, no sólo el riesgo común, para todos, inherente a tal situación, sino, además, que ésta se haya traducido y concretado en una persecución, o en un fundado temor de persecución, hacia el solicitante de asilo, bien individualmente, bien por su pertenencia a un colectivo, y precisamente por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas; que es justamente lo que se echa en falta en este caso.”

En el mismo sentido, la sentencia de 10 de octubre de 2011⁷ recoge que: “[...] la conclusión alcanzada por la Administración y después por la Sala de instancia es plenamente acorde con la Posición Común del Consejo de la Unión Europea de 4 de marzo de 1996, que en su apartado sexto establece que "La referencia a una situación de guerra civil o de conflicto interno violento o generalizado y a los peligros que presenta no es suficiente por sí sola para justificar el reconocimiento de la condición de refugiado. El temor de persecución debe basarse siempre en uno de los motivos de la sección A del artículo 1 de la Convención de Ginebra y tener carácter personalizado".

Por lo tanto, ya que el caso no da información suficiente acerca de su situación, pero sí dice que se les reconoció la condición de refugiado, entiendo que cumplen los requisitos previstos en la ley. Si los informes de ACNUR han supuesto la concesión del derecho de asilo y la condición de refugiado, su familia sufría uno de los motivos de persecución recogidos en la legislación, puesto que es preceptivo como hemos visto, que se den estas circunstancias para que se atribuya el estatuto de refugiado. De manera que este será el planteamiento que tomaré para el desarrollo del procedimiento.

2. Sobre el procedimiento de la solicitud

La determinación de la condición de refugiado y, por tanto, la concesión del derecho de asilo, así como la concesión de otras formas de protección por razones humanitarias se lleva a cabo de manera individualizada a través de un único procedimiento que permite reconocer la condición de refugiado o conceder otro tipo de protección.

En este caso analizaremos el procedimiento sobre la *concesión del derecho de asilo*, tal y como el caso nos propone.

• Presentación de la solicitud

En virtud del artículo 17 de la Ley 12/2009 *el procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud*, es decir, se inicia siempre a instancia de parte. Es necesario que el extranjero solicite expresamente protección. Deberá efectuarse mediante comparecencia personal de los interesados que soliciten protección en los lugares que reglamentariamente se establezcan, o en caso de imposibilidad física o legal, mediante persona que lo represente.

El Real Decreto 203/1995 regula en el artículo 4 los *lugares de presentación* de la solicitud para el extranjero que desee obtener el asilo en España incluyendo en la lista en el apartado e) a las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas en el extranjero, donde Aminah y su familia realizan su presentación. La familia de Aminah y Delilah, solicitan asilo en España en la Embajada Española de

⁷Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de Octubre de 2011, Roj 6565/2011, rec. nº: 4900/2009

Ankara (Turquía). El artículo 38 de la Ley 12/2009 establece para las solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados: “Con el fin de atender casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la Representación diplomática y corra peligro su integridad física, los Embajadores de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley”.

En el plazo de 24 horas, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas debe ser informado de todas las peticiones de asilo.

El solicitante debe acreditar su identidad y proporcionar su relato verosímil de la persecución sufrida, mediante la prueba pertinente o indicios suficientes de las circunstancias que justificarían el otorgamiento de asilo⁸. De ello se deduce que el "temor a ser perseguido" es, un criterio básico para la concesión de asilo, pero ese elemento subjetivo no es suficiente si no va acompañado de datos objetivos que puedan explicar la existencia del temor. Dice, así, la sentencia de 9 de octubre de 2009⁹: “Puntualicemos, de todos modos, que el "temor a ser perseguido" es, un criterio básico para la concesión de asilo, pero no es menos cierto que ese elemento subjetivo no es suficiente si no va acompañado de datos objetivos que puedan explicar la existencia del temor”

Las solicitudes de asilo presentadas en el extranjero deben ser cursadas a la Oficina de Asilo y Refugio a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, acompañadas del correspondiente informe de la Misión Diplomática u Oficina Consular. La Oficina de Asilo y Refugio comunicará la presentación de toda solicitud de asilo al representante en España del ACNUR. Esta comunicación se realizará dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, a partir de su recepción por parte de la Oficina de Asilo y Refugio¹⁰.

• Efectos de la presentación de la solicitud

La presentación de la solicitud *supone* en virtud del artículo 19 de la Ley 12/2009 una serie de *garantías* para el extranjero, que no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva su solicitud, y suspenderá los procesos de ejecución de extradición etc con excepciones relativas a la seguridad nacional. Además de estas, existen otras condiciones recogidas en el art. 17. 3 de la misma ley, acerca de cómo debe iniciarse el proceso de solicitud de asilo, siendo preceptivo informar a la persona extranjera en una lengua que pueda comprender, acerca de: el procedimiento que debe seguirse; sus derechos y obligaciones durante la tramitación, en especial en materia de plazos y medios de que dispone para cumplir éstas; la posibilidad de contactar con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y con las Organizaciones no Gubernamentales legalmente reconocidas entre cuyos objetivos figure el asesoramiento y ayuda a las personas necesitadas de protección internacional; las posibles consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones o de su falta de colaboración con las autoridades; y los derechos y prestaciones sociales a los que tiene acceso en su condición de solicitante de protección internacional.

⁸ Artículo 9 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

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de Octubre de 2009, Roj 6068/2009, rec. nº: 233/2006

¹⁰ Artículo 6 del 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

• Entrevista

La solicitud se formalizará mediante entrevista personal que se realizará siempre individualmente. De forma excepcional, podrá requerirse la presencia de otros miembros de la familia de los solicitantes, si ello se considerase imprescindible para la adecuada formalización de la solicitud¹¹.

Los *requisitos* sobre los cuales debe llevarse a cabo esta *entrevista* aparecen regulados en la Directiva 2013/32/UE¹² sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, en el artículo 15. En rasgos generales se dispone que la entrevista personal debe discurrir de manera que se garantice su confidencialidad, sin la presencia de miembros de la familia, a menos que la autoridad decisoria considere necesario su presencia; que siempre que sea posible, dispondrán que la entrevista al solicitante sea celebrada por una persona del mismo sexo, si así lo pide aquel, a menos que la autoridad decisoria tenga motivos para creer que la petición no obedece a dificultades del solicitante para exponer las razones de su solicitud de manera completa; con un intérprete si es necesario y en la lengua que el solicitante prefiera y comprenda; que la persona que celebre la entrevista no lleve uniforme militar; y asegurarán que las entrevistas de menores se celebran de una manera adecuada para los niños.

• Admisión

Para que una solicitud sea admitida debe estar exenta de las siguientes causas de inadmisión¹³:

1. Que no corresponda a España su examen con arreglo al Reglamento (CE) 343/2003, del Consejo, de 18 de febrero, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.
2. Cuando no corresponda a España su examen de conformidad con los Convenios Internacionales en que sea Parte. En la resolución por la que se acuerde la no admisión a trámite se indicará a la persona solicitante el Estado responsable de examinarla.
3. Que la persona solicitante se halle reconocida como refugiada y tenga derecho a residir o a obtener protección internacional efectiva en un tercer Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 25.2.b) y en el artículo 26 de 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, siempre que sea readmitida en ese país, no exista peligro para su vida o su libertad, ni esté expuesta a tortura o a trato inhumano o degradante y tenga protección efectiva contra la devolución al país perseguidor, con arreglo a la Convención de Ginebra;
4. Cuando el solicitante proceda de un tercer país seguro, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo y, en su caso con la lista que sea elaborada por la Unión Europea, siempre que el solicitante sea readmitido en ese país y existan vínculos por los cuales sería razonable que el solicitante fuera a ese país.
5. Que el solicitante hubiese reiterado una solicitud ya denegada en España o presentado una nueva solicitud con otros datos personales, siempre que no se planteen nuevas circunstancias relevantes en cuanto a las condiciones particulares o a la situación del país de origen o de residencia habitual de la persona interesada;
6. Cuando la persona solicitante sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea.

La Oficina de Asilo y Refugio, cuando al valorar el contenido de una solicitud de asilo estime que en

¹¹ Artículo 17 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. «BOE» núm. 263

¹² Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de Junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional

¹³ Página del Ministerio del Interior, Extranjería <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria/asilo-y-refugio/tramitacion-de-las-solicitudes>

la misma concurre de modo manifiesto alguna de las circunstancias anteriormente señaladas, propondrá al Ministro del Interior, a través del Director General de Política Interior, su no admisión a trámite. Considero que la solicitud de Aminah, sus hijos y Delilah debe ser admitida a trámite puesto que no incurre en ninguna estas causas de inadmisión.

• **Tramitación**

El artículo 24 de la Ley 12/2009, determina que la solicitud de protección internacional *admitida a trámite* da lugar al inicio del procedimiento por parte del Ministerio del Interior, y con ella la instrucción de los expedientes. Estos se elevarán a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, que formulará propuesta al Ministro del Interior, quien será el competente para dictar la correspondiente resolución por la que se conceda o deniegue el derecho de asilo o la protección subsidiaria.

La instrucción se llevará a cabo conforme a lo establecido en los artículos 24 y 25 del Real Decreto de 203/1995, del modo siguiente. El interesado podrá presentar la documentación e información complementaria que considere conveniente y formular las alegaciones necesarias en apoyo de su petición. Dichas actuaciones habrán de verificarse antes del trámite de audiencia, previo a la remisión del expediente a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio. La Oficina de Asilo y Refugio podrá recabar, tanto de los órganos de la Administración del Estado como de cualesquiera otras entidades públicas, cuantos informes estime convenientes. Se incorporarán al expediente, en su caso, los informes del ACNUR y de las asociaciones legalmente reconocidas que, entre sus objetivos, tengan el asesoramiento y ayuda del refugiado.

El plazo máximo de tramitación del expediente será de seis meses. Transcurrido dicho plazo sin que recaiga resolución expresa sobre la solicitud de asilo formulada, ésta podrá entenderse desestimada, sin perjuicio de la obligación de la Administración de resolver expresamente. En los supuestos de tramitación a través de Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares, el plazo de seis meses comenzará a contar desde la recepción de la solicitud en la Oficina de Asilo y Refugio.

Instruido el expediente e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se dará audiencia a los interesados, en el plazo de diez días, para que pueden alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes. Sin embargo, se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figure en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

• **Notificación**

Respecto a la notificación, el artículo 28 de la Ley 12/2009 recoge que “a efectos de comunicaciones y notificaciones, se tendrá en cuenta el último domicilio o residencia que conste en el expediente. Cuando no prospere este procedimiento de notificación, el trámite se realizará a través del Portal del Ciudadano, del portal electrónico de la Oficina de Asilo y Refugio y de los tabloneros de anuncios, accesibles al público, de la Comisaría de Policía correspondiente o de la Oficina de Extranjeros de la provincia en que conste el último lugar de residencia de la persona solicitante y, en todo caso, de la Oficina de Asilo y Refugio. De estos extremos se informará a los solicitantes al formalizar su solicitud, que podrán exigir que se cumpla la garantía del apartado 4 del artículo 16”.

3. Sobre la intervención de la Oficina de Asilo y Refugio

El artículo 23 de la Ley 12/2009 determina que el órgano competente para la tramitación de las solicitudes de protección internacional, es la Oficina de Asilo y Refugio, dependiente del Ministerio

del Interior, sin perjuicio de las demás funciones que reglamentariamente se le atribuyan. Y el artículo 3 del Real Decreto 203/1995 desarrolla sus funciones, en las que se encuentran el modo – fundamental – en el que interviene en el procedimiento para la concesión del derecho de asilo.

La Oficina de Asilo y Refugio:

- Instruye el procedimiento para la concesión de asilo.
- Constituye el soporte material de la Secretaría de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio.
- Notifica a los interesados las resoluciones de las solicitudes sin perjuicio de lo dispuesto en el Real Decreto 1521/1911, de 11 de octubre, sobre creación, competencias y funcionamiento de las Oficinas de Extranjeros
- Informa y orienta a los solicitantes de asilo sobre los servicios sociales existentes.
- Propone al Ministro de Justicia e Interior, a través del Director general de Procesos Electorales, Extranjería y Asilo, las inadmisiones a trámite de solicitudes de asilo
- Da cuenta periódicamente a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio de las inadmisiones acordadas y de los criterios aplicados.
- Proporciona al representante del ACNUR en España los datos estadísticos y cualesquiera otros relacionados con solicitantes de asilo y refugiados en España, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.
- Examinar los expedientes de apatridia y elevar propuestas de resolución al Ministro del Interior a través de la Dirección General de Extranjería e Inmigración e instruye los expedientes para reconocer el estatuto de apátrida, así como otras funciones señaladas en apartados anteriores respecto a la aplicación de dichos expedientes

4. Sobre la intervención de ACNUR

En el artículo 34 de la Ley 12/2009 encontramos que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) interviene en el procedimiento de solicitud, siendo obligado que la presentación de las solicitudes de protección internacional se comunique 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. En virtud de este artículo, ACNUR tendrá acceso a las personas solicitantes, incluidas las que se encuentren en dependencias fronterizas o en centros de internamiento de extranjeros o penitenciarios.

El artículo 35 concreta la intervención de ACNUR en la tramitación de protección internacional, donde se recoge que el representante en España del ACNUR será convocado a las sesiones de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, y será informado inmediatamente de la presentación de las solicitudes en frontera y podrá entrevistarse, si lo desea, con los solicitantes.

El artículo 29 de la Directiva 2013/32/UE establece las funciones que el ACNUR puede tener en los Estados miembros: a) tener acceso a los solicitantes, incluidos los que están internados y los que se encuentran en la frontera y en las zonas de tránsito; b) acceder a información sobre solicitudes individuales de protección internacional, sobre el curso del procedimiento y sobre resoluciones adoptadas, siempre y cuando el solicitante dé su consentimiento; c) manifestar su opinión, en el ejercicio de sus responsabilidades de vigilancia de conformidad con el artículo 35 de la Convención de Ginebra, a toda autoridad competente sobre solicitudes individuales de protección internacional en cualquier fase del procedimiento.

Conclusión:

Para que se reconozca la condición de refugiado¹⁴ deben existir temores fundados a ser perseguido en el país de origen por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual. Ya que el caso no da información suficiente acerca de la situación de la familia de Aminha y de Delilah, pero sí dispone que se les concedió la condición de refugiado, entiendo que cumplen los requisitos previstos en la ley. De este modo, son aptas para tramitar la solicitud de asilo, que comienza con la presentación de la solicitud, siempre entonces, a instancia de parte. En la solicitud debe acreditar su identidad y aportar datos objetivos sobre la persecución sufrida.

La solicitud la plantean en la Embajada¹⁵ de Ankara, y su presentación supone ciertas garantías para el extranjero, como no poder ser objeto de retorno (basado en el *non-refoulement principle*¹⁶, que impide devolver a un individuo a un territorio donde corra peligro hasta que se resuelva su solicitud). La presentación de las solicitudes de protección internacional debe comunicarse al ACNUR, quien podrá estar presente en la entrevista personal. Esta entrevista es necesaria para formalizar el procedimiento y es realizada individualmente siguiendo los requisitos establecidos en la ley¹⁷.

La solicitud es tramitada por el Ministerio del Interior a través de la Oficina de Asilo y Refugio, quien iniciará la instrucción de los expedientes. Éstos se elevan a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, donde ACNUR puede ser convocado¹⁸ a las sesiones.

El plazo máximo de tramitación es de seis meses¹⁹, que en este caso, al ser tramitado a través de Misión Diplomática, comienza a contar desde la recepción de la solicitud de la Oficina de Asilo y Refugio. Instruido el expediente se da audiencia a los interesados en el plazo de 10 días para que puedan formular alegaciones y presentar documentos que consideren pertinentes. Se les notificará²⁰, si prospera, como es el caso, teniendo en cuenta el último domicilio o residencia que conste en el expediente.

¹⁴ Artículo 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. «BOE» núm. 263

¹⁵ Artículo 4 del 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.

¹⁶ GAMMELTOFT-HANSEN, T. *Access to Asylum*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 17

¹⁷ Artículo 15 de la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional

¹⁸ Artículo 35 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. «BOE» núm. 263

¹⁹ Artículo 24.4 del 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.

²⁰ Artículo 28 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. «BOE» núm. 263

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 recomposición familiar?

Antecedentes de hecho:

1. El 13 de Julio del año 2015, Abdel Bari y su familia solicitan asilo en la Embajada Española de Ankara (Turquía).
2. Tramitada la solicitud de la Oficina de Asilo y Refugio se les comunica la resolución favorable del Ministerio del Interior a la madre y los hijos, teniendo en cuenta los informes de ACNUR
3. Sin embargo, Abdel Bari es denegado este derecho por un posible riesgo para la Seguridad Nacional
4. Abdel Bari vuelve a solicitar asilo en España en el aeropuerto del Prat de Barcelona, estimando necesario el reexamen de su expediente, alegando la necesidad de recomposición de la unidad familiar y dice sentirse sometido a persecución por sus viejos amigos por haber manifestado nuevas ideas políticas.

Fundamentos jurídicos:

1. Sobre el posible riesgo para la seguridad nacional en caso de recibir a Abdel- Bari, cuando solicitó el asilo por primera vez y cuando solicita el reexamen del expediente.

El Directiva 2011/95/UE²¹ determina unas causas de exclusión de la concesión del derecho de asilo, donde dispone que son excluidos de este derecho aquellos que: han cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; han cometido un grave delito común fuera del país de refugio antes de ser admitidos como refugiados; es decir, antes de la expedición de un permiso de residencia basado en la concesión del estatuto de refugiado; los actos especialmente crueles, incluso si su comisión persigue un supuesto objetivo político, podrán catalogarse como delitos comunes graves; se han hecho culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas establecidos en el Preámbulo y en los artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas”. Y el apartado 3 recoge que se aplicará a las personas que inciten a la comisión de los delitos o actos mencionados en él, o bien participen en su comisión. El artículo 8 de la Ley 12/2009²² es una transcripción del art. 12 de la Directiva.

El artículo 9, de rúbrica “Causas de denegación”, dispone en el apartado a): “En todo caso, el derecho de asilo se denegará a: las personas que constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España.

Antes de analizar si Abdel Bari efectivamente representaba un peligro para la seguridad nacional,

²¹ Artículo 12 de la Directiva 2011/95/UE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida

²² Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria

veamos como la jurisprudencia ha valorado la consideración de “peligro para la seguridad nacional”. Se declaró en Sentencia del Tribunal Supremo del 17 de diciembre de 2009²³: "La locución “peligro para la seguridad del país” entraña un concepto jurídico indeterminado, siendo así que en la valoración del mismo la Administración Pública puede disponer de un cierto margen de apreciación, que, sin embargo, no puede confundirse con la técnica de la discrecionalidad administrativa. Podría incluso llegar a pensarse –a efectos dialécticos– que aquella cláusula de salvaguardia encierra una reserva de soberanía a favor de los Estados Contratantes, cuyo ejercicio se tradujese en un acto político. Sin embargo, aún en este caso el supuesto acto político sería susceptible de control judicial -según la más moderna jurisprudencia- dado que los requisitos y límites de tal acto aparecen definidos por conceptos jurídicamente asequibles."

La sentencia de la Audiencia Nacional del 17 de Julio del 2014²⁴, formula al respecto: “Con este concepto jurídico indeterminado se concede a las autoridades españolas un amplio margen de discrecionalidad a la hora de rechazar la protección internacional solicitada sobre la base de razones no precisas ni precisadas de orden público o seguridad pública, y que configuran el concepto de "seguridad nacional", todo ello, en el marco de esa creciente preocupación internacional por los temas de seguridad, que está incidiendo en la interpretación y ámbito del concepto de refugiado. [...] Por ello, a la hora de aplicar el Estado esta "cláusula de exclusión", contemplada como "causa de denegación", ha de extremar los razonamientos y motivos sobre los que sustenta el "peligro para la seguridad nacional", *estando vedada la remisión general a dicho concepto sin sustento fáctico o razonamiento fundado*".

Si Abdel Bari era sospechoso de pertenecer a una organización terrorista debo entender que incurre en las causas de exclusión de la concesión del derecho de asilo del artículo anterior. Sin embargo, el informe en el que basan estas alegaciones por parte del Ministerio del Interior recogía referencias a la relación existente en los noventa entre Abdel Bari y uno de los hermanos de Abu Bakr al-Baghadi, actual líder del llamado Estado Islámico. Esta relación se produjo hace más de 25 años con uno de los hermanos del líder, lo que no prueba que exista relación directa entre él y el grupo terrorista, por lo que no creo que la *primera denegación* esté debidamente fundada.

No obstante, Abdel Bari vuelve a solicitar asilo alegando sentirse sometido a persecución por sus viejos amigos por haber manifestado *nuevas ideas políticas*. Esto podría ser una prueba de que continuaba manteniendo contacto con estas personas, y que su cambio de “ideas políticas” es reciente y quizá, improvisado.

2. Sobre la recomposición familiar

La directiva 2011/95/UE²⁵ en el artículo 23 establece sobre el mantenimiento de la unidad familiar que: “Los Estados miembros velarán por que pueda mantenerse la unidad familiar” pero clarifica en el apartado 4: “No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, los Estados miembros podrán denegar, reducir o retirar las prestaciones que en los mismos se mencionan por motivos de seguridad nacional o de orden público”.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección 5ª, 17 de diciembre de 2009, rec. n.º. 4858/2006, RJ 2010/2883

²⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, del 17 de Julio de 2014, rec. N.º 405/2013 RJ 2014/716

²⁵ Directiva 2011/95/UE Del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y el contenido de la protección concedida

Respecto a la unidad familiar el artículo 39 de la Ley 12/2009 a su vez, protege la unidad familiar del modo siguiente “Se garantizará el mantenimiento de la familia de las personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria en los términos previstos los artículos 40 y 41 de la presente Ley”. Y en el artículo 40 recoge la extensión familiar de este derecho, otorgándola a “Los ascendientes en primer grado que acreditasen la dependencia y sus descendientes en primer grado que fueran menores de edad, quedando exceptuado el derecho a la extensión familiar en los supuestos de distinta nacionalidad”, y añade en el párrafo segundo que esta relación debe “establecerse mediante las pruebas científicas que sean necesarias, en los casos donde no pueda determinarse sin dudas esa relación de parentesco” Asimismo en el apartado b de este artículo, también se extiende la unidad familiar al “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”.

No obstante, el artículo 41. 5 excluye de este derecho a aquellos incursos en los supuestos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 8 y en los artículos 9, 11 y 12 de la presente Ley. Siendo estos quienes un peligro para la seguridad de España; las personas que, habiendo sido objeto de una condena firme por delito grave constituyan una amenaza para la comunidad han cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, un delito grave cometido fuera del país de refugio antes de ser admitidas como refugiadas, es decir, antes de la expedición de una autorización de residencia basada en el reconocimiento de la condición de refugiado, entendiéndose como delito grave los que lo sean conforme al Código Penal español y que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas o el patrimonio, siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada; son culpables de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas establecidos en el Preámbulo y en los artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas. E incluye en el apartado 3 del artículo 8 que esto también se aplicará a las personas que inciten a la comisión de los delitos o actos mencionados en él, o bien participen en su comisión.

En cuanto a su fundamentación constitucional, el reagrupamiento familiar del refugiado o beneficiario de protección subsidiaria entronca con el artículo 13 CE que afirma que los extranjeros gozan de los derechos contenidos en el Título I de la Constitución así como con el reconocimiento constitucional del derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18); la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1); el derecho al matrimonio (artículo 32) y la protección de la familia (artículo 39)²⁶

Pero, ¿quién puede pedir la recomposición familiar? ¿Puede pedir recomponer la familia alguien a quien no fue concedido el derecho de asilo? Del artículo 41 ya antes mencionado donde se dice “*Las personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria podrán optar por reagrupar...*” se deduce que la petición de recomposición familiar sólo pueden requerirla las personas beneficiarias de la protección internacional, algo que Abdel Bari no posee. ACNUR dice al respecto: “La reunificación familiar *es un derecho reconocido* en el artículo 36.1. k) de la Ley 12/2009 *a aquellas personas que hayan sido reconocidas como refugiadas o beneficiarias de la protección subsidiaria en España*. Una vez que se sea beneficiario de este derecho, la Representación española del ACNUR, podrá ayudar en función del país de origen en el que se encuentren los familiares, en los trámites necesarios para

²⁶ PAUNER CHUL. C. La unidad familiar en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección social subsidiaria, 2011, p. 5

llevarla a cabo²⁷.

Del artículo 40²⁸ donde se habla de la extensión familiar del derecho de asilo, donde Abdel Bari quedaría enmarcado en el supuesto de cónyuge y ascendiente, la extensión del derecho podría deducirse, sin embargo dado que no le concedieron el asilo en un primer momento, no sería él quien pudiese pedirlo.

Conclusión:

Por tanto, a la pregunta ¿considera hecho justificativo de la concesión la necesidad de recomposición familiar? Debo responder que no es un hecho justificativo ya que por un lado, es la familia quién tiene la capacidad para solicitar la unificación familiar, por lo que Abdel Bari no puede solicitar la recomposición familiar, y por otro, si efectivamente la entrada de Abdel Bari supone un peligro para la seguridad nacional, España tiene jurisdicción como se deduce del art. 41.5 o del 9 de la Ley 12/2009, para denegarle el derecho de asilo y el de unidad familiar. En definitiva, en ningún caso se concederá, por extensión familiar, asilo o protección subsidiaria a personas incurso en alguno de los supuestos de exclusión o de denegación previstos²⁹ especialmente en este caso, donde el sujeto en cuestión no tiene capacidad para requerirlo.

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.

Antecedentes de hecho

1. Junto con la familia de Abdel Bari viajaba una joven sin su familia, Delilah.
2. Mostraba apariencia de tener 21 años
3. Su apariencia física no se correspondía con su documentación
4. Portaba documentación siria en la que señalaba su fecha de nacimiento como el 1 de mayo de 2000, por lo tanto, 16 años.

Fundamentos jurídicos

El Real Decreto 557/2011³⁰, establece sobre la Acreditación de la situación de los extranjeros en España en su artículo 207, los diferentes documentos acreditativos con los que el Extranjero en España puede identificarse. Siendo estas mediante el pasaporte o documento de viaje, el visado o la Tarjeta de Identidad de Extranjero. Excepcionalmente podrá acreditarse dicha situación mediante otras autorizaciones o documentos válidamente expedidos a tal fin por las autoridades españolas. Y sobre el pasaporte o documento de viaje el artículo 208 de la misma norma, determina que debe acreditar, además de la identidad, la situación de estancia en España en aquellos supuestos de extranjeros que no precisen de la obtención de un visado de corta duración.

La condición de menor es preferente sobre la de su origen o procedencia, y su protección deberá ser

²⁷<http://acnur.es/preguntas-seccion-legal>

²⁸ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria

²⁹http://www.policia.es/documentacion/asilo/refugio/as_re_unidad_familiar.html

³⁰ 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

interpretada sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, siendo la consideración primordial a que se atenderá la del “interés superior” del menor³¹, según establece el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño³².

Delilah llega sola, acompañada de una familia que parece no ser la suya, y trae consigo un pasaporte que señala como su fecha de nacimiento el 1 de mayo de 2000, una fecha que no se corresponde con su aspecto físico, que aparenta ser el de una mujer de 21 años. Para conocer la precisión de la documentación es necesario llevar a cabo un procedimiento de determinación de la edad.

En un principio, presumiendo la veracidad del documento y su inocencia, sería considerada como una menor no acompañada. El artículo 189 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, define menor extranjero no acompañado como “extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación”.

Al ser localizado un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad, la primera cuestión que se lleva a cabo es la determinación de la misma para que jurídicamente la administración tenga una resolución habilitante para posibilitar su acogida dentro del sistema de protección o tomar otro tipo de decisión. Se debe dictar para preservar la defensa de sus derechos mientras se resuelve y se determina su posible edad ya cronológica ya biológica (esta última se toma en cuenta si la primera finalmente no es posible de acreditar).

La Ley Orgánica 4/2000³³, en el artículo 35. 3. dispone que será el Ministerio Fiscal el encargado de determinar la edad “En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, *poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal*, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán *las instituciones sanitarias oportunas* que, con carácter prioritario, *realizarán las pruebas necesarias*”.

Por tanto, en los supuestos en los que no consta la edad cronológica de un individuo, el ordenamiento prevé que la autoridad competente determinará de la edad con el auxilio de la ciencia médica para las pruebas que estimen la edad biológica.

Los procesos de determinación de la edad han causado numerosas controversias. Por una parte, la aceptación de la minoría de edad de un sujeto, supone una serie de ventajas respecto a los mayores de 18 años, y como consecuencia en muchos casos se alega la minoría de edad para evitar el procedimiento de expulsión, ya que los menores no son expulsados, si no enviados a un centro de menores indocumentados y la mayoría de ellos consigue permanecer en España de esta forma. En otros casos la controversia se origina en torno a las facultades de las autoridades para denegar la validez de un documento en base a su “apreciación” sobre la apariencia física del extranjero. Para

³¹MOLES, C. *Sólo por estar solo, Informe sobre la determinación de la edad de menores migrantes no acompañados*, Fundación Raíces, Madrid, 2014. p. 15

³² Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990.

³³ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en el artículo

tratar de acabar con las arbitrariedades se plantearon ciertas pruebas para determinar la edad, pruebas que son también parte de la polémica por su invasión a la intimidad y dignidad de la persona.

Son diversas las pruebas empleadas para determinar la edad. Una de ellas es la relativa al desarrollo genital, se puso en duda por ser una violación del derecho a la intimidad e integridad física.

Otras de las pruebas son las óseas, de las más utilizadas en España: el Atlas de Greulich Pyle y el método Tunner Whintehouse 41. Se utiliza la radiografía de la mano izquierda de los menores para observar la maduración ósea. En ella se valora la transformación progresiva de los huesos de la mano y muñeca, si bien, es necesario puntualizar que la aplicación de esta prueba sola no permite arrojar resultados fiables del todo. En el caso de Greulich, compara la evolución de sus huesos con unos patrones que Grenlich - Pyle van a estudiar en 1959 para una población caucásica y anglosajona. En cuanto al método Tunner, se analiza cómo de desarrollados están veinte puntos concretos de los huesos de la mano y muñeca. Esta prueba puede tener una desviación de la edad de hasta 18 meses. La queja mayoritaria de los médicos forenses, organizaciones y asociaciones para la defensa de los menores extranjeros en cuanto a la aplicación de ambos métodos, es que son demasiado subjetivos, y dejan fuera otras pruebas, como un examen dental de Dermijian, prueba que hasta ahora es la más fiable, que observa el desarrollo del tercer molar (muela del juicio) para calcular la edad. Además existen otras pruebas como las relativas a la unión de la clavícula con el esternón, que observa la osificación del cartílago costal de la clavícula en relación con la edad igual o superior a 21 años, u otras pruebas de exploración física (estudio antropométrico: peso, talla, constitución, madurez sexual, identificación de patologías que alteren el desarrollo), además de efectuar una entrevista personal, entre otros³⁴.

El extranjero tiene la posibilidad de oponerse a estos exámenes, lo que en un primer momento el tribunal tomó como una prueba de su mayoría de edad, un indicio de que trataba de ocultar la verdad, y sentencias posteriores respondieron a ello que los extranjeros pueden oponerse a algunas pruebas por ser dañinas para su salud. (En el caso de la radiografía, por su radiación).

Al no existir acuerdo acerca de la realización de las pruebas, algunos tribunales las permitían y otros no. El Tribunal Supremo resuelve acerca de la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el valor de la documentación que portan los menores no acompañados cuando dicha documentación contiene datos que suponen una aparente discrepancia entre la edad del menor que figura en el documento y la complexión física del mismo. Esta sentencia sobre un ciudadano de Guinea se basa en otra, sobre una ciudadana de Ghana³⁵ que, y ambas se da la circunstancia de que pese a tener pasaportes expedidos en su país de origen acreditando la fecha de nacimiento y la minoría de edad, fueron declarados mayores de edad tras la realización de las pruebas médicas y dejaron de estar tutelados por los servicios de las administraciones correspondientes (Diputación Foral de Álava y Generalitat de Cataluña). En ambos casos, el Tribunal Supremo dispone que deben quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2014, encontramos lo anterior de este modo:

“el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. *Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En*

³⁴MOLES, C. *Sólo por estar solo...* cit. p. 17

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno, N° 453/2014 de 23 de septiembre de 2014, RJ 2014/4839 rec. n° 1382/2013

cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad”.

El Tribunal Supremo llega a esta conclusión a través de los siguientes argumentos:

1.- El pasaporte es un documento con validez internacional expedido por las autoridades del país de origen o procedencia de su titular, cuya finalidad primordial es la de facilitar la entrada y salida de un ciudadano en un estado que no sea el suyo propio. [...] La Ley de Enjuiciamiento Civil, señala que tienen carácter procesal y sirven para otorgar valor y eficacia probatoria de documento público a un documento extranjero, pero nada señala sobre la validez del pasaporte, de tal forma que se trata de una valoración que no corresponde hacer a los funcionarios encargados de su recepción para autorizar la entrada o salida de nuestro país pues no depende de que tenga o no la fuerza probatoria que nuestra ley atribuye a los documentos expedidos en el extranjero, sino de que sea válido conforme a los requisitos exigidos en el país de origen y que contenga datos suficientes para la determinación de identidad y nacionalidad de su titular.

2. En cuanto a los artículos 6 y 190 del Reglamento de Extranjería, para acreditar su identidad, el extranjero que pretenda entrar en España deberá hallarse provistos de alguno de los documentos que cita. El 190 establece que “cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero no acompañado cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física, éste será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal.

En el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado no pueda ser establecida con seguridad, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto tengan conocimiento de esa circunstancia o localicen al supuesto menor en España, informarán a los servicios autonómicos de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor. Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias”.

3.- Por tanto, de esto deduce el Tribunal Supremo que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte legalmente expedido por el país de origen cuya validez no ha sido cuestionada ni ha sido invalidado por ningún organismo competente. Se hace necesario, por tanto, realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad, lo que no se ha hecho.

4.- Y ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las pruebas médicas para la determinación de la edad, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad, y deberán resolverse a favor del menor, habida cuenta el hecho de que las técnicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad de un individuo.

5.- Además, la resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE (2012/2263 (INI), establece que el menor es ante todo un niño expuesto a un peligro potencial y la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los estados miembros. El interés superior es el del menor, y debe prevalecer sobre cualquier otra consideración en todos los actos adoptados en este ámbito, tanto por las autoridades públicas como por las instituciones privadas. Además el carácter de las técnicas médicas

que se utilizan para determinar la edad en ciertos Estados miembros puede llegar a ser inadecuado e intrusivo, y en consecuencia pueden resultar traumatizantes, por lo que aconseja otras pruebas distintas, por expertos y profesionales independientes y cualificados, especialmente en el caso de las niñas.

Por último, debo hacer referencia a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil *modificada por la Ley Orgánica 8/2015*, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia donde en el artículo 12. 4. establece lo siguiente *“Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente, especialmente si son invasivas”*.

Conclusión:

Teniendo en cuenta estas consideraciones de la jurisprudencia y de la ley, Delilah deberá quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados, y teniendo en cuenta que Delilah está perfectamente identificada, deberá verificarse primero si su pasaporte es verdadero y si no hay motivo suficiente para pensar que no lo es, no podrá ser sometida a las pruebas de determinación de la edad. "el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido"³⁶.

³⁶Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno, N^o 452/2014 de 24 de septiembre de 2014, RJ 2014/4689 rec. n^o 280/2013

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

2.1. Fundamentos jurídicos que justifican la no idoneidad.

Esta pregunta suscita diversos modos de resolverla: bien que justifique la no idoneidad según los preceptos normativos, bien que justifique la no idoneidad de la familia en cuestión, bien que valore la idoneidad *o no* de la familia. Yo he optado por analizar el concepto de “idoneidad” en la normativa y valorar desde este análisis, si la familia García Castro es efectivamente no idónea para adoptar.

Para entender cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la *no idoneidad*, debemos preguntarnos primero qué es la idoneidad.

La necesidad de un certificado que declare la idoneidad de los adoptantes fue introducida con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, si bien ya se regulaba en diversos textos internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del niño³⁷ y el Convenio de La Haya de 1993³⁸. A pesar de que la ley nacional supuso avances en la materia, sería necesaria una reforma en profundidad de la misma, que tratase de poner fin a las dudas y deficiencias de la ley³⁹.

La regulación de la idoneidad se hace en España a través de la normativa estatal, autonómica e internacional.

Haré referencia en primer lugar a la normativa internacional, ya que es la superior jerárquicamente.

El Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, ratificado el 30 de junio de 1995, en su artículo 5 establece que las adopciones sólo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del estado de recepción:

- a) Han constatado que los futuros padres adoptivos son *adecuados* y *aptos* para adoptar.
- b) Se han asegurado de que los futuros padres adoptivos han sido convenientemente asesorados.
- c) Han constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado.

Para interpretar correctamente los términos “adecuados” y “aptos”⁴⁰ acudimos al Informe Explicativo de la Oficina Permanente de La Haya:

Que sean *adecuados* (en el original inglés, “*eligible*”), implica que cumplen todas las condiciones o requisitos jurídicos.

Que sean *aptos* (en el original inglés, “*suited*”), significa que satisfacen las cualidades socio-psicológicas necesarias⁴¹.

³⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990.

³⁸ Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. Instrumento de ratificación del 30 de junio de 1995.

³⁹ ESTEBAN DE LA ROSA, G. *Regulación de la Adopción Internacional, Nuevos problemas, nuevas soluciones*. Thomson Aranzadi, 2007 p. 203

⁴⁰ CASALILLA GALÁN, J. A.; BERMEJO CUADRILLERO, F. A.; ROMERO GONZÁLEZ, A. , *Manual para la valoración de la idoneidad en adopción internacional*, B.O.C.M, Madrid, 2008, p. 40

⁴¹ G. PARRA-ARANGUREN, *Informe explicativo del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional*, 1993

El artículo 15 de la misma Convención continúa refiriéndose a estas aptitudes del modo siguiente:

1. Si la Autoridad Central del Estado de recepción considera que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, preparará un informe que contenga información sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar y médica, su medio social, los motivos que les animan, su aptitud para asumir una adopción internacional y sobre los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo.
2. Esta Autoridad Central transmitirá el informe a la Autoridad Central del Estado de origen.

Los informes pueden incluir cualquier otra información que considere pertinente, ya que se pretende transmitir los suficientes datos personales sobre los posibles adoptantes⁴².

También debemos añadir el artículo 17 de la Convención, puesto que exige que la Autoridad Central del Estado deba manifestar su aprobación con respecto a la adopción.

En el Estado de origen sólo se podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos si:

- a) La Autoridad Central del Estado de origen se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo.
- b) La Autoridad Central del Estado de recepción ha aprobado tal decisión, si así lo requiere la ley de dicho Estado o la Autoridad Central del Estado de origen.
- c) Las Autoridades Centrales de ambos Estados están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción.
- d) Se ha constatado, de acuerdo con el artículo 5, que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.

En segundo lugar, analizaremos la normativa estatal respecto la idoneidad en la adopción internacional. La idoneidad es definida en el artículo 10 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional⁴³ de la forma siguiente: “se entiende por idoneidad 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”

Por tanto, la declaración de idoneidad sólo puede producirse a través de una valoración de las aptitudes de los adoptantes, y efectivamente así lo establece en su apartado segundo el mismo artículo “la declaración de idoneidad requerirá una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar y relacional de las personas que se ofrecen para la adopción, su *capacidad* para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus particulares circunstancias, así como cualquier otro elemento útil relacionado con la singularidad de la adopción internacional”.

También debemos tener en cuenta el artículo 10.3 de la misma ley, de vital importancia en este caso, dado el transcurso de tres años desde que se les consideró *capaces* hasta que se emitió el informe declarándolos no idóneos. “La declaración de idoneidad y los informes psicosociales referentes a la misma tendrán una vigencia máxima de tres años desde la fecha de su emisión por la Entidad Pública, siempre que no se produzcan modificaciones sustanciales en la situación personal y familiar de las

⁴²G. PARRA-ARANGUREN, *Informe explicativo del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional*, 1993

⁴³ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

personas que se ofrecen para la adopción que dieron lugar a dicha declaración, sujeta a las condiciones y a las limitaciones establecidas, en su caso, en la legislación autonómica aplicable en cada supuesto”.

El Código Civil⁴⁴ establece en el artículo 9.5 que “la adopción internacional se registrará por las normas contenidas en la Ley de Adopción Internacional. Igualmente, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción Internacional”

Y en su artículo 176. 3 recoge el concepto de idoneidad en los mismos términos que la Ley de Adopción Internacional y añade los siguientes requisitos para los adoptantes:

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

–Las personas que se ofrezcan para la adopción deberán asistir a las sesiones informativas y de preparación organizadas por la Entidad Pública o por Entidad colaboradora autorizada”⁴⁵

Y prohíbe:

–No podrán ser declarados idóneos para la adopción quienes se encuentren privados de la patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, ni quienes tengan confiada la guarda de su hijo a la Entidad Pública.

–No puede adoptarse ni a descendientes ni a parientes en 2º grado de la línea colateral por consanguinidad, es decir, hijos, nietos, bisnietos o cualquier otro descendiente, hermanos, medio hermanos o cuñados...

–El tutor no podrá adoptar a su pupilo hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

–El cónyuge no podrá adoptar sin el asentimiento del otro cónyuge (salvo separación legal por sentencia firme o separación de hecho fehaciente)⁴⁶.

En tercer y último lugar, analizaremos la normativa autonómica.

El Estatuto de autonomía de Galicia⁴⁷ legitima la actuación legislativa de la Comunidad Autónoma en el campo de la protección de la familia, de la infancia y de la adolescencia en los títulos competenciales genéricos de asistencia social y de promoción del desarrollo comunitario. (Artículo 27, apartados 23º y 24º, de los que el primero de ellos da lugar a las transferencias de funciones en las materias de servicios y asistencia sociales)⁴⁸.

En cuanto a la normativa gallega sobre la adopción, encontramos varias normas, y haremos referencia

⁴⁴ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil BOE N° 206 25 de julio 1889

⁴⁵ Artículos 175.1 y 176.3 párrafo 3º del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil BOE N° 206 25 de julio 1889

⁴⁶ Artículos 176.3 párrafo 4º, 175.3 y 177.2 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil BOE N° 206 25 de julio 1889.

⁴⁷ Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia BOE N° 101 de 28 de Abril de 1981

⁴⁸ Real Decreto 2170/1994, de 4 de noviembre, sobre ampliación del traspaso a la Comunidad Autónoma de Galicia, en materia de servicios y asistencia sociales BOE N° 306, de 23 de diciembre de 1994

primero, a la Ley 3/ 2011⁴⁹ de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia. En ella el artículo 76 establece como requisitos de las personas adoptantes, a) Cumplir las condiciones de edad recogidas en la normativa civil de aplicación. b) Residir habitualmente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia, con las excepciones señaladas en el apartado 2. c) Haber sido declarado o declarada persona idónea para la adopción tras el correspondiente procedimiento de valoración. Y en su artículo 77 2. determina que para la valoración de la idoneidad se tendrán en cuenta, como mínimo, los aspectos o circunstancias siguientes: 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.

También el Decreto 42/2000⁵⁰ de 7 de enero recoge en su artículo 62 – que no fue reformado por el Decreto 406/2003 de 29 de Octubre que modificó el Decreto 42/2000 – los requisitos en las mismas líneas que la Ley 3/2011, siendo estos: tener como mínimo veinticinco años cumplidos, que en caso de solicitud conjunta por cónyuges o parejas con relación estable análoga a la conyugal, bastará con que uno de ellos tenga dicha edad, pero en todo caso, el adoptante deberá tener por lo menos catorce años más que el adoptando. Tener residencia habitual en la Comunidad Autónoma de Galicia, estar inscrito en el Registro de Adopciones de la Comunidad Autónoma de Galicia y ser considerados los solicitantes personas idóneas para la adopción tras el correspondiente procedimiento de valoración.

Vista la normativa respecto a la idoneidad, *recapitulemos*. Para ser considerada idónea para adoptar, una persona debe:

- Ser mayor de 25 años
- Tener una diferencia de edad adecuada, entre ella y él adoptado, al menos, dieciséis años, y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años. (será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima)
- Tener capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción
- Someterse a una valoración psicosocial sobre la situación personal, física, familiar y relacional de las personas que se ofrecen para la adopción, que demuestre su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus particulares circunstancias, así como cualquier otro elemento útil relacionado con la singularidad de la adopción internacional
- Ser considerado idóneo por la entidad pública correspondiente
- Tener residencia habitual en la Comunidad Autónoma de Galicia
- deberán asistir a las sesiones informativas y de preparación organizadas por la Entidad Pública o por Entidad colaboradora autorizada
- contar con la autorización de la Autoridad Central del Estado
- Residir habitualmente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia.
- Estar inscrito en el Registro de Adopciones de la Comunidad Autónoma gallega.

⁴⁹ Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia. BOE N° 182 de 30 julio de 2011

⁵⁰ Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia DOG N° 45 de 6 de Marzo del 2000

Como vemos, la idoneidad precisa de unos requisitos objetivos – ser mayor de 25 años y existir una diferencia de edad adecuada entre el adoptado y adoptante, residir en Galicia... – y de unos requisitos subjetivos que requieren de una valoración psicológica y del ambiente familiar. Con lo que, este procedimiento administrativo estará avalado por la intervención de un equipo de profesionales, formados por psicólogos, sociólogos, médicos, asistentes sociales y pedagogos, entre otros, que evaluarán los candidatos a ser padres adoptantes.

Como establece el auto de la Audiencia Provincial de Madrid⁵¹ de 18 septiembre “las condiciones reales que se exigen para poder adoptar no son susceptibles de reducirse a un tipo genérico por vía de abstracción. No se trata, sólo y exclusivamente, de cumplir las exigencias legales -las que obviamente han de concurrir que el adoptante tenga más de 25 o 30 años o de que exista una diferencia de edad determinada-, sino que lo que se trata, en esencia, es de comprobar si la medida que se va tomar es buena y si satisface al interés del menor, que ese concreto niño sea adoptado por esa concreta persona, y eso no puede hacerse acreditando la concurrencia de unas condiciones genéricas sino profundizando en la vida y caracteres de unos individuos determinados”.

La idoneidad es un concepto complejo, no consiste en carecer de problemas psicológicos, sino de tener, además, las motivaciones adecuadas; es un concepto dinámico puesto que tiene un carácter transitorio, quién es apto para adoptar en un momento dado, puede no serlo con el transcurso del tiempo debido a cambios en las circunstancias personales.

“De modo que no es una cuestión de mínimos exigibles para acceder a un derecho, sino de garantizar que las obligaciones inherentes a la guarda y custodia de un menor van a ser cumplidas. En definitiva, que una familia o solicitante individual sean idóneos para la adopción exige, además de una serie de aptitudes, una disposición especial en forma de motivaciones, actitudes y expectativas hacia el menor que se desea adoptar”.⁵² Los requisitos, son, por tanto, como se viene reiterando por los tribunales, una “medida” en favor del menor, una garantía en favor de este.

El problema es cómo valorar equilibradamente las circunstancias de los adoptantes, alejado de las apreciaciones aisladas. Normalmente la jurisprudencia refleja una tendencia a realizar un análisis conjunto, e incluso parece observarse una tendencia flexibilizadora en los tribunales, alejada de concepciones excesivamente rígidas. Sin embargo, dicha flexibilidad no siempre es apreciada, especialmente cuando se trata de las autoridades administrativas, que deniegan la idoneidad en la defensa de un concepto rígido⁵³.

En conclusión, para que una persona pueda ser declarada *no idónea* tendría que encontrarse al margen de los anteriores requisitos, como por ejemplo, padecer de una psicopatología, tener motivaciones inadecuadas etc.

Tras el análisis jurídico sobre la idoneidad valoraré la actuación de la administración con respecto a la declaración de no idoneidad de la familia García Castro.

José García tiene 36 años y su esposa María Castro, 33. Esperan desde Enero de 2010 la concesión de la adopción de internacional, ya que ambos cumplen el requisito de capacidad, pero en marzo de 2013 – por tanto, 3 años después – se les declara no idóneos a través de un informe de la Xunta que alega la

⁵¹Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, auto núm. 211/2007 de 18 septiembre, Rec. nº 183/2007

⁵²CASALILLA GALÁN, J. A.; BERMEJO CUADRILLERO, F. A.; ROMERO GONZÁLEZ, A. , *Manual para la valoración de la idoneidad en adopción internacional*, B.O.C.M, Madrid, 2008, p. 40

⁵³ESTEBAN DE LA ROSA, G. *Regulación de la Adopción Internacional, Nuevos problemas, nuevas soluciones*. Thomson Aranzadi, 2007 p. 207

falta de motivación que observan en María.

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 determinadas circunstancias no le permite alcanzar el máximo rendimiento, aunque no por ello iba a delegar o empeorar el ejercicio de la patria potestad.

María y José cumplen el requisito del 176.3 del Código Civil de ser mayores de 25 años, son residentes en Galicia (por tanto, residentes en España), han sido reconocidos capaces – entendemos que capaces en este contexto se refiere a capaces para tener la condición de adoptantes, y por tanto idóneos – y en 2013 - tres años después – un Informe de la Xunta “aprecia” una falta de motivación en María Castro y les declara no idóneos.

Deduzco que si la falta de idoneidad es declarada con el único motivo de “apreciar” una falta de motivación en uno de los cónyuges, los demás requisitos de la valoración psicológica los cumplían. Por lo tanto, ¿está razonablemente motivado el Informe?

La sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 28 de marzo de 2014⁵⁴, valora la actuación de la Xunta donde los técnicos habían constatado una motivación inadecuada, en la cual según su discernimiento, tras las 5 entrevistas, la familia no tenía criterios realistas. Ante esto la Audiencia se pronuncia del modo siguiente “No bastaría una motivación moral o altruista sino consciente y reflexiva al respecto. Y faltaría en la sentencia motivación”.

María y José tienen la edad adecuada, una relación estable desde hace varios años, tienen en A Coruña vivienda, además de un piso en Arteixo. Ambos son personas instruidas, con sus respectivas formaciones académicas o profesionales: ella es enfermera, y el funcionario de la Consellería de Política Social de la Xunta de Galicia. Son estables, han sido declarados capaces con anterioridad y ambos tienen trabajo y un grado suficiente de compenetración e implicación en los diversos ámbitos comunes.

Como hemos señalado anteriormente, se han originado litigios como consecuencia de la defensa de conceptos rígidos por parte de las autoridades administrativas, por ejemplo en la sentencia de 14 de marzo de 2005⁵⁵ se aprecia, como la resolución administrativa había declarado la no idoneidad por el “desajuste generacional” entre el menor y el hijo biológico de la solicitante, a pesar de que dicho desajuste no impidió que adoptase con anterioridad. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 2 de febrero de 2005⁵⁶, en el que se aprecia el rechazo de la autoridad administrativa en un primer momento de un viudo, padre de dos hijas, por haber consultado a éstas acerca de si debía adoptar o no, lo que consideraron un indicio de su indecisión con respecto a realizar la adopción.

De modo que, siguiendo lo aducido por la jurisprudencia, podemos alegar que se han seguido criterios rígidos e insuficientes para declarar la in-idoneidad al fundarse en una “apreciación” por parte de la Entidad Pública, de falta de motivación en María Castro.

⁵⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª, sentencia núm. 99/2014 de 28 marzo de 2014, AC 2014/2011, Rec. núm. 522/2013

⁵⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, Sentencia núm. 181/2005 de 14 marzo. JUR 2005\131254 Rec. núm. 84/2005

⁵⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, núm. 24/2005 de 2 febrero. AC 2005\182, rec. núm. 267/2004

Además, no se justifica la razón de esa falta de apreciación, y *los actos administrativos deben estar motivados* en base al artículo 35 de la Ley 39/2015⁵⁷, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en el artículo 54 de la Ley 30/1992⁵⁸ de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común donde en la letra (f) recoge un tipo especialmente conflictivo en cuanto a la motivación: los dictados en el ejercicio de potestades discrecionales

Se ha desarrollado numerosa jurisprudencia al respecto como la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1998⁵⁹ que establece que la motivación sirve para preservar los derechos de los administrados y constituye como un requisito “de fondo e indispensable, cuando se exige, porque sólo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que 'justifican' el acto, porque son necesarios para que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda controlar la actividad de la Administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la indefensión prohibida por el art. 24.1 de la Constitución”

O la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Octubre de 1981⁶⁰ “la exteriorización de las razones que sirvieron de justificación, de fundamento, a la decisión ínsita en el acto como necesaria para conocer la voluntad de la Administración, tanto en cuanto a la defensa del particular, que por omitirse las razones se verá privado o, al menos, restringido en sus medios y argumentos defensivos, como respecto al posible control jurisdiccional si se recurriere contra el acto”

Asimismo el artículo 54 de la Ley 30/1992 en la letra (f) recoge un tipo especialmente conflictivo en cuanto a la motivación: los dictados en el ejercicio de potestades discrecionales. Y en estas líneas la sentencia del 15 de diciembre de 1998⁶¹ expone que es “necesario que la resolución que la Administración adopte con el ejercicio de la potestad discrecional, debe ser suficientemente motivada, porque, como dice la jurisprudencia, en los actos reglados, su contenido está completamente determinado en el Ordenamiento Jurídico; en cambio, en los actos en los que puede hacerse uso de la potestad discrecional, *es indispensable que la Administración exprese clara y suficientemente el proceso lógico que lleve a su decisión*”

Respecto a la *forma de la motivación se admite aquella que consiste en fundar el sentido de un acto administrativo sobre informes o documentos técnicos* que obran en el expediente administrativo, la llamada motivación *in aliunde*. (Artículo 89.5 Ley 30/1992⁶² “La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma”). El Tribunal Supremo admite ampliamente este tipo de motivación que podemos llamar “referencial”, pronunciándose en estos términos: “En cuanto a la motivación de los actos administrativos, [...] puede hacerse de manera expresa y muy breve en el propio texto de las disposiciones o actos, así como la admisibilidad de la motivación "in aliunde", bastando para justificar la Orden Ministerial el que la Administración esté en condiciones, en el marco de la revisión jurisdiccional, de justificar los criterios utilizados para aumentar las plazas y variar la demarcación.”⁶³

⁵⁷ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, BOE nº 236

⁵⁸ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, BOE nº 285

⁵⁹ Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 43/1998 de 20 enero de 1998, RJ 1998\391

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 octubre 1981. RJ 1981\3673

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección3ª, Sentencia de 15 diciembre 1998, RJ 1999\102

⁶² Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, BOE nº 285

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección3ª, 12 de julio 2004, RJ 2004\5200

Considerando todo ello, si se han proporcionado informes o documentos dispuestos a justificar las apreciaciones de la administración respecto la falta de motivación de María, alegada como único motivo de declarar la no idoneidad, podríamos considerar válido el informe.

No obstante, también debemos hacer referencia al artículo 10.3 de la Ley 54/2007 el cual señala que “la declaración de idoneidad y los informes psicosociales referentes a la misma tendrán una vigencia máxima de tres años desde la fecha de su emisión por la Entidad Pública, siempre que no se produzcan modificaciones sustanciales en la situación personal y familiar de las personas que se ofrecen para la adopción que dieron lugar a dicha declaración, sujeta a las condiciones y a las limitaciones establecidas, en su caso, en la legislación autonómica aplicable en cada supuesto”.

Para muchas asociaciones de adopción el certificado de idoneidad es, un mero expediente administrativo, y por tanto, debe ser resuelto en un plazo máximo de 3 meses contados desde el inicio de los trámites ante la Consejería del gobierno autonómico que corresponda, hasta la comunicación, favorable o no, a los solicitantes. Dichas asociaciones se basan en la ley 4/1999⁶⁴ de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común, que en el artículo 42.3 según el cual, cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses. No deja de ser una reivindicación más, de las muchas que existen⁶⁵.

Respecto al artículo 10.3 la Sentencia del Tribunal Supremo del 24 abril del 2014⁶⁶ ha desarrollado que “si una primera valoración estableció la idoneidad para adoptar, la segunda que la deniega debe estar razonablemente motivada”.

La resolución establece que la idoneidad para adoptar no necesariamente se mantiene toda la vida, sino que está condicionada por muchas circunstancias personales, relacionales y externas de las personas que aspiran a adoptar. Como lo importante es que al tiempo de formalizarse la adopción, los adoptantes gocen de idoneidad, la ley otorga a la declaración administrativa una validez de tres años, sin que esto impida que se hayan producido “modificaciones sustanciales en la situación personal y familiar de los solicitantes” que pongan en evidencia la pérdida de la idoneidad declarada, lo que deberá constatarse por los mismos medios empleados para la declaración y por cualquier otro que pueda servir al efecto. La nueva valoración no debe limitarse a constatar si respecto de la primera han existido modificaciones sustanciales en la situación personal y familiar de los solicitantes. *Si esta nueva valoración contradice la anterior debe darse una explicación razonable. Esta explicación razonable puede derivar de: o bien que circunstancias relevantes han cambiado, o bien, los criterios empleados en la primera valoración porque eran insuficientes, y con arreglo a los ahora empleados los solicitantes son inidóneos. Otra cosa, conduce a la arbitrariedad, que la propia ley trata de evitar, al instar a la autoridad administrativa a homogeneizar los criterios de valoración.*

Conclusión:

En este caso la única razón justificativa de la falta de idoneidad aportada por los técnicos que realizaron el informe psicosocial hacía referencia a la motivación, que a su juicio, no era la adecuada. Deduzco que si la falta de idoneidad es declarada con el único motivo de “apreciar” una falta de motivación en uno de los cónyuges, los demás requisitos de la valoración psicológica los cumplían.

⁶⁴ Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común BOE núm. 12, de 14 de enero de 1999

⁶⁵ ESTEBAN DE LA ROSA, G. *Regulación de la Adopción Internacional, Nuevos problemas, nuevas soluciones.* Thomson Aranzadi, 2007 p. 207

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 24 de abril de 2014, Roj 1231/2014, Rec. núm: 153/2013

Come hemos visto, la jurisprudencia dispuso en un caso similar que “no bastaría una motivación moral o altruista sino consciente y reflexiva al respecto.”⁶⁷.

En el presente caso, no consta que la motivación de los solicitantes para la adopción hubiera cambiado respecto de la que tenían cuando les fue reconocida la capacidad en 2010, ni tampoco se justifica un cambio en el informe que en 2013 los considera no idóneos. En 2014 una sentencia del Tribunal Supremo⁶⁸ ha desarrollado que “si una primera valoración estableció la idoneidad para adoptar, la segunda que la deniega debe estar razonablemente motivada”, y en este caso no ha estado razonablemente motivada, ya que se ha basado en una “apreciación”, que es esencialmente subjetiva y por ello necesario que se materialice de alguna forma para que el ciudadano no quede sometido a la arbitrariedad de la administración. “Es indispensable que la Administración exprese clara y suficientemente el proceso lógico que lleve a su decisión”⁶⁹.

Por lo tanto, faltaría en la resolución justificación suficiente y considero que no hay razones suficientes para declararlos no idóneos.

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

Hechos relevantes:

1. Tras la declaración de no idoneidad, José García y María Castro denuncian ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de La Coruña, las medidas de protección de menores acordadas en el informe emitido por la Xunta de Galicia en 2013.
2. Piden 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.

Procedimiento a seguir para solicitar un nuevo informe de idoneidad

Si la resolución ha denegado la idoneidad del adoptante, como es el caso de la familia García Castro, se puede recurrir judicialmente (ante el Juzgado de Primera Instancia competente que podrá ordenar un nuevo peritaje a cargo del trabajador social y psicólogo de los juzgados), esperando que revoque la resolución administrativa. Así lo establece el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷⁰, en el párrafo segundo: “Será competente para conocer de los mismos el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública y, en su defecto o en los supuestos de los artículos 179 y 180 del Código Civil, el Tribunal del domicilio del adoptante”. También en virtud del mismo artículo, los procedimientos en los que se sustancie la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tendrán carácter preferente.

En este caso se podría impugnar la declaración sobre la idoneidad presentando escrito de oposición ante el juzgado de primera instancia de Santiago de Compostela, en el plazo de dos meses desde la notificación de ésta.⁷¹ Para acudir a la vía judicial no es preciso presentar reclamación administrativa previa.

⁶⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª, sentencia núm. 99/2014 de 28 marzo de 2014, AC 2014/2011, Rec. núm. 522/2013

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 24 de abril de 2014, Roj 1231/2014, Rec. núm: 153/2013

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 15 diciembre 1998, RJ 1999\102

⁷⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 8 de Enero de 2000.

⁷¹ Puede consultarse lo siguiente en <http://adopcions.xunta.es/index.php?idMenu=35&idIdioma=1>, el Portal de Adopciones de la Xunta de Galicia

El artículo 780.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil así lo establece: “No será necesaria reclamación previa en vía administrativa para formular oposición, ante los Tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. La oposición a las mismas podrá formularse en el plazo de dos meses desde su notificación”.

El párrafo segundo del artículo 780.1. legitima para formular oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, siempre que tengan interés legítimo y directo en tal resolución, a los menores afectados por la resolución, los progenitores, tutores, acogedores, guardadores, el Ministerio Fiscal y aquellas personas que expresamente la ley les reconozca tal legitimación.

El procedimiento se inicia mediante la presentación de un escrito inicial en el que el actor sucintamente expresará la pretensión y la resolución a que se opone, en este caso deberá establecer su disconformidad con la motivación de la resolución administrativa que les deniega la idoneidad y su pretensión de que se les conceda la posibilidad de realizar un nuevo informe sin esperar tres años.

El Secretario judicial reclamará a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de veinte días. Recibido el testimonio del expediente administrativo, el Secretario judicial emplazará al actor por veinte días para que presente la demanda, que se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753⁷².

El artículo 753 establece sobre la tramitación que el proceso 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.

“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”.

Conclusión:

José y María han denunciado al Juzgado de Primera Instancia de La Coruña y en este caso se debe impugnar presentando escrito de oposición ante el juzgado de primera instancia de Santiago de Compostela, en el plazo de dos meses desde la notificación de ésta⁷³.

⁷² Artículo 780 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 8 de Enero de 2000

⁷³ Puede consultarse lo siguiente en <http://adopcions.xunta.es/index.php?idMenu=35&idIdioma=1>, el Portal de Adopciones de la Xunta de Galicia

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.**

Antecedentes de hecho

1. A 1 de Agosto de 2015, el proceso de adopción en el que José García y María Castro estaban inmersos se encuentra paralizado.
2. María prefiere abandonar los exigentes exámenes y largas esperas para adoptar y José no se encuentra conforme con su decisión.
3. José decide continuar con la adopción por vías infralegales.
4. En Septiembre de 2015, aprovechando su condición de funcionario y los datos concedentes de niños en adopción, decide viajar a Bogotá con el propósito de adoptar ilegalmente un niño de una embarazada en Colombia, a cambio de una compensación económica y con este propósito falsifica documentos.
5. José consigue traer el bebé a España y con la ayuda de su mujer, María, simulan en el hospital donde trabaja ésta el nacimiento del niño.

Fundamentos jurídicos

1. **Sobre aprovechar su posición de funcionario:**

El Código Penal⁷⁴ recoge en el Capítulo IV la “violación de secretos”, estableciendo en el artículo 417 que “La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años”. Sin embargo, en el caso no consta que José haya revelado la información sobre la madre biológica a su esposa, María. “Decide (él) viajar a Bogotá con el propósito de adoptar ilegalmente un niño de una embarazada de Colombia”. Podría presuponer que debió hacerlo, pero el Derecho Penal no admite hipótesis, y al no figurar ninguna revelación de la información obtenida en virtud de su cargo, no debo presuponer un delito si no se exterioriza mediante una acción, como establece el principio de hecho del derecho penal. De modo que no puedo responsabilizarlo por un delito del que no existe prueba. Aplicando el principio de in dubio pro reo, en caso de duda por insuficiencia probatoria, se favorecerá al imputado.

Del mismo modo, tampoco puede aplicarse el artículo 442 del Código Penal, por hacer uso de la información obtenida en el ejercicio de la función pública para fines particulares⁷⁵, porque este artículo establece que el objetivo ha de ser “obtener un beneficio económico para sí o para un tercero”. Y esta no es la finalidad con la que José emplea los datos de concedentes de niños en adopción. De nuevo, el artículo 2 del Código Penal recoge que “no será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración” y el artículo 25 de la Constitución Española “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. Nos encontramos aquí con la prohibición de analogía, otro de los principios rectores del derecho penal.

El artículo 22 del Código Penal, dispone que: *"Son circunstancias agravantes 7ª) Prevalerse del*

⁷⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 281, de 24 de Noviembre de 1995

⁷⁵ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 915

carácter público que tenga el culpable".

Sin embargo, no cabe su apreciación como genérica, debido a que ya se ha previsto en el artículo 222 del Código Penal, la actuación del funcionario público en el ejercicio de su cargo para el delito del artículo 221⁷⁶ del Código.

El artículo 222 dispone lo siguiente “El educador, facultativo, autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su profesión o cargo, realice las conductas descritas en los dos artículos anteriores, incurrirá en la pena en ellos señalada y, además, en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años.

A los efectos de este artículo, el término facultativo comprende los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria”.

Se le impondría por tanto, la pena de inhabilitación especial, ya que la aplicación de la circunstancia genérica supondría desvalorar dos veces el mismo elemento, dado que si bien el 222 no exige expresamente el abuso, está implícito en la medida en que la comisión de un ilícito penal en el ejercicio de un cargo supone un abuso de las competencias que conforman el contenido de su actividad⁷⁷.

Su trabajo en la Consellería competente en adopciones le facilitaba acceso a la información sobre los países con convenio de adopción y sobre las vías más rápidas para conseguirla. José aprovechó estas facilidades que le fueron dispuestas por razón de su cargo para conseguir los datos de los niños concedentes en adopción y ponerse en contacto con una embarazada de Colombia, a la que posteriormente pagaría por su hijo. La información de la que dispuso debido a su trabajo como funcionario le facilitó cometer el delito. En conclusión, a la vista de los hechos bien se aprecia la fundabilidad en la aplicación de la agravante, porque José no podría conocer los detalles de la madre biológica de no trabajar como funcionario en la Consellería. Era necesaria su posición, y por tanto, los datos a su disposición para que pudiera llevar a cabo la conducta tipificada en el artículo 221.

2. Sobre la compra del bebé

A modo introductorio clarificar que la indeterminación del uso extensivo del término tráfico favorece la confusión de fenómenos que son distintos, ya que el tráfico de personas o niños, incluye un amplio catálogo de conductas. La Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores de 1994, en su artículo 2 define el tráfico internacional de menores como “la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos ilícitos (entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se halle localizado) o medios ilícitos (entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de *pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres*, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se encuentre). La definición reproducida alcanza tal extensión que es capaz de abarcar una amplia constelación de ilícitos de muy

⁷⁶ Artículo 221 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 281, de 24 de Noviembre de 1995: 1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados 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.

⁷⁷TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “*El tráfico de niños para su adopción ilegal*”, Dykinson S.L, 2003, p. 143

distinto contenido lesivo⁷⁸.

Por tanto, nos enfrentamos en este caso a un delito de tráfico de menores, ya que se dio traslado a un menor con propósitos ilícitos (simular la filiación) a través de medios ilícitos, como son eludir los trámites legales de adopción, y entregar pagos con el fin de lograr el consentimiento de los padres.

Antes de determinar las posibles responsabilidades penales en las que incurren los sujetos, debo abordar la cuestión de *a qué país compete juzgar la compra del menor*, para lo que me dirijo al Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos⁷⁹. En su artículo 31, sobre la jurisdicción, se estipula que “cada parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para establecer su jurisdicción sobre cualquier infracción penal establecida de conformidad con el presente Convenio, cuando la infracción se cometa: d) por uno de sus nacionales o por un apátrida que tenga su residencia habitual en su territorio, si la infracción es punible penalmente en el lugar en que fue cometida o si la infracción se cometió fuera de la jurisdicción territorial de cualquier Estado”

Asimismo, la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial⁸⁰ en el artículo 23.4. “Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas” en las cuales recoge en el apartado m) “la trata de seres humanos, siempre que: 1.º el procedimiento se dirija contra un español”

Por lo que, tratándose José de ciudadano español, y teniendo en cuenta lo anterior, España tiene jurisdicción para juzgar el delito.

El Código Penal⁸¹ establece en el artículo 221. que “Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados 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” Y continúa aludiendo a quién es entregado el menor en el apartado dos “*Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero*”.

El bien jurídico protegido aquí no tiene nada que ver con el estado civil derivado de la filiación, ni tampoco con la seguridad del niño, que puede incluso verse favorecido con el cambio; pero *el legislador ha querido sancionar una conducta que infringe las disposiciones existentes sobre adopción y convierte al menor en una especie de mercancía* sobre la que se pueden realizar transacciones económicas. El concepto básico es, por tanto, la “compensación económica”, eludiendo los procedimientos legales de la adopción⁸², y el bien jurídico protegido sería la relación legal de filiación.

La filiación adoptiva surge por una resolución judicial constitutiva⁸³ con un procedimiento previo

⁷⁸ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “*El tráfico de niños para su adopción ilegal*”, Dykinson S.L, 2003, p. 22

⁷⁹ Convenio del Consejo de Europa (COE) N° 197 sobre la lucha contra la trata de seres humanos, ratificado por España el 9 de julio de 2008, entrando en vigor en nuestro país el 1 de agosto de 2009

⁸⁰ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985

⁸¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 281, de 24 de Noviembre de 1995

⁸² MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 298

⁸³ Artículo 176.1 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil BOE n° 206

sometido al control administrativo⁸⁴, de manera que la conducta típica del art. 221 del Código Penal, sólo alcanza a modificar las apariencias necesarias para establecer la presunción de que esos padres son los que corresponden al menor. Pero en sí misma, la entrega del menor no es apta para crear una relación de filiación que surta efectos jurídicos, semejante a la constituida por una adopción. (Por ello incurrir después en otros delitos – como el de suposición de parto - con el fin de lograr la constancia registral)

Para comprender si existe este delito, analicemos los elementos del tipo. En primer lugar, la conducta de entrega ha de ser “de un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco”, lo cual fija el ámbito personal y el círculo de posibles sujetos del tipo, tanto activos como pasivos. Se define de una manera tan amplia que se configura como un delito común y puede ser cometido por cualquier persona. Sobre este aspecto CORTÉS BECHIARELLI considera inapropiada la equiparación valorativa de la entrega del hijo y la entrega de cualquier menor, considerando más grave que se realice por un progenitor que por un extraño, y por tanto, juzga más conveniente que se hubiera creado un tipo básico, cuando no existe relación parental y un tipo agravado, sobre la base de esa circunstancia⁸⁵.

El círculo de sujetos no está completo con la sola mención de quien entrega, sino que es necesario ponerla en relación con la persona que recibe al menor para completar la conducta típica del texto legal.

El sujeto pasivo sería el menor. Debe ser menor de dieciocho años para que se de este delito, y tampoco puede tratarse de un menor emancipado, como señala el artículo 175.2 del Código Civil, ya que su situación es similar a la del mayor de edad y respecto de ellos no existe patria potestad.

En segundo término debe producirse la “entrega del menor para constituir una relación análoga a la de filiación” y con ella, la recepción, que es precisamente lo que nos ocupa en este caso. Es relevante que se mencione expresamente su actuación ya que de no hacerlo se trataría de cooperación necesaria, pero no autoría⁸⁶. Además, es en la persona que recibe el menor en la que concurre el objetivo de constituir una relación análoga a la de filiación.

El fin de establecer una relación análoga a la de filiación se configura como un elemento subjetivo del injusto sólo conciliable con la comisión dolosa, única forma de culpabilidad prevista para este delito. Es la finalidad de la entrega y recepción, aunque no es necesario que se consiga esa relación estable o permanente, sólo que sea esa la pretensión en el momento de comisión. El tipo no requiere que se efectúe el registro de la nueva filiación – hay discrepancias entre los autores al respecto sin embargo, lo que excluiría el concurso de infracciones.

También debe mediar compensación económica, determinante en la entrega del menor, y punto de enlace entre la conducta de los sujetos activos, la de quien entrega al menor motivado por el beneficio económico y la de quien paga para adquirirlo. (Compensación que puede consistir en dinero o en cualquier otra ventaja de naturaleza económica). Respecto a la importancia de que se efectúe el pago no existe acuerdo doctrinal. Por un lado algunos entienden que el pago sólo otorga a la conducta mayor reprochabilidad, al convertir a las personas en objeto de comercio, pero no afecta al desvalor de la conducta que se tipifica, y por otro, los que precisamente por esta razón de cosificar a un ser humano, entienden que añade un plus de injusto a la conducta, y además, consideran que el delito

⁸⁴DÍEZ-PICAZO, L; GUILLÓN, A. *Sistemas de Derecho Civil. Derecho de familia y sucesiones*. Madrid, 2001. p. 282

⁸⁵CORTÉS BECHIARELLI, E. *Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores*. Madrid, 1996 p.96

⁸⁶TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “*El tráfico de niños ...*” cit. p. 22

reside justamente en este pago, pues no reconocer ningún otro desvalor en un hecho que definen como “mediar al margen de la legalidad”⁸⁷.

En definitiva, el art. 221 incorpora como elemento del tipo la compensación económica, definiendo el modo en que se realiza la entrega y recepción del menor, implicando con ello la mercantilización de la entrega, convirtiéndola en un intercambio económico, que conlleva a la degradación del valor humano del niño al de mero objeto. No es por tanto, una conducta reprochable únicamente, sino que la conducta es antijurídica, pues de ese un ataque a la dignidad humana que toda persona posee.

Por último, es necesario que la entrega se efectúe “eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción”, que constituye un elemento normativo del tipo. En el Derecho civil vigente, y según la Ley de Adopción internacional, existe un procedimiento necesario bajo la supervisión del Ministerio Fiscal, cuya imparcialidad y objetividad es incompatible con la coexistencia de intereses económicos. Sería atípica la entrega del menor mediando compensación económica si se han respetado esos procedimientos.

Nos encontramos, por tanto, ante un atentado grave a la dignidad humana, de quienes por su poca edad no pueden reclamar por sí mismos el respeto que le es debido, y en consecuencia, el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁸⁸ establece que “es obligación del Estado tomar todas las medidas necesarias para prevenir la venta, el tráfico y la trata de niños”.

Es por ello que es necesario un proceso legal que medie entre el adoptante y el adoptado, porque “ese interés superior del niño constituye un concepto jurídico indeterminado que debe concretarse, pues, con base en los juicios de valor que se decantan y obtienen del estudio de una serie de datos objetivos. Tal proceso tiene que ser llevado, fundamentalmente, a cabo, por las Autoridades públicas, de manera que el sistema se basa en una investigación sobre la conveniencia de que se produzca o no se produzca esa adopción concreta⁸⁹”.

La conducta cometida por José cumple estos requisitos, ya que él – como sujeto activo – compra un bebé, y por tanto un menor de edad, a su madre biológica – el otro sujeto activo. Se efectúa la entrega del menor y su recepción mediando compensación económica, con el fin de establecer una relación análoga a la de filiación, ya que había visto frustradas sus posibilidades de adoptar a través de las vías legales, y por ello, eludió los procedimientos legales de adopción, pagando a una madre por su hijo. Por tanto el delito es consumado, puesto que se produce la plena realización del tipo en todos sus elementos. Es además una consumación material ya que el autor no sólo realiza todos los elementos típicos sino que consigue realizar la intención que perseguía.

Sólo cabe la comisión dolosa por tratarse de un delito subjetivamente caracterizado por la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación a cambio de una presentación económica, que requiere un especial conocimiento de cada uno de los autores en el momento de realizar su contribución típica al hecho, incompatible con la modalidad imprudente.

La responsabilidad penal en concepto de autor surge por la realización de los elementos del hecho típico, por lo que responsables del delito del artículo 221 serán tanto quienes realicen la entrega del menor a cambio de la contraprestación económica, al margen de los procedimientos legales de

⁸⁷TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “*El tráfico de niños ...*” cit. p. 110

⁸⁸ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990.

⁸⁹ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, núm. 211/2007 de 18 septiembre. AC 2007\1879

protección de menores, como quienes paguen el precio para recibirlo, guiados por el fin de establecer una relación análoga a la filiación.

Se castigará su conducta con la misma pena a la persona que entrega el menor a cambio de compensación, pero sólo valoro las responsabilidades penales en que incurre José, receptor del menor, y no las de la madre de Colombia. Respecto a María, no existiría coautoría ya que ella no participó en la compra del niño.

3. Sobre la falsificación de documentos

El Capítulo II del Título XVIII del Código Penal trata de las “falsedades documentales”, que a su vez se tipifica en tres Secciones según el tipo de documento, variando con ello las modalidades delictivas y las penas.

El artículo 26 del mismo Código define documento del siguiente modo “A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”. Es indiferente el material con el que esté hecho el soporte, pero debe ser idóneo para conservarlo durante cierto tiempo⁹⁰.

En el caso que nos ocupa se refieren a documentos de identidad, un documento público, por tanto y encontramos en el artículo 392.2 del Código Penal “Se impondrá la pena de prisión de seis meses a un año y multa de tres a seis meses al que hiciere uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso”

Y 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”. Los tres primeros números del artículo 390 son los siguientes: 1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial. 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. 3.º 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.

Entendiendo que ha falsificado varios documentos de identidad, las falsedades de José quedarían enmarcadas también en el apartado dos del artículo 390.

En el caso no queda claro dónde falsifica los documentos, sin embargo el párrafo segundo del artículo 390.2 establece que la disposición “*es aplicable aun cuando el documento de identidad falso aparezca como perteneciente a otro Estado de la Unión Europea o a un tercer Estado o haya sido falsificado o adquirido en otro Estado de la Unión Europea o en un tercer Estado si es utilizado o se trafica con él en España*”.

Por lo tanto España tiene la jurisdicción sobre este delito en todo caso. Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Enero de 2005⁹¹: “al tenor del artículo 23.3 letra f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial debe llevarnos a la conclusión de que con la falsificación de documentos de identidad siempre quedan afectados los intereses del Estado español, ante las exigencias derivadas del artículo 6 del Convenio de Schengen, que prevé un sistema de control de personas en la circulación fronteriza que incluirá “...un control que permita determinar su identidad tras haber exhibido o presentado documentos de viaje...”; por ello no es indiferente a los intereses estatales la identificación correcta de las personas que se encuentran en España porque hoy día los conceptos como seguridad son

⁹⁰ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal...* cit. p. 677

⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 33/2005 de 19 enero de 2005. RJ 2005\944

esencialmente colectivos, como lo son las políticas de visados, inmigración y circulación transfronteriza. [...] No puede cuestionarse la competencia de los Tribunales españoles para enjuiciar esta falsificación de documentos de identidad, cualquiera que sea el lugar en el que se llevó a cabo dicha alteración, pues quedan afectados valores de naturaleza Comunitaria de primer orden, como ya se ha dicho”

Por último, indicar que aquí lo que se falsifica son los documentos de identidad para realizar la compra del bebé. Respecto al registro del bebé no se hace referencia alguna, ya que María y José supusieron el parto, pero el registro después lo haría de buena fe el funcionario.

El autor del tipo es José – en virtud del art. 28 Código Penal⁹² – puesto que realiza el hecho, de nuevo es un delito consumado materialmente.

4. Sobre la suposición de parto

El Código Penal sólo establece para este delito en el artículo 220.1 que “la suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1963⁹³: “...El delito de suposición de parto... sólo precisa para ser cometido del hecho material de la ficción de un alumbramiento, independiente de que esa superchería se inscriba o no en el Registro Civil...”.

Y en strictu sensu, sólo puede ser el sujeto activo la mujer que finge el parto y por cooperación necesaria -artículo 28.b CP – ya que es José quien proporciona el bebé. El delito se consuma al concluir la simulación, al presentar como propio el hijo que no lo es, sin que se requiera la realización de actos de determinación formal del estado civil del nacido.

“Lo directamente protegido es la normativa civil reguladora de la adopción, protegiéndose sólo mediante la filiación, pues fingir materialmente un parto sin afectar a dicha normativa es una conducta atípica”⁹⁴ Es una conducta dirigida a falsear la condición biológica del niño, la filiación por nacimiento.

Una parte de la doctrina considera que el bien jurídico protegido es el estado civil derivado de la filiación. VILLACAMPA ESTIARTE identifica el bien jurídico protegido con el derecho del menor a conocer su propia identidad, como aspecto de la dignidad humana y en estrecha relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, no convence esta interpretación del todo porque los Convenios internacionales le dan un contenido más amplio a la identidad, contando las relaciones familiares o la procedencia familiar del menor y su nombre, como aparece reflejado en el artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño.

La doctrina opina que debe tratarse de un niño recién nacido, aunque MUÑOZ CONDE también admite la posibilidad de que sea un hijo de mayor edad siempre que no tenga conciencia de las relaciones familiares.

A su vez, la doctrina también discute si el sujeto activo debe quedar limitado a la mujer, para la

⁹² Artículo 28 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 281, de 24 de Noviembre de 1995: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”

⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 28 de septiembre de 1963, R.A. 3852

⁹⁴ CARRASCO ANDRINO, M.d.M; *Protección Penal de la Filiación*, Artículo RECPC 12-06 (2010), Alicante. p. 3

mayoría se trata de un delito especial propio, en la medida en que sólo la mujer puede simular haber tenido un parto; mientras que otros autores consideran que no se trata de simular un parto como de simular un hijo, de adscribir un recién nacido a quien no es su madre natural, por lo que el marido de la madre supuesta y el facultativo que certifica el alumbramiento inexistente, serían también autores⁹⁵.

La perspectiva que tomaré en este caso, es precisamente la de considerar como autores tanto a José como a María, puesto que es el marido quien persuade a su mujer a realizar la conducta delictiva y quien en primer lugar, compra un bebé con la consecuente necesidad de simular un parto para poder legalizar su actitud. Encontramos esta justificación en el artículo 28 del Código Penal que establece “también serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo”. Y en su apartado b, “los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”. Sin la compra del bebé efectuada por José, no se hubiera dado este delito.

También el facultativo que certifica el alumbramiento inexistente debería ser considerado autor, sin embargo no se habla de la presencia de facultativo en el caso y nos limitaremos a inculpar a María y José.

Respecto al tipo, la doctrina sostiene casi unánimemente, que no es necesario ni que se simule un embarazo, ni tampoco que se simule fisiológicamente un parto, sino que basta como presentar un niño como fruto del alumbramiento de una mujer que no es su madre natural. La Jurisprudencia reciente considera cometido el delito con la presentación de la solicitud en el Registro Civil⁹⁶ y también cuando la madre natural se hace pasar por la madre supuesta en el hospital en el que tiene lugar el alumbramiento.

Se requiere dolo directo, ya que se adscribe el niño a una madre que no es la suya. El delito se consuma con la conducta de la simulación, presentando como propio al hijo que no es, no siendo necesaria la inscripción registral.

En este caso, ya se entiende que tras fingir el nacimiento en el hospital, la posterior inscripción en el Registro Civil por funcionario público la haría este de buena fe puesto que no hay conocimiento acerca de la verdadera procedencia del niño, ya que en un principio quedaría certificado en el hospital como hijo de María y José.

Conclusión:

Se le impondrá a José la pena prevista del artículo 221 del Código Penal, de uno a cinco años de prisión y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años, y además, la inhabilitación para empleo o cargo público prevista en el artículo 222 del Código Penal por tratarse de funcionario público que aprovechó las facilidades dispuestas en función de su cargo para conseguir los datos de los niños concedentes en adopción.

Se impondrá a José también la pena prevista en el artículo 390 por falsificación de documento de identidad, con la pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

Por último se impondrá a José y María la pena de prisión de seis meses a dos años por la comisión de un delito de suposición de parto prevista en el artículo 220.1 del Código Penal.

⁹⁵ CARRASCO ANDRINO, M.d.M; *Protección Penal ...* cit. p. 5,6

⁹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 1ª, núm. 24/2002 de 16 octubre. ARP 2003\32

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

Antecedentes de hecho

1. Tras la llegada del bebé, José sufre un gran estrés y comienza a actuar violentamente contra María con golpes frecuentes
2. El 20 de octubre de 2015 a consecuencia de estos golpes los vecinos llaman a la policía y detienen a José.

Fundamentos jurídicos

La Ley Orgánica 1/2004⁹⁷, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género introdujo un régimen específico para los casos de violencia de género. Tras su entrada en vigor concurren tres ámbitos de protección de las personas frente a la violencia.

- Violencia de género: “cuando determinados delitos los comete el varón contra su esposa o exesposa, o contra mujer con la que tenga o haya tenido relación de afectividad aun sin convivencia (pareja de hecho o novia)”.
- Violencia doméstica: cuando determinados delitos se cometen contra personas vinculadas afectiva o familiarmente al agresor (cónyuges, parejas de hecho o novios, actuales o pasados, excluidos los que dan lugar a violencia de género; ascendientes, descendientes, hermanos propios o del cónyuge convivientes o sujetos a patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda del cónyuge o conviviente; u otras personas integradas en la familia).
- Violencia asistencial: cuando determinados delitos se cometen contra personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados⁹⁸.

La regulación penal no es la misma para estos tres grupos de sujetos. Tienen en común el que, en relación a determinadas conductas delictivas, se prevé una pena más grave cuando se realiza sobre un sujeto distinto, por lo tanto es imprescindible diferenciar ante cuál nos encontramos.

En este caso es fácil descartar la violencia asistencial, dado que los delitos no se cometen contra personas sometidas a custodia o guardia en centros públicos o privados. Por tanto, lo primero que debemos hacer es diferenciar los dos tipos de violencia que se dan dentro del ámbito familiar, la violencia doméstica y violencia de género, para comprender ante qué situación nos encontramos.

Para que los actos de violencia sobre la mujer se incluyan en el ámbito de la Ley 1/2004 y puedan reputarse violencia de género es preciso que tengan como sujeto activo un hombre, el sujeto pasivo debe ser una mujer, y que entre ambos exista, o haya existido, una relación matrimonial o relación similar de afectividad, aún sin convivencia. Todo lo demás será violencia doméstica, previstos en el artículo 173.2 del Código Penal para los sujetos pasivos.

“La violencia de género es aquella que se da únicamente cuando hay una relación sentimental entre agresor y víctima, siendo aquel del sexo masculino y esta femenina. La relación indicada debe ser análoga a la conyugal, aún cuando no hubiera habido convivencia. La relación no debe de ser actual,

⁹⁷ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004

⁹⁸ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal...* cit. p. 196

sino que puede haber concluido en el momento de producirse la agresión. Nunca se aplicará en relaciones homosexuales, ya que no se cumple el requisito del sujeto”⁹⁹.

La violencia doméstica es aquella que se ejerce en el núcleo familiar, entonces no es sólo una violencia ejercida contra una mujer cuando hay o hubo una relación sentimental, sino que afecta a aquellas personas que pertenecen al entorno familiar del agresor. Es toda la violencia ejercida por cualquiera de las personas descritas en el artículo 173.2 del Código Penal, sobre las personas que el mismo artículo indica.

Siguiendo este artículo la violencia doméstica afectaría:

- al cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia
- a los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar
- a las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados

José y María conviven con un bebé, pero no hace referencia al modo en que la violencia afecta al menor, es decir, no sabemos con certeza si éste se encuentra presente cuando él golpea a su esposa. En la exposición de motivos de la Ley 1/2004 se dice que “las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia” La violencia doméstica – considera Antonio Guijarro Morales - comprende todos aquellos actos violentos, desde el empleo de la fuerza física, hasta el hostigamiento, acoso o la intimidación que se producen en el seno de un hogar y que perpetra, por lo menos, un miembro de la familia contra algún otro familiar. Por tanto, el mismo hecho de que el menor se encuentre en el ámbito familiar lo convierte en violencia doméstica.

Y el artículo 173.2 en su párrafo segundo, establece que “Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza”.

Nos encontramos aquí con tres circunstancias agravantes, de las cuales son relevantes al caso, dos de ellas, la presencia de menores siempre que su presencia fuera advertida por el agresor, y no requiere que el menor sea pariente o conviviente – y la agravante por ejercer la violencia en el domicilio común o en el de la víctima.

De nuevo, especifica que “los actos de violencia se perpetren en presencia de menores”. Por tanto no es sólo un requisito que se encuentre en el ámbito familiar, en este caso, es necesario que el bebé esté presente cuando José ejerza la violencia contra María, y que José advierta esa presencia, y por tanto, se deberían presentar pruebas suficientes que demuestren esta situación para poder aplicar la agravante.

⁹⁹MARTÍNEZ, R. *Diferencias dentro del ámbito penal entre violencia doméstica y violencia de género*, Noticias Jurídicas, 01/06/2009

No obstante, respecto al domicilio común, sí sería de aplicación la agravante puesto que no sólo los vecinos pueden proporcionar prueba testifical al respecto, sino que también es la propia policía la que detiene a José en la casa mientras se produce la violencia.

Por su parte el artículo 173. 2 dispone castigo para aquél que ejerce violencia física o psíquica habitual sobre un determinado sujeto pasivo vinculado al agresor e impone “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”. El caso no deja lugar a dudas en este aspecto puesto que señala específicamente que los golpes son frecuentes.

Nos encontramos entonces ante un caso de violencia doméstica - dado que se produce en el entorno familiar – en el domicilio común y de forma habitual. (No incluyo la agravante sobre la presencia del menor puesto que no existen pruebas suficientes).

La normativa gallega en la Ley 11/2007 para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género¹⁰⁰ describe en el *artículo 3* las formas de manifestación de la violencia de género contra las que pretende actuar:

- Violencia física: que incluye cualquier acto de fuerza contra el cuerpo de la mujer, con resultado o riesgo de producir lesión física o daño, ejercida por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. (Igualmente, tendrán la consideración de actos de violencia física contra la mujer los ejercidos por hombres de su entorno familiar o de su entorno social y/o laboral)
- Violencia sexual y abusos sexuales: cualquier acto de naturaleza sexual forzada por el agresor o no consentida por la mujer, abarcando la imposición, mediante la fuerza o con intimidación, de relaciones sexuales no consentidas, y el abuso sexual, con independencia de que el agresor guarde o no relación conyugal, de pareja, afectiva o de parentesco con la víctima.
- Acoso sexual: que incluye aquellas conductas consistentes en la solicitud de favores de naturaleza sexual, para sí o para una tercera persona, prevaliéndose el sujeto activo de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito a la mujer de causarle un mal relacionado con las expectativas que la víctima tenga en el ámbito de dicha relación, o bajo la promesa de una recompensa o premio en el ámbito de la misma.
- Violencia psicológica: toda conducta, verbal o no verbal, que produzca en la mujer desvalorización o sufrimiento, a través de amenazas, humillaciones o vejaciones, exigencia de obediencia o sumisión, coerción, insultos, aislamiento, culpabilización o limitaciones de su ámbito de libertad, ejercida por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. Igualmente, tendrán la consideración de actos de violencia psicológica contra la mujer los ejercidos por hombres de su entorno familiar o de su entorno social y/o laboral.
- Violencia económica: Violencia económica, que incluye la privación intencionada, y no justificada legalmente, de recursos para el bienestar físico o psicológico de la mujer y de sus hijas e hijos o la discriminación en la disposición de los recursos compartidos en el ámbito de la convivencia de pareja.
- El tráfico de mujeres y niñas con fines de explotación, cualquiera que fuera la relación que una a la víctima con el agresor y el medio utilizado.

¹⁰⁰ Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género. DOG núm. 152, 7 de agosto de 2007

- Cualquier otra forma de violencia recogida en los tratados internacionales que lesione o sea susceptible de lesionar la dignidad, la integridad o la libertad de las mujeres.

En relación con María, la violencia que sufre, golpes frecuentes, sería física, ya que, aunque a mi parecer la violencia física siempre tiene consecuencias psicológicas, o incluso suele estar acompañada de abusos verbales, la definición que en la ley gallega se da de la violencia psicológica no se ajusta al comportamiento de José según el caso lo describe. La ley dispone que se trata de “toda conducta, verbal o no verbal, que produzca en la mujer desvalorización o sufrimiento, a través de amenazas, humillaciones o vejaciones, exigencia de obediencia o sumisión, coerción, insultos, aislamiento, culpabilización o limitaciones de su ámbito de libertad” y en el caso no se habla más que de “golpes”, de modo que se trataría entonces, de violencia física.

De todo esto debe existir prueba, tal y como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Enero de 2011¹⁰¹: “El contenido esencial de la garantía exige que la condena se funde en el resultado de esa actividad probatoria. Aún cuando la condena parta del convencimiento del juzgador ante el que esa actividad probatoria se produce, a los efectos de la garantía constitucional no ha de examinarse el grado de seguridad que el Juez tenga sobre el acierto de su convicción. Diversamente, lo que *ha de examinarse es si cabe considerar justificada objetivamente la certeza sobre la hipótesis de la acusación*”. Esta prueba podría consistir en prueba testifical por parte de los vecinos y los efectos físicos de los golpes en el cuerpo de María.

Ante esta situación María estaría protegida por (entre otras) la Ley 1/2004 donde en el Título II se establecen como derechos de las víctimas los siguientes: La información, la asistencia social integral la asistencia jurídica, derechos laborales y de la seguridad social, derechos específicos para las funcionarias públicas y derechos económicos.

Asimismo la Ley 1/2004 recoge medidas judiciales dirigidas a proteger a la víctima en el Título V, Capítulo IV, del artículo 61 al 69. El artículo 69 prevé que estas medidas puedan mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondan. Y en este caso, deberá hacerse constar en la sentencia el mantenimiento. Las medidas son las siguientes:

El artículo 62 establece que María puede solicitar una orden de protección, y el Juez de Violencia sobre la Mujer y, en su caso, el Juez de Guardia, actuarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁰². Artículo 544.1 ter: “1. El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo”.

Se protegerá la intimidad de las víctimas; en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia, en virtud del artículo 63 de la Ley 1/2004, y también, los Jueces competentes podrán acordar, de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas.

El Juez podrá, ordenar la salida obligatoria de José del domicilio que comparte con María, así como la prohibición de volver al mismo, podrá prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida y acordar la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento. Podrá prohibir al inculpado toda clase de comunicación con la persona o personas

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 21/2011 de 26 enero. RJ 2011\315 rec. n.º 10793/2010

¹⁰² Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. BOE núm. 260, de 17 de Septiembre de 1882

que se indique, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal. Estas medidas podrán acordarse acumulada o separadamente.

El Juez podrá suspender para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él, así como suspender el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores. Sin embargo en este caso los dos, José y María, son inculcados en un delito de tráfico de menores, y el menor no es legalmente su hijo aunque a efectos legales, mientras no se demuestre lo contrario, debe ser considerado como tal.

El Juez puede acordar también, respecto de los inculcados en delitos relacionados con la violencia a que se refiere esta Ley, la suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas, con la obligación de depositarlas en los términos establecidos por la normativa vigente¹⁰³.

El artículo 68 determina que estas medidas restrictivas de derechos deberán adoptarse mediante auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad, y, en todo caso, con intervención del Ministerio Fiscal y respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa.

Conclusión

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

Al igual que la *agravante* prevista en el párrafo segundo del mismo: “Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza”. Siendo esta, que la violencia haya tenido lugar en el *domicilio de la víctima*.

¹⁰³ Artículo 67 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004

4. Efectos jurídicos derivados del secuestro de Aminah y Delilah.

Antecedentes de hecho

1. Aminah trabajaba en invernaderos, donde conoce a unos compañeros de trabajo que se ganan su confianza y la de Delilah con el propósito de secuestrarlas.
2. Pasados unos meses, las fuerzan a ejercer la prostitución en el pub de alterne “Eclipse” desde el 1 de diciembre de 2015.
3. El 28 de febrero de 2016 la policía hace una redada en ese local tras recibir una llamada anónima de un cliente al que Aminah le había contado su situación.

Hechos jurídicos derivados del secuestro

Aminah y Delilah en primer lugar, no se encuentran en situación de secuestro. Para que se diera el secuestro es necesario exigir alguna condición a cambio de ponerlas en libertad. De este modo lo tipifica el Código Penal¹⁰⁴ en el artículo 164 “El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de seis a diez años. Si en el secuestro se hubiera dado la circunstancia del artículo 163.3, se impondrá la pena superior en grado, y la inferior en grado si se dieran las condiciones del artículo 163.2”

Por tanto en el caso del secuestro, para que se produzca la liberación de la persona se exige una condición concreta, mientras que la detención ilegal consiste en privar a alguien de su libertad, como se deduce del artículo 163 del Código Penal. “El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años”.

Una privación de libertad como finalidad en sí misma, o como medio para exigir un rescate, siempre constituye el delito de detención ilegal, independientemente de la duración temporal.

El bien jurídico que se protege en el delito de detención ilegal es la libertad ambulatoria, es decir, la capacidad de la persona de fijar por sí misma su situación en el espacio físico. No importa que a esa libertad externa no acompañe una libertad interna, el que concurra o no la facultad del discernimiento. Sujetos pasivos de este delito, pueden ser, por tanto, también los inimputables, menores etc, en la medida en que tengan capacidad suficiente para trasladarse por sí mismos. Cuando se trate de menores o de personas que carezcan de capacidad para decidir por sí mismos, la detención ilegal consiste en el quebrantamiento de la relación de custodia con la persona encargada legalmente de su guarda. El sujeto activo puede ser sólo “el particular” que detiene ilegalmente a un sujeto¹⁰⁵.

La acción consiste en la privación al sujeto pasivo de las posibilidad de determinar por sí mismo su situación en el espacio físico, en contra de su voluntad, con indiferencia de las proporciones de este espacio. Las dos únicas modalidades típicas de la acción recogidas en el art. 163.1 son el encierro y la detención. Siendo *encerrar*, situar una persona en un lugar no abierto, mueble o inmueble; y *detener*, consiste en la aprehensión de una persona a la que se le priva de la facultad de alejarse en un espacio abierto.

El legislador agrava la pena cuando se dan ciertas situaciones, como por ejemplo la duración de la detención, que recoge el artículo 163. 3 que establece: “Se impondrá la pena de prisión de cinco a

¹⁰⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE» núm. 281, de 24 de Noviembre de 1995

¹⁰⁵MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal...* cit. p. 159

ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días”. En este caso *las retienen durante 90 días, por lo que incurrir en este tipo cualificado*.

Mientras se encuentran privadas de libertad, los hombres las fuerzan a ejercer la prostitución. En un primer momento podríamos pensar que es un delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, pero el artículo 3 del Protocolo de Palermo¹⁰⁶, define la trata como “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

Por tanto la trata de personas requiere traslado, el transporte de una persona a otro lugar. La trata es un delito contra los derechos humanos en la medida en que es una manifestación del comercio sobre personas que cosifica a la víctima convirtiéndola en mercancía u objeto de transacción¹⁰⁷.

De modo que, me dirijo al artículo 187 del Código Penal, que dice así:

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

Se impondrá 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*, aun con el consentimiento de la misma. En todo caso, se entenderá que hay explotación cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica.
 - b) Que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.
2. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:
- a) Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.
 - b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.
 - c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.
3. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.

En este caso las conductas *también se realizan contra un menor*, puesto que al haber permitido la entrada de Delilah con su pasaporte sirio, supone que ésta *a efectos legales es menor de edad*. Y de hecho, el caso especifica que Delilah acude al colegio como el resto de los hijos menores de Aminah.

¹⁰⁶ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Palermo, 2000.

¹⁰⁷ FERNÁNDEZ OLALLA, P. GARCÍA VÁZQUEZ, S. *Una aproximación a la lucha contra la trata de seres humanos en España*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2012 p. 106

El Código Penal en el artículo 188 establece en este caso lo siguiente:

1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un *menor de edad* o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines, será castigado con las *penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses*.

Si la víctima fuera menor de dieciséis años, se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Si los hechos descritos en el apartado anterior se cometieran *con violencia o intimidación, además de las penas de multa previstas*, se impondrá la pena de prisión de cinco a diez años si la víctima es menor de dieciséis años, y la *pena de prisión de cuatro a seis años* en los demás casos.

3. *Se impondrán las penas superiores en grado* a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación.

b) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

c) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se impondrá, además, una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

e) *Cuando los hechos se hubieren cometido por la actuación conjunta de dos o más personas*.

f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

4. El que solicite, acepte u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, será castigado con una pena de uno a cuatro años de prisión. Si el menor no hubiera cumplido dieciséis años de edad, se impondrá una pena de dos a seis años de prisión.

5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

En el caso de la prostitución de las personas mayores de edad, la única razón de la incriminación de los hechos es que se obligue a practicarla. La acción típica puede llevarse a cabo bien por empleo de violencia o intimidación, bien mediante engaño, bien abusando de una situación de necesidad, superioridad o vulnerabilidad. La retención en la práctica de la prostitución puede constituir unas detenciones ilegales que entrarían en concurso con el delito relativo a la prostitución¹⁰⁸.

El tercer apartado del artículo 188 prevé la imposición de la pena superior en grado cuando concorra ciertas circunstancias, como que la víctima sea especialmente vulnerable; cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima; cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente

¹⁰⁸MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal...* cit. p. 247

de ésta o funcionario público. En este caso se impondrá, además, una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años; cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima; cuando los hechos se hubieren cometido por la actuación conjunta de dos o más personas; cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

Señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2001¹⁰⁹, “mediante la determinación coactiva se doblega simplemente la voluntad de la víctima para obligarla mediante «vis compulsiva» a la realización de ciertos actos contra su libre albedrío, sin que ello suponga una privación total de movimientos; mediante la comisión de un delito de detención ilegal no se doblega, sino que se impone o se obliga imperativamente, sin posibilidad alguna de defensa, la voluntad de la víctima, la cual queda impedida de libertad ambulatoria, porque se la detiene o se la encierra con privación total de movimientos”.

Conclusión

Se cumplen, pues, todos los elementos tanto del tipo del art. 163.1 del Código Penal como del art. 188 y 187 del Código Penal además de la agravante del artículo 163. 3.

Los secuestradores incurrir en un delito de detención ilegal del artículo 163.1 que se pena con cuatro a seis años de prisión con la agravante del artículo 163.3 de prisión de cinco a ocho años cuando el encierro – como en este caso – ha durado más de quince días.

Respecto al delito de prostitución coactiva cometido contra Aminah, por el artículo 187 del Código Penal, serán castigados con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses por lucrarse explotando su prostitución.

Por último, por la prostitución coactiva ejercida contra Delilah, se le impondrá la pena de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses, y se impondrá la pena superior en grado porque los hechos se han cometido por la actuación conjunta de dos o más personas, tal y como recoge el artículo 188.3 en el apartado e.

¹⁰⁹ Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 1588/2001 de 17 septiembre. RJ 2001\9014

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

5.1 **Determinar a qué delitos serán objeto de condena los secuestradores.** **Antecedentes de hecho**

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.

Sobre las amenazas y el acoso

En el Capítulo II del Título VI del Código Penal se tipifican las amenazas. La amenaza la define la Real Academia como el “delito consistente en intimidar a alguien con el anuncio de la provocación de un mal grave para él o su familia”. La amenaza en sentido jurídico-penal coincide con este sentido, pudiendo definirse como la exteriorización hecha por una persona de causar a otra, a ella, o su familia o persona allegada, un mal, dependiendo luego del respectivo tipo delictivo la determinación de la naturaleza de dicho mal¹¹⁰.

La acción consiste en exteriorizar un propósito. Tal propósito ha de consistir en un mal, es decir, en la privación de un bien presente o futuro. El mal ha de ser en principio ilícito, delictivo o no. Sólo en las amenazas delictivas puede también el mal ser ilícito. El sujeto activo ha de exteriorizar su propósito de un modo que haga creer al sujeto pasivo que es real, serio y persistente, independiente de la forma que se use para su exteriorización. No es preciso, sin embargo, que el sujeto activo piense realizar ese propósito realmente. Es necesario que la amenaza llegue al amenazado, sujeto pasivo, aunque sea por vía indirecta, y que éste comprenda el sentido de la amenaza.

También se deben tener en cuenta las circunstancias en torno a la amenaza, que despierten objetivamente inseguridad, y que tengan la capacidad para modificar las decisiones de una persona. Por ejemplo, decir “te voy a matar” puede ser más o menos intimidante en función de la situación, una amenaza de muerte empuñando arma de fuego o esgrimiendo un afilado cuchillo sí pueden considerarse suficientemente graves como para perturbar la seguridad.

El artículo 169 del Código Penal dice así “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

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

Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos.

¹¹⁰MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal...* cit. p. 151

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

En cuanto al castigo que se aplica hay que tener en cuenta que si la amenaza se hubiere hecho imponiendo cualquier tipo de condición, por ejemplo al decir: “o me pagas o te mato” y el culpable hubiere conseguido su propósito, la pena será de prisión de 1 a 5 años. Si por el contrario no consiguiera el propósito perseguido, será de prisión de 6 meses a 3 años. Además se agrava la pena aplicándola en la mitad superior cuando las amenazas se hicieron por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o reproducción.

En este caso la amenaza es condicional, puesto que les exigen no decir nada a la policía respecto a la situación que viven Aminah y Delilah. Además, se producen por teléfono por lo que se imponen en su mitad superior. Y consiguieron su propósito porque los menores no revelaron la detención ilegal.

Los hijos de Aminah también sufren acoso, el cual aparece recogido en el artículo 172 ter del Código Penal en los siguientes términos: “1. Será castigado con la *pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses* el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

- 1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física.
- 2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.
- 3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.
- 4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

Conclusión

Los secuestradores son responsables de de un delito de amenazas y un delito de acoso. Por las amenazas serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años, en su mitad superior por haber realizado estas amenazas por teléfono.

Por el acoso por tratarse en este caso de personas especialmente vulnerables por razón de su edad, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

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

La protección del menor en España estaba regulada por la Ley Orgánica 1/1996¹¹¹, de Protección Jurídica del Menor, ésta era el principal marco regulador de los derechos de los menores de edad, garantizándoles una protección uniforme en todo el territorio del Estado. Esta ley ha sido el referente de la legislación que las Comunidades Autónomas han ido aprobando posteriormente, de acuerdo con sus competencias en esta materia.

Desde entonces, ha sido aprobada profusa normativa estatal y de las CCAA, se han firmado convenios internacionales y se han producido importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores, lo que exige una reforma. En 2015 se aprueba la Ley Orgánica 8/2015¹¹², que *no deroga la ley anterior*, sólo la modifica. En el artículo 10 se refuerzan las medidas para facilitar el ejercicio de los derechos de los menores y se establece un marco regulador adecuado de los relativos a los menores extranjeros, reconociendo, respecto de los que se encuentren en España y con independencia de su situación administrativa, sus derechos a la educación, a la asistencia sanitaria y a los servicios sociales, tal y como se recogen en la Ley Orgánica 4/2000¹¹³, y en la Ley 16/2003¹¹⁴, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud¹¹⁵.

Además el artículo 10. 1 de la Ley 1/1996 en el apartado f, establece que los menores pueden “presentar denuncias individuales al Comité de Derechos del Niño, en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la normativa que la desarrolle”

El Comité de Derechos del niño es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Partes. El Comité también supervisa la aplicación de los dos protocolos facultativos de la Convención, relativos a la participación de niños en los conflictos armados, y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Todos los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar un informe dos años después de su adhesión a la Convención y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "observaciones finales"¹¹⁶.

En el título II de la ley 1/1996, se recogen las actuaciones que deben tomarse en caso de desprotección del menor, como el deber de atención inmediata o las actuaciones en situación de riesgo.

Además de las normas estatales, existen las normas autonómicas, en Galicia está regulado a través de la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia.

La salvaguarda de los derechos del niño también tiene carácter internacional, a ello hace referencia el artículo 3 de la Ley 1/1996: “Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los

¹¹¹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15, de 17 de Enero de 1996

¹¹² Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

¹¹³ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE» núm. 10, de 12 de Enero de 2000.

¹¹⁴ Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. BOE núm. 128, de 29 Mayo de 2003.

¹¹⁵ Preámbulo II, Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

¹¹⁶ Página web de la Oficina Oficial del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos del Niño, <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/>

demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social. La presente ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad. Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente ley y a la mencionada normativa internacional”.

En 1924 se adoptó el primer instrumento jurídico de la historia que, de forma general, reconocía derechos al niño: la Declaración de los Derechos del niño de 1924, conocida como la *Declaración de Ginebra*. Se trataba además del primer instrumento destinado a proteger derecho humano elaborado en el seno de una Organización Internacional, la Sociedad de las Naciones. Treinta y cinco años después se adoptó otra Declaración sobre los Derechos del Niño¹¹⁷ en el seno de la sucesora de la Sociedad de Naciones, la Organización de las Naciones Unidas.

La Convención de los Derechos del Niño es un instrumento comprensivo de sus derechos, esto es, reconoce tanto los denominados derechos civiles y políticos como los sociales, económicos y culturales. Y se recogen todas aquellas situaciones concretas en las que el ejercicio de tales derechos puede verse afectado, regulándose, mediante la imposición de obligaciones el reconocimiento de derechos y responsabilidades, los comportamientos de terceras personas en relación con los niños¹¹⁸.

En el ámbito internacional, destaca la Declaración de los Derechos del Niño de 1956 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de menores. En lo referente a la protección de los derechos de custodia y de visita destaca el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Conclusión

Pueden acudir para su protección tanto a normas estatales, como la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia y los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹¹⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990

¹¹⁸ TRINIDAD NÚÑEZ, P. *El niño en el derecho internacional de los derechos humanos*, Universidad de Extremadura, Cáceres, 2002. p. 67

Conclusiones:

- Sobre el derecho de asilo: La situación de guerra civil o de conflicto interno violento o generalizado no es suficiente por sí sola para justificar el reconocimiento de la condición de refugiado. El temor de persecución debe basarse siempre en uno de los motivos señalados en la Convención de Ginebra. Para que se reconozca la condición de refugiado deben existir temores fundados a ser perseguido en el país de origen por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual.

Sólo quienes ostentan el derecho de asilo pueden pedir la recomposición familiar, y éste derecho aún requerido por la familia, no puede ser extendido a aquellos que incurren en una de las causas de exclusión del derecho de asilo, como es el peligro para la seguridad nacional.

La jurisprudencia y la ley 8/2015 han establecido que si no hay motivo suficiente para pensar que la documentación de un extranjero de la que se desprenda su minoría de edad, es falsa, no puede ser sometido a las pruebas de determinación de la edad.

- Sobre la Adopción Internacional: Los informes de idoneidad deben estar razonablemente motivados, no basta con una motivación moral, debe ser consciente y reflexiva. Además, en 2014 una sentencia del Tribunal Supremo ha desarrollado que “si una primera valoración estableció la idoneidad para adoptar, la segunda que la deniega debe estar razonablemente motivada”.

- Sobre la adopción ilegal: La adopción ilegal, es decir el delito de obtener un menor con la finalidad de establecer una relación análoga a la filiación a cambio de una compensación económica, supone la comisión de diversos delitos, como la necesidad de falsificar documentos de identidad para poder trasladar al menor de un país a otro, y, en este caso, simular un parto para dar explicación a la compra ilícita del niño. Se le impondrá a José la pena prevista del artículo 221 del Código Penal, además, la inhabilitación para empleo o cargo público prevista en el artículo 222 del Código Penal, por el delito de tráfico de menores y la pena prevista en el artículo 390 por falsificación de documento de identidad pena. A José y María por un delito de suposición de parto prevista en el artículo 220.1 del Código Penal.

- Sobre la violencia doméstica: La violencia doméstica es la que se ejerce en el núcleo familiar, afecta a personas que pertenecen al entorno familiar del agresor. En este caso es una violencia que se ejerce habitualmente en el domicilio común, y se trata de una violencia física por ser un acto de fuerza con el resultado de producir lesión física. A José, por lo tanto, se le aplica el artículo 173.2 del Código Penal y se impondrá en su mitad superior aplicando la *agravante* por tener lugar en el domicilio común.

- Sobre la detención ilegal y la prostitución coactiva: La detención ilegal supone la privación de libertad ambulatoria, la privación al sujeto de determinar por sí mismo su situación en el espacio físico. Para que se diera el secuestro es necesario exigir alguna condición a cambio de ponerlas en libertad. Su pena se agrava cuando esta privación de libertad dura más de quince días, como ocurre en este caso. La prostitución coactiva se diferencia de la trata en que esta última requiere del traslado de las personas. Se pena de forma distinta si quien sufre la prostitución coactiva es un menor o una mayor de edad, como ocurre en este caso con Aminah y Delilah. Se cumplen, pues, todos los elementos tanto del tipo del art. 163.1 del Código Penal como del art. 188 y 187 del Código Penal además de la agravante del artículo 163. 3.

- Sobre la situación que viven los hijos: Los secuestradores son responsables de un delito de amenazas y un delito de acoso. Por las amenazas serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años, en su mitad superior por haber realizado estas amenazas por teléfono y por el acoso por tratarse en este caso de personas especialmente vulnerables por razón de su edad, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años. Para su protección jurídica pueden acudir tanto a normas estatales, como la Ley Orgánica 1/1996, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, la Ley 3/2011, de Galicia y los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, pueden acudir a la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

BIBLIOGRAFÍA

• Libros

- CASALILLA GALÁN, J. A.; BERMEJO CUADRILLERO, F. A.; ROMERO GONZÁLEZ, A. *Manual para la valoración de la idoneidad en adopción internacional*, B.O.C.M, Madrid, 2008
- CORTÉS BECHIARELLI, E. *Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores*. Madrid, 1996
- DÍEZ-PICAZO, L; GUILLÓN, A. *Sistemas de Derecho Civil. Derecho de familia y sucesiones*. Madrid, 2001
- ESTEBAN DE LA ROSA, G. *Regulación de la Adopción Internacional, Nuevos problemas, nuevas soluciones*. Thomson Aranzadi, 2007
- FERNÁNDEZ OLALLA, P. GARCÍA VÁZQUEZ, S. *Una aproximación a la lucha contra la trata de seres humanos en España*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2012
- GAMMELTOFT-HANSEN, T. *Access to Asylum*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011
- MOLES, C. *Sólo por estar solo, Informe sobre la determinación de la edad de menores migrantes no acompañados*, Fundación Raíces, Madrid, 2014
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
- POLO GUARDO, R. K; CARMONA MUÑOZ, V; *Guía sobre el derecho de asilo*, Ministerio del Interior, Madrid, 2005
- TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “*El tráfico de niños para su adopción ilegal*”, Dykinson S.L, 2003
- TRINIDAD NÚÑEZ, P. *El niño en el derecho internacional de los derechos humanos*, Universidad de Extremadura, Cáceres, 2002.

• Revistas

- CARRASCO ANDRINO, M.d.M; *Protección Penal de la Filiación*, Artículo RECPC 12-06 (2010), Alicante
- MARTÍNEZ, R. *Diferencias dentro del ámbito penal entre violencia doméstica y violencia de género*, Noticias Jurídicas, 01/06/2009
- PAUNER CHUL. C. *La unidad familiar en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección social subsidiaria*, 2011

• Informes jurídicos

- G. PARRA-ARANGUREN, *Informe explicativo del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional*, 1993

• Recursos web

ACNUR : <http://acnur.es/preguntas-seccion-legal>

Cuerpo Nacional de Policía:

http://www.policia.es/documentacion/asiloylefugio/as_re_unidad_familiar.html

Página del Ministerio del Interior, Extranjería <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria/asilo-y-refugio/tramitacion-de-las-solicitudes>

Portal de Adopciones de Galicia <http://adopcions.xunta.es/index.php?idMenu=35&idIdioma=1>

Página web de la Oficina Oficial del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos del Niño, <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/>

- **Sentencias**

- Sentencias del Tribunal Constitucional: Auto Tribunal Constitucional, Pleno, 12 de Marzo de 1996, nº 63/1996
- Sentencias del Tribunal Supremo: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 28 de septiembre de 1963, R.A. 3852; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 octubre 1981. RJ 1981\3673; Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 43/1998 de 20 enero de 1998, RJ 1998\ 391; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección3ª, Sentencia de 15 diciembre 1998, RJ 1999\102; Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 1588/2001 de 17 septiembre RJ 2001\9014; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección3ª, 12 de julio 2004, RJ 2004\5200, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 33/2005 de 19 enero de 2005. RJ 2005\944, Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de Octubre de 2009, Roj 6068/2009, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección 5ª, 17 de diciembre de 2009, RJ 2010/2883; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección1ª, núm. 21/2011 de 26 enero. RJ 2011\315; Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de octubre de 2011, Roj 6566/2011; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 24 de abril de 2014, Roj 1231/2014; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno, Nº 453/2014 de 23 de septiembre de 2014, RJ 2014/4839; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno, Nº 452/2014 de 24 de septiembre de 2014, RJ 2014/4689
- Sentencias de la Audiencia Nacional: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, del 17 de Julio de 2014, RJ 2014/716
- Sentencias de las Audiencias Provinciales: Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 1ª, núm. 24/2002 de 16 octubre. ARP 2003\32; Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, núm. 24/2005 de 2 febrero. AC 2005\182; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, Sentencia núm. 181/2005 de 14 marzo JUR 2005\131254; Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, auto núm. 211/2007 de 18 septiembre, Rec. nº 183/2007; Auto de la Audiencia Provincial de Madrid , Sección 22ª, núm. 211/2007 de 18 septiembre. AC 2007\1879; Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª, sentencia núm. 99/2014 de 28 marzo de 2014, AC 2014/2011

- **Normativa**

Tratados internacionales: - Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990.

- Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. Instrumento de ratificación del 30 de junio de 1995.

- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Palermo, 2000.

Normativa comunitaria:- Directiva 2011/95/UE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida

- Convenio del Consejo de Europa (COE) Nº 197 sobre la lucha contra la trata de seres humanos, ratificado por España el 9 de julio de 2008, entrando en vigor en nuestro país el 1 de agosto de 2009

- Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 26 de Junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional

Leyes y reglamentos:- Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. BOE núm. 260, de 17 de Septiembre de 1882

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil BOE N° 206 25 de julio 1889

- Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia BOE N° 101 de 28 de Abril de 1981

- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985

- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, BOE n° 285

- Real Decreto 2170/1994, de 4 de noviembre, sobre ampliación del traspaso a la Comunidad Autónoma de Galicia, en materia de servicios y asistencia sociales BOE N° 306, de 23 de diciembre de 1994

- 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

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 281, de 24 de Noviembre de 1995

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

Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común BOE núm. 12, de 14 de enero de 1999

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 8 de Enero de 2000

- Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia DOG N° 45 de 6 de Marzo del 2000

- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE» núm. 10, de 12 de Enero de 2000.

- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. BOE núm. 128, de 29 Mayo de 2003

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004

- Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género. DOG núm. 152, 7 de agosto de 2007

- 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. BOE núm. 263

- 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

- Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia. BOE N° 182 de 30 julio de 2011

- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, BOE n° 236