



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Trabajo de fin de grado: Derecho de asilo y adopción internacional.

Autora: Carla Martínez Barcia.

Tutor: Ricardo P. Ron Latas.

ÍNDICE.

BLOQUE 1: Derecho Internacional.....	Pág. 1
1. Antecedentes de hecho.....	Pág. 5
2. Respeto del derecho de asilo.....	
Introducción. Normativa aplicable y antecedentes históricos del derecho de asilo.	
3. Dictamen sobre el procedimiento para la concesión del derecho de asilo a Aminah, sus hijos y Delilah, explicando el papel ejercido por la Oficina de Asilo y Refugio y por ACNUR.....	Pág. 7
3.1. Lugar de presentación de la solicitud de derecho de asilo.....	Pág. 8
3.1.1. Información de derechos.....	
3.1.2. Plazo de presentación de la solicitud.....	
3.1.3. Forma de presentación de la solicitud.....	
3.1.4. Derechos y obligaciones de los solicitantes.....	
3.1.5. Efectos de la presentación de la solicitud.....	
3.1.6. Notificación de la resolución sobre la solicitud.....	
3.1.7. Normativa supletoria en materia de procedimiento.....	
4. Papel del ACNUR en el procedimiento de asilo.....	Pág. 11
4.1. Concepto. ¿Qué es ACNUR?.....	
4.2. Papel concreto de ACNUR en el procedimiento.....	
5. Dictamen sobre el posible riesgo para la Seguridad Nacional en caso de recibir a Abdel-Bari.....	Pág. 14
5.1. Concepto de Seguridad Nacional.....	
5.2. Seguridad Nacional y derecho de asilo.....	
5.2.1. Cuando solicita derecho de asilo por primera vez.....	
5.2.2. Cuando solicita reexamen del derecho de asilo.....	
A. Diferencia entre motivos de inadmisión y motivos de denegación de una solicitud.....	
B. ¿Cabe reexamen de la solicitud?.....	
6. Consideración sobre si es un hecho justificativo de la concesión del derecho la necesidad de recomposición de la unidad familiar.....	Pág. 19
7. Dictamen sobre la precisión o no de la documentación aportada por Delilah, relativa a la identidad, edad y procedimiento a seguir para determinar si los datos son veraces.....	Pág. 19

BLOQUE 2: Bloque de Adopción InternacionalPág. 22

1. Antecedentes de hecho Pág. 23

2. Normativa aplicable en la adopción internacional..... Pág. 23

- 2.1 Normativa internacional
- 2.2 Normativa nacional.....
- 2.3 Normativa autonómica gallega

3. Introducción: La actuación administrativa en el procedimiento adoptivoPág. 24

- 3.1 El “certificado de idoneidad” como requisito sustancial de las adopciones constituidas en el extranjero por adoptantes españoles
- 3.1.1 Concepto
- 3.1.2 Criterios de valoración de la idoneidad de los futuros adoptantes.....
- 3.1.3 Fundamentos jurídicos que justifican la no idoneidad en el caso concreto.
- 3.1.4 Función jurisdiccional en la valoración de la idoneidad.....

4. Procedimiento a seguir para solicitar un nuevo informe de idoneidad... Pág. 28

BLOQUE 3: Bloque de Derecho PenalPág. 30

1. Atendiendo a la adopción realizada por José y María en Colombia..... Pág. 31

1.1. Antecedentes de hecho

- 1.1.1. Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que incurren, tanto en Colombia, como desde su llegada a España.....
 - A. Delito de adopción ilegal.
 - B. Prevalimiento de carácter público.
 - C. Delito de falsificación de documentos.
 - D. Delito de suposición de parto.
- 1.1.2. Dictamen sobre la situación que vive el matrimonio de José y María desde que el bebé llega a casa.....
 - A. Delito de violencia doméstica habitual.

2. Efectos jurídicos derivados del secuestro de Amina y Delilah..... Pág. 39

- 2.1. Antecedentes de hecho
- 2.2. Ubicación en el Código Penal del delito de secuestro
- 2.3. Bien jurídico protegido
- 2.4. Diferencia entre detención ilegal y secuestro
- 2.5. El delito de prostitución
- 2.6. El delito de trato degradante
- 2.7. El abuso de confianza
- 2.8. Conclusión

3. Respecto a la situación que sufrían los hijos de Abdel Bari y Aminah durante su secuestro: Pág. 44

3.1. Antecedentes de hecho

3.1.1. Determinar a qué delitos serán objeto de condena los secuestradores

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

BLOQUE 4: BIBLIOGRAFÍA Pág. 50

**BLOQUE 1:
DERECHO
INTERNACIONAL**

1. Antecedentes de hecho:

1. El 13 de julio del año 2015, la familia siria compuesta por cuatro miembros, el padre Abdel Bari, la madre Aminah, un hijo Ali 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.
2. 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.
3. 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-Baghadí, actual líder del llamado Estado Islámico.
4. 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.

2. Respecto al derecho de asilo:

Introducción. Normativa aplicable y antecedentes históricos del derecho de asilo.

La Ley reguladora del Derecho de Asilo y la Protección Subsidiaria¹, (LAPS en adelante) configura el asilo, reconocido en el artículo 13.4 de la CE², como la protección dispensada por España a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de Refugiado de acuerdo con esta Ley, con la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967.

El derecho de asilo hay que abordarlo desde tres planos, desde el plano de la legislación nacional, desde la legislación comunitaria europea, y desde la legislación internacional.

Desde el primer plano, hay que destacar que el derecho de asilo en España, no es un derecho fundamental, sino que se trata de un derecho de configuración legal. El artículo 13.4 de la CE dice que será la ley la que establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España. La ley que desarrolla este artículo es la LAPS³, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Sin embargo, el procedimiento para la concesión de este derecho se va a tratar de un procedimiento para el reconocimiento de un derecho

¹ Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE número 263, de 31 de octubre)

² Constitución Española, Constitución de 27 de diciembre 1978. RCL 1978\2836. BOE 29 diciembre 1978, núm. 311.

³ Esta ley 12/2009 modifica la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1984, páginas 8389 a 8392 (4 págs.)

reconocido internacionalmente, ya que es la Convención de Ginebra la que establece los mínimos y el contenido esencial de este derecho, pudiendo aumentarse su contenido, pero nunca disminuirlo⁴.

Desde un segundo plano, tenemos el derecho comunitario. Este es importante porque se ha establecido un procedimiento común a nivel comunitario. De entre estas normas destacan, por afectar al núcleo de todo sistema de asilo, la Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril⁵, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; la Directiva 2005/85/CE, del Consejo, de 1 de diciembre⁶, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado; y el Capítulo V de la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre⁷, sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados

Además, la Directiva 2013/33/UE, de 26 de junio⁸, establece en su artículo 1º que su objeto es establecer normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. Esta Directiva se aplicará a todos los nacionales de terceros países y apátridas que presenten una solicitud de protección internacional en el territorio, incluida la frontera, en las aguas territoriales o en las zonas de tránsito de un Estado miembro, siempre y cuando se les permita permanecer en su territorio en calidad de solicitantes, así como a los miembros de su familia si quedan cubiertas por la solicitud de protección internacional de conformidad con el Derecho nacional⁹.

Desde un tercer nivel, tenemos el derecho internacional, que es el encargado de establecer la definición y el contenido esencial del derecho de asilo. El derecho de asilo es un derecho humano, y por lo tanto, aparece recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁰, en su artículo 14, que dice así:

⁴ Cfr.: Preámbulo de la Ley 12/2009, de 30 octubre, del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. RCL 2009\2051. BOE 31 octubre 2009, núm. 263, [pág. 90860]. Párrafo 5º: De la naturaleza misma de las normas mínimas se desprende que los Estados miembros tienen competencia para introducir o mantener disposiciones más favorables para las personas de terceros países o apátridas que pidan protección internacional a un Estado miembro, siempre que tales normas sean compatibles con lo dispuesto en las Directivas comunitarias que con la presente Ley se transponen.

⁵ 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. «DOUE» núm. 337, de 20 de diciembre de 2011, páginas 9 a 26 (18 págs.)

⁶ 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. «DOUE» núm. 326, de 13 de diciembre de 2005, páginas 13 a 34 (22 págs.)

⁷ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. «DOUE» núm. 251, de 3 de octubre de 2003, páginas 12 a 18 (7 págs.)

⁸ Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. «DOUE» núm. 180, de 29 de junio de 2013, páginas 96 a 116 (21 págs.)

⁹ Artículo 3 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo. «DOUE» núm. 251, de 3 de octubre de 2003, páginas 12 a 18 (7 págs.)

¹⁰ Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570 (7 págs.)

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.
2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

A nivel internacional, el derecho de asilo aparece también recogido en Convención de 1951 y su Protocolo de 1967. La definición de “refugiado” en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados se define en el art. 1º, ap. 2º de la Convención de 1951, estableciendo que el término “refugiado” se aplicará a toda persona “[...]Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él[...]

Notamos así que la definición emanada de la Convención establecía una limitación temporal, “como consecuencia de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951.” Esta limitación obedecía a la pretensión de los Estados, al momento de adoptarse la Convención, de limitar sus obligaciones a las situaciones de refugiados que ya se sabían que existían o las que pudieran surgir ulteriormente pero a consecuencia de acontecimientos ya ocurridos antes del 1º de enero de 1951. El apartado B, a su vez, permitía a los Estados que ratificaran la Convención formular una reserva geográfica, es decir, limitar la recepción de refugiados por “acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 en Europa.” Pero el transcurso del tiempo y la aparición de nuevas situaciones problemáticas, hizo surgir la necesidad de aplicar a dichas situaciones las normas de la Convención de 1951. Así, se adoptó el Protocolo de 1967.¹¹

Por este motivo, y considerando que habían surgido nuevas situaciones de refugiados desde que la Convención fue adoptada y que había la posibilidad, por consiguiente, de que los refugiados interesados no quedasen comprendidos en el ámbito de la Convención, y considerando además conveniente que gozasen de igual estatuto todos los refugiados comprendidos en la definición de la Convención, independientemente de la fecha límite de 1º de enero de 1951, se creó el Protocolo sobre el Estatuto de los refugiados en Nueva York en 1967.¹² La ONU aceptó, por tanto, que los inconvenientes de la Convención de Ginebra eran las limitaciones temporal y geográfica, por lo cual omitió “como resultado de los acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951” y las palabras “a consecuencia de tales acontecimientos”. Abriendo así las posibilidades de que más refugiados recibieran protección.

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

¹¹ Véase Agustín Gordillo, Gregorio Flax, Adelina Loianno, Guillermo A. Gordo, Marcelo López Alfonsín, Marcelo Ferreira, Carlos E. Tambussi, Alejandro Rondaninni. En “Derechos humanos” Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2007. Capítulo XII. Capítulo: El Derecho a solicitar asilo, de Alejandro Rondanini. pág. 227

¹² Cfr. Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. «BOE» núm. 252, de 21 de octubre de 1978, páginas 24310 a 24328 (19 págs.)

Las personas nacionales no comunitarias y las apátridas presentes en territorio español tienen derecho a solicitar protección internacional en España¹³.

3.1 Lugar de presentación de la solicitud de derecho de asilo:

El procedimiento para la concesión de asilo comienza con la presentación de la solicitud que deberá efectuarse mediante comparecencia personal de los interesados que soliciten protección en los lugares que reglamentariamente se establezcan. Se inicia así, con la presentación de solicitud ante cualquiera de las siguientes dependencias¹⁴:

- Oficina de Asilo y Refugio.
- Puestos fronterizos de entrada al territorio español.
- Oficinas de Extranjeros.
- Comisarías de Policía autorizadas.
- Centros de Internamiento de Extranjeros.

Expresa el art. 38 de la LAPS que “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.”

Importante es recalcar en este punto el art. 38, párrafo 2º de la LAPS, en el que se establece que “El Reglamento de desarrollo de esta ley determinará expresamente las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados de los solicitantes, así como el procedimiento para evaluar las necesidades de traslado a España de los mismos.” Sin embargo, no se ha creado reglamento que desarrolle esta ley, lo que impide su pleno desarrollo, aplicándose el reglamento anterior, es decir, el reglamento de 1995 que desarrollaba la ley de 1994 de asilo, en todo aquello que no contradiga la LAPS¹⁵. Además, el hecho de que no haya unos criterios establecidos para la valoración de estos casos produce inseguridad, quedando supeditada a la decisión personal de la o el responsable de la oficina consular, decidir si permite el viaje o no para poder realizar la solicitud.

Es decir, la solicitud no se va a llevar a cabo en la embajada, sino que, será el embajador el que decida si traslada a este futuro solicitante a España, y desde allí, en los lugares establecidos a tal efecto, (en este caso sí que se sigue lo dicho en el artículo 4º del reglamento de 1994¹⁶, ya que no contradice en ninguno de sus puntos a la nueva ley 12/2009) se solicitará el asilo.¹⁷

¹³ Artículo 16 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE número 263, de 31 de octubre)

¹⁴ Artículo 4 del Reglamento de Asilo, Real Decreto 203/1995, de 10 febrero. RCL 1995\741. BOE 2 marzo 1995, núm. 52, [pág. 7237] confrontado con la nueva Ley 12/2009.

¹⁵ En este sentido, a pesar de que el art. 4 del Reglamento del 1995, establezca entre los lugares para pedir asilo, la Embajada, podemos entender que no se puede, ya que contradice lo que se expresa en la nueva LAPS en su art. 38, que prevé que habrá de haber un reglamento que desarrolle esta LAPS, y que establecerá el acceso de los (se entiende que futuros) solicitantes a la Embajada. De hecho, en la página web del Ministerio del Interior, ya no aparece como lugar habilitado para la presentación de la solicitud, la Embajada. <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria/asilo-y-refugio/presentacion-de-la-solicitud>

¹⁶ *Ibíd.* Artículo 4º del Reglamento de Asilo, Real Decreto 203/1995, de 10 febrero.

¹⁷ En este sentido, véase también, VIDAL FUEYO, M. ^a DEL CAMINO (Coord.) “Régimen jurídico del derecho de asilo en la ley 12/2009” Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid. Año 2010. En su pág. 113, relativa al procedimiento para la tramitación de las solicitudes de asilo. Véase también, el informe del año 2015, de la Comisión Española de ayuda al refugiado, extraído de <http://www.cear.es/wp-content/uploads/2015/06/Resumen-Ejecutivo->

Conclusión:

No sería posible solicitar asilo por parte de la familia siria en la Embajada, como se desprende de la nueva ley 12/2009. En el caso de dirigirse a la Embajada de España en Ankara, será el embajador, discrecionalmente, el que decida si se va a realizar un traslado de los futuros solicitantes a España, desde donde sí podrán solicitar el asilo, pero solo desde los lugares habilitados a tal efecto, en este sentido sí que se sigue lo art. 4º en el reglamento del 1994 ya que no contradice a la nueva ley de asilo.

Además, de la ley también se desprende que solo en los casos en los que no sean nacionales del país donde se encuentre la embajada y además corra peligro su integridad física, **podrá** el embajador permitir su traslado a España.

Por lo tanto, con la nueva reforma de la LAPS, no se puede solicitar asilo desde una embajada, por lo que en este caso, la familia siria debería, desde los lugares habilitados para tal efecto, solicitar su derecho de asilo.

Entendemos entonces, que la familia siria presenta la solicitud de asilo en uno de los lugares habilitados a tal efecto. Y una vez solicitado, se seguirá el esquema siguiente.¹⁸

3.1.1 Información de derechos:

La presentación de la solicitud conllevará la valoración de las circunstancias determinantes del reconocimiento de la condición de refugiado, así como de la concesión de la protección subsidiaria. Además, en el momento de efectuar la solicitud, la persona extranjera será informada, en una lengua que pueda comprender, acerca de:

- El procedimiento que debe seguirse y del carácter confidencial de éste;
- Sus derechos y obligaciones durante la tramitación, en especial en materia de plazos y medios;
- La posibilidad de contactar con el ACNUR 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. Los derechos del solicitante de asilo se encuentran regulados en el artículo 18 de la ley 22/2009 de 30 de octubre de derecho de asilo y protección subsidiaria.

3.1.2 Plazo de presentación de la solicitud:

[Informe-20151.pdf](#). En este, solo se habla de “solicitudes de asilo en embajadas” hablando de la petición de extensión familiar, (art. 40 LAPS) y además, se establece en su página núm. En su apartado de “propuestas en materia legislativa” establece literalmente que *“nos preocupa el retroceso que ha supuesto el art. 38 de la Ley de Asilo en el acceso directo a la protección internacional a través de las embajadas y consulados con respecto a la norma anterior, ya que ha eliminado de facto esta vía. Con la legislación actual las personas necesitadas de protección internacional solo tienen la posibilidad de acceder a un visado para solicitar asilo y este queda supeditado a la discrecionalidad de los funcionarios consulares”*

¹⁸ En el anexo 1 se encuentra un esquema del procedimiento de acceso a la protección subsidiaria (entendida no solo como refugio, sino también como protección subsidiaria) Y en este esquema, hecho por la CEAR, aparece la embajada como medio indirecto para solicitar el asilo.

La comparecencia del interesado para la solicitud de protección internacional deberá realizarse sin demora y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio español o desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o daños graves.

3.1.3 Forma de presentación de la solicitud:

La solicitud se formalizará mediante entrevista personal que se realizará siempre individualmente. La Administración adoptará las medidas necesarias para que, cuando sea preciso, en la entrevista se preste un tratamiento diferenciado por razón del sexo de la persona solicitante o demás circunstancias previstas en el artículo 46 de la LAPS¹⁹. De este trámite se dejará debida constancia en el expediente administrativo.

La presentación de las solicitudes de protección internacional se comunicará al ACNUR, quien podrá informarse de la situación de los expedientes, estar presente en las audiencias a la persona solicitante y presentar informes para su inclusión en el expediente. Para ello tendrá acceso a las personas solicitantes, incluidas las que se encuentren en dependencias fronterizas o en centros de internamiento de extranjeros o penitenciarios.

3.1.4 Derechos y obligaciones de los solicitantes:

Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida.²⁰

A las obligaciones del solicitante de asilo se refiere el apartado 2º del artículo 18 de la LAPS. La primera y más elemental obligación que pesa sobre el solicitante de asilo es la de dar una explicación detallada de las razones por las que pide la protección internacional. Es este un deber legal tan importante que su omisión o deficiente cumplimentación puede dar lugar al rechazo de su petición.

3.1.5 Efectos de la presentación de la solicitud:

La solicitud de protección dará lugar al inicio del cómputo de los plazos previstos para su tramitación. La resolución que admita a trámite una solicitud de asilo determinará el procedimiento correspondiente. En caso de que la tramitación de una solicitud pudiese exceder de seis meses, ampliables de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para su resolución y notificación, se informará a la persona interesada del motivo de la demora.

3.1.6 Notificación de la resolución de la solicitud.

¹⁹ Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE número 263, de 31 de octubre)

²⁰ Cfr. con art. 33 de la Convención sobre Estatuto de los Refugiados. En Instrumento de adhesión de España a éste, BOE 21 octubre 1978, núm. 252, [pág. 24310]; rect. BOE 14 noviembre 1978, núm. 272, [pág. 25864] En dicho art. 33 : En Prohibición de expulsión y de devolución («refoulement») Apartado 1º: “Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas.” Además, art. 19 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE número 263, de 31 de octubre).

La resolución del expediente de solicitud de protección internacional será notificada al interesado, en los términos previstos en el artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre²¹, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3.1.7 Normativa supletoria en materia de procedimiento.

En lo no previsto en materia de procedimiento en la presente Ley, será de aplicación con carácter supletorio la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.²²

Además, como la LAPS no posee de momento reglamento que la desarrolle, se aplicará el Reglamento de Asilo, Real Decreto 203/1995, de 10 febrero, en todo aquello que no contradiga a la ley del 2009.

4 Papel del ACNUR en el procedimiento de derecho de asilo:

4.1 Concepto. ¿Qué es ACNUR?

ACNUR es la agencia de naciones unidas para los Refugiados (el nombre completo de ACNUR es la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados) y su labor ha de ser totalmente apolítica, ya que ha a llevar a cabo una tarea enteramente humanitaria y social²³.

La Agencia fue creada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1950, pero su trabajo comenzó realmente el 1 de enero de 1951. Los Estados, que se hallaban aun recuperándose de la devastación de la Segunda Guerra Mundial, querían asegurarse de disponer de una organización fuerte y efectiva para proteger o velar por los refugiados en los países donde habían buscado asilo. ACNUR recibió también el mandato de ayudar a los gobiernos a encontrar “soluciones permanentes” para los refugiados.

El estatuto de ACNUR fue redactado de forma prácticamente simultánea a la Convención sobre los refugiados de 1951 y, como consecuencia, el instrumento legal internacional clave y la organización diseñada para gestionarlo, se hallan especialmente bien sincronizados. El art. 35 de la Convención de 1951 hace explícita tal relación y solicita a los Estados que cooperen con ACNUR en temas relacionados con la implementación de la propia Convención y con cualesquiera otras leyes, reglamentos o decretos que los Estados puedan elaborar que puedan afectar a los refugiados²⁴.

El ACNUR se halla comprometido en un constante esfuerzo, junto a los Estados, para explicar, clarificar y construir el régimen existente de Derecho internacional surgido de la Convención sobre los Refugiados de 1951. En el año 2001, la conferencia global sobre refugiados adoptó una declaración de referencia reafirmando el compromiso de los Estados signatarios con la Convención sobre los refugiados de 1951. Mediante un proceso de consultas globales, ACNUR estableció una serie de objetivos reflejados en la “la Agenda de Protección”²⁵ que continúa sirviendo de guía a los

²¹ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. «BOE» núm. 285, de 27/11/1992.

²² Cfr. con Disposición Adicional séptima: Normativa supletoria en materia de procedimiento. Ley 12/2009 de 30 de octubre, Ley del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE 31 octubre 2009, núm. 263, [pág. 90860].

²³ LINDE PANIAGUA, ENRIQUE; MORENO DÍAZ, JOSÉ ANTONIO. En “Inmigración, Extranjería y Asilo” Colex, 2005, Madrid. Pág. 90.

²⁴ *La protección de los refugiados y el papel de ACNUR*. Documento de la página oficial de ACNUR, año 2009. <http://acnur.es/a-quien-ayudamos/refugiados>

²⁵ Este documento en principio fue publicado con la cuota A/AC.96/965/Add.1 de 26 de junio de 2002 con el título “Programa de Protección”. Fue aprobado por el Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado, en su 53º período de sesiones

gobiernos y a las organizaciones humanitarias en sus esfuerzos para fortalecer la protección global de los refugiados. Esta Agenda reafirma la necesidad de una cooperación más estrecha entre los Estados Partes y el ACNUR para facilitar el deber del ACNUR de supervisar la aplicación de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967.

4.2 Papel concreto de ACNUR en el procedimiento.

Por este motivo, el ACNUR va a formar parte en el procedimiento de reconocimiento del derecho de asilo a nivel nacional, ya que ha de haber una cooperación efectiva entre los Estados parte en la Convención de 1951 y el ACNUR. Por ello, La LAPS²⁶ enfatiza en su articulado la intervención del ACNUR a lo largo del procedimiento de asilo. En primer lugar, en su preámbulo afirma que desde una perspectiva de ámbito nacional, la Ley introduce una serie de disposiciones, dentro del margen que comporta la normativa europea, que responden a su voluntad de servir de instrumento eficaz para garantizar la protección internacional de las personas a quienes les es de aplicación y de reforzar sus instituciones: el derecho de asilo y la protección subsidiaria, en un marco de transparencia de las decisiones que se adoptan. Una de ellas es el lugar destacado que se concede a la intervención del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

En primer lugar, aparece la intervención del ACNUR en el procedimiento en el artículo 18 de la LAPS, cuando establece como un derecho de los solicitantes de asilo, que se comunique la solicitud de asilo a ACNUR. En segundo lugar, aparece la intervención del ACNUR en los artículos 34 y 35 de la LAPS²⁷ estableciendo cuál va a ser su intervención en el procedimiento de solicitud de derecho de asilo. Así, se expresa que “la presentación de las solicitudes de protección internacional se comunicará al ACNUR, quien podrá informarse de la situación de los expedientes, estar presente en las audiencias a la persona solicitante y presentar informes para su inclusión en el expediente.”²⁸

En su artículo 35, la ley establece la intervención en la tramitación de protección internacional. En su apartado 1 dice que el representante en España del ACNUR será convocado a las sesiones de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio. Asimismo será informado inmediatamente de la presentación de las solicitudes en frontera y podrá entrevistarse, si lo desea, con los solicitantes²⁹. Con carácter previo a dictarse las resoluciones que sobre estas solicitudes prevén los apartados primero, segundo y tercero del artículo 21 de la Ley³⁰, se dará audiencia al ACNUR. También en los casos que se tramiten las solicitudes mediante el procedimiento de urgencia, y en los casos de admisión a trámite del artículo, si la propuesta de resolución de la Oficina de Asilo y Refugio fuese desfavorable se dará un plazo de diez días al ACNUR para que, en su caso, informe.

²⁶ Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE número 263, de 31 de octubre)

²⁷ Capítulo IV de la Ley 12/2009 denominado Intervención del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

²⁸ Artículo 34 Ley 12/2009.

²⁹ La obligación de comunicación de toda presentación de solicitud de asilo por parte de la Oficina de Asilo y Refugio al ACNUR también aparece en el artículo 5 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. (BOE núm. 52, de 2 de marzo) incluye las modificaciones introducidas por el real decreto 865/2001, de 20 de julio (BOE núm. 174, de 21 de julio), por el real decreto 1325/2003, de 24 de octubre (BOE. núm. 256, de 25 de octubre) y por el real decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005).

³⁰ Artículo 21 de la Ley 12/2009, referido a las solicitudes presentadas en frontera.

Su importancia también aparece en el Reglamento de 1994³¹, por ejemplo, en su artículo 5, relativo a la información al solicitante de asilo de sus derechos, se establece que, la Administración en colaboración con el ACNUR, elaborará un folleto con toda la información útil para los solicitantes de asilo en varios idiomas, que será entregado a los solicitantes en el momento de formular la solicitud.

También aparece el papel del ACNUR en el procedimiento en los artículos 20 y 21 del citado reglamento, relativos al procedimiento de inadmisión y de reexamen de una solicitud, respectivamente. La OAR comunicará de inmediato la inadmisión de la solicitud de asilo al representante en España del ACNUR, al que enviará una copia de la documentación recibida, pudiendo emitir un informe en el plazo máximo de veinticuatro horas y entrevistarse, si lo desea, con el solicitante, por sí o mediante delegación expresa a través de un letrado competente. El informe del ACNUR que solicite la admisión a trámite deberá ser motivado. En segundo lugar, en el caso del reexamen, y con carácter previo a la resolución de la petición de reexamen y en el plazo de veinticuatro horas desde la misma, deberá ser oído el representante en España del ACNUR. El informe del ACNUR favorable a la admisión a trámite de una solicitud a la vista del reexamen, deberá ser motivada.

El Tribunal Supremo ha dicho reiteradamente que la falta de comunicación del expediente de asilo al ACNUR, sin respetar lo establecido categóricamente por la Ley de Asilo y su Reglamento, determina su nulidad. No se desvirtúa esta conclusión por el hecho de que en el procedimiento haya intervenido la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (CIAR) de la que forma parte ACNUR si no existe constancia alguna de que el ACNUR fuera efectivamente convocado a la concreta sesión de la CIAR en que se examinó la solicitud del interesado. Dice, así, la sentencia de 8 de julio de 2011³²:

“[...] el análisis del expediente administrativo permite concluir que la solicitud de asilo no fue comunicada debidamente al ACNUR, como exige el artículo 5.5 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, [...], que no acredita fehacientemente que se haya producido su efectiva recepción por ACNUR. [...] observamos que no existe ningún otro documento en el expediente que justifique que la solicitud de asilo del recurrente fuera efectivamente comunicada al citado organismo; tampoco consta en el resto de documentos incorporados al expediente ningún dato o mención que permita entender que realmente el ACNUR intervino en la tramitación del procedimiento, aunque no hubiera sido formalmente notificado a tal efecto; ni la resolución denegatoria del asilo contiene alusión alguna que dé pie a entenderlo así.

[...] Debe significarse que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha puesto de relieve la trascendencia que reviste la intervención del ACNUR en los procedimientos administrativos de asilo. [...] En esas y otras muchas sentencias hemos concluido que la falta de comunicación del expediente de asilo al ACNUR, sin respetar lo establecido categóricamente por la Ley de Asilo y su Reglamento, determina su nulidad.”

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de octubre³³ analiza las características que debe cumplir este trámite. En concreto, admite que la información sea mediante un listado mensual de solicitudes propuestas para inadmisión en el que conste el número de expediente, los datos del

³¹ Véase nota 14.

³² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 8 julio 2011. RJ 2011\6330. Recurso de Casación núm. 6201/2008.

³³ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 20 octubre 2005. JUR 2005\261341. Recurso contencioso-administrativo núm. 1036/2003.

solicitante y un código que indique la causa de inadmisión, porque permite al ACNUR tener conocimiento de la existencia del expediente y solicitar mayor información si lo considera necesario. Sin embargo este requisito no puede ser sustituido por su presencia en la CIAR, pues se trata de trámites distintos³⁴.

5 Dictamen sobre el posible riesgo para la seguridad nacional en caso de recibir a Abdel-Bari.

5.1 Concepto de Seguridad Nacional.

Entendemos la Seguridad Nacional como la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos.³⁵

5.2 Seguridad Nacional y derecho de asilo.

5.2.1 Cuando solicita asilo por primera vez.

El concepto de seguridad aparece ya en el preámbulo de nuestra Constitución española. Por lo tanto, debemos entender que en cualquier actuación del Estado debe estar presente el concepto de seguridad, como principio esencial del Estado de Derecho.³⁶

Así, el derecho de asilo se verá limitado por la seguridad nacional. En primer lugar, la Convención de Ginebra del año 1951 en su artículo 1º, inciso f) expresa cuales serán aquellas personas que no tendrán derecho a ser merecedoras de protección internacional. Este artículo expresa que, las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas. En la Carta de Naciones Unidas, encontramos por tanto, como uno de sus propósitos, mantener la paz y la seguridad internacionales.³⁷

La LAPS establece en su artículo 9º³⁸ las causas de denegación de la condición de refugiados. Así, este artículo establece que, en todo caso, el derecho de asilo se denegará a las “personas que constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España”.

Siguiendo esta línea, el Reglamento de Asilo³⁹, establece en su artículo 2º que la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio podrá, en los casos que considere necesarios, recabar información complementaria de cualquier organismo, público o privado, o del propio interesado. En este sentido,

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo (recurso 595/2003) y Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de junio (recurso 674/2004) ambas de 2006.

³⁵ Definición de seguridad nacional de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional. «BOE» núm. 233, de 29 de septiembre de 2015, páginas 87106 a 87117 (12 págs.)

³⁶ Cfr. Preámbulo de la Constitución Española, párrafo 1º. BOE núm. 311, de 29/12/1978.

³⁷ Artículo 1 de la Carta de Naciones Unidas. Declaración unilateral española en aceptación de la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia. BOE núm. 275, de 16 de noviembre de 1990, páginas 33862 a 33885 (24 págs.)

³⁸ Cfr. con art. 9 de la ley 12/2009.

³⁹ Artículo 2 del reglamento. Reglamento de Asilo Real Decreto 203/1995, de 10 febrero.

en nuestra ley de Seguridad Nacional, en su artículo 9º, encontramos una referencia. Este artículo establece que los Servicios de Inteligencia e Información del Estado apoyarán permanentemente al Sistema de Seguridad Nacional, proporcionando elementos de juicio, información, análisis, estudios y propuestas necesarios para prevenir y detectar los riesgos y amenazas y contribuir a su neutralización. Así, el CNI, como servicio de inteligencia, debe apoyar el sistema de seguridad nacional, y para ello, en el caso de personas solicitantes de asilo en España, estudiar sus casos uno a uno, y establecer si van a constituir o no un peligro para la seguridad nacional, pero este peligro ha de ser fundado.

Esta misión del CNI, se debe a que su misión general es la de facilitar las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones. Esta misión se concreta en diversas funciones⁴⁰ que definen sus cometidos y ámbitos de actuación.

Además, el artículo 11⁴¹ de la misma ley de Seguridad Nacional establece que en el marco del Sistema de Seguridad Nacional, las Administraciones Públicas con competencias en los ámbitos de especial interés de la Seguridad Nacional, estarán obligadas a establecer mecanismos de coordinación e intercambio de información, especialmente en relación con los sistemas de vigilancia y alerta ante posibles riesgos y amenazas, como en el caso concreto.

Además hay que destacar que en este caso, al darse una de las causas de denegación del artículo 9º⁴² de la LAPS, se podrá proceder por la llamada tramitación de urgencia, puesto que uno de los requisitos para que se pueda tramitar con carácter urgente es que la persona solicitante incurra en alguno de los supuestos de exclusión o de denegación previstos en los artículos 8, 9, 11 y 12 de la LAPS. Esta tramitación se propondrá por el Ministerio del Interior, de oficio o a petición del interesado, que acordará la aplicación de ésta, previa notificación al interesado.

Además, también hay jurisprudencia relativa a motivos de denegación por amenazas a la seguridad nacional. En este sentido, afirma la Audiencia Nacional en una de sus sentencias, esta de 2014⁴³, que *“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 las 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 están incidiendo en la interpretación y ámbito del concepto de refugiado”*

Conclusión:

⁴⁰ Artículo 1 y artículo 4 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia. BOE núm. 109, de 07/05/2002.

⁴¹ Artículo 11 de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional. BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2015, páginas 87106 a 87117 (12 págs.)

⁴² Artículo 25 de la ley 12/2009 Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. «BOE» núm. 263, de 31/10/2009.

⁴³ Laso Pérez, Javier. La denegación del derecho de asilo y de la protección subsidiaria por motivos de seguridad nacional. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. *Revista Española de Derecho Internacional*, Volumen 67, Núm. 1, Enero-Junio, año 2015. Madrid. Marcial Pons. ISSN: 0034-9380. Pág. 209.

La posible pertenencia a una organización terrorista por parte del solicitante de asilo constituye un acto contrario a los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas, y además, constituye un supuesto de denegación del art. 9 de la LAPS, de derecho de asilo por parte del solicitante.

En base al informe del CNI, que ha de estar bien fundamentado⁴⁴, (ya que la causa de denegación de solicitud de asilo es: constituir motivos “fundados” de ser un peligro o amenaza para la seguridad nacional) podrá entenderse por tanto que Abdel Bari constituye una amenaza para la seguridad nacional, por su relación en los años noventa con uno de los hermanos de Abu Bakr Al-Baghdi, actual líder del llamado Estado Islámico.

Este supuesto, aparte de constituir un supuesto de denegación del derecho de asilo, constituye uno de los motivos por el que se revoca, tanto el estatuto de refugiado como el estatuto de protección subsidiaria, de lo que se desprende la importancia de la seguridad nacional en nuestro ordenamiento, incluso ante el posible derecho de asilo, tanto de un solicitante, como de un ya refugiado.

Por estos motivos, debe entenderse a Abdel Bari como un peligro para la seguridad nacional, que hace que su solicitud sea denegada por tal motivo, pudiendo denegarse, siguiendo el procedimiento ordinario de tramitación de asilo, o la tramitación de urgencia (que es similar al ordinario salvo en el aspecto de los plazos, que se reducen a la mitad, según dispone el art. 25.4 de la LAPS), propuesta ya sea por el interesado, o de oficio por el Ministro de Interior.

5.3 Cuando solicita asilo por segunda vez.

A. Diferencia entre motivos de inadmisión y motivos de denegación de la solicitud.

En primer lugar, debemos distinguir los motivos de denegación de una solicitud de aquellos que constituyen una inadmisión a trámite. Para ello, seguimos la línea jurisprudencial de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013⁴⁵, destacando aquello que sirve de fundamentación al caso de Abdel Bari.

Así, en su fundamento jurídico 2º establece que la Ley de 1984, tras su reforma de 1994, establecía en su artículo 5.6 unas causas tasadas de inadmisión a trámite de las solicitudes de asilo. Este precepto decía que “El Ministro del Interior, a propuesta del órgano encargado de la instrucción de las solicitudes de asilo, previa audiencia del representante en España del ACNUR, podrá, por resolución motivada, inadmitirlas a trámite, cuando concurra en el interesado alguna de las circunstancias incluidas en este artículo 5.6”. Una de las causas de denegación era que se tratase de la mera reiteración de una solicitud ya denegada en España, siempre y cuando no se hubiesen producido nuevas circunstancias en el país de origen que pudiesen suponer un cambio sustancial en el fondo de la solicitud.

En el caso de inadmisión, el solicitante de asilo podría presentar en el plazo de veinticuatro horas desde la notificación de la resolución de inadmisión a trámite una petición de reexamen, que suspendería los efectos de aquella previstos en el artículo 17. Durante la tramitación de la admisión

⁴⁴ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE núm. 263, de 31/10/2009. En su artículo 9b).

⁴⁵ Tribunal supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, Sentencia de 24 de junio de 2013. Recurso de casación núm.: 3434/2012.

a trámite de la solicitud y, en su caso, de la petición de reexamen, el solicitante habría de permanecer en el puesto fronterizo, habilitándose al efecto unas dependencias adecuadas para ello.

Pues bien, la LAPS ha introducido un profundo cambio en la ordenación procedimental. Así en el sistema de la nueva Ley, la inadmisión a trámite únicamente puede acordarse, como tal, por razones de índole formal y objetivada, y no con base en valoraciones propias del estudio del tema de fondo planteado por el solicitante en su relato. Así resulta de lo dispuesto en los artículos 20 (sobre la inadmisión a trámite de las solicitudes presentadas dentro del territorio español) y 21.1 (sobre inadmisión a trámite de solicitudes presentadas "en frontera"). En cambio, lo que en la anterior Ley podía dar lugar a la inadmisión de la solicitud sobre la base de una valoración del relato del solicitante (sobre todo por aplicación de las causas contempladas en los apartados b) y d) del precitado art. 5.6), en la Ley nueva ya no puede dar lugar a la inadmisión de la solicitud sino, en todo caso, a su denegación, por más que con la peculiaridad de que puede apreciarse y declararse mediante procedimientos acelerados (y no necesariamente mediante el procedimiento ordinario).

Así, el artículo 25.c permite despachar mediante la llamada tramitación de urgencia las solicitudes de protección "que planteen exclusivamente cuestiones que no guarden relación con el examen de los requisitos para el reconocimiento de la condición de refugiado o la concesión de la protección subsidiaria", lo que viene a equivaler sustancialmente al mismo supuesto del artículo 5.6.b de la Ley antigua.

Pues bien, que entre esos artículos de la Ley antigua (que establecían causas de inadmisión) y estos preceptos de la Ley nueva (que perfilan causas de denegación) existen semejanzas se aprecia no sólo por su propio enunciado, básicamente coincidente, sino también porque del mismo modo que la Ley de 1984 permitía solicitar en dos días el "reexamen" de la declaración de inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, la Ley nueva contempla igualmente la posibilidad de pedir un "reexamen" similar para el supuesto de las solicitudes presentadas en frontera inadmitidas a trámite o denegadas conforme a lo dispuesto en el artículo 21. Así, este art. 21, apartado 4º, establece, respecto del supuesto del artículo 21.2.b, que "contra la resolución de inadmisión a trámite o de denegación de la solicitud se podrá, en el plazo de dos días contados desde su notificación, presentar una petición de reexamen que suspenderá los efectos de aquélla. La resolución de dicha petición, que corresponderá al Ministro del Interior, deberá notificarse a la persona interesada en el plazo de dos días desde el momento en que aquélla hubiese sido presentada".

B. ¿Cuándo cabe reexamen de la solicitud?

Cuando una persona extranjera que no reúna los requisitos necesarios para entrar en territorio español presente una solicitud de protección internacional en un puesto fronterizo. En este caso, el Ministro del Interior podrá no admitir a trámite la solicitud mediante resolución motivada cuando en dicha solicitud concurra alguno de los supuestos previstos en el apartado primero del artículo 20 de la LAPS. Entre estos supuestos del art. 20 se encuentra el supuesto en el que la persona solicitante hubiese reiterado una solicitud ya denegada en España, siempre que no se planteen nuevas circunstancias relevantes en cuanto a las condiciones particulares o a la situación del país de origen.

Contra la resolución de inadmisión a trámite o de denegación de la solicitud se podrá, en el plazo de dos días contados desde su notificación, presentar una petición de reexamen que suspenderá los efectos de aquélla. La resolución de dicha petición, que corresponderá al Ministro del Interior, deberá notificarse a la persona interesada en el plazo de dos días desde el momento en que aquélla

hubiese sido presentada⁴⁶.

Por lo tanto, cuando la resolución inicial fuera negativa (denegación o inadmisión), el solicitante tiene derecho a presentar una petición de reexamen, que tiene efectos suspensivos y que deberá presentarse en el plazo de 2 días hábiles a partir de la notificación de la resolución al solicitante.

Conclusión:

La primera vez que solicitó asilo en España Abdel Bari, su solicitud fue denegada por motivos de seguridad nacional del art.9 de la LAPS. La solicitud fue tramitada por el procedimiento establecido, no quedando claro si este pudo ser por el procedimiento ordinario o por medio de la tramitación urgente debido a las características del caso de Abdel, que constituye un caso de denegación del artículo 9 de la LAPS. En cualquiera de los dos casos, las resoluciones previstas en la Ley 12/2009 pondrán fin a la vía administrativa, salvo en el caso de que se haya presentado la petición de reexamen prevista en el apartado cuarto del artículo 21, en que se entenderá que pone fin a la vía administrativa la resolución que decida dicha petición, y serán susceptibles de recurso de reposición con carácter potestativo y de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁴⁷.

En este caso, Abdel Bari, solicita otra vez asilo en España en el aeropuerto del Prat de Barcelona, por lo tanto, en frontera, estimando necesario el reexamen de su expediente, y diciendo sentirse sometido a persecución por sus viejos amigos por haber manifestado nuevas ideas políticas. Abdel Bari solicita el reexamen de una solicitud que ha sido denegada, pasadas unas semanas del 13 de julio de 2015. En este caso, concurre uno de los supuestos establecidos en el artículo 20 letra f de la LAPS, ya que Abdel, ya ha solicitado el derecho de asilo en España, en el año 2015, siéndole denegado.

Cabe por tanto repetir, que la solicitud de reexamen de la solicitud de asilo, solo aparece en la ley 12/2009 en el art. 21, referido a las solicitudes presentadas en puestos fronterizos. Pero no puede solicitarse reexamen de solicitud de asilo cuando el solicitante quiera, sino que ha de ser bajo los plazos establecidos legalmente. Esta posibilidad de reexamen solo se establece contra la resolución de inadmisión a trámite o de denegación de la solicitud, pero solo para aquellos casos en los que se pida asilo desde un puesto fronterizo. La ley dice que este se podrá solicitar, en el plazo de dos días contados desde la notificación de la resolución, ya sea en caso de admisión, como en caso de denegación.

Por tanto, Abdel Bari no podrá pedir reexamen de la solicitud de asilo denegada en el año 2015. En el caso en que Abdel Bari hubiese solicitado la primera vez la solicitud de asilo en una frontera (como ocurre la segunda vez al solicitarla en un aeropuerto, que es considerado un puesto fronterizo), debería haber presentado su solicitud de reexamen en el plazo de dos días desde la resolución de la notificación⁴⁸, por lo que ya no cumpliría el plazo.

Lo que debería haber hecho es solicitar un nuevo procedimiento de derecho de asilo, que no se inadmitirá, siempre que se constate que sus circunstancias personales han cambiado, y que hay un temor de persecución fundada, en el caso de refugio, o que se cumplen los requisitos para ser considerado como bajo protección subsidiaria. En este caso, entendiendo que sus circunstancias

⁴⁶ Artículo 21, apartado 4º, sobre solicitudes de frontera, de la Ley 12/2009.

⁴⁷ Artículo 29 de la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

⁴⁸ Los plazos a los que nos referimos deben computarse por horas, o, "de momento a momento" y sin excluir los días inhábiles. Cfr. con Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección segunda, núm. de recurso: 0000295 / 2015. Tipo de recurso: procedimiento ordinario.

personales han cambiado, y si no se entiende que concurren causas de denegación, es decir, que no constituye una amenaza para la seguridad nacional, su segunda solicitud sería admitida a trámite. Esto se desprende del artículo 20 de la LAPS, ya que siempre que se planteen nuevas circunstancias relevantes en cuanto a las condiciones particulares del solicitante, su solicitud de derecho de asilo no será inadmitida, aun cuando la persona solicitante hubiese reiterado una solicitud ya denegada en España.

6. Consideración sobre si es un hecho justificativo de la concesión del derecho la necesidad de recomposición de la unidad familiar.

El Título III de la LAPS se destina al mantenimiento o recomposición de la unidad familiar de las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional.

El artículo 39 de la ley 12/2009 establece que se garantizará el mantenimiento de la familia de las personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria en los términos previstos en los artículos 40 y 41 de la presente Ley. Pero este derecho no es de aquellos que no gozan el estatus de persona refugiada o beneficiaria de protección subsidiaria, es decir, Abdel Bari, que no goza de ningún tipo de protección basada en el derecho de asilo por parte de España, no tiene este derecho de mantenimiento de la familia, sino su mujer y sus hijos, que sí gozan de protección por parte de España. Es decir, Abdel Bari no podría basarse en el mantenimiento de la familia como hecho justificativo de su admisión a trámite de su derecho de asilo y posible resolución positiva después, sino que su familia, que ya está en España, y goza del estatus de refugiado, es quien debería solicitarlo.

Sin embargo, el art. 41.5 establece que en ningún caso se concederá protección internacional por extensión familiar a las personas incursas 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.

Conclusión:

El mantenimiento de la familia se reconoce 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. Por lo tanto, se desprende de la ley, que quienes tienen este derecho, son los que ya gozan del status de refugiado o de beneficiario de protección subsidiaria, única y exclusivamente, y no de aquellos que no gozan de este estatus.⁴⁹

Pero, la LAPS excepciona este mantenimiento de la familia para los casos en los que uno de los familiares (que aún no gocen de estatus de refugiado) esté incurso en los supuestos del art. 9. Es decir, en el caso de que a Abdel Bari haya que denegarle el asilo, por considerarse, fundadamente, un peligro para la seguridad nacional, la recomposición familiar no va a ser nunca un hecho justificativo de la concesión del derecho de asilo, ya que siempre ha de primar la seguridad nacional, como se desprende de la ley. Y además, ha de ser la familia, que ya goza de derecho de asilo en España, la que solicite la extensión familiar del derecho de asilo para Abdel, pero nunca será él, el que, justificándose en el mantenimiento de la familia, solicite esta extensión familiar para sí mismo.

7. 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.

⁴⁹ Los beneficiarios de este derecho, recibirán el apoyo por la Representación española del ACNUR, que podrá ayudar en función del país de origen en el que se encuentren los familiares, en los trámites necesarios para llevarla a cabo. Extraído de: Página web de ACNUR. <http://acnur.es/preguntas-seccion-legal>.

- A. Delilah, llega a España gracias a la concesión del derecho de asilo, pero su documentación parecía falsa. Delilah tiene apariencia de tener 21 años, y sin embargo portaba documentación siria, en la que sus datos no se ajustaban a su apariencia física, y en la que aparecía que había nacido en el año 2000, por lo tanto tendría 15 años en la época de su entrada en España como refugiada, en el año 2015. Por lo tanto, Delilah entra en España como una menor no acompañada de 15 años de edad, ya que no mantiene vínculos familiares con Abdel Bari y Aminah.
- B. El título V de la LAPS se dedica a los menores y las personas vulnerables. El artículo 46 de esta ley, establece un régimen general de protección para el caso de menores, menores no acompañados u otras personas vulnerables.
- C. El artículo 48⁵⁰ establece que los menores no acompañados solicitantes de protección internacional serán remitidos a los servicios competentes en materia de protección de menores y el hecho se pondrá en conocimiento del MF.
- D. En los supuestos en los que la minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se pondrá el hecho en conocimiento inmediato del MF, que dispondrá lo necesario para la determinación de la edad del presunto menor, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas científicas necesarias.

Sin embargo, la negativa a someterse a tal reconocimiento médico no impedirá que se dicte resolución sobre la solicitud de protección internacional. Determinada la edad, si se tratase de una persona menor de edad, el MF lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores.

- E. Además, de forma inmediata se adoptarán medidas para asegurar que el representante de la persona menor de edad, nombrado de acuerdo con la legislación vigente en materia de protección de menores, actúe en nombre del menor de edad no acompañado y le asista con respecto al examen de la solicitud de protección internacional. Fundamentalmente, se recomienda⁵¹ la aplicación de los siguientes medios diagnósticos en los casos de estimación forense de la edad en supuestos menores de 18 años y mayores de 14 años:

- Anamnesis dirigida.
- Examen físico general: en este se especificarán el peso y la talla del sujeto, biotipo e índice de masa corporal, evolución de signos de maduración sexual y conclusiones del examen médico general; se describirá cualquier tipo de signo indicativo de una condición patológica que pudiera interferir con el ritmo madurativo del menor.
- Estudio radiográfico del carpo de la mano izquierda.
- Examen de la cavidad oral y estudio radiográfico dental. Esta exploración estaría orientada a definir condiciones patológicas que pudieran alterar el ritmo de maduración dental y a valorar el estado de desarrollo y mineralización dentales.
- Estudio radiográfico de la extremidad proximal de la clavícula.
- Estudio con tomografía computarizada de la extremidad proximal de la clavícula mediante método multicorte fino.

⁵⁰ Artículo 48 de la Ley 12/2009.

⁵¹ Recomendación extraída de: Garamendi, P.M.; Bañón, R.; Pujol, A. (2011). *Revista Española de Medicina Legal*, Documento de Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España. Volumen 37 (núm. 1), "Recomendaciones sobre métodos de estimación forense de la edad de los menores extranjeros no acompañados". p. 16-23. Información recuperada de: <http://www.elsevier.es>

- F. Cabe destacar la sentencia del Tribunal Supremo⁵² en su fundamento jurídico 1º, que afirma que, *“en cualquier caso, 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, con la precisión de que cualquier duda sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física de la persona deberá 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 y el debate existente al respecto, como han apuntado distintas Defensorías del Pueblo.”*

La sentencia destaca además que *“Un menor no acompañado, como expresa 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), 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 y la Unión Europea en este ámbito, respetándose el interés superior del niño. El interés superior del menor, tal y como se establece en la legislación y en la jurisprudencia, debe prevalecer sobre cualquier otra consideración en todos los actos adoptados en este ámbito, tanto por las autoridades públicas como por las instituciones privadas”*.

Hay que destacar también, que el TS ha sentado como doctrina jurisprudencial⁵³, que 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.

Conclusión:

Si hay dudas de que Delilah no sea menor de edad, como dice su documentación, por considerarse como documentación falsa, podrán realizarse pruebas médicas para verificarlo. Estas pruebas, sin embargo, si son invasivas, solo podrán realizarse en el caso de que existan dudas fundadas sobre su edad, no basándose únicamente en dudas sobre su apariencia física. Sino, siempre tiene que prevalecer el interés del menor y deberá resolverse siempre en su favor.

Por lo tanto, si en este caso se cree que la documentación es falsa, y además hay dudas sobre su apariencia física, podrían realizarse, pero Delilah podría negarse, nunca serán pruebas obligatorias. En el caso de negarse, eso sí, se seguirá con el procedimiento de determinación de la edad, y en el caso de que sea menor, se le nombrará inmediatamente representante, como establece la ley.

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Civil, Sentencia Nº: 453/2014 Fecha Sentencia: 23/09/2014. Fundamento jurídico 1º, punto 4.

⁵³ Quindimil López, Jorge Antonio. “El valor de la documentación frente a la realidad física para determinar la edad de un menor extranjero no acompañado” Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. *Revista Española de Derecho Internacional*, Volumen 67, Núm. 1, Enero-Junio, año 2015. Madrid. Marcial Pons. ISSN: 0034-9380. Pág. 213.

BLOQUE 2.

**BLOQUE DE DERECHO
INTERNACIONAL
PRIVADO DE FAMILIA.**

1. Antecedentes de hecho.

Desde enero de 2010 el matrimonio formado por María y José 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.

- Preguntas del caso: respecto a la idoneidad de la familia García Castro como adoptantes:

A. Fundamentos jurídicos que justifican la no idoneidad.

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

2. Normativa aplicable en la adopción internacional.

2.1. Normativa internacional.

- Convenio sobre competencia de las autoridades y la Ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961. Ratificado por España el 29 de abril de 1987. (BOE n.º 199, de 20 de agosto de 1987).
- Convenio suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961. Ratificado por España el 10 de abril de 1978. (BOE n.º 229, de 25 de setiembre de 1978).
- Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. (BOE n.º 313, de 31 de diciembre 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. Ratificado por España el 30 de junio de 1995. (BOE n.º 182 de 1 de agosto de 1995). 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 por España el 30 de junio de 1995. (BOE n.º 182 de 1 de agosto de 1995).
- Convenio europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008. (BOE n.º 167 de 13 de julio de 2011).

2.2. Normativa nacional.

- 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» nº 15 de 17 de enero). Modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de

protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015, páginas 61871 a 61889)

- y por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015, páginas 64544 a 64613). Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional. (BOE núm. 312, de 29 de diciembre). Modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015, páginas 61871 a 61889)
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000, páginas 575 a 728)
- Código Civil (artículos 175 a 180) (BOE núm. 206, de 25/07/1889).

2.3. Normativa autonómica.

- Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. (DOG n.º 124, de 29 de junio). Artículos 6, 25 y 26 modificados por la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia. (DOG nº134, de 13 de julio de 2011, pág. 19306)
- Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia. (DOG nº 134, de 13 de julio).
- Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia. (DOG nº 45, de 6 de marzo).

Modificado por el Decreto 406/2003, de 29 de octubre. (DOG nº 222, de 14 de noviembre).

Título III derogado por la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia. (DOG nº134, de 13 de julio de 2011, pág. 19306)

- Corrección de errores DOG nº 235, de 3 de diciembre de 2003.
- Orden de 21 de marzo de 2012 por la que se establece el modelo oficial de contrato de intermediación en adopción internacional para la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG nº 73, de 17 de abril).

3. Introducción. La actuación administrativa en el procedimiento adoptivo.

Desde el punto de vista legal, la adopción es una decisión judicial por la cual un niño o una niña nacidos en una familia concreta se convierten en el hijo o la hija de otra familia, perdiendo la vinculación jurídica con su familia de origen y convirtiéndose a todos los efectos y para siempre en el hijo o la hija de su familia adoptiva.

El legislador ha establecido un mecanismo de adopción internacional en el que es necesaria la intervención de la entidad pública competente en dos frentes, en primer lugar, elevando la propuesta de la adopción ante la autoridad judicial; y el segundo, declarando la aptitud de los adoptantes.⁵⁴ Por tanto, se define la adopción internacional, no como un negocio jurídico, sino como una medida definitiva de protección que integra plenamente al menor en la familia adoptiva.

En las adopciones internacionales entran en juego dos legislaciones, la española y la del país de origen, por lo que deben cumplirse los requisitos y procedimientos de las dos leyes. Además, en las

⁵⁴ Importante destacar que podríamos hablar de dos tipos de adopción internacional. La primera, la que nos atañe, en la que primero los adoptantes son declarados idóneos para la adopción, y a partir de ahí se coordina la actuación administrativa con el Estado elegido. La segunda, en la que se constituye primero la adopción en el extranjero, prescindiendo por tanto total o parcialmente de la actuación administrativa, y después se intenta el reconocimiento en España, y en el que es necesario muchas veces que la autoridad judicial constituya la adopción, y declare en ese momento la idoneidad de los adoptantes. Este segundo caso tampoco lo encontramos en la adopción ilegal de José en Colombia, al tratarse de una adopción ilegal también en dicho país.

adopciones internacionales intervienen los organismos competentes en adopción de dos países, el de los solicitantes y el de origen del niño, correspondiendo a cada uno responsabilidades diferenciadas. Entre las más destacables cabe mencionar:

- En España, la determinación de la idoneidad de la persona/s que se ofrece para adoptar a un menor.
- En el país de origen: la determinación de la adoptabilidad de los menores y la conveniencia, en su caso, de la adopción internacional como el recurso más adecuado para cada menor. Asimismo, la asignación de los menores a la persona/s que se ofrece para la adopción que estimen más idóneos.

3.1. El “certificado de idoneidad” como requisito sustancial de las adopciones constituidas en el extranjero por adoptantes españoles.

3.1. 1. Concepto.

El certificado de idoneidad se podría definir como el documento público que emite la entidad pública competente que habilita a los futuros adoptantes para la adopción de uno o varios menores con características específicas.⁵⁵

Es más difícil sin embargo, desarrollar el concepto de “idoneidad”, ya que se trata de un concepto jurídico indeterminado. Este requisito, se estableció por primera vez en nuestro país en el año 1996, pero no es sino exigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño del 1989⁵⁶. En el Convenio de la Haya⁵⁷, se tenía en cuenta en la práctica en los procedimientos de selección de familias adoptantes.

La declaración de idoneidad se considera la fase final del proceso de valoración de los futuros adoptantes, como resultado de una serie de estudios e informes anteriores, en los que el elemento esencial lo constituye el informe psicosocial. En estos informes se valora, además de la aptitud del adoptante, su “adecuación”, criterio que podría chocar o quebrar el principio de igualdad, entre otros, si entendemos que se está equiparando filiación por naturaleza a filiación adoptiva⁵⁸.

3.1.2. Criterios de valoración de la idoneidad de los futuros adoptantes.

El certificado de idoneidad se otorga en función del país elegido, por lo que, en el caso de que al final no se llegue en este caso a la adopción, la Autoridad Central deberá proceder de nuevo a su adaptación al caso concreto. Es importante conocer, además, que el concepto de idoneidad no se establece de manera general, sino que se establece en función de las características específicas y de edad de los menores.

Como decíamos anteriormente, en este concepto de idoneidad, se tienen en cuenta criterios muy diferentes y variados, tales como criterios de aptitud y capacidad jurídica (que en este caso se dice que se cumple), así como criterios sociales y psicológicos, que entendemos como mucho más difíciles de precisar y valorar. Estos criterios de valoración de la idoneidad, se entienden para

⁵⁵ En especial vid. PRIETO DE LOS MOZOS, P. OREJUDO “El certificado de idoneidad de los adoptantes en el marco de la prevención del tráfico internacional de menores (con especial referencia a las adopciones rumanas)” Aranzadi civil, nº12, octubre, 1998, págs. 13-26.

⁵⁶ Instrumento de ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, páginas 38897 a 38904.

⁵⁷ Instrumento de ratificación de España del Convenio suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en la Haya a 5 de octubre de 1961. «BOE» núm. 229, de 25 de septiembre de 1978, páginas 22329 a 22333.

⁵⁸ GUZMÁN PECES, MONTSERRAT. “La adopción internacional. Guía para adoptantes, mediadores y juristas”. La ley, Grupo Wolters Kluwer. Mayo 2007, pág. 185.

garantizar la cobertura de las necesidades del menor, además del cumplimiento de las obligaciones establecidas legalmente. La motivación se encontraría incluida en los criterios relativos a las circunstancias personales de los solicitantes⁵⁹.

3.1.3. Fundamentos jurídicos que justifican la no idoneidad en el caso concreto.

1. En primer lugar, entendemos según la amplia jurisprudencia y la legislación relativa a la adopción internacional, que la Ley debe ser siempre interpretada con arreglo al principio del interés superior de los menores, que prevalecerá sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en los procesos de adopción internacional.⁶⁰ En este sentido, la sentencia de la AP de Badajoz, de 11-11-2005⁶¹ y 27-12-2005⁶², recoge literalmente que “se trata de buscar una familia para un menor, no de buscar un menor para una familia, lo que justifica que la Administración competente se muestre exigente y escrupulosa a tal fin”

Por estos motivos debemos entender que debe estudiarse bien cada caso concreto, valorando con minuciosidad si en el caso concreto, la pareja es idónea o no para poder adoptar a un menor bajo sus cuidados. En este sentido, la AP de Valencia, de 10-1-2008⁶³, tiene en cuenta el interés del niño cuando expresa que “al declarar a los solicitantes no idóneos, no se está privando a un menor de la adopción, sino a los solicitantes de ese proyecto concreto, pues dicho menor podrá ser adoptado por otros solicitantes”.

2. En segundo lugar, tenemos que dejar claro el concepto de “idoneidad”, que el artículo 34⁶⁴ define como la “adecuación y aptitud de los solicitantes para ejercer los deberes inherentes a la patria potestad, constatadas por la Administración”. En este sentido, la idoneidad no puede presumirse, sino que debe estar acreditada⁶⁵. Esta perspectiva nos recuerda que, siendo muy legítima la aspiración de cualquier persona a la paternidad o maternidad y a satisfacerla mediante la adopción, no es propiamente un derecho subjetivo que se tenga que satisfacer a toda costa, sino que está en función del interés superior del niño, razón por la cual, entre las garantías legales de la adopción, se encuentra que los adoptantes gocen de idoneidad y por ello se establecen unos mecanismos para garantizar que ésta concurre al verificarse una concreta adopción internacional.

En este caso concreto, los informes psicosociales entienden que hay una falta de motivación en la mujer. La motivación es uno de los parámetros a tener en cuenta para la idoneidad, y puede determinar su falta, pero para ello es necesario que esa apreciación esencialmente subjetiva se objetive de alguna forma para mostrarla con cierta claridad y, al mismo tiempo, que se explique cómo al ponderar este criterio junto con otros, priva de idoneidad al solicitante. En el caso concreto,

⁵⁹ En el cuestionario que se adjunta a la solicitud de certificado de idoneidad hay un apartado específico en el que se pregunta por la motivación de la adopción. Apartado de “publicaciones” de la Página web del Portal Gallego de Adopciones, podemos encontrar el impreso de solicitud. Extraído de: <http://adopcions.xunta.es>.

⁶⁰ Véase la exposición de motivos de la ley 54/2007 de 28 de diciembre, apartado 3. BOE 29 diciembre 2007, núm. 312, pág. 53676.

⁶¹ SAP de Badajoz, Sección 3ª, 11-11-2005, nº 297/2005, recurso de apelación nº 419/2005.

⁶² SAP de Badajoz, Sección 3ª, 27-12-2005, nº 393/2005, recurso de apelación nº 577/2005.

⁶³ SAP de Valencia, Sección 10ª, 23-02-2006, nº 131/2006, recurso de apelación nº 6/2006.

⁶⁴ Cfr. artículo 34, Decreto 58/2002, de 30 de mayo, por el que se desarrollan los Procedimientos Relativos a la Protección de Menores y a la Adopción y se regula el Registro de Protección de la Infancia y Adolescencia. BOE nº 136 de 16 de julio de 2002, pág. 6380.

⁶⁵ Sentencia 138/2014 de 24 de marzo del Tribunal Supremo: sala de lo civil, sección 1ª. Sentencia. RJ 2014/2136. Fundamentos de derecho, resumen de antecedentes, punto 5.

entendemos que hay falta de motivación en María en ejercer la patria potestad, así como una así como una actitud pasiva ante las responsabilidades que conllevaría la misma.

Entendemos en primer lugar, que existe falta de motivación, porque no basta una motivación moral o altruista sino consciente y reflexiva al respecto, algo de lo que parece carecer, en este caso, María. La motivación, ha de ser además, común en casos de parejas como el que nos atañe, no entendiendo suplida la falta de motivación de María con la motivación para la adopción de su marido, José.⁶⁶

Además, hay que destacar que en este caso la pareja no tiene hijos, ni ha adoptado antes, por lo que la falta de motivación en María, en un caso como este, referido a su primer hijo, haría posible pensar que no llevaría a cabo todas las obligaciones que derivan de la patria potestad, como debería, y es que además estamos en un caso aún más complicado, ya que se va a adoptar un menor que va a necesitar integrarse en el medio en el que va a vivir, y la falta de motivación, ya en un primer momento, y para su primer hijo, puede permitirnos suponer que no va a ayudar a que esta tarea de integración del menor, cuyos intereses priman en una adopción, se lleve a cabo en el caso de que se posibilite su adopción.

3. Está claro que, aunque no podamos adelantar lo que en un futuro les vaya a deparar en caso de conseguir una adopción internacional, si realmente antes de conseguirse esta, ya no vemos en María disposición, y creemos que no tiene el interés, la capacidad y habilidades bastantes para poner los medios y solucionar los problemas que puedan surgir, no podemos dejar que esta adopción se lleve a cabo, pensando en el interés del menor en primer lugar, como se desprende de la ley y la jurisprudencia.

4. Conclusión:

Por tanto, después de valorar el contenido de todos los informes que se aportan a las actuaciones y resto de las pruebas practicadas, entendemos que María no es idónea para adoptar, entendiendo que la falta de motivación supone una falta de idoneidad.

3.1.4. Función jurisdiccional en la valoración de la idoneidad.

Otra cuestión importante es el carácter vinculante del certificado de idoneidad. En este sentido, el artículo 176CC⁶⁷ establece que “La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptado y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad”. De aquí se extrae, por tanto, que el juez no queda vinculado respecto de dicho certificado, sino que deberá tenerlo en cuenta, única y exclusivamente, pudiendo, por lo tanto, entender idóneos a unos adoptantes cuando el certificado sea, sin embargo, contrario.⁶⁸

En cambio, en el caso de que los adoptantes hayan sido declarados idóneos, la función jurisdiccional se reduciría a la comprobación de una serie de extremos, como la capacidad general de los adoptantes (art. 175CC), específica para el ejercicio de la patria potestad y los conocimientos y audiencias que preceptúa el artículo 177 del Código Civil, a no ser que concurran circunstancias excepcionales, como no podía ser de otra forma. Por el contrario, y como decíamos, si los adoptantes han sido declarados idóneos y recurren a la decisión, el juez no se encuentra vinculado por la resolución administrativa, y tendrá que entrar en el fondo del asunto objeto del litigio. (Como sería en el caso concreto si entendemos que María sí que es apta para adoptar, a pesar de la resolución negativa de la vía administrativa)

⁶⁶ Cfr. Artículo 77 apartado C de ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia. (DOG nº 134, de 13 de julio. Este artículo dice literalmente que para la valoración de la idoneidad se tendrán en cuenta 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.

⁶⁷ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889 Referencia: BOE-A-1889-4763.

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

Los trámites para la adopción internacional se pueden englobar en seis grupos fundamentales, algunos de los cuales implican varias actividades. Estos son⁶⁹:

1. Información y solicitud.
2. Preparación.
3. Valoración de idoneidad.
4. Tramitación del expediente.
5. Emparejamiento niño-familia: pre-asignación y aceptación de la propuesta.
6. Actuaciones en el país de origen: constitución de la adopción e inscripción en el consulado español, o concesión de visado.
7. Tras la llegada a España.

El procedimiento a seguir para la solicitud de un nuevo informe podría llevarse a cabo por dos vías:

En el caso de que la resolución de la administración fuera de “no idoneidad” para la adopción, como el caso que nos ocupa, el interesado podrá presentar los recursos procedentes, expresados en dicha resolución.

Para impugnar la resolución dictada por la correspondiente Entidad Pública que tenga en ese territorio, encomendada la protección de menores, declarando la no idoneidad de los adoptantes, es preciso acudir a lo dispuesto en el art. 780 LEC. Es decir, al procedimiento para impugnar resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores, que se recurrirán directamente ante los Tribunales, sin necesidad de formular reclamación previa en vía administrativa. Precisamente entre las resoluciones recurribles se encuentran aquellas en que se declare la falta de idoneidad de una persona como acogedora o adoptante.

El proceso de oposición a una resolución administrativa en materia de protección de menores se iniciará mediante la presentación de un escrito inicial en el que el actor sucintamente expresará la pretensión y la resolución a que se opone. En dicho escrito consignará expresamente la fecha de notificación de la resolución administrativa y manifestará si existen procedimientos relativos a ese menor.

En este caso, por lo tanto, la pareja iniciaría proceso de oposición a dicha resolución de “no idoneidad” ante el juzgado, y con la finalización de dicho proceso, y al obtener una sentencia, la pareja recibiría un nuevo informe sobre su idoneidad o no como adoptantes, pero en este caso quien estudiaría el caso sería el juez, y no la Administración.

En este caso, y según el artículo 16 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional⁷⁰, y citando literalmente su apartado primero “La determinación del concreto órgano jurisdiccional competente objetiva y territorialmente para la constitución de la adopción internacional se llevará a cabo con arreglo a las normas de la jurisdicción voluntaria” Su apartado

⁶⁹ “La aventura de adoptar, Guía para solicitantes de adopción internacional”. INFORMES, ESTUDIOS E INVESTIGACIÓN 2010, MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL

⁷⁰ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, «BOE» núm. 312, de 29/12/2007.

dos dice, que “en el caso de no poder determinarse la competencia territorial con arreglo al párrafo anterior, ésta corresponderá al órgano judicial que los adoptantes elijan”.

Por ello nos remitimos a la ley de jurisdicción voluntaria⁷¹, cuando en su artículo 39⁷² nos dice que, si se suscitare oposición, (como se trata en este caso, al tratarse de un escrito de oposición ante una resolución administrativa) el expediente se hará contencioso y el Letrado de la Administración de Justicia citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. Contra el auto que resuelva este expediente cabrá recurso de apelación, que tendrá carácter preferente, sin que se produzcan entonces efectos suspensivos.

Este sería el primer procedimiento, y por el cual no habría que esperar otros 3 años para presentar una nueva solicitud. Sin embargo, hay otro procedimiento posible, y es esperar los 3 años preceptivos, y una vez este plazo termine, volver a presentar la solicitud de adopción. Transcurridos tres años desde la declaración de idoneidad de un solicitante sin que se produjera una preasignación, deberá ratificarse la valoración inicial o realizarse una nueva, en caso de variar significativamente las circunstancias que la motivaron. Por ello, transcurridos 3 años, la familia podría volver a solicitar la adopción internacional, con el preceptivo certificado de idoneidad.

⁷¹ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE del viernes 3 de julio de 2015 Sec. I. Pág. 54068

⁷² Dicho artículo pertenece al capítulo III denominado “De la adopción”

BLOQUE 3.

**BLOQUE DE DERECHO
PENAL.**

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

1.1. Antecedentes de hecho.

2. 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.
3. 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, etc.
4. 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.
5. José consigue esquivar las autoridades colombianas y con la complicidad de María simulan en el hospital coruñés el nacimiento
6. 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.

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

A. Delito de adopción ilegal.

El delito de adopciones ilegales viene tipificado en el punto 1 y 2 del artículo 221 del Código Penal. Este art. 221 CP castiga una serie de conductas relacionadas con el tráfico de menores, es decir, conductas en las que se produce la entrega de una compensación económica, a cambio de un menor de edad. El bien jurídico protegido en estos preceptos no tiene nada que ver con el estado civil derivado de la filiación, ni tampoco con la seguridad del niño, que puede incluso verse favorecida con el cambio, pero el legislador ha querido sancionar aquí 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 económicas⁷³. (Muñoz Conde, 2013, pág. 298)

El concepto básico en este tipo penal es el de compensación económica, y es sobre esta sobre la que descansa la desaprobación penal del acto tipificado. Así, de la descripción típica se deduce que la consumación del delito requiere que se produzca la entrega del menor y de la contraprestación económica. En este sentido, podemos decir que se trata de un tipo de resultado, en el sentido de que el delito se consuma cuando el menor pasa a estar en la esfera o en el ámbito de la custodia de quien lo recibe.⁷⁴

⁷³ Muñoz Conde, F. "Derecho penal, Parte Especial" Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

⁷⁴ Torres Fernández, María Elena, en "El tráfico de niños para su "adopción ilegal" el delito del artículo 221 del código penal español". Madrid: Dykinson, 2003. Pág. 109 y ss.

Respecto de la autoría, el art. 221 del CP establece que en este delito puede haber dos autores, que serán, tanto el que entrega el niño, como el que lo recibe. Así, y de no haberse mencionado expresamente su actuación, el receptor del menor solo sería responsable a título de cooperador necesario, pero no a título de autor, pues su contribución al hecho no queda dentro del margen del significado del verbo entregar empleado en el párrafo 1º del art. 221. (Torres Fernández, 2003, pág. 108)

Sin embargo, el apartado 2º del CP del art. 221º castiga con la misma pena, tanto al que entregue al menor, como a la persona que lo reciba, aun cuando la entrega se hubiese efectuado en país extranjero. Este artículo dice así:

“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 patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

2. 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.”

Por último el artículo 222 establece la agravación en el caso de que la persona que realiza el delito, es decir el sujeto activo, sea un educador, un facultativo o un funcionario público, pero esta agravación solo se produce cuando el delito es cometido en el ejercicio de sus funciones.

Conclusión:

Por tanto, en base a este art. 221, entendemos que José sería responsable de un delito de adopciones ilegales, pero cometido sin la agravante del art. 222, ya que no lo realizó en el ejercicio de sus funciones como funcionario, sino como mero particular.

José sería entonces responsable de un delito de adopción ilegal, entendiéndose como receptor del menor de edad. José será responsable del delito, aunque éste se haya llevado a cabo fuera del territorio del estado español, como se desprende de la redacción del apartado 2º de dicho artículo.

Por lo tanto, sería castigado con una pena de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

B. Prevalimiento de carácter público.

Entre las circunstancias agravantes del art. 22 del CP se encuentra la agravante por prevalimiento de carácter público, en el apartado 7º del artículo.

El abuso de los poderes o deberes atribuidos a una persona que ejercita una función pública, dada su condición de funcionario público, determina una mayor reprochabilidad de la conducta delictiva⁷⁵. En ocasiones esa circunstancia está prevista por el propio tipo delictivo, que contempla una mayor gravedad de la pena; como ocurre, por ejemplo, con el delito de falsificación de documento oficial cometido por funcionario público en el ejercicio de sus funciones, del art. 390 CP. Sin embargo, cuando el tipo delictivo no prevé expresamente la agravación de la pena por la condición pública del culpable, pero éste se aprovecha de ella para facilitar la ejecución del delito, resulta de aplicación

⁷⁵ Extraída en documento “Prevalerse el culpable de su carácter público” el día 1/06/2016 desde <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>

esta circunstancia agravante genérica, la circunstancia 7ª del artículo 22 del Código Penal: “prevalerse del carácter público que tenga el culpable”.

Abordando el fundamento de la agravación, y como afirma la sentencia del Tribunal Supremo 93/2007, de 1 de febrero⁷⁶, “*la agravante de prevalerse del carácter público que tenga el culpable supone que el culpable ponga ese carácter público al servicio de sus propósitos criminales, de modo que como tiene dicho la jurisprudencia, en lugar de servir al cargo, el funcionario se sirve de él para delinquir. En definitiva el plus de reproche que supone esta agravante y que justifica el plus de punibilidad se encuentra en las ventajas que el ejercicio de la función pública otorga para poder realizar el hecho delictivo, de suerte que de alguna manera, se instrumentaliza el cargo para mejor ejecutar el delito*”. (Guías jurídicas Wolters kluwer)

En segundo lugar, también es necesario que exista un prevalimiento de los poderes que están atribuidos al acusado por razón de su cargo. Entiende la jurisprudencia que el precepto se refiere expresamente al prevalimiento del carácter público y no al abuso de la función, es decir, que el agente obra como particular más que prevaliéndose de las funciones o carácter público que ejerce, haciendo valer su posición oficial para llegar al objeto propuesto, a la realización del hecho delictivo. Por tanto, aprovecha la cualidad de funcionario, pero no dentro de la actividad que le es inherente, a fin de gozar de una mayor facilidad para conseguir su móvil delictivo.

En tercer lugar, es imprescindible que el autor se aproveche de las ventajas que el cargo le ofrezca para facilitar la ejecución del delito. El prevalerse del carácter público que tenga el culpable, requiere que la condición de funcionario público se ponga al servicio del propósito criminal, aprovechándose así de las ventajas que el cargo le ofrezca para ejecutar el hecho delictivo con mayor facilidad y menor riesgo.

Conclusión:

Entendemos que concurre esta agravante en el delito de adopciones ilegales, en el que el responsable es José, porque 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, etc.

Por lo tanto, entendemos que se aprovechó de su función pública en esta materia para llevar a cabo el delito. Es decir, puso su condición de funcionario público al servicio de su propósito criminal, lo que le pudo permitir ejecutar el delito con mayor facilidad y menor riesgo, al poder conocer donde conseguir la adopción del menor, y cuáles eran las vías más rápidas para ello.

En base al artículo 66 del CP, respectivo a la aplicación de las reglas agravantes y atenuantes, apartado 3º, cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, se aplicará la pena en la mitad superior de la que fije la Ley para el delito. Por tanto, se aplicará la pena establecida en el art. 222 CP, en su mitad superior.

C. Delito de falsificación de documentos.

El Artículo 390 CP establece que será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad, ya sea alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial o simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección: 1. N° de Recurso: 148/2006 N° de Resolución: 93/2007. Id CENDOJ: 28079120012007100063. FJ 1º. Pág. 5.

La falsedad debe recaer sobre un documento, concepto jurídico también definido de forma amplia en el artículo 26 del CP en el que se establece que se considerará documento “todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica” Los documentos públicos son los autorizados por un notario o empleado público competente, con las formalidades requeridas por la Ley (artículo 1216 del Código Civil)⁷⁷ y de forma más precisa son los enumerados en el artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷⁸.

En las sentencias⁷⁹ dictadas en estos últimos años se ha consolidado ya el criterio de que “*la falsificación de documentos identificativos siempre afecta a los intereses del Estado, desde las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio de Shengen y porque en definitiva no le puede ser indiferente a ningún país la identificación de personas provistas de documentos de identidad falsos, por cuanto ello afecta a las políticas de visados, inmigración y seguridad en general. La falsedad de un documento oficial identificativo afecta, pues, al interés del Estado a tener en todo momento la posibilidad de controlar, a través de la documentación personal, la identidad de los residentes en el país.*”

Con referencia a la condición de funcionario del autor del delito, y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en una de sus últimas sentencias⁸⁰, entendemos que en el delito del art. 392 CP “*no es suficiente con la condición de funcionario público del sujeto activo, sino que es exigible además que éste actué en el arca de sus funciones específicas, de tal modo que, aun tratándose de una autoridad o funcionario público, si su actuación falsaria no se refiere específicamente a tales funciones y únicamente se ha aprovechado de su condición de autoridad o funcionario, para acceder de forma irregular al documento en cuestión, el medio deberá ser calificado con arreglo al art. 392 CP (falsedad cometida en documento oficial por particular) concurriendo la agravante de prevalimiento de carácter público del culpable (art. 22.7º)*”

Esta sentencia del TS⁸¹ sigue afirmando que: “*en relación a la autoría, el delito de falsedad documental no es un delito de propia mano, entre otras razones, por cuanto se admite la posibilidad de la autoría mediata. De lo indicado se deduce que, aunque normalmente, el autor será el que materialmente ha confeccionado (alterado o dañado) el documento, sin embargo es posible admitir la autoría, no solo por la vía de la autoría mediata o la inducción, en los casos en los que la persona no ha sido quien materialmente confeccionó el documento*”.

Además, este delito posee unos requisitos, así, dice el TS que⁸²: “*el delito de falsedad documental requiere la voluntad de alterar conscientemente la verdad por medio de una acción que requiere trastocar la realidad, convirtiendo en veraz lo que no es, y a la vez atacando la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos, se logren o no los fines perseguidos*”.

Como elemento subjetivo del delito de falsedad documental, debe haber ánimo falsario en la mente del sujeto y “*salvo que exista prueba directa derivada de una manifestación del acusado, hay*

⁷⁷ Real Decreto de 24 de julio de 1984 por el que se publica el Código Civil. Publicado en BOE núm. 206, de 25/07/1984.

⁷⁸ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Publicado en BOE núm. 7 de 08 de Enero de 2000.

⁷⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 2, nº de Recurso: 328/2011, nº de Resolución: 716/2011. Id CENDOJ: 46250370022011100704. FJ 2º.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección: 1, Nº de Recurso: 2107/2015 Nº de Resolución: 426/2016, Id CENDOJ: 28079120012016100416. FJ 11º. P. 56.

⁸¹ Ibídem. que nota a pie de página nº76.

⁸² Ibídem. FJ 13º. P.58.

que deducirlo mediante una prueba indirecta o indiciaria (STS. 200/2004 de 16.2) a través del correspondiente juicio axiológico o de valor, para lo cual se partirá del conjunto de circunstancias que hayan rodeado a la perpetración del hecho y de cuantos actos haya realizado el sujeto activo que permitan esclarece su ánimo o pensamiento (STS. 608/2006 de 11.5)”.

Conclusión:

Entendemos que José ha llevado a cabo la modalidad comisiva del delito de falsedad documental expresado en el artículo 392 párr. 1º apartado 2º del CP. Este se trata de la simulación de documento, ya sea, “en todo o en parte, de manera que induzca a error”. Pero entendemos que no comete el delito del 390, porque, aunque sea funcionario, entre sus funciones no están las creaciones de documentos de identidad, por lo que, el delito lo cometería como un particular.

Sin embargo, a la pena establecida en el art. 392CP hay que añadirle la agravante de prevalimiento de carácter público del art. 22.7 CP, porque se aprovecha de su condición de funcionario para llevar a cabo el delito. Por lo tanto, la pena aplicada por el juez, en caso de valorar esta circunstancia modificativa agravante para el delito de falsificación, sería la pena en su mitad superior, como se desprende del artículo 66CP.

Como resumen, la jurisprudencia ha entendido que el delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil requiere los siguientes elementos:

- a) Uno objetivo o material, consistente en la mutación de la verdad por alguno de los medios descritos en el artículo 390 del CP;
- b) Que la alteración de la verdad afecte a elementos esenciales del documento, de modo que repercute en los normales efectos de las relaciones jurídicas reflejadas y plasmadas en el mismo; y
- c) Un elemento subjetivo, consistente en el dolo falsario, que estribará en el conocimiento y voluntad de la alteración de la verdad.

D. Delito de suposición de parto.

El delito de suposición de parto se encuentra tipificado en el art. 220 del CP. Este artículo, en su núm. 1º dispone que: “La suposición de parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años”. Según se desprende de la redacción del precepto, la conducta típica consiste en “suponer un parto”, es decir, en fingir un alumbramiento que en realidad no ha tenido lugar. En palabras de MUÑOZ CONDE⁸³, la acción consiste en simular haber dado a luz a un niño vivo. No basta para este delito la mera ficción de dar a la luz sin la realidad concreta.

El bien jurídico protegido por el tipo penal atendiendo fundamentalmente la ubicación sistemática del precepto, lo constituye la familia, y en concreto la relación paterno-filial.

Aun cuando el artículo 220.1 del Código Penal no establece quien puede ser sujeto activo, es decir, autor de este delito, hay que entender que la autora será la mujer que finge el parto. Ahora bien puede ocurrir, y será lo más usual, que en la realización de esta acción no esté sola sino auxiliada por tercero, pero el sujeto activo de la suposición de parto en “strictu sensu” puede serlo sólo la mujer que finge el parto.

⁸³ *Ibidem.* MUÑOZ CONDE, Francisco. Pág. 296.

El sujeto pasivo es el niño cuyo “estado civil” se altera, suponiéndolo hijo de una mujer que no es su madre. El delito se consuma con la simulación de parto sin que sea precisa la inscripción del niño en el Registro Civil; pero si esto último se lleva a cabo habrá un concurso con un delito de falsedad en documento público.

La dinámica comisiva de este delito puede ser doble: fingir materialmente un parto que nunca ha existido (suposición de parto propia) o presentar como hijo propio a un niño nacido de otra mujer (suposición de parto impropia). Sin embargo, como afirma la jurisprudencia⁸⁴, es suficiente la simulación de haber dado a luz un niño, sin que se precise, además, para la comisión del delito, el fingimiento del parto como hecho fisiológico caracterizado por determinados elementos externos, tesis históricamente sostenida por nuestros tribunales

En referencia a la consumación del delito, para que este se cometa de forma completa, es decir, se entienda consumado, no es necesario que se proceda a la posterior inscripción de la falsa maternidad en el Registro Civil, ya que la consumación del delito sólo precisa la simulación de haber tenido el hijo.

Conclusión:

El sujeto activo del delito puede ser únicamente, según criterio jurisprudencial constante y opinión doctrinal mayoritaria, la mujer que simula el alumbramiento: la intervención de otras personas deberá reconducirse a la cooperación o a la inducción. En el caso al que nos hemos referido antes, sentenciado por la Audiencia Provincial de La Coruña⁸⁵, la abuela del niño nacido es castigada como autora, pues es ella la que se atribuye la maternidad, por lo que, en este caso, María será la única autora del delito del art. 222 CP, ya que es la que finge su alumbramiento.

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

A. Delito de violencia doméstica habitual.

El Título VII, Libro II del CP describe una serie de delitos que se caracterizan por proteger la dignidad humana, entendida como el derecho de toda persona a no ser sometida a torturas o a tratos inhumanos o degradantes, en concordancia con lo previsto en el artículo 15 de la CE, en el que se garantiza el derecho de todos a la integridad física y moral, sin que en ningún momento puedan ser sometidas a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Dentro de este título, el apartado 2 del art. 173 CP establece que, el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea su cónyuge (entre otros sujetos pasivos), 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.

Además, se establece en el art. 173.2 párr. 2º que se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores. Se podrán

⁸⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, 16 de octubre de 2002, Sección Primera, número 24/2002.

⁸⁵ *Ibidem*.

también, en los supuestos a que se refiere este apartado, imponerse una medida de libertad vigilada.

Así, en el artículo 173.1 CP se tipifica el tipo básico de trato degradante y en el artículo 173.2 se recoge el delito de violencia doméstica habitual. En este delito⁸⁶, de carácter genérico, se tipifican como delito aquellos comportamientos que supongan un atentado contra la integridad física, que tengan un efecto inmediato sobre su esfera corporal y que además supongan la sumisión de la víctima a ciertas condiciones que conlleven una humillación grave. Se trata de un tipo residual que se aplica cuando la conducta no es subsumible en otro tipo delictivo o que, aun siéndolo, dicho tipo no es suficiente para castigar el aspecto denigrante de dicha conducta.

Siguiendo la jurisprudencia, en los tipos penales de maltrato en el ámbito familiar el bien jurídico protegido, se extiende más allá de la mera agresión, situándolo en la preservación de la paz familiar como una comunidad de amor, y libertad presidida por el respeto mutuo y la igualdad, protegiendo a los miembros más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia. Se trata, por tanto, de un tipo con sustantividad propia que sanciona la consolidación por parte de sujeto activo de un clima de violencia y dominación; de una atmósfera psicológica y moralmente irrespirable, capaz de anular a la víctima e impedir su libre desarrollo como persona, precisamente por el temor, la humillación y la angustia inducidos. Un estado con autonomía propia y diferenciada, que se vertebra sobre la habitualidad, pero en la que los distintos actos que lo conforman sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor.⁸⁷

En el tipo penal del artículo 173.2, la conducta del agresor consistirá en actos de violencia concretados en "vis física o psíquica", que han de ser además, habituales. Para apreciar la habitualidad exigida en el referido precepto se atenderá el número de actos de violencia que resulten acreditados, así como la proximidad temporal de los mismos⁸⁸.

En este sentido, dice la jurisprudencia⁸⁹ que: *“Para la apreciación de este delito no se requiere la descripción de actos concretos a los fines de definir el presupuesto del tipo, aunque sí que han de indicarse para que, desde ellos, por las específicas características con los que se describan, se pueda valorar la existencia o no de una situación de entidad suficiente como para entender afectado el bien jurídico protegido y satisfecha la exigencia fáctica del tipo penal específico de violencia habitual.”*

“La violencia física o psíquica a la que se refiere el delito es algo distinto de los concretos actos de agresión, aisladamente considerados, y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad física o psíquica, afectando a valores constitucionales de primer orden como es el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad - art. 10 CE -, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral, con prohibición de los tratos inhumanos o degradantes - art. 15 CE -, y en el derecho a la seguridad - art. 17 CE -, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia, y protección integral de los hijos del art. 39 CE .”

⁸⁶ Ibídem. Texto: “Torturas y otros delitos contra la integridad moral” extraído desde <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>.

⁸⁷ Ibídem que en la nota 84. Pág. 5.

⁸⁸ Véase Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección octava, procedimiento abreviado Nº 42/14, Juzgado de Instrucción Nº 2 de Torrox (Málaga). FJ 6º, pág. 20.

⁸⁹ Ibídem que la sentencia anterior.

Hay que destacar que el artículo 173.2, párrafo primero del CP, contiene una regla concursal específica cuando expresa "sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica".⁹⁰

La jurisprudencia⁹¹, respecto de esta regla concursal que establece el artículo 172, ha afirmado que: *"lo que ocurre, es que el Legislador al modificar el art. 173.2 C.P. por la L. O. 111/2003 ha incluido una cláusula concursal excluyendo la infracción del principio non bis in ídem, cuando dice que las penas se impondrán "sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica". Esta Sala ha dicho que los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y que la necesidad legal de penar separada y cumulativamente el delito de violencia doméstica habitual y los delitos o faltas en que se hubieren concretado los actos de violencia no suponen una infracción del citado principio. La violencia física o psíquica habitual es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad"*

En resumen, la acción por tanto, consiste en ejercer violencia física o psíquica habitual. No se trata pues, de un delito de lesiones, (Muñoz Conde, 2013, pág. 204) sino de un ataque a la dignidad derivado del maltrato habitual. Pero, al mismo tiempo, al convertirse en delito contra la integridad moral a sancionar por el art. 173.2 el empleo habitual de violencia física o psíquica sobre las personas allí mencionadas, también cabe la posibilidad del concurso entre este delito y otros que puedan darse, como el de lesiones.

Conclusión:

José es responsable también de un delito de malos tratos del art. 172.1 CP, ya que como se desprende de los antecedentes de hecho, desde la llegada del bebé a casa, se originó un clima de violencia en el ámbito familiar, siendo el sujeto pasivo del delito María, su cónyuge, contra la que se establecieron unas lesiones habituales.

Debido a su habitualidad, se entiende que José es responsable de un delito de violencia habitual, que se encuentra regulado dentro de este art. 172.1 CP. Sin embargo, en el caso de originarse unas lesiones que atentasen contra la integridad física de María, estas se castigarían por medio de un concurso real de delitos, ya que dentro de este artículo 172, se establece ya una regla concursal específica. Y ello porque los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello se sancionan separadamente, no impidiendo la sanción adicional de la conducta de violencia doméstica como delito autónomo, con sustantividad propia. Esto se entiende debido a que el bien jurídico protegido en el delito del 172, no es propiamente la integridad física de los agredidos, ya que si lo fuese no podrían sancionarse doblemente las agresiones individualizadas y, además, la violencia habitual integrada por las mismas, sin vulnerar el principio non bis in ídem. El bien jurídico protegido es la pacífica convivencia familiar, por lo que no se trata propiamente de un delito contra las personas sino contra las relaciones familiares, pese a su ubicación sistemática⁹².

2. Efectos jurídicos derivados del secuestro de Amina y Delilah.

2.1. Antecedentes de hecho.

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección: 1. N° de Recurso: 1019/2015. N° de Resolución: 364/2016. Id CENDOJ: 28079120012016100357. FJ 2°. Pág. 4.

⁹¹ Sentencia de Juzgado de lo Penal nº 3, de Cartagena, nº 58/2014 de 27 de Febrero de 2014. FJ 2°. Pág. 5.

⁹² Cfr. Con la sentencia de la nota 84, pág. 8.

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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.

2.2. Ubicación dentro del Código Penal del delito de secuestro.

En primer lugar, hay que destacar dónde se encuentra la regulación del secuestro en nuestro Código Penal. El delito de secuestro se encuentra dentro del título VII del Libro II del Código Penal (CP en adelante), titulado de los delitos contra la libertad, y dentro de este título, en el capítulo primero, titulado de las “detenciones ilegales y secuestros”. El secuestro se encuentra en el art. 164 del CP⁹³ que define el delito de secuestro como: “El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad” La libertad a la que se refiere este título es la libertad de actuación en sentido amplio, como un atributo de la capacidad que tiene una persona para decidir lo que quiere o no quiere hacer y para trasladarse de un lugar a otro o situarse por sí mismo en el espacio, sin que su decisión se vea constreñida o mediatizada por otras personas⁹⁴.

2.3. Bien jurídico protegido.

Dentro del título VI CP, la libertad es el bien jurídico protegido y, al mismo tiempo, el objeto inmediato de ataque, diferenciándose en esto de otros delitos que también atacan a la libertad, pero de un modo indirecto y como medio para obtener otros fines, como el robo con intimidación y las agresiones sexuales, con los que constituye un delito complejo.

El bien jurídico protegido, tanto en el delito de detención ilegal como en el de secuestro, es la libertad de deambular⁹⁵. En este sentido, la STS de la Sala 2ª de 1 de octubre de 2009⁹⁶ señala que el delito de detención ilegal, y con ello el secuestro, no ataca la libertad genéricamente considerada, sino un aspecto de ella, la de movimientos. En el mismo sentido la STS de la Sala 2ª de 30 de

⁹³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995.

⁹⁴ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, “Derecho Penal Parte Especial”, Tirant lo Blanch. 19ª edición. (año 2013)

⁹⁵ En este sentido, MIRAT HERNÁNDEZ, Mª PILAR. “Detenciones ilegales (artículo 163 del Código Penal)”, Madrid: Consejería de Educación, (año 2001).

⁹⁶ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª. Sentencia núm. 923/2009 de 1 octubre. RJ 2009\5986. (EDJ 2009/239984)

noviembre de 2004⁹⁷, señala que el delito de detención ilegal, y con ello el secuestro, afecta no solo la libertad genérica de hacer o no hacer sino al específico derecho incluido naturalmente en aquella libertad de deambular. En este mismo sentido, dice MUÑOZ CONDE, que estos delitos no son sino una variante de las coacciones, aunque se diferencia de ellas en que no ataca la libertad genéricamente considerada sino solo un aspecto de ella, la ambulatoria, y por otra parte, los medios comisivos no se restringen al empleo de la violencia como ocurre en el delito de coacciones, o a la intimidación, como ocurre en las amenazas.

2.4. Diferencia entre detención ilegal y secuestro.

La ubicación del delito de secuestro, ayuda a comprender que la jurisprudencia⁹⁸ señale que el art. 164 del CP regula una figura que es en realidad un subtipo agravado de las conductas previstas en el art. 163 del CP en sus tres primeros apartados. Por lo tanto, los tipos objetivo y subjetivo coinciden en sus aspectos básicos con los de la detención ilegal.

El delito de secuestro consiste, pues, en la misma conducta prevista en el art. 163, es decir, encerrar o detener a otro ilegalmente, privándole de libertad, si bien añadiéndole la imposición de una condición para liberar a la persona o personas detenidas ilegalmente. Con ello, como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹⁹ son dos los elementos del secuestro:

- que se prive de libertad a una persona encerrándola o deteniéndola,
- y que se advierta por los autores al sujeto pasivo o a otras personas que la recuperación de libertad de aquel depende del cumplimiento de la condición.

Por tanto, siguiendo este esquema, deberemos precisar si Aminah y Delilah fueron víctimas de un delito de secuestro o de un delito de detenciones ilegales, estableciendo si ha habido una condición que supondría su liberación, o si, en cambio, tal condición no ha existido.

Por lo tanto, lo que diferencia el delito de detención ilegal del delito de secuestro, es que en este último es necesario una condición para liberar a una persona. Esto quiere decir que el requisito de que exista una condición es determinante para diferenciar el delito de detenciones ilegales del secuestro. Por otra parte, para saber cuándo hay condición es necesaria diferenciarla de la finalidad, propósitos u objetivos. Y ha de darse claramente esta condición, o nos encontraremos ante un delito de detención ilegal. En este sentido ha tenido que expresarse la jurisprudencia en muchos casos, diferenciando, por las conductas delictivas, si ha habido un delito de secuestro o de detención ilegal, como por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala 2ª, de fecha 26 de junio de 2008¹⁰⁰. En esta, según sus fundamentos de derecho: “[...] *No consta en el “factum” ninguna condición, ni puede pensarse racionalmente que los acusados liberaran a sus víctimas tras la entrega de las llaves. Por todo lo cual el motivo debe ser estimado, casando la Sentencia y se debe absolver por el delito de secuestro, por el que fueron condenados, y condenarles por delitos de detención ilegal*”.

⁹⁷ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª. Sentencia núm. 1411/2004 de 30 noviembre. RJ 2004\7863. (EDJ 2004/197359)

⁹⁸ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª. Sentencia núm. 393/2008 de 26 junio. RJ 2008\4654

Recurso de Casación núm. 11259/2007. Fundamento jurídico nº4.

⁹⁹ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. Sentencia núm. 674/2003 de 30 abril. RJ 2003\3873. (EDJ 2003/263060)

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, Sentencia núm. 393/2008 de 26 junio. RJ 2008\4654.

En este sentido, se señala¹⁰¹ también, que *“aunque es posible que en algunas ocasiones la finalidad de la detención se agote en sí misma, es decir, que consista en la misma privación de la libertad, generalmente este tipo de acciones pretenden la consecución de un determinado objetivo, que el autor espera lograr mediante la privación de libertad del sujeto pasivo.”* Señalándose así, que no es necesaria que haya una finalidad en el delito de detención ilegal, además de la finalidad misma de la privación de libertad.

Se desprende de la jurisprudencia entonces que, para que exista delito de secuestro, la condición debe ser clara y el cumplimiento de la misma ha de servir directamente para poner en libertad a la víctima, no pudiéndose confundir con los objetivos, propios del delito de detención ilegal. Con lo cual, el objetivo de lograr dinero de que habla la STS de 26 de diciembre de 2008¹⁰², no era el elemento de la “condición” exigido en el art. 164 del CP, ya que la víctima no fue puesta en libertad. En este sentido dice COBO DEL ROSAL, que como ha señalado la jurisprudencia, “detener a una persona para conseguir un objetivo no se identifica exactamente con exigir el logro de ese objetivo a cambio de la liberación de aquella”. Una cosa es el objetivo o propósito que se define en el artículo 163.2 CP y otra muy diferente la condición para ponerla en libertad, a la que se refiere el art. 164CP.

En relación a la consumación, el delito de detención ilegal se consuma en el instante de la privación del derecho de libertad que tiene la persona y la figura del secuestro, exigiendo alguna condición para poner en libertad del detenido se consuma desde que se pone la condición, no requiriéndose el efectivo cumplimiento de la condición

Conclusiones

El delito de detención ilegal se proyecta desde tres perspectivas¹⁰³. El sujeto activo que dolosamente limita la deambulación de otro, el sujeto pasivo que anímicamente se ve constreñido, o físicamente impedido, en contra de su voluntad, y por último el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce. El tipo descrito en el art. 163 CP es un delito que se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) el elemento objetivo del tipo consistente en la privación de la libertad ambulatoria de la persona, tanto encerrándola físicamente, como deteniéndola, es decir, impidiendo su libertad de movimientos, sin que sea preciso entonces un físico "encierro". Y que esa privación de libertad sea ilegal. 2) El elemento subjetivo del tipo, el dolo penal, consiste en que la detención se realice de forma arbitraria, injustificada, siendo un delito eminentemente intencional en el que no cabe la comisión por imprudencial.

Además, existe una clara distinción entre el delito de detención ilegal del art. 163 y el de secuestro del art. 164:

1. El secuestro es un tipo agravado del tipo de detención ilegal. El delito de secuestro se diferencia del de detención ilegal, en que en aquél existe el requisito de la condición, elemento que no concurre en la detención ilegal.

¹⁰¹ Véase Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 2 de febrero de 2012. num. 00001/2012

¹⁰² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1º, de 26 de diciembre de 2008. (EDJ 2008/124083)

¹⁰³ “Doctrina jurisprudencial de la sala de lo penal año judicial 2008-2009”. Tribunal Supremo, Sala segunda, Gabinete Técnico. Pág. 28. Recuperado de: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial.

2. Para que pueda apreciarse el elemento de “la condición”, ésta debe imponerse con claridad. Además no existe “condición”, cuando en el supuesto de hecho solo existen propósitos u objetivos. Finalmente la “condición” para que configure el delito de secuestro debe de ser determinante que su cumplimiento determine la liberación de la privación de libertad de la víctima.

Por lo tanto, entendemos que en el caso, Aminah y Delilah, no son víctimas de un delito de secuestro, sino de un delito de detención ilegal. En primer lugar, porque el bien jurídico atacado es el de “libertad ambulatoria” ya que no tienen permitida su libertad de movimientos. Ambas son obligadas a ejercer la prostitución en el pub “Eclipse”, pero la prostitución, no es la condición que les permite, en el caso de ejercerla, a ser liberadas. El ejercicio de la prostitución, consiste, por tanto, en el “objetivo” por el cual ambas son detenidas ilegalmente, y no supone la condición de su liberación, como queda demostrado, puesto que ambas son detenidas desde diciembre del 2015, hasta el 28 de febrero del 2016, pero no debido a la voluntad de los delincuentes de liberarlas, sino debido a que la policía hizo una redada en dicho local. Con esto, presumimos que Aminah y Delilah no habrían sido liberadas, si no hubiese habido una redada de la policía, por lo que en ningún caso podemos entender que exista una condición, lo que llevaría a calificar el delito cometido por Abdul-Azim y Abdul-Hadi, como un secuestro. Entendemos que no hay “condición”, sino que hay “objetivo”, y por lo tanto, debemos calificar el delito cometido como un delito de detención ilegal, del artículo 163CP.

2.5. El delito de prostitución.

Los delitos de prostitución se tipifican en el Capítulo V del título VIII del CP. Dice el artículo 187.1 CP¹⁰⁴ que “El que determine, empleando violencia o empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses”.

El modo comisivo consiste en cualquier actividad que determine a tal sujeto pasivo a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella. Pero, no basta el tener una relación de contenido sexual con una persona prostituida, sino que es preciso que la conducta del sujeto activo mueva la voluntad del sujeto pasivo para que este se inicie en esa actividad o se le refuerce esa voluntad para continuar en la que ya venía desempeñando¹⁰⁵. En este sentido, dice MUÑOZ CONDE¹⁰⁶, que en el caso de la prostitución de mayores de edad, la única razón de la incriminación de los hechos que la favorezcan es que se ataque la libertad sexual de la persona que se prostituye, obligándola a practicarla.

Pero, la retención en la práctica de la prostitución puede constituir unas detenciones ilegales que entrarían en concurso con el delito relativo a la prostitución. En este caso, por tanto, hay que relacionar el delito de prostitución con el delito de detención ilegal, debido a que la finalidad de la detención ilegal, como se expresa en el caso, es introducir las en la prostitución, algo que comienzan a hacer en un pub denominado “Eclipse”, desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 28 de febrero de 2016. Por lo tanto, se puede entender que los hechos son constitutivos de un delito de detención ilegal previsto y penado en el art. 163.1CP como medio para cometer un delito relativo a la prostitución penado en el art. 187.1CP. Siguiendo la sentencia de la Audiencia Provincial¹⁰⁷, en acción conjunta y concertada los coautores del delito, Abdel-Azim y Abdul-Ali, privaron a Aminah y

¹⁰⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

¹⁰⁵ “Doctrina jurisprudencial de la sala de lo penal año judicial 2008-2009”. Tribunal Supremo, Sala segunda, gabinete técnico. Recuperado de: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial.

¹⁰⁶ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, “Derecho Penal Parte Especial”, Tirant lo Blanch. 19º edición. (año 2013). Pág. 247.

¹⁰⁷ Audiencia Provincial de Alicante (Sección 1ª) Sentencia núm. 91/2000 de 18 febrero. Jurisdicción: Penal Procedimiento abreviado 93/1993.

Delilah de su libertad ambulatoria anulándoles su facultad de traslado y disposición propia, y ello con el fin de, mediante actos coactivos, constreñirlas al ejercicio de la prostitución. En este sentido, según la jurisprudencia del STS¹⁰⁸ *“la determinación al ejercicio de la prostitución implica una cierta restricción de la libertad ambulatoria en cuanto que la persona que se ve determinada a actuar de esa forma no puede abandonar el lugar donde ejerce la prostitución mientras se dedica a su ejercicio efectivo”*.

En términos generales afirmamos la concurrencia en concurso medial, cuando conforme al art. 77 CP, un delito es medio necesario para la comisión de otro. “El art. 77 se refiere a medios necesarios es decir, ineludibles por parte del autor”¹⁰⁹. Pero este criterio admite excepciones, y la jurisprudencia entiende, que la determinación de cuándo un delito es medio necesario para cometer otro, no debe ser valorada en abstracto, sino en un sentido concreto y en relación específica con el fin último perseguido por el autor o autores de los diferentes hechos delictivos. La fundamentación del tratamiento punitivo radica, por tanto, en la existencia de una unidad de intención delictiva que el legislador trata como de unidad de acción. Pero la voluntad del autor no es suficiente para la configuración de este concurso ideal impropio, pues el Código exige que la relación concursal medial se producirá cuando la relación sea necesaria, lo que deja fuera del concurso aquellos supuestos sujetos a la mera voluntad, a la mera conveniencia o la mayor facilidad para la comisión del delito, siendo preciso que la conexión instrumental sea de carácter objetivo.

Desde la perspectiva expuesta, la privación de libertad, ataca un bien jurídico distinto de la determinación de la prostitución, pero es el medio para su realización. Consecuentemente procede dar lugar, de conformidad con el art. 77, a una penalidad conjunta que se vertebra en torno al delito más grave, la detención ilegal, en su mitad superior (la pena de cinco años y 6 meses de prisión)

La jurisprudencia¹¹⁰ mantiene que la necesidad de respetar la prohibición del bis in ídem lleva a que la determinación coactiva al mantenimiento de la prostitución –art. 187.1 CP –absorba las manifestaciones menores de restricción deambulatoria ínsitas en el comportamiento previsto en aquel tipo, pero que esa absorción no ha de tener lugar cuando las manifestaciones de la restricción deambulatoria excedan del campo propio de lo funcionalmente adecuado para el mantenimiento en la prostitución. Exceso que, como explica detalladamente la Audiencia, se ha producido en el presente supuesto, al quedar las mujeres como rehenes de los acreedores, bajo el poder exclusivo de los explotadores de la prostitución de aquéllas, para lo que no puede considerarse obstáculo, como tampoco para la aplicación del art. 188.1 CP, el que muchas de las mujeres hayan ejercido antes y después la prostitución, pues aquí de lo que se trata es de que han sido quebrantadas la libertad deambulatoria y la libertad sexual.

2.6. Abuso de confianza.

En relación con la agravante de abuso de confianza establece la jurisprudencia¹¹¹ que: *“Como señala la STS de 12 de septiembre de 1991 el abuso de confianza exige, como agravante, una relación especial, subjetiva y anímica, entre el ofensor y la persona ofendida, relación de confianza que ha de encontrar su razón o causa en una serie de circunstancias distintas y diversas, nacidas de también distintas y diversas motivaciones. Relaciones laborales, relaciones amistosas, razones de convivencia social o de vecindad, de camaradería y camaradería, razones familiares o cualquier*

¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 1092/2004, de 1 de octubre de 2004

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 1670/2002, de 18 de diciembre de 2002.

¹¹⁰ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª. Sentencia núm. 1047/2006 de 9 octubre. RJ\2007\587. Recurso 1159/2005. FJ4º del recurso de Agosto.

¹¹¹ Véase Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5ª. Sentencia de 14 enero 2003. JUR\2003\83290

otra que, en fin, genere mutuos y recíprocos deberes de lealtad, fidelidad y buena fe. Que genere una especial confianza a virtud de la cual se inhibe el recelo, la sospecha o la desconfianza, a virtud de la cual se relajan los sentimientos y se orillan las prevenciones y cautelas. La agravante precisa además que el autor de la infracción se aproveche de las facilidades que para la comisión del delito implican los referidos vínculos, lo que significa una mayor posibilidad en la ejecución del mismo. Esa agravante es perfectamente compatible con el ataque a la libertad sexual ya que, cuando el sujeto activo se aprovecha de la confianza como en este caso acontece, se consuma la infracción independientemente de esa relación de confianza que no es, por eso, elemento esencial o elemento constitutivo de aquélla. La confianza ultrajada o la deslealtad manifiesta se configuran entonces como un plus de culpabilidad al revelar una mayor perversión en la ejecución de unos actos que no precisan para su consumación delictiva de otros datos que los que directamente se infieren del propio tipo penal.”

Conclusión:

Por lo tanto, Abdel-Azim y Abdul Ali deben considerarse como coautores de un delito de detención ilegal del artículo 163CP en concurso medial con la determinación a la prostitución del artículo 187CP, ya que, como se expresa en los antecedentes de hecho, ambos intentaron coger confianza con Delilah y Aminah debido a que tenían una finalidad, secuestrarlas, (que debería haber sido, según el caso, “detenerlas”) e introducir las en el mundo de la prostitución. Es decir, uno era medio para el otro, y por ello deben establecerse las reglas del artículo 77 CP para el concurso medial de delitos.

Además, los antecedentes de hecho expresan que ambos cogieron confianza con las víctimas, de las que eran vecinas, por lo que podemos entender que existe una agravante de abuso de confianza, pero esa confianza supera la necesaria para atacar a la libertad sexual de Aminah y Delilah, por lo que debería constituir un plus de culpabilidad, y ser apreciado como una circunstancia agravante, no dentro del mismo delito de determinación a la prostitución.

Los antecedentes de hecho expresan además que la finalidad de coger confianza con Aminah y Delilah por parte de ambos, era, además de detenerlas ilegalmente y prostituirlas, propinarles un trato degradante, pero se desprende del caso que esa era la finalidad de ambos, no que se llevase a cabo, por lo tanto, no cabría apreciar el delito tipificado en el artículo 173CP de trato degradante.

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

3.1. Antecedentes de hecho.

1. 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.

3.2. Determinar a qué delitos serán objeto de condena los secuestradores.

Delito de amenazas.

La ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹¹², estableció diferencias en materia de delitos de libertad con respecto a la anterior ley del CP. Una de sus novedades fue la desaparición de las faltas, por lo que, a partir de la reforma, las amenazas y coacciones de carácter leve se van a sancionar como subtipo atenuado en cada uno de los respectivos delitos.

MUÑOZ CONDE, afirma que en el capítulo II del título VI del CP se tipifican las amenazas, que gramaticalmente significan “dar a entender a otro con actos o palabras que se le quiere hacer algún mal”. La amenaza en sentido jurídico-penal prácticamente coincide con el sentido gramatical de la expresión, pudiendo, por tanto, definirse como la exteriorización hecha por una persona del propósito de causarle a ella, o a su familia o personas allegadas, un mal. Y es así como se tipifica en el CP el delito de amenazas¹¹³.

El sujeto activo ha de exteriorizar además su propósito de un modo que haga creer al sujeto pasivo que es real, serio y persistente, independientemente de la forma que se utilice para su exteriorización¹¹⁴. En este caso tratamos una amenaza condicional, ya que se amenaza a los niños con matarles si contaban que Delilah y Aminah estaban recluidas. A su vez, estas amenazas condicionales pueden ser, constitutivas de delito, o no constitutivas de delito. En este caso, van a ser unas amenazas condicionales de un mal constitutivo de delito, ya que se trata de una amenaza de muerte, tipificándose el homicidio en el artículo 138CP. (La pena del delito de amenazas va a variar en función de si el sujeto activo ha conseguido su propósito).

El artículo 172.3CP establece que las penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad, por lo que se establece dentro de las amenazas un subtipo cualificado para el caso de que las víctimas fueran menores.

La jurisprudencia¹¹⁵ considera el delito de amenazas como de mera actividad, entendiendo que se consuma con la llegada del anuncio a su destinatario, y su ejecución consiste en la conminación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza, sin que sea necesario la producción de la perturbación anímica que el autor persigue, de manera que basta con que las expresiones utilizadas sean aptas, para amedrentar a la víctima. En definitiva, son elementos constitutivos de este delito, según los precedentes jurisprudenciales:

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

¹¹² Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en BOE núm. 77 de 31 de Marzo de 2015. Vigencia desde 01 de Julio de 2015. (Preámbulo de la ley, párrafo XXXI).

¹¹³ Artículo 169 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995, con la reforma hecha por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en BOE núm. 77 de 31 de Marzo de 2015. Vigencia desde 01 de Julio de 2015. (Preámbulo de la ley, párrafo XXXI)

¹¹⁴ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, “Derecho Penal Parte Especial”, Tirant lo Blanch. 19º edición. (año 2013). Pág. 151.

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2º, de lo penal, 15 de Octubre de 2009. nº 950/2009 Número de resolución, 950/2009. Núm. De recurso: 10321/2009. FJº3.

2. Que en el agente no sólo se dé el elemento subjetivo general de la conciencia y voluntariedad del acto, sino también que la expresión del propósito sea persistente y creíble;

3. Que concurren circunstancias que permitan valorar el anuncio de un mal como de entidad suficiente, como para perturbar la tranquilidad del sujeto pasivo, restringiendo su capacidad de decisión.

Delito de acoso.

El Preámbulo de la reforma del Código Penal del año 2015 expresa que¹¹⁶ dentro de los delitos contra la libertad, se introduce un nuevo tipo penal de acoso que está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas. Se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento.

Así, con la reforma de la Ley Orgánica del Código Penal, se tipifica en el art. 172 ter, un nuevo delito denominado de “**stalking**”, dentro de los delitos contra la libertad.

Se establece así en este art. que:

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.

El párrafo 2º de este artículo establece que, 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.

Siguiendo la jurisprudencia más reciente de este delito, en este caso una sentencia del 2016 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Tudela¹¹⁷, se establece que “*el bien jurídico protegido en este delito de acoso, es la libertad de obrar, entendida como la capacidad de decidir libremente. Las conductas de stalking afectan al proceso de formación de la voluntad de la víctima en tanto que la sensación de temor e intranquilidad o angustia que produce el repetido acechamiento por parte del acosador, le lleva a cambiar sus hábitos, sus horarios, sus lugares de paso, sus números de teléfono, cuentas de correo electrónico e incluso de lugar de residencia y trabajo.*”

Establece así la sentencia, que de acuerdo con la Exposición de Motivos de la reforma de la ley del CP, se protege también en este delito el bien jurídico de la seguridad, es decir, el derecho al sosiego y a la tranquilidad personal. No obstante, en este nuevo delito, sólo adquirirán relevancia

¹¹⁶ Cfr. con el Preámbulo de la reforma Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en BOE núm. 77 de 31 de Marzo de 2015.

¹¹⁷ Sentencia del Juzgado de Instrucción de Tudela, Sección: 3. Nº de Recurso: 260/2016. Id CENDOJ: 31232430032016100001. FJ 1º. Pág.2.

penal las conductas que limiten la libertad de obrar del sujeto pasivo, sin que el mero sentimiento de temor o molestia sea punible.

Advierte la sentencia también de que, aunque el bien jurídico principalmente afectado por el stalking sea la libertad, pueden verse afectados otros bienes jurídicos como el honor, la integridad moral o la intimidad, en función de los actos en que se concrete el acoso.

El artículo de este nuevo delito utiliza el término "acosar" en la propia definición del delito y a continuación se refiere a cómo debe realizarse dicho acoso, "llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes". Evita por tanto, referirse a cuántas veces debe llevarse a cabo la conducta para que ésta sea penalmente relevante y utiliza la expresión inconcreta de "forma insistente y reiterada", no obstante, mediante esta expresión exige que nos hallemos ante un patrón de conducta, descartando actos aislados.¹¹⁸

Conclusión:

Se desprende de los antecedentes de hecho, que aparte de las amenazas de muerte que los niños recibían de Abdul Azim y Abdul Hadi, los menores también fueron sometidos a acoso a través de los teléfonos móviles.

El nuevo art. 172 ter del CP establece en su enumeración de los casos de stalking que será sujeto activo de este delito, el que "establezca o intente establecer contacto con ella¹¹⁹ a través de cualquier medio de comunicación". Pero este artículo establece que la conducta ha de ser reiterada e insistente, y además ha de limitar la libertad de obrar del sujeto pasivo, y hacerle sentir en un clima de inseguridad, algo que en este caso desconocemos sí ha ocurrido.

Por tanto, solo en el caso de que la conducta de Abdul Azim y Abdul Hadi fuese insistente y reiterada, se les podría responsabilizar por el delito de "stalking". Entendemos que en clima de inseguridad sí que lo podrían sufrir, ya que, en este caso, los sujetos pasivos del delito son menores de edad, y podrían sentirse inseguros con mayor facilidad de lo que un mayor de edad se sentiría. Así, en el caso de cumplirse todos los requisitos establecidos en este delito, se les podría entender como responsables de un delito de stalking, del artículo 172 ter del CP.

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

La necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada, entre otra legislación, en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

¹¹⁸ Toda la información sobre este nuevo delito está extraída de la sentencia del Juzgado de Instrucción de Tudela, ya que al tratarse de un delito introducido por la reforma del año 2015, aún no hay suficiente doctrina ni jurisprudencia sobre él.

¹¹⁹ Referido a persona, no a que el sujeto pasivo necesariamente tenga de ser una mujer.

Como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño¹²⁰, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". En el artículo 3.1 de la DDN se afirma que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales se tendrá una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Además, se ha creado el Comité de los Derechos del Niño, entendido como el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por los Estados Partes. Y, aunque el Comité no puede examinar denuncias de los particulares, este puede plantear cuestiones relacionadas con los derechos del niño ante otros comités con competencia para examinar denuncias de los particulares.¹²¹

Además de la Convención de Derechos del Niño, a nivel nacional, la reciente ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha introducido una serie de cambios que se consideran como necesarios¹²² en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia, y que intenta que se permita continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las comunidades autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia.

Con esta ley se modifica, entre otros, el art. 158 del Código Civil¹²³, que quedan redactado como sigue: 4º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad. 5º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad. 6º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.

Estas medidas establecidas en el art. 158 CC podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal, por lo tanto, podrían adoptarse estas medidas en el proceso penal por el delito de amenazas a los menores.

Además, la Ley Orgánica 1/1996¹²⁴ en su art. 10 establece las medidas para facilitar el ejercicio de los derechos. Establece así, que los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones Públicas, o a través de sus entidades colaboradoras, la información en formato accesible y asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos, así como a que se garantice su respeto. En su apartado 2º establece que para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede, solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente, poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas o plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo o ante las instituciones

¹²⁰ Convención sobre los Derechos del Niño. (Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49) Adoptada por España por el Instrumento de ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, páginas 38897 a 38904 (8 págs.)

¹²¹ Extraído de la página web del Comité de los Derechos del Niño. <http://www2.ohchr.org>

¹²² Cfr. con el Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE del miércoles 29 de julio de 2015, Sec. I., Pág. 64544.

¹²³ Se modifica su número 4º y se añaden los números 5º y 6º y se modifica el último párrafo de este artículo 158 del CC.

¹²⁴ 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. Publicado en BOE de 17 de Enero de 1996.

autonómicas homólogas. Con este fin, uno de los Adjuntos del Defensor del Pueblo se hará cargo de modo permanente de los asuntos relacionados con los menores facilitándoles el acceso a mecanismos adecuados y adaptados a sus necesidades y garantizándoles la confidencialidad.

Además, la ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia¹²⁵ establece en su art. 41 establece la atribución de competencias. En este sentido, se afirma que la Xunta de Galicia, en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas en materia de infancia y adolescencia, y a través del organismo competente en materia de servicios sociales, llevará a cabo el ejercicio de las acciones civiles o penales que resulten procedentes en defensa de los derechos de la infancia y la adolescencia.

¹²⁵ Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia. DOG Núm. 134, miércoles, 13 de julio de 2011. Pág. 19306.

BLOQUE 4. BIBLIOGRAFÍA.

COBO DEL ROSAL, MANUEL. “Derecho penal español. Parte especial” Madrid: Dykinson. Año 2005.

GUZMÁN PECES, MONTSERRAT. “La adopción internacional: guía para adoptantes, mediadores y juristas” Madrid: Dykinson. Año 2007.

LINDE PANIAGUA, ENRIQUE; MORENO DÍAZ, JOSÉ ANTONIO (Coord.) “Inmigración, Extranjería y Asilo”. Madrid, Colex. Año 2005.

MIRAT HERNÁNDEZ, M^a PILAR. “Detenciones ilegales, el artículo 163 del Código Penal”. Madrid: Consejería de Educación. Año 2001.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, “Derecho Penal Parte Especial”, Valencia, Tirant lo Blanch. 19^o edición. Año 2013.

PRIETO DE LOS MOZOS, P. OREJUDO “El certificado de idoneidad de los adoptantes en el marco de la prevención del tráfico internacional de menores (con especial referencia a las adopciones rumanas)” Aranzadi civil, n^o12, octubre. Año 1998.

REY MARTÍNEZ, FERNANDO. “Prostitución y derecho”, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi. Año 2004.

TORRES FERNÁNDEZ, MARÍA ELENA. “El tráfico de niños para su "adopción ilegal" el delito del artículo 221 del código penal español” Madrid: Dykinson. Año 2003.

REVISTAS.

Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. *Revista Española de Derecho Internacional*, Volumen 67, Núm. 1, Enero-Junio, año 2015. Madrid. Marcial Pons. ISSN: 0034-9380.

ANEXO 1

PROCEDIMIENTO DE SOLICITUD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

La Legislación española de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de la Constitución y la normativa internacional con arreglo a la Convención de Ginebra firmada por España, establecen las condiciones en que las personas nacionales de terceros países y las personas apátridas podrán gozar en España de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria.

