



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de fin de grado

**Derecho de asilo y adopción
internacional**

Autor

Sonia Martínez Fouces

Tutor

Julio García Camiñas

ÍNDICE

1.- SUPUESTO DE HECHO.....	3
CAPÍTULO I.- Respecto al derecho de asilo	7
1.1 Dictamen sobre el procedimiento para la concesión del derecho de asilo a Aminah, sus hijos y Delilah, explicando el papel ejercido por la Oficina de Asilo y Refugio y por ACNUR.....	8
1.2 Dictamen sobre el posible riesgo para la seguridad nacional en caso de recibir a Abdel-Bari, bien cuando solicitó el asilo por primera vez, como cuando solicita el reexamen del expediente. ¿Considera hecho justificativo de la concesión la necesidad de la recomposición de la unidad familiar?.....	12
1.3 Dictamen sobre la precisión o no de la documentación aportada por Delilah, relativa a su identidad y edad, y procedimiento a seguir para determinar si los datos son veraces	15
CAPÍTULO II.- Respecto a la idoneidad de la familia García Castro como adoptantes:	20
2.1 Fundamentos jurídicos que justifican la no idoneidad.....	20
2.2 Procedimiento a seguir para solicitar un nuevo informe de idoneidad	24
CAPÍTULO III.- Atendiendo a la adopción realizada por José y María en Colombia: .	28
3.1 Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que incurren, tanto en Colombia, como desde su llegada a España.....	28
3.2 Dictamen sobre la situación que vive el matrimonio de José y María desde que el bebé llega a su casa.	32
CAPÍTULO IV.- Efectos jurídicos derivados del secuestro de Aminah y Delilah.....	35
CAPÍTULO V.- Respecto a la situación que sufrían los hijos de Abdel Bari y Aminah durante su secuestro:.....	39
5.1 Determinar a qué delitos serán objeto de condena los secuestradores.....	39
5.2 Salvaguarda jurídica que les aportan las leyes de protección de los derechos del niño ¿Podrían recurrir a otras normas para su protección?	40
3.- CONCLUSIONES:	44
4.- ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO	47
5.- ÍNDICE JURISPRUDENCIAL	48
6.- NORMATIVA	49

ANEXO I. DERECHOS DEL REFUGIADO	50
ANEXO II. ORGANISMOS ACREDITADOS DE ADOPCIÓN (OOA)	51

1.- SUPUESTO DE HECHO

Derecho de asilo y adopción internacional

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

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

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

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

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

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

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

Por este motivo denunciaron ante el Juzgado de Familia, Juzgado de Primera Instancia número 3 de La Coruña, sito en la Calle Juan Varela de la ciudad, las medidas de protección de menores acordadas en el informe emitido por la Xunta de Galicia en 2013, solicitando además la posibilidad de realizar un nuevo informe sin esperar los 3 años de vigencia de la declaración de idoneidad y de los informes psicosociales emitidos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CUESTIONES

1. Respecto al derecho de asilo:

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

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

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

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

2.1 Fundamentos jurídicos que justifican la no idoneidad

2.2 Procedimiento a seguir para solicitar un nuevo informe de idoneidad

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

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

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

4. Efectos jurídicos derivados del secuestro de Aminah y Delilah

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

5.1 Determinar a qué delitos serán objeto de condena los secuestradores

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

CAPÍTULO I.- Respecto al derecho de asilo

En primer lugar resulta necesario concretar unas nociones fundamentales sobre la condición de refugiado y el derecho de asilo.

En lo que se refiere al derecho de asilo puede ser definido como un derecho internacional del que puede gozar cualquier persona fuera de su país de origen en caso de persecución política. Aparece reconocido en el artículo 14 de la Declaración de Derechos Humanos¹ y en España está regulado mediante la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. El objeto de la mencionada ley es la regulación de los términos y condiciones en los que las personas nacionales de países no comunitarios y apátridas pueden gozar de protección internacional en España basándose en el reconocimiento del derecho de asilo en la Constitución y Convenios Internacionales de los que España sea parte.

Por otra parte, puede definirse el término refugiado² como aquella persona que, por temores fundados de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinados grupos sociales, de género y orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o no quiere acogerse a la protección de dicho país, o al apátrida que por los mismos motivos no puede o no quiere regresar a él.

Además, debe destacarse en el ámbito internacional el Convenio sobre el Estatuto del Refugiado³ también conocido como Convención de Ginebra que en el párrafo primero del artículo 12 expone “*el estatuto personal de cada refugiado se regirá por la ley del país de su domicilio, o a falta de domicilio, por la ley del país de su residencia*”. Junto con este convenio internacional, podemos citar también el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados⁴. Este complementa la Convención de Ginebra eliminando la restricción temporal y geográfica que estipulaba, ya que fue elaborada como respuesta a las terribles consecuencias que ocasionaron las dos guerras mundiales.

España forma parte de ambos convenios internacionales. El instrumento de adhesión es del 22 de julio de 1978.

1 El artículo 14 de la DUDH (1948) dispone: *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*

2 Artículo 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria – *BOE núm 263, de 31 de octubre de 2009.*

3 Adoptado en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954.

4 Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967.

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

Con fecha 13 de julio de 2015, Aminah, su hijo Alí Bari, su hija Azhar y una joven llamada Delilah, todos de nacionalidad siria, deciden solicitar el derecho de asilo en España en la Embajada Española de Ankara (Turquía). Los motivos de la solicitud son las complicadas circunstancias en las que está involucrada Siria (país de origen), puesto que se encuentra en un conflicto bélico importante. Estos hechos hacen que se vean obligados a cruzar las fronteras destino Europa.

En relación con los antecedentes expuestos es necesario analizar el procedimiento de concesión de asilo. Este procedimiento se encuentra dispuesto en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria y en el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero⁵.

El procedimiento de concesión de asilo comienza con la fase de presentación de solicitud. Ésta deberá realizarse mediante comparecencia personal de los solicitantes o, en caso de imposibilidad física o legal, a través de persona que lo represente. En este caso el interesado deberá ratificar la petición de asilo una vez que desaparezca el impedimento para poder llevar a cabo la solicitud personalmente. Además, la solicitud deberá ser presentada en los lugares que se encuentren reglamentariamente dispuestos. Así, el artículo 4 del Real Decreto 203/1995 dispone:

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

- a) Oficina de Asilo y Refugio*
- b) Puestos fronterizos de entrada al territorio español*
- c) Oficinas de Extranjeros*
- d) Comisarías Provinciales de Policía o Comisarías de distrito que se señalen mediante Orden del Ministro de Justicia e Interior*
- e) Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas en el extranjero”*

En este caso concreto, la solicitud de asilo fue presentada en la Embajada Española de Ankara (Turquía) por lo que se corresponde con el último punto mencionado.

Por otra parte, en el momento de efectuar la solicitud, los interesados serán informados tanto del procedimiento que deben llevar a cabo, como de sus derechos y obligaciones. Además, se les dará la posibilidad de comunicación con el Alto

5 Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria – *BOE* núm 263, de 31 de octubre de 2009; 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.

Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y con Organizaciones no gubernamentales que tengan como objetivo la ayuda a los refugiados.

Presentada la solicitud se remite a la Oficina de Asilo y Refugio. Debido a que se ha presentado en territorio extranjero, la solicitud será cursada a la Oficina de Asilo y Refugio mediante el Ministerio de Asuntos Exteriores y Justicia, además de acompañarse del informe de la Misión Diplomática u Oficina Consular correspondiente. De acuerdo con el contenido del párrafo 4º del artículo 6 del Real Decreto 203/1995, en el momento en que la Oficina de Asilo y Refugio posea la solicitud deberá comunicar dicha presentación al representante en España del ACNUR. Este aviso tendrá que ser realizado en el plazo de veinticuatro horas contadas desde la recepción por parte de la Oficina.

Admitida la solicitud se pasa a la siguiente fase del procedimiento, concerniente a la tramitación de la petición. En esta etapa del procedimiento se examinan los aspectos formales, esto es, el cumplimiento de los requisitos⁶ para solicitar el derecho de asilo. Las condiciones para el reconocimiento de este derecho se basan en el temor fundado del solicitante de ser objeto de persecución que, además, deberán ser suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado por suponer violaciones de derechos fundamentales y humanos.

Cobran vital importancia en este punto del proceso la Oficina de Asilo y Refugio (OAR) y la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio. Así, el primero de los órganos mencionados, dependiente del Ministerio del Interior, es el que se encarga de la tramitación de las peticiones de protección internacional. Toda solicitud de derecho de asilo que se admita a trámite pasa a ser examinada con mayor detalle, incorporándose al procedimiento las diligencias de instrucción del expediente. Este análisis profundo de las solicitudes es llevado a cabo por la OAR que, además, podrá recopilar los informes que estime conveniente para realizar dicha función. De igual modo, se deben incorporar al expediente los informes emitidos por ACNUR y de las asociaciones legalmente reconocidas que tengan entre alguno de sus objetivos la ayuda a los refugiados.

Por último, mencionar que el plazo máximo para la tramitación del expediente es de seis meses que cuando transcurran sin haber obtenido resolución expresa sobre la petición de protección internacional podrá entenderse desestimada. De todos modos, la Administración tiene obligación de resolver expresamente. En los supuestos de tramitación que se realicen a través de Oficina Consular o Misión Diplomática – como es el caso de Aminah, sus hijos y Delilah – el mencionado plazo de seis meses comenzará a contar desde la recepción de la solicitud en la OAR.

6 Las condiciones para el reconocimiento del derecho de asilo se encuentran dispuestos en los artículos 6 y 7 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Finalizada la instrucción del expediente y antes de la resolución, se dará la posibilidad a los interesados de que puedan alegar y presentar los documentos que estimen pertinentes. Este trámite es conocido como audiencia a los interesados.

Concluida la fase de instrucción y tramitación, se eleva el expediente a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio. Esta es, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Ley 12/2009:

“Un órgano colegiado adscrito al Ministerio del Interior, que está compuesto por un representante de cada uno de los departamentos con competencia en política exterior e interior, justicia, inmigración, acogida de los solicitantes de asilo e igualdad”.

La función de este órgano, referida a este momento en concreto del procedimiento de concesión del derecho de asilo, es examinar el expediente de la Oficina de Asilo y Refugio pudiendo, por una parte, considerarlo incompleto y, por otra parte, considerarlo completo. En el primer caso, dicha Comisión puede solicitar del órgano que realizó la instrucción la corrección de los defectos observados. En el segundo caso, tendrá el deber de elevar la propuesta de resolución individualizada y motivada al Ministro de Justicia e Interior.

La resolución del expediente le compete al Ministro de Justicia e Interior, cuyas características son la motivación y la individualización.

Formulada la resolución será notificada al interesado o los interesados. En el supuesto de que se trate de una solicitud de asilo realizada desde el extranjero o que haya sido recurrida por el solicitante en otro país, la notificación se realizará a través de la Misión Diplomática u Oficina Consular correspondiente.

Por último, respecto a los efectos de la concesión de asilo⁷ es necesario destacar que en caso de ser favorable supondrá el reconocimiento de la condición de refugiado⁸ de los solicitantes y sus dependientes o familiares, conforme a lo dispuesto en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados del año 1951. Además, cuando el solicitante hubiese presentado su petición en una Misión Diplomática u Oficina Consular, estos órganos le expedirán el visado o autorización correspondiente para entrar y viajar a España y un documento de viaje si fuera necesario.

Del procedimiento expuesto se desprende un importante papel por parte de dos órganos que participan en la concesión del derecho de asilo; estos son la Oficina de Asilo y Refugio y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

En lo que se refiere a las funciones de la Oficina de Asilo y Refugio, apuntar que se establecen en el artículo 3 del Real Decreto 203/1995. Todas ellas tienen que ver con el

7 Los efectos de la concesión se encuentran dispuestos en el artículo 39 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre.

8 Anexo I. Derechos de los refugiados

procedimiento de concesión del derecho de asilo. Así, las más destacadas se refieren a lo siguiente:

En primer término, le corresponde la instrucción del procedimiento para la concesión del derecho de asilo.

En segundo término, formar el soporte material de la Secretaría de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio.

En tercer término, comunicar a los interesados las resoluciones de las solicitudes.

En cuarto término, proporcionar información y asesoramiento a los solicitantes de asilo sobre los servicios sociales existentes.

En quinto término, conceder al representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en España los datos estadísticos y cualesquiera otros relacionados con solicitantes de asilo y refugiados en España, conforme a lo establecido en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

En sexto término, analizar los expedientes de apatridia y alzar propuestas de resolución al Ministro del Interior a través de la Dirección General de Extranjería e Inmigración.

En último término, instrucción de los expedientes para reconocer el estatuto del apátrida.

Por otra parte, tiene una importante intervención en el procedimiento de solicitud el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Esta actuación está reconocida en el artículo 34 de la Ley 12/2009. En este precepto se dispone que es necesario enviar las presentaciones de las solicitudes de protección internacional a este órgano de las Naciones Unidas. Tiene la potestad de informarse sobre la situación de los expedientes además de poder estar presente en las audiencias de los solicitantes y presentar informes para incluirlos en el expediente. Por último, el representante de ACNUR en España puede ser convocado para intervenir en las sesiones de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio.

A modo de conclusión puede decirse que los solicitantes de asilo de este supuesto concreto sí cumplen las condiciones para ser beneficiarios de dicho derecho. Como ya se ha explicado anteriormente, es necesario que los actos en que se basen la solicitud de asilo supongan temores fundados y sean objeto de persecución. En este caso, es tema de actualidad la guerra civil ocurrida en Siria de la que huyen un alto número de personas en busca de protección internacional, entre ellos, Aminah, sus hijos y Delilah. Por tanto, el temor y el objeto de persecución exigido queda demostrado.

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

Abdel Bari, de nacionalidad siria, llegó con su familia (su esposa Aminah y sus hijos Alí Bari y Azhar) a la Embajada Española de Ankara (Turquía). En ella solicitan el derecho de asilo debido a las circunstancias tan difíciles que viven en Siria en el momento que les obligan a buscar protección internacional en otro país. El derecho de asilo es concedido a su esposa e hijos y, de esta manera, pasan a ser reconocidos como refugiados. No obstante, a Abdel Bari le fue denegado dicho derecho mediante resolución del Ministerio del Interior. Esto se debe a que el Centro Nacional de Inteligencia (CNI) emitió un informe en el que se expresaba la presunta existencia de un riesgo para la Seguridad Nacional española en caso de concederle el derecho de asilo. El informe del CNI reúne referencias de relación y vínculos existentes entre el solicitante Abdel Bari y uno de los hermanos de Abu Bakr al-Baghdadi, actual líder del llamado Estado Islámico en los años noventa.

Meses más tarde, Abdel Bari vuelve a solicitar asilo pero esta vez en España, en el aeropuerto del Prat (Barcelona). Además de la petición, estima necesario el reexamen de su expediente, alega la necesidad de reagrupación de la unidad familiar y manifiesta que se encuentra perseguido por sus antiguas compañías por haber declarado cambio de ideas políticas.

Expuestos los hechos, es indispensable plantearse dos cuestiones: la primera se refiere al posible riesgo para la Seguridad Nacional en caso de dejar entrar a Abdel Bari en el momento en el que solicitó el derecho de asilo por primera vez; la segunda consiste en dictaminar ese mismo riesgo pero en el momento en el que pide el reexamen del expediente.

En lo referente a la primera cuestión, cabe mencionar el motivo por el que se le deniega el derecho de asilo. Este se basa en la supuesta vinculación terrorista de Abdel Bari por las relaciones que tenía en los años noventa con uno de los hermanos del líder del actual Estado Islámico. De esta manera, el solicitante supone un riesgo para la Seguridad Nacional, motivo de denegación⁹ de asilo que aparece dispuesto en la legislación de dicho derecho. No obstante, resulta inevitable preguntarse si, en realidad, existe esa vinculación terrorista o, mejor dicho, si existen pruebas y razones fundadas de dicha relación.

El Tribunal Supremo en su sentencia del 30 de diciembre de 2009¹⁰ ha expresado que:

9 Causas de denegación: artículo 9 a) de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora de derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

10 Fundamento jurídico sexto de la sentencia del Tribunal Supremo del 30 de diciembre del 2009 (RJ/2010/3022)

“A los efectos de preservar los valores esenciales en los que se inspira nuestra Ley de Asilo, debe ofrecerse refugio a personas perseguidas por motivos ideológicos o políticos, de acuerdo con los criterios de solidaridad, hospitalidad y tolerancia que deben inspirar el estado democrático definido en nuestra Constitución, por lo que solo motivaciones convincentes pueden justificar la restricción del expresado derecho”.

De acuerdo con la consideración anterior, las motivaciones convincentes o razones fundadas que enuncia el Tribunal Supremo deben ser convincentes y valoradas con cautela puesto que están basadas en una serie de datos fácticos fácilmente contrastables. Además, la peligrosidad se vincula con la seguridad del país en el que se encuentra el refugiado, por lo que se trata de un peligro concreto y determinado derivado de la presencia en territorio nacional del titular del derecho de asilo.

De esta manera, en la Sentencia 30 de diciembre de 2009 del Tribunal Supremo le fue denegado el derecho de asilo a un ciudadano de nacionalidad tunecina por ser miembro activo del grupo llamado “An Nadha”, organización de carácter radical islámico y vinculada ideológica y operativamente a la “Yihad Internacional/Al Qaeda”. Lo mismo ocurrió en el año 2006 mediante Sentencia de la Audiencia Nacional¹¹ en la cual se le denegaba el derecho de asilo a otro ciudadano nacional de Túnez por pertenecer al mismo grupo radical. Todos estos hechos probados por informe emitido por el Centro Nacional de Inteligencia en el que, además, constan una serie de consideraciones de la organización y un relato sobre las revueltas y actividades llevadas a cabo por la misma. En estos supuestos, tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Nacional, entendieron como razones fundadas para denegar el asilo en España el hecho de que los solicitantes fuesen integrantes y miembros activos del mencionado grupo.

Volviendo al riesgo para la Seguridad Nacional que puede suponer la entrada del ahora solicitante, Abdel Bari, cabe resaltar que, en un principio, su caso no es similar al de la jurisprudencia expuesta. Esto es así puesto que en los supuestos anteriores existían pruebas fehacientes de la vinculación con organizaciones terroristas como son ser miembro de una organización radical que tiene relaciones con la “Yihad internacional”, participación en revueltas, realización de actividades de tipo terrorista por el grupo del que es miembro el solicitante, entre otras.

Sin embargo, de Abdel Bari no consta ningún tipo de relación de este tipo. La única vinculación sería la ya mencionada con uno de los hermanos del líder del llamado Estado Islámico pero no debe entenderse como una razón fundada de peligrosidad para la Seguridad Nacional ya que dicho nexo figura de los años noventa por lo que han pasado veinticinco años aproximadamente. Entendiendo que el trato entre el solicitante y el hermano del líder del mencionado grupo data de muchos años atrás y que de Abdel Bari no se tiene información sobre ningún tipo de actividad terrorista no resulta fundado

11 Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de julio del año 2006 (JUR/2006/195117)

denegarle el derecho de asilo cuando lo solicita la primera vez en la Embajada Española de Ankara (Turquía).

Por otra parte, es necesario analizar la segunda petición de asilo que realiza Abdel Bari. Esta solicitud fue realizada en el aeropuerto del Prat en Barcelona junto con la que, como se ha dicho anteriormente, estima necesario el reexamen de su expediente. Alega la necesidad de reagrupación familiar y la persecución a la que se ve sometido por sus viejos amigos por manifestar nuevas ideas políticas.

Precisamente es uno de los motivos para la concesión del derecho de asilo que se encuentra dispuesto en la Ley 12/2009. A la hora de valorar este motivo se tendrá en cuenta una serie de elementos que se corresponden con el concepto de opinión política. Estos elementos son la profesión de opiniones, de ideas o de creencias sobre un asunto relacionado con la situación política actual en el momento de la persecución, independientemente de que el solicitante haya o no obrado de acuerdo con tales opiniones, ideas o creencias¹².

De estas consideraciones – y de acuerdo con el desarrollo del caso del cual se entiende que sus viejas amistades se integran en el marco de la organización denominada Estado Islámico - podría deducirse que, según lo que alega Abdel Bari, su persecución se corresponde con los elementos pertenecientes al concepto de opinión política ya que su persecución consiste una manifestación de ideas políticas no acordes al pensamiento de sus viejos amigos.

No obstante, existen contradicciones entre la primera solicitud de asilo y la segunda respecto a las alegaciones puesto que en la primera petición no alegó ningún tipo de persecución ideológica por parte de sus antiguas compañías mientras que en la segunda sí. A esto se refiere el precepto 21 de la Ley 12/2009 cuyo contenido manifiesta que podrá ser denegado el derecho de asilo solicitado en puestos fronterizos cuando en la solicitud se hubiesen formulado alegaciones incoherentes, contradictorias, inverosímiles o que contradigan información sobre su país de origen, de tal modo que no sea posible demostrar de manera fundada el temor a ser perseguido.

Además, del hecho de que alegue persecución por el cambio y manifestación de nuevas ideas políticas se deduce que, en realidad, compartía las mismas ideas políticas con sus antiguas amistades. En consecuencia, debido a que sus viejos amigos se encuentran dentro del ámbito de la organización terrorista Estado Islámico nos lleva a pensar que el solicitante compartía tanto ideas como métodos de este grupo radical.

En este sentido, cabe concluir que el solicitante Abdel Bari sí supone un riesgo para la Seguridad Nacional de España por vinculación con una organización terrorista.

En referencia a la necesidad de reagrupación familiar señalar lo siguiente:

12 Artículo 7.1 d) de la Ley 12/2009, de 30 de octubre.

La recomposición familiar en materia de derecho de asilo viene regulada en la Ley 12/2009 en la que en su artículo 39 se dispone que *“se garantizará el mantenimiento de la familia de la personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria en los términos previstos de los artículo 40 y 41 de la presente Ley”*. En el artículo 40 de dicha Ley se da la posibilidad de restablecer la unidad familiar de las personas refugiadas mediante la concesión del derecho de asilo. Sin embargo, no es posible proporcionar esta posibilidad a Abdel Bari ya que al suponer un riesgo para la Seguridad Nacional no se le puede conceder el derecho de asilo, con la consecuente denegación de condición de refugiado. Por tanto, no resulta un hecho justificativo la recomposición familiar.

Después de todo lo expuesto cabe concluir que, en un primer momento, la denegación del derecho de asilo a Abdel Bari no estaba justificada por razones fundadas puesto que solo se tenía constancia de cierta relación de amistad entre él y uno de los hermanos del actual líder – Abu Bakr al-Baghadi - del llamado Estado Islámico, amistad que databa de los años noventa. Sin embargo, con la solicitud del reexamen de su expediente y, en concreto, con su alegato de persecución por cambio de ideas políticas se prueba que, en realidad, sí está vinculado actualmente con el entorno del grupo denominado Estado Islámico, suponiendo así un riesgo para la Seguridad Nacional de España.

Además, como declara el Tribunal Constitucional¹³, *“la salvaguarda de la seguridad nacional constituye una exigencia elemental de cualquier Estado democrático y puede constituir una restricción necesaria al ejercicio de determinados derechos fundamentales”*.

En definitiva, el derecho de asilo no puede ser reconocido a Abdel Bari por motivos de seguridad nacional.

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

La joven protagonista de este dictamen, que responde al nombre de Delilah, viajaba sola hacia Europa. Llegó a la Embajada Española en Ankara (Turquía), con una familia siria compuesta por cuatro miembros, con la finalidad de solicitar el derecho de asilo. A pesar de que la joven aparentaba una apariencia física de una persona de 21 años, su pasaporte fijaba como fecha de nacimiento el 1 de mayo del año 2000. Por tanto, se entiende que Delilah tenía 15 años en el momento en el que llega a la Embajada. Finalmente, se le concede el derecho de asilo.

De los antecedentes de hecho expuestos se desprenden una serie de cuestiones jurídicas referidas a la precisión y veracidad de la documentación aportada por Delilah.

13 Sentencia Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre. (RTC 2007\236)

Antes de todo es necesario mencionar que, a la vista de los hechos proporcionados por el caso, Delilah podría tratarse en principio de una menor extranjera no acompañada. Esta situación comprende a los extranjeros menores de 18 años que lleguen a territorio español sin venir acompañados de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre. Es apreciable la desprotección del menor llegado al territorio nacional. Relacionado con este aspecto, es importante destacar la misión que el ordenamiento jurídico le encomienda al Ministerio Fiscal en el ámbito de la protección de los menores. A este respecto, se debe distinguir la función que le corresponde al Fiscal de controlar y vigilar la tutela, acogimiento o guarda de los menores, independientemente de cuál sea su nacionalidad¹⁴.

Además, es sabido que -sobre todo a partir de la crisis humanitaria que ha provocado la guerra civil en Siria- llegan a las fronteras de países europeos un alto número de extranjeros que, en algunos casos, no portan ningún tipo de identificación (no identificados) y en otros casos, traen consigo documentación (identificados). Dentro del grupo de los identificados, algunos de ellos traen consigo documentación que no se corresponde con su apariencia física lo que lleva a la confusión de los funcionarios de frontera. Es el caso de Delilah puesto que la documentación que porta y los datos allí dispuestos no se corresponden con su apariencia física ni edad.

Relacionado con el asunto de los menores extranjeros, la legislación española en materia de extranjería se compone fundamentalmente de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000. En ambas disposiciones legales se trata el tema de los menores extranjeros. De esta manera, el párrafo tercero del artículo 35 de la Ley Orgánica¹⁵ dispone que en los supuestos en los que se localice a un *“extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará paso a los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, poniéndose el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias”*.

Este precepto, por tanto, se refiere a los menores extranjeros no acompañados y que no posean ningún tipo de documento de identidad por lo que será necesario efectuar una serie de pruebas médicas para la determinación de su edad.

En lo concerniente a la regulación del Real Decreto¹⁶, debe destacarse el Capítulo III del Título XI. En este se plasma un procedimiento para determinar la veracidad de los

14 Artículo 174.1 del Código Civil

15 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (BOE núm 10, de 12/01/2000)

16 Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. (BOE núm. 103, de 30/04/2011).

datos aportados por un menor no acompañado. Por tanto, cuando sea localizado un menor no acompañado por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad cuya minoría de edad no esté determinada plenamente por razón de su documentación o de su apariencia física, el menor será puesto a disposición de los servicios de protección de menores que sean competentes. Este hecho será puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal y los datos de identificación aportados por el menor serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados¹⁷.

De acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000 y, en concreto, con el contenido del precepto 35, mencionado anteriormente, se deduce que aquellos extranjeros cuya minoría de edad no pueda ser determinada con total precisión y seguridad deberán ser puestos a disposición del Ministerio Fiscal que colaborará con las instituciones sanitarias pertinentes para que realicen las pruebas necesarias con la finalidad de determinar la edad del extranjero. Las pruebas realizadas son:

- Pruebas de radiografía consistentes en el estudio de la edad atendiendo al desarrollo de la mano izquierda. Sin embargo, esta prueba puede tener una desviación de la edad de hasta los 18 meses.
- Pruebas relativas a la unión de la clavícula con el esternón que se trata de un método más o menos fiable para determinar la edad.
- Pruebas consistentes en el estudio de la dentadura atendiendo al tercer molar. Es el método más fiable.

Determinada la edad, si se trata de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios de protección del menor de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre que asumirán su tutela. Hecho lo anterior, la Administración del Estado, con carácter previo a tomar la decisión de iniciar el procedimiento de repatriación, solicitará informe a la representación diplomática del país de origen sobre las circunstancias familiares del menor. De esto se derivan dos opciones: por una parte, que se acredite el regreso del menor a un entorno seguro; por otra parte, que no se acredite un retorno seguro para el menor. Si ocurre la primera opción se iniciará el procedimiento de repatriación que, de acuerdo con el principio de interés superior del menor se realizará mediante reagrupación familiar o bien, mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, en caso de que se dieran las condiciones favorables para su tutela. Si ocurre la segunda, esto es, que no se pueda repatriar al menor porque no se puede asegurar un retorno seguro a su país de origen, se le concederá permiso de residencia. No obstante, para que este sea concedido deberán cumplirse unas condiciones que son la imposibilidad de repatriación y que hayan transcurrido nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores.

17 Artículo 190.1 párrafo primero del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

Sin embargo, se ha extendido la práctica de realizar las pruebas médicas de determinación de la edad a la mayoría de los menores cuyos pasaportes no aseguran de modo cierto el haber cumplido 18 años. Es decir que los datos expresados en el pasaporte y la complexión física de la persona que lo posee no se corresponde con la realidad. De hecho, el Tribunal Supremo se manifestó sobre este problema mediante una sentencia¹⁸ del año 2014. La cuestión que se le plantea es el de determinar el valor de la documentación que traen consigo los menores cuando dicha identificación contiene datos que no se corresponden con la realidad física de la persona, esto es, que existe una diferencia entre la edad que figura en el documento portado por el menor y la complexión física del mismo. Este asunto ha ocasionado que la Administración constituya una serie de mecanismos para determinar la edad real de estas personas, que han sido explicados anteriormente. No obstante, en los años anteriores a la manifestación por parte del Tribunal Supremo sobre dicha cuestión, la jurisprudencia variaba entre las distintas Audiencias Provinciales.

De esta manera, en la Sentencia número 453/2014 de 23 de septiembre el Supremo afirma que el pasaporte es *“un documento con validez internacional expedido por las autoridades del país de origen de su titular, cuya finalidad primordial es la de facilitar la entrada y salida de un ciudadano en un estado que no sea el suyo propio”*. De esto se deduce que los documentos de identificación aportados por los extranjeros deben ser válidos conforme a los requisitos exigidos en el país por el que se expiden y que, además, tengan datos suficientes para identificar la identidad y nacionalidad del titular de los mismos.

Además, es necesario apreciar, de conformidad con lo expuesto por el Supremo, que si del pasaporte o documento de identidad del inmigrante se deduce la minoría de edad de su titular no puede considerarse un extranjero indocumentado para que sea sometido a las pruebas complementarias de determinación de la edad; es decir, las pruebas solo se pueden aplicar cuando la persona extranjera no posea ningún tipo de documento que acredite su identidad y edad.

Por otra parte, el Tribunal Supremo declaró en la misma sentencia¹⁹ mencionada que, independientemente de que se trate de personas identificadas o no identificadas, las pruebas médicas de determinación de la edad no se pueden aplicar de manera indiscriminada ya que la duda sobre la minoría de edad debe resolverse a favor del menor, y más, teniendo en cuenta la poca precisión que proporcionan las pruebas realizadas en demasiadas ocasiones, unido al intenso debate existente sobre dichos métodos de determinación de la edad basados en los informes y denuncias del Defensor del Pueblo.

Finalmente, en el fallo de la Sentencia 453/2014 el Tribunal Supremo fija doctrina jurisprudencial y dispone lo siguiente:

18 Sentencia Tribunal Supremo 453/2014 de 23 de septiembre (RJ/2014/4839).

19 Fundamento Jurídico Primero de la STS 453/2014

“El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ellos se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad”.

Por tanto, no cabe cuestión alguna sobre la edad del extranjero sin al menos demostrar razones fundadas que justifiquen dicha duda.

A pesar de lo dicho anteriormente, debe concluirse que el caso de Delilah posee una serie de cuestiones oscuras. Su documentación dispone que tiene 15 años pero su apariencia física es de 21 años, por lo que estamos ante una diferencia importante de edad, en concreto de 6 años. Además, las circunstancias vividas en Siria provocadas por la guerra civil conllevan a la huida de gran parte de la población, por tanto no sería desacertado pensar que la documentación que posee sea de otra persona. Por eso, sería necesario realizar las pruebas médicas necesarias para poder determinar la edad de Delilah ya que existen razones fundadas para creer que ha mentado sobre su identidad.

CAPÍTULO II.- Respecto a la idoneidad de la familia García Castro como adoptantes:

2.1 Fundamentos jurídicos que justifican la no idoneidad

La Adopción internacional puede ser definida como un tipo de adopción mediante la cual una persona o una pareja se convierten en los padres adoptivos, legales y permanentes de un menor nacido en otro país.

La legislación aplicable a esta clase de adopción es muy diversa y es posible diferenciarla en dos grupos: legislación internacional y legislación estatal.

Los antecedentes de hechos de la cuestión que nos compete resolver son los que se disponen a continuación.

La familia García Castro está compuesta por dos miembros que son José García de 36 años de edad y María Castro de 33 años de edad. Ambos son vecinos de A Coruña. José es funcionario de la Consellería de Política Social de la Xunta de Galicia y María ejerce su profesión de doctora en el Hospital Teresa Herrera materno infantil de A Coruña. Desde el mes de enero del año 2010 la pareja está a la espera de la concesión de una adopción internacional. A pesar de cumplir ambos el requisito de capacidad, un Informe de la Xunta de Galicia del mes de marzo de 2013 les declara no idóneos para realizar la adopción. El motivo que lleva a la Xunta de Galicia a declararlos no idóneos es la falta de motivación observada en María para ejercer la patria potestad, además de demostrar una actitud pasiva ante las responsabilidades que conllevaría la misma.

Por otra parte, el matrimonio no está de acuerdo con el contenido del informe desfavorable y consideran que el mismo no se ajusta a la realidad. María simplemente mostró cierta preocupación por padecer una enfermedad crónica que, en ocasiones, no le permite alcanzar el máximo rendimiento.

Expuestos los hechos, es necesario precisar, en primer lugar, que el procedimiento de adopción internacional consta de varias fases que son información y formación, solicitud, valoración de idoneidad, legalización del expediente, tramitación del expediente, asignación del menor y, por último, desplazamiento al país. La fase de interés para la resolución de la cuestión relacionada con la idoneidad de la familia García Castro es la de “Valoración de idoneidad”.

El concepto de idoneidad se encuentra en el artículo 10 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. En concreto, el párrafo primero del mencionado artículo dispone que:

“Se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción”.

De este concepto se puede deducir que la finalidad última de la valoración de idoneidad es determinar si los solicitantes de adopción internacional poseen las

facultades esenciales para satisfacer las necesidades de los menores susceptibles de adopción.

Otro aspecto a destacar es que en la adopción internacional intervienen dos legislaciones, la del país de origen del menor susceptible de adopción y la del país de las personas que lo van a adoptar. Por tanto, es necesario tener en cuenta los requisitos y requerimientos que ambas legislaciones exigen. Concretamente, en España el procedimiento de adopción internacional es tramitado por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas. En este caso, como se trata de una adopción realizada en Galicia, deberá atenderse tanto a la legislación estatal como a la autonómica.

Basándonos en el artículo 61 del Decreto²⁰ 42/2000 es necesario disponer que:

“Le corresponde a la Dirección General de Familia, a través de la Comisión de Adopciones y de las delegaciones provinciales de la Consellería de Familia y Promoción del Empleo, Mujer y Juventud, la gestión de los procedimientos de adopción en el ámbito territorial de Galicia, excepto en los casos en los que no se requiera la propuesta previa de la delegación provincial competente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 176.2º del Código civil.”

De acuerdo con la legislación autonómica gallega²¹, los solicitantes deben cumplir los siguientes requisitos:

- Tener como mínimo 25 años de edad. En el caso de solicitud conjunta por cónyuges o parejas con relación estable análoga a la conyugal, bastará con que uno de ellos tenga esta edad. En todo caso, el adoptante deberá tener, al menos, 14 años más que el adoptado.
- Tener residencia habitual en la Comunidad Autónoma gallega o ser emigrante gallego con previsión de retorno. En este caso, se deberá justificar la residencia de manera efectiva en la Comunidad Autónoma en el plazo máximo de un año desde la fecha de presentación de la solicitud.
- Tener plena capacidad jurídica y de obrar.
- Estar declarado persona idónea para la adopción tras el correspondiente procedimiento de valoración.

Además de estas condiciones, es necesario tener en cuenta las condiciones y trámites exigidos por las distintas normativas de los países a la hora de adoptar.

De los requisitos expuestos el matrimonio cumple tres de ellos. Tanto José García como María Castro tienen más de 25 años de edad, gozan de residencia habitual en A

20 Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia (*DOG número 45, de 6 de marzo*).

21 Artículo 62 del Decreto 42/2000, de 7 de enero.

Coruña y tienen plena capacidad jurídica y de obrar. El último requisito no lo cumplen puesto que han sido declarados no idóneos para la adopción mediante informe desfavorable de la Xunta de Galicia.

Para poder conocer los fundamentos que justifican la no idoneidad de esta familia es necesario analizar cómo se tramita este procedimiento de valoración de idoneidad. Según la información emitida por el Portal Gallego de Adopciones²², el proceso consiste en un estudio psicosocial de los solicitantes con la finalidad de determinar si poseen las capacidades necesarias para satisfacer las necesidades de los niños susceptibles de adopción. Además, de acuerdo con el artículo 75 del Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunda la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia, los organismos a los que les corresponde la valoración de idoneidad son las delegaciones provinciales de la Consellería, a través de sus equipos técnicos. Los aspectos que se tendrán en cuenta en este procedimiento se disponen en el artículo 77 del Decreto 42/2000 y son los siguientes:

- Entre el solicitante y el menor tiene que haber una diferencia de edad adecuada que no sea superior a los cuarenta años, excepto que los solicitantes estén en disponibilidad de aceptar grupos de hermanos o menores con especiales dificultades, caso en que la diferencia de edad puede ser superior.
- El medio familiar de los solicitantes debe reunir condiciones adecuadas para la atención integral del menor en lo referente a la vivienda, medios de subsistencia, capacidad educativa, integración social y relación estable y positiva entre sus miembros.
- Existencia de motivaciones y aptitudes adecuadas para la adopción. En el caso de cónyuges o parejas con relación estable análoga a la conyugal, esas motivaciones y aptitudes deberán ser compartidas.
- Condiciones de salud física y psíquica de los solicitantes que permitan atender correctamente al menor.

Expuestos los requisitos, los fundamentos jurídicos de la no idoneidad son los siguientes:

En primer lugar, relacionado con el requisito de la edad, los solicitantes José García y María Castro de 36 y 33 años respectivamente sí cumplen este matiz, puesto que entre ellos y el menor susceptible de adopción debe haber una diferencia adecuada que no sea superior a los cuarenta años. Aunque en esta fase del procedimiento de adopción en el que se encuentra la familia no podemos saber que edad tendrá el menor adoptado, cierto es que ambos solicitantes se encuentran dentro del límite de edad por muy baja edad que tenga el menor.

22 <http://adopcions.xunta.es/index.php?idMenu=17&idIdioma=1> → fecha de acceso: 02/06/2016

En segundo lugar, respecto al medio familiar, en el caso concreto de la familia García Castro puede afirmarse que es adecuado debido a varios factores como son: ambos cónyuges gozan de puesto de trabajo lo que proporciona seguridad económica a la hora de dar los cuidados necesarios al menor adoptado (por ejemplo deber de proporcionar alimentos, vivienda, educación); un aspecto fundamental en cualquier núcleo familiar es la estabilidad y relación positiva entre los miembros de la misma. Por tanto, el hecho de que los solicitantes José y María lleven una vida en común (además de estar casados) proporciona estabilidad y seguridad al núcleo que ellos quieren formar mediante la adopción de un menor extranjero.

Para afirmar ésto nos basamos en una Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña²³, en concreto en el Fundamento de Derecho tercero en el que se expone:

“Se trata de una pareja que ronda los 35 años de edad, con una relación estable desde hace varios años reforzada con matrimonio posterior [...]. Conviven todos juntos en una vivienda de A Coruña con todos los servicios, con sus respectivas formaciones académicas o profesionales, ella incluso con estudios superiores en Educación Primaria y Psicología, además de aprobar las oposiciones de educación infantil. Ambos tiene sus trabajos. Son estables y tienen un grado suficiente de compenetración e implicación en los diversos ámbitos comunes.”

De tal modo, es posible afirmar que el medio familiar de los solicitantes puede ser adecuado y favorable para la adopción de un menor extranjero.

En tercer lugar, un aspecto imprescindible a valorar para declarar la idoneidad de los solicitantes de adopción consiste en la existencia de motivaciones y aptitudes adecuadas de éstos para ejercer la patria potestad. Además, como ya se ha dicho anteriormente, en el caso de que los solicitantes sean matrimonio las motivaciones y aptitudes deben ser compartidas.

A pesar de lo dicho, en el supuesto de la familia García Castro no se aprecia una actitud activa y positiva respecto a la adopción de un menor extranjero. De hecho, se observa una alta falta de motivación por parte de María además de una notoria despreocupación y pasividad ante la idea de tener que encargarse del cuidado de un menor extranjero. Este aspecto es de los más importantes para la valoración de idoneidad puesto que es el que analiza las ganas que en realidad tienen los solicitantes de ser padres de un menor adoptado.

Por tanto, este requisito relacionado con la existencia de motivaciones reales adecuadas para ejercer la patria potestad de un menor no es cumplido por los solicitantes José García y María Castro puesto que presentan una actitud pasiva y una falta de motivación importante ante la adopción.

En cuarto lugar y en relación con el aspecto anterior, el ahora objeto de análisis es la capacidad y salud física y psíquica de los presuntos adoptantes. De esta manera, el

23 Sentencia núm. 99/2014, de 28 de marzo de la Audiencia Provincial de A Coruña (AC/2014/1211)

Decreto 42/2000 en su artículo 77 – mencionado anteriormente - dispone que los adoptantes deben gozar de las condiciones adecuadas de capacidad y salud física y psíquica para atender a las necesidades del menor. En lo que se refiere a la capacidad y salud de los solicitantes García Castro podemos afirmar que sí cumplen este requisito de capacidad puesto que no hay constancia de que sufran enfermedad o patología grave que les impida ejercer la patria potestad del menor susceptible de adopción.

Sin embargo, es necesario mencionar que la cónyuge sufre una enfermedad crónica que en determinados momentos le impide alcanzar el máximo rendimiento. Por lo general, las enfermedades que podrían impedir ser idóneo para la adopción son aquellas que imposibilitan el prestar las atenciones y cuidados necesarios para los niños. Entre estas podrían nombrarse enfermedades mentales, adicciones o enfermedades que supongan una incapacidad. De todos modos, no consta que la enfermedad afecte a su capacidad como madre adoptiva ni tampoco consta que vaya a incidir o empeorar el ejercicio de la patria potestad.

En conclusión, a pesar de que cumplen varios de los requisitos que son necesarios para ser declarados idóneos para la adopción, no cumplen uno de los más importantes que se corresponde con el de las motivaciones y aptitudes necesarias para el hecho de adoptar. De esta manera, no pueden ser considerados idóneos para el ejercicio de la patria potestad de un menor por no ser conscientes de la responsabilidad que ello conlleva, además de mostrar un alto índice de pasividad ante la adopción.

2.2 Procedimiento a seguir para solicitar un nuevo informe de idoneidad

Como consecuencia de que los solicitantes de adopción internacional María Castro y José García han sido declarados no idóneos para la misma no podrán continuar con el procedimiento de adopción, o por lo menos hasta que no sean declarados idóneos mediante informe de la Xunta de Galicia. En este instante se les abren dos posibilidades.

Por una parte, pueden recurrir la solicitud de no idoneidad presentando escrito de oposición ante el Juzgado de Primera Instancia de Santiago de Compostela²⁴. El plazo para presentar este escrito es de dos meses desde la declaración de no idoneidad. Además, es necesario destacar que, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁵ no es necesario presentar reclamación administrativa previamente ante la Dirección General de Familia, Infancia y Dinamización Demográfica para acudir a la vía judicial.

Dicho esto, cabe mencionar que María y José denunciaron ante el Juzgado de Familia, Juzgado de Primera Instancia número 3 de A Coruña, las medidas de

24 Se realiza ante el Juzgado de Primera Instancia de Santiago de Compostela por tratarse de adopción internacional. <http://adopcions.xunta.es/index.php?idMenu=5&idIdioma=1> → fecha de acceso: 02/06/2016

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

protección de menores acordadas en el informe de la Xunta, solicitando además la posibilidad de realizar un nuevo informe. De esto se desprende que la denuncia efectuada por el matrimonio no está presentada ante el Juzgado competente. Por tanto, deberían presentar el escrito de oposición ante al Juzgado de Primera Instancia de Santiago de Compostela en el plazo establecidos y esperar a que se dicte sentencia.

En caso de que la sentencia no sea favorable pueden volver a solicitar la valoración de idoneidad transcurrido un plazo determinado legalmente.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 81 del Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunda la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia, se puede manifestar que:

“Cuando una persona sea declarada no idónea para la adopción, podrá presentar una nueva solicitud transcurridos tres años desde la resolución, procediendo en estos casos a realizar una nueva valoración, siguiendo el procedimiento ordinario”.

Por tanto, de la redacción de este precepto se deduce que es necesario esperar tres años para la nueva valoración y posteriormente realizar el procedimiento ordinario establecido en la legislación autonómica gallega y en el sitio web del Portal Gallego de Adopciones.

Este procedimiento comienza en la fase de “Información y formación”, esto es, la primera fase del proceso de adopción internacional. Esta primera fase consta de, en primer lugar, sesiones informativas y, en segundo lugar, de cursos de formación.

Respecto a las sesiones informativas afirmar que deberán acudir nuevamente los solicitantes de adopción que hayan sido declarados no idóneos para la misma a una reunión informativa en la jefatura territorial que corresponda a su domicilio: en el supuesto de María y José será en A Coruña. En este caso en concreto, como se trata de un matrimonio deberán asistir ambos miembros. Además, es necesario solicitar la asistencia a una sesión informativa que se realizará por alguno de los siguientes modos: por una parte, a través de la página web del Portal Gallego de Adopciones; por otra parte, a través de vía telefónica llamando a las jefaturas territoriales correspondientes con el domicilio de los solicitantes del nuevo informe de idoneidad.

El objetivo de estas sesiones es el de informar sobre la situación de la infancia en desprotección, la adopción como última medida de protección a la infancia, el procedimiento de adopción, los trámites necesarios, requisitos, tiempo de espera, información por países, Organismos Acreditados²⁶ para la Adopción Internacional y, también, se resuelven las dudas que los futuros adoptantes puedan tener. A su finalización, se entrega un certificado en el que consta la asistencia a las mencionadas sesiones informativas. Se facilita el formulario de preinscripción para el curso de formación – que se corresponde con la segunda parte de esta fase -, documentación

26 Anexo II. Organismos Acreditados de Adopción

referida a los países e información sobre los Organismos Acreditados para la Adopción Internacional en Galicia y también en las demás comunidades autónomas.

Respecto a los cursos de formación es necesario destacar que no son de carácter obligatorio pero sí son recomendables. El objeto de estos cursos es la mejor asimilación de los contenidos y de información proporcionada a los interesados. La inscripción puede realizarse, o bien, a través de la página web del Portal Gallego de Adopciones, o bien, cumplimentando la solicitud de preinscripción para el curso de formación y enviarla a la Dirección General de Familia, Infancia y Dinamización Demográfica. Después de este trámite, los solicitantes serán convocados por vía telefónica o vía e-mail, por escrito en orden de recepción de la solicitud.

La intención de estos cursos es abordar cuestiones relacionadas con la adopción como son las características de los menores susceptibles de adopción, motivación para la adopción, llegada del niño o niña a la familia, problemas que pueden surgir en el período de adaptación, revelación de la condición de adoptado, así como identidad étnica y cultural. A la finalización del curso se entrega a los asistentes toda la documentación necesaria para iniciar el procedimiento y un certificado de asistencia.

La siguiente fase para la petición de un nuevo informe de idoneidad es la de “Solicitud” que consta de los mismos trámites que ya han hecho anteriormente los interesados para solicitar el primer informe de idoneidad (que les fue denegado); es decir, se trata del mismo procedimiento que para la primera solicitud de valoración de idoneidad.

Además, si los interesados no han firmado el consentimiento para que la entidad tramitadora compruebe sus datos deberán presentar: fotocopia compulsada del documento nacional de identidad y documentación acreditativa de la residencia y de la convivencia – deberán acreditarse dos años mínimo de convivencia-.

La solicitud y los documentos citados anteriormente se dirigirán al jefe/a territorial de la Consellería de Traballo e Benestar de la provincia de A Coruña (en este caso puesto que el domicilio de los solicitantes está en dicha provincia). Hecho este trámite la fase de “Solicitud” finaliza y el procedimiento de petición de valoración de idoneidad termina.

Posteriormente, comienza la etapa de valoración de idoneidad en la que se analizarán los mismos aspectos psicológicos y sociales del matrimonio que se tuvieron en cuenta para realizar la primera valoración. El método básico utilizado para valorar a los solicitantes de adopción es la entrevista. Por tanto, el matrimonio de José y María deberá someterse de nuevo a las entrevistas de los profesionales de la Xunta de Galicia, los cuales redactarán un informe en el que se plasme el cumplimiento de los requisitos exigidos para ser adoptantes además de las aptitudes y capacidades que demuestren tener para procurar las necesidades del menor adoptado. Finalmente, el/la Director/a General de Familia e Inclusión, tras la propuesta del jefe/a territorial y con base en los

informes de los técnicos y profesionales que hayan realizado las entrevistas a los interesados, resolverá otra vez sobre la idoneidad y les será notificada a los solicitantes.

CAPÍTULO III.- Atendiendo a la adopción realizada por José y María en Colombia:

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

A día 1 de agosto de 2015 el proceso de adopción en el que José y María se encuentran inmersos se paraliza. Por este motivo, María decide convencer a José para hacerse socios de ACNUR ya que, siendo miembros, la organización les brinda la posibilidad de establecer trato con refugiados, conocer sus condiciones de vida y conocer niños. No obstante, José no estaba conforme con la decisión de abandonar el procedimiento de adopción por lo que decide llevar a cabo una adopción al margen de la ley. De esta manera y aprovechándose de su condición de funcionario de Política Social accedió a los datos concernientes de niños en adopción. Viaja a Bogotá en el mes de septiembre del mismo año para adoptar ilegalmente a un bebé de una mujer embarazada de Colombia y a cambio José le da una compensación económica. Mediante la falsificación de los documentos de identidad logra esquivar a las autoridades colombianas y llega a España con el bebé. Finalmente, con la ayuda de su mujer, María, simulan el parto en el hospital de A Coruña donde ella trabaja.

Expuestos los hechos, se plantea la cuestión jurídica referida a la responsabilidad penal en la que incurren José y María tanto en territorio colombiano como en territorio español.

De acuerdo con la normativa penal colombiana²⁷ se pueden distinguir las responsabilidades penales que se disponen a continuación.

A José se le podría imputar un delito de adopción irregular tipificado en el artículo 232 del Código Penal de Colombia puesto que la adopción que supuestamente lleva a cabo la ha realizado mediante vías infralegales. Este precepto dispone que quien realice la adopción de un menor sin cumplir los requisitos legales correspondientes, o sin la respectiva licencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para adelantar programas de adopción, o utilizando prácticas irregulares lesivas para el menor, incurrirá en pena de prisión de 16 a 90 meses. En este caso, presuntamente José no cumplía ninguno de los requisitos que dispone el precepto además de no cumplir tampoco la legislación colombiana referida a las adopciones internacionales.

Además, también puede considerarse la posibilidad de que incurra en un delito de supresión, alteración o suposición del estado civil. Esta infracción penal viene regulada en el artículo 238 del Código Penal de Colombia. Antes de nada, es necesario decir que el estado civil²⁸ de las personas puede ser definido como la posición de una persona en una comunidad, derivada de los vínculos más íntimos con otros, la cual genera un status

27 Ley 599 del año 2000 (Colombia); http://leyes.co/codigo_penal.htm → fecha de acceso 12/06/2016

28 http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAUMjI3MTtBLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQOGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA03x25zUAAAA=WKE → fecha de acceso: 12/06/2016

propio del que derivan un conjunto de derechos y deberes. Definido el estado civil cabe decir que en Colombia:

“El que suprima o altere el estado civil de una persona, o haga inscribir en el registro civil a una persona que no es su hijo o que no existe, incurrirá en pena de prisión de 16 a 90 meses²⁹”.

Expuesta la conducta delictiva, es posible suponer que José realiza una alteración del estado civil del menor mediante la simulación de que el menor que va con él es su hijo biológico.

Además, es necesario cuestionarse si cabría la posibilidad de que concurran las circunstancias exigidas para aplicar el concurso de delitos. Para ello hay que atender al artículo 31 del Código Penal colombiano que dispone como condición de concurso de conductas punibles la siguiente: el infractor debe haber vulnerado, con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones, varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición. Además, en la persona que concorra dicha condición quedará sometida a la pena más grave según su naturaleza sin que sea superior la suma aritmética de la que correspondan a las respectivas conductas punibles. En el caso de que se demuestre la comisión de los delitos explicados por el presunto autor que es José, sí se darían las condiciones para que se aplique el concurso de conductas punibles. El motivo sería el quebrantamiento por parte del presunto autor de varias disposiciones de la ley penal colombiana a través de varias acciones que son la adopción irregular y la alteración del estado civil.

Por último, María no incurre en ningún tipo de responsabilidad penal en Colombia porque ella no realizó el viaje con su esposo por lo que no efectuó ninguna infracción de tipo penal en territorio colombiano. Por tanto, del matrimonio García Castro el único que pudo haber cometido algún tipo de infracción penal en el extranjero ha sido José.

Respecto a la segunda cuestión, esta es, las responsabilidades penales en las que incurren tanto José como María en España es necesario efectuar una serie de consideraciones.

Por una parte, José es presunto autor de un delito de falsificación de documentos de identidad. Se supone que, utilizando los medios a su alcance que le brinda su condición de funcionario en la Consellería de Política Social, ha falsificado documentos de identidad para realizar la adopción irregular de un menor extranjero. De esta acción se puede deducir la posible concurrencia del delito de falsedad de documentos tipificado en el Código Penal Español en el artículo 390³⁰. De esta manera, se castiga en el precepto mencionado con pena de prisión de tres a seis años, con multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, el

29 Artículo 238 del Código Penal de Colombia.

30 Sección 1ª De la falsificación de documento públicos, oficiales y mercantiles y de los despachos transmitidos por servicios de telecomunicación, Capítulo II, Título XVII del Código Penal.

funcionario público o autoridad que en el ejercicio de sus funciones cometa falsedad “*simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad*”³¹”.

Además, cabe la posibilidad de poder imputarle a José el delito del artículo 221 del Código Penal que se refiere a la alteración de la paternidad, estado o condición del menor. El precepto aplicable al caso se corresponde con el contenido de los apartados 1 y 2 del artículo 221 del Código. Su contenido es el siguiente:

“1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.

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”.

Expuesta la conducta delictiva, cabe afirmar que José es considerado presunto autor de un delito de alteración de la paternidad, estado o condición del menor ya que se sospecha que el menor, que supuestamente es su hijo, le ha sido entregado en el extranjero evitando todos los procedimientos legales sobre guarda, adopción o acogimiento.

Por otra parte, cabe la posibilidad de que tanto José como María hayan llevado a cabo la infracción penal del artículo 220³² del Código Penal que se corresponde con el delito de suposición de parto. Este precepto en su párrafo primero castiga con las penas de prisión de seis meses a dos años la suposición de un parto.

Asimismo, en el caso de que se demuestre que dicha conducta delictiva ha tenido lugar, María debería ser castigada con la pena establecida en el artículo 220.1 (seis meses a dos años de prisión) y con la del precepto 222. Este sanciona con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años al educador, facultativo, autoridad o funcionario público que realice las conductas descritas en los artículos 220 y 221 del Código Penal en el ejercicio de su profesión. Debe entenderse por facultativo, a los efectos de ese precepto a los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria. Esto último da lugar a la posibilidad de aplicar la pena de inhabilitación especial a María por razón de su profesión si es cierto que se ha realizado dicha conducta.

31 Artículo 390.1.2º del Código Penal

32 Capítulo II del Título XII del Código Penal.

Finamente, cabe concluir respecto a la responsabilidad penal de José y María en territorio español lo siguiente: José puede ser sancionado con las penas de los artículos 390 y 220.1 debido a la presunta comisión de los delitos de falsificación documental y suposición de parto, respectivamente. Por su parte, María podrá ser castigada por el delito de suposición de parto únicamente, añadiendo la pena del precepto 222 por corresponderse con la figura de un facultativo.

De modo global es necesario decir que María, a pesar de conocer todas las infracciones penales cometidas por su marido, no puede ser sancionada por el delito de encubrimiento penado en el artículo 451 del Código Penal. Para efectuar esta afirmación hay que basarse en el artículo 454 en el que se dispone que están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o personas a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, entre otros casos dispuestos en el mencionado precepto.

Refiriéndonos al lugar de instrucción y ejecución de los hipotéticos hechos delictivos decir que le corresponde a la jurisdicción española en el orden penal el conocimiento de las causas por delito cometidos en territorio español³³. En este supuesto una parte de la comisión de los delitos fue en el interior del territorio español pero otros no. Para saber a quién le corresponde el conocimiento de los delitos cometidos en Colombia por José hay que tener en cuenta el apartado número dos del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En este precepto se dispone que le corresponde el conocimiento de los delitos cometidos fuera de España a la jurisdicción española cuando se cumplan las condiciones siguientes:

- El criminal debe ser nacional español o extranjero que haya adquirido la nacionalidad española; que el hecho sea punible en el lugar de ejecución
- Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles
- Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o que no haya cumplido la condena.

Puesto que José si cumple estas condiciones le corresponde a la jurisdicción española el conocimiento de todos los delitos cometidos tanto en España como en Colombia.

A tenor de las supuestas responsabilidades penales expuestas se puede concluir que, si se demuestra la concurrencia fehaciente de los delitos dispuestos, María y José deberán ingresar en prisión para cumplir la pena que les corresponde. Asimismo, en la adopción se atiende fundamentalmente al interés superior del menor por lo que todo el sistema gira entorno a la protección y bienestar del mismo. De esto se desprende que este tipo de conductas delictivas que pueden influir desfavorablemente en el menor sean objeto de sanción por la legislación penal de los Estados.

33 Artículo 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

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

Los modos de actuar al margen de la ley que lleva a cabo José García para conseguir el propósito de adoptar le provocan un crecido estrés que desemboca en actos violentos con María. Los episodios de violencia consisten en golpes frecuentes que hacen que los sus vecinos decidan llamar a la policía. Como consecuencia José es detenido.

De los hechos expuestos se deduce la cuestión relativa al análisis sobre la situación que viven los cónyuges desde la llegada del menor a su casa. Esta circunstancia merece los calificativos de tensa y violenta, puesto que José se comporta de un modo muy agresivo con su esposa, lo que se deduce de la información proporcionada por el caso.

De hecho, debido al presunto comportamiento de José, puede suponerse que incurre en el delito tipificado en el artículo 153 del Código Penal. Este precepto sanciona:

“El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión cuando la víctima sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad sin convivencia o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

Asimismo, en caso de que, finalmente, se descubra la autoría de José por la comisión del delito mencionado, se le impondrán las penas en su mitad superior debido a que los actos de violencia se perpetran en presencia del menor, en virtud de lo establecido en el artículo 153.3³⁴ del Código Penal.

En definitiva, se podría afirmar que estamos ante un supuesto de violencia de género³⁵. Esta comprende todo acto de violencia física o psicológica cuando existe o ha existido una relación afectiva o sentimental análoga a la conyugal entre agresor y víctima. Dicha agresión surge del ejercicio de un hipotético poder del hombre sobre la mujer, siendo independiente si ha habido convivencia o no. Por tanto, los sujetos

34 Artículo 153 apartado 3 (Título III “De las lesiones”, Libro II “Los delitos y sus penas”) del Código Penal: “Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”.

35 <http://www.mundojuridico.info/la-violencia-domestica-y-la-violencia-de-genero/> → fecha de acceso: 13/06/2016

pasivos de este tipo de violencia son las mujeres víctimas que tienen o han tenido alguna relación con el agresor. Sin embargo, se consideran víctimas indirectas de la violencia descrita a los descendientes propios del agresor, los descendientes de la esposa o conviviente y los menores o incapaces que convivan también con el agresor o que se hallen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela o acogimiento o guarda de hecho de esposa o conviviente.

Determinado el presunto delito, atañe disponer si existe la posibilidad de aplicar alguna circunstancia atenuante o agravante a José. Respecto a las primeras cabe decir que el esposo de María no concurre en ninguna de las causas de atenuación de la pena a las que se refiere el artículo 21 del Código Penal.

En lo que se refiere a las circunstancias agravantes³⁶ es posible realizar una serie de consideraciones. En primer lugar, hay que hacer mención a la agravante del precepto 22.4 del Código Penal cuyo contenido es el siguiente:

“Son circunstancias agravantes:

4º Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas y otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

En segundo lugar, debe nombrarse la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23. Esta última consiste en agravar o atenuar la pena atendiendo a la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad.

En la primera de las agravantes mencionadas, tras la reforma del Código Penal mediante la Ley Orgánica 1/2015³⁷, se introduce como circunstancia agravante de la pena la de cometer el delito por razones de género. Como consecuencia *“esta nueva circunstancia agravantes sería aplicable en todos aquellos casos en los que el sujeto activo (siempre un varón), comete el delito motivado por el propósito de discriminar o de hacer patente la situación de desigualdad o la relación de poder sobre el sujeto pasivo (siempre mujer) que haya sido o sea cónyuge, o que esté o haya estado ligada a él por relación similar de afectividad, aún sin convivencia”*³⁸. Centrándose en si sería posible aplicar esta circunstancia a José García se dispone que no porque se estaría vulnerando el principio non bis in ídem consistente en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez. Esto es así porque se estaría sancionando la acción delictiva dos veces: por una parte, en aplicación del artículo 153 y, por otra, en virtud del 22.4 Para afirmar lo anterior es posible apoyarse en la Sentencia de la

36 Artículo 22 del Código Penal: dispone las circunstancias agravantes de la pena

37 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 noviembre.

38 Sentencia Audiencia Provincial de León núm. 35/2016, de 1 de febrero (JUR/2016/39608)

Audiencia Provincial de León 35/2016 que dispone que *“dicha agravante no se podrá aplicar en los delitos recogidos en los artículos 153, 171, 172 y 173.2 del Código Penal porque se vulneraría el principio non bis in ídem”*.

En lo concerniente a la circunstancia modificativa de la pena del artículo 23 del Código Penal se puede afirmar que resultará aplicable cuando en atención al tipo delictivo, la acción merece un reproche mayor o menor del que generalmente procede, a causa de la relación parental³⁹. Debido a esto sería necesario aplicar, llegado el caso, la circunstancia mixta de parentesco que agravaría la pena por los siguientes motivos: por una parte, se da la condición de que la víctima o agraviado sea cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad al agresor; y, por otra parte, atendiendo al tipo delictivo efectuado por José la acción merece un mayor reproche debido a la relación afectiva que mantienen agresor y víctima.

En definitiva, José es presuntamente autor del delito del artículo 153 al que podría aplicarse la agravante de circunstancia mixta de parentesco dispuesta en el artículo 23 del Código Penal.

Respecto a la situación con el bebé no existen indicios de que José lo haya agredido o lesionado. No obstante, hay que mencionar que por lo general los niños suelen ser víctimas de violencia física o psicológica en situaciones de maltrato en el hogar. Asimismo, aunque el menor no haya recibido ningún golpe, el entorno familiar de maltrato no es el más adecuado para su desarrollo ya que puede causarle temores y traumas, entre otros. Respecto a esto se han manifestado distintas organizaciones que tienen como objetivo la protección de los niños. Así, UNICEF⁴⁰ afirma que, aunque no se les ponga la mano encima, presenciar o escuchara situaciones violentas tiene efectos psicológicos negativos en los niños.

Recapitulando lo dicho se puede concluir que José, llegado el caso, debería ser sancionado por los delitos descritos anteriormente de los que en el momento su detención es el posible autor. Además, cabe incidir sobre los efectos negativos que proporciona al menor vivir en un entorno de violencia, puesto que si los hechos se repiten durante sus años de desarrollo crecerá creyendo que la violencia es una pauta de relación cotidiana entre las personas. Es vital no provocar estos resultados desfavorables en el crecimiento de los niños porque las consecuencias de la violencia familiar son gravísimas y se manifiestan tanto a corto como a largo plazo.

39 Auto del Tribunal Supremo núm. 1831/2013, de 3 de octubre.

40 <http://www.psicologiacientifica.com/violencia-familiar/> → fecha de acceso: 13/06/2016

CAPÍTULO IV.- Efectos jurídicos derivados del secuestro de Aminah y Delilah

Cuando Aminah, sus hijos y Delilah llegan a España son acogidos por la familia García Castro que les proporciona vivienda en una localidad próxima a Coruña (Arteixo). Allí Aminah trabaja en los invernaderos cuya propiedad le corresponde al matrimonio García Castro. A su llegada, tres compañeros de trabajo de Aminah de nacionalidad marroquí y con residencia y permiso de trabajo en España deciden ganarse la confianza de la madre y de Delilah, mientras comienzan a amenazar a Alí Bari y a Azhar. La confianza entre los hombres marroquíes y Aminah y Delilah aumenta con el paso del tiempo. Sin embargo, el propósito inicial de los primeros es secuestrar a ambas mujeres para introducirlas en el mundo de la prostitución. Finalmente, acaban cumpliendo su objetivo provocando esta situación una serie de efectos jurídicos.

De los antecedentes de hecho expuestos se deduce la presunta comisión de una serie de delitos cometidos por los tres hombres de nacionalidad marroquí.

En primer lugar, hay que destacar la supuesta realización de un delito de detención ilegal tipificado en el artículo 16341 del Código Penal puesto que Aminah y Delilah son privadas de su libertad mediante el encierro al que se ven sometidas por los compañeros de trabajo marroquíes. Asimismo, podría aplicarse el párrafo 3 del artículo 163 mediante el cual se aumentará la pena de prisión de cinco a ocho años en caso de que el encierro o detención dure más de quince días. En este caso, está demostrado que el encierro de ambas mujeres tiene una duración superior a quince días basándonos en la información proporcionada por el supuesto *“Pero ellos tenían un objetivo, secuestrar a ambas mujeres, propinarle un trato degradante e introducirlas en el mundo de la prostitución pasados unos meses”*. De esto se deduce que la detención tiene una duración de varios meses, debiendo aplicar la pena recién mencionada. Sin embargo, la pena anteriormente expuesta solo se refiere a la detención ilegal sufrida por Aminah.

En lo concerniente a la detención ilegal sufrida por Delilah es necesario concretar que la pena aplicada sería la de quince a veinte años de prisión. Esto aparece regulado en el artículo 166 párrafo 2 del Código Penal cuyo contenido es:

“El hecho será castigado con una pena de quince a veinte años de prisión, en el caso de detención ilegal, y de veinte a veinticuatro años de prisión, en el secuestro, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección*
- b) Que el autor hubiera llevado a cabo la detención ilegal o secuestro con la intención de atentar con la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad”*.

41 Artículo 163 párrafo 1 del Código Penal: *“el particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.”*

El caso de Delilah se corresponde con la primera circunstancia ya que en el momento de la detención tiene quince años.

Conectado con lo anterior se precisa que la acción delictiva que pudo ser efectuada por Abdul-Azim, Abdul-Ali y Abdul-Hali no puede ser calificada como secuestro al tenor de lo establecido en el artículo 164 del Código Penal. Esto es así porque el precepto regulador del secuestro exige una condición para poner a la persona detenida en libertad y en este caso no se da esa circunstancia.

Otra acción constitutiva de delito presuntamente realizada por los hombres de nacionalidad marroquí se corresponde con la introducción de las detenidas ilegalmente en el mundo de la prostitución. Estos hechos están sancionados en nuestro Código Penal en el Capítulo V del Título VIII del Libro II⁴³. Así, el artículo 187.1 castiga al que obligue a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima. El contenido de este precepto concierne a la situación de Aminah: por una parte, es mayor de edad; por otra parte, puede considerarse que los delincuentes se aprovecharon de su situación de vulnerabilidad que se refiere a su condición de refugiada en España unida a las circunstancias vividas hasta que se le concedió el asilo político. Esta última afirmación no se refiere a que los refugiados sean personas vulnerables, pero cierto es que se encuentran en una situación de desamparo al tener que huir de su país de origen y buscar asilo político en otro Estado para poder gozar de un futuro más favorable.

En lo que se refiere a la situación de Delilah, la joven también podría ser considerada supuesta víctima del delito de prostitución. Sin embargo, al ser menor de edad la pena es diferente con respecto a la del artículo 187.1. Así, la pena impuesta a los presuntos criminales será, en un principio, de dos a cinco años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses a tenor de lo dispuesto en el artículo 188. Este precepto en su párrafo primero castiga:

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

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

42 Artículo 164 del Código Penal dispone que *“el secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de seis a diez años. Si en el secuestro se hubiera dado la circunstancia del artículo 163.3, se impondrá la pena superior en grado, y la inferior en grado si se dieran las condiciones del artículo 163.2”.*

43 Capítulo V, “De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores”, del Título VIII, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, del Libro II del Código Penal.

Asimismo, se aumentaría la pena de prisión de cuatro a ocho años si la víctima fuera menor de dieciséis años como sucede en el caso de la joven Delilah que, como se dijo en la descripción del delito anterior, tiene 15 años de edad.

Relacionado con las infracciones penales anteriores, se puede hacer mención al presunto trato degradante propinado a Aminah y Delilah ya que también es constitutivo de delito. En concreto, esta conducta está penada en el artículo 173 del Código Penal que castiga con pena de prisión al que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando su integridad moral gravemente.

Otro aspecto a considerar sería la posible existencia de circunstancias modificativas de la pena. En concreto, cabe preguntarse si sería probable aplicar la agravante de abuso de superioridad⁴⁴. Esta agrava la pena del sujeto activo cuando aprovecha la relación de confianza existente que tiene con el sujeto pasivo para efectuar un comportamiento delictivo. La relación de confianza facilita la perpetración del delito quebrantando el deber de lealtad originada por esa relación de cercanía entre ambos⁴⁵. De esto se deduce que tiene que existir una relación de confianza o de familiaridad y que se abuse de ella, faltando el sujeto activo al deber de lealtad. La seguridad que el sujeto pasivo deposita en el autor de los hechos facilita que este ejecute la infracción penal con éxito, lo que conlleva a una mayor culpabilidad. Aplicando esta teoría al caso resultaría obligado decir que el grupo de compañeros de trabajo de Aminah aprovecharon la relación laboral para ganarse la confianza tanto de la madre como de Delilah. Cuando ya habían conseguido su confianza realizaron la detención ilegal, utilizando la cordialidad y amistad que existía entre ellos para lograr el éxito del acto delictivo. Por tanto, debido a que se dan los presupuestos de la circunstancia agravante de abuso de confianza sería, en su caso, inexcusable su aplicación al caso concreto.

Como consecuencia de la supuesta ejecución de varios delitos por parte de los compañeros de trabajo de Aminah y de acuerdo con lo establecido en el artículo 73⁴⁶ del Código Penal, podría apreciarse la posible aplicación de algún tipo de concurso. Entre las diferentes clases de concurso de delitos la que se correspondería a las circunstancias del caso es el concurso medial. El motivo para afirmar lo anterior es que existe cuando una infracción penal es medio necesario para cometer otra. Atendiendo a las circunstancias del caso y apreciando que el primer delito descrito, esto es, la detención ilegal, es el que serviría para realizar las demás acciones delictivas, se podría apreciar un concurso medial de delitos.

44 Artículo 22 del Código Penal: “*son circunstancias agravantes: 6º obrar con abuso de confianza*”.

45 http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDYwztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAxDqGzTUAAA=WKE → fecha de acceso: 13/06/2016

46 Artículo 73 del Código Penal: “*al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas*”.

De lo expuesto es posible deducir las supuestas responsabilidades penales en las que incurrirían los presuntos autores en caso de que se demuestre que han cometido los delitos expuestos. Por tanto, deberían ser condenados por un delito de detención ilegal en concurso medial con el delito de prostitución sumándole el de trato degradante del artículo 173.1 del Código Penal.

Respecto a los presuntos autores hay que determinar unas importantes nociones relacionadas con su condición de extranjeros en España. Los supuestos sujetos activos de los delitos son nacionales de Marruecos y gozan en territorio español de residencia y permiso de trabajo (este último desde el año 2014). Como cualquier otro ciudadano que cometa algún tipo de delito, deben cumplir la pena que se les imponga atendiendo a los actos contrarios a derecho que hayan realizado. Un aspecto importante es que las sanciones de los delitos reseñados son penas de prisión puesto que el ordenamiento jurídico español proporciona la posibilidad de sustituir esta clase de pena por la expulsión del territorio nacional. Así lo dispone el artículo 89 del Código Penal cuando señala en su apartado primero que: *“las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español”*.

Igualmente, el extranjero residente en España que se halle en posesión de alguna de las autorizaciones administrativas ha de afrontar el cumplimiento de la condena en las mismas condiciones que un reo español, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000⁴⁷ que autoriza a la expulsión del territorio nacional, previa tramitación del expediente, cuando el extranjero haya cometido un delito doloso que tenga señalada pena privativa de libertad superior a un año.

De lo expuesto se deduce que los nacionales marroquíes sí podrían ser expulsados del territorio nacional porque su pena de prisión es superior a un año, poseen autorización de residencia en España y se podrían entender que han cometido con dolo los delitos reseñados. Así, no podrían volver a España⁴⁸ en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de expulsión, atendiendo a la duración de la pena sustituida y a las circunstancias personales del penado.

Para concluir, manifestar que los efectos jurídicos que provoca la detención ilegal de Delilah y Aminah son las presuntas infracciones penales explicadas. Como consecuencia de su supuesta comisión, los autores deberían cumplir la pena que les corresponda o, en su caso, ser expulsados del territorio nacional. Además, otro efecto importante es el perjuicio causado a los hijos de Aminah unido al quebrantamiento de custodia que se le achaca a la madre por no poder comunicarse con ellos. Los niños se encuentran en una situación de abandono y desamparo debido a la detención de su madre.

47 Artículo 57 apartado 2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

48 Artículo 89 apartado 5 del Código Penal

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

5.1 Determinar a qué delitos serán objeto de condena los secuestradores

Como resultado de la detención ilegal de Aminah y Delilah, Alí Bari y Azhar son sometidos a continuas amenazas y acoso por parte de los compañeros de trabajo de su madre. El objetivo de la supuesta intimidación es que los niños no hagan público que su madre y Delilah se encuentran raptadas en contra de su voluntad.

Expuestos los hechos, compete ahora determinar los delitos que se les podría imputar a los autores de la detención.

Por una parte, cabe la sospecha de que los menores estén sometidos al acoso tipificado en el artículo 172 ter del Código Penal.

De la lectura del artículo se desprende que la conducta delictiva consiste en perseguir, molestar o incomodar de forma insistente y repetida a una persona sin estar autorizada para ello. Los supuestos sujetos activos de este comportamiento en el caso concreto son los compañeros de trabajo de Aminah, mientras que los sujetos pasivos son Alí Bari y Azhar. El medio a través del cual se realiza la presunta conducta delictiva es el móvil que la familia García Castro - familia de acogida - les proporciona. Esto se corresponde con el comportamiento descrito en el párrafo segundo del apartado primero del artículo 172 ter.

Asimismo, cabría aumentar la pena de prisión establecida en el apartado 1 de dicho artículo de seis meses a dos años porque las víctimas se tratan de personas vulnerables por ser menores de edad.

Por otra parte, los hijos de Aminah y Abdel Bari también podrían ser considerados víctimas del delito de amenazas regulado en el artículo 169 del Código Penal.

De la redacción del precepto mencionado se deduce que la conducta delictiva consiste en una acción o expresión que anticipe la intención de efectuar un daño a alguien o a otra persona íntimamente vinculada en caso de que no cumpla con unas condiciones determinadas. Los presuntos sujetos activos de esta práctica son, igual que en el delito anterior, los compañeros de trabajo de Aminah, mientras que los sujetos pasivos son los hijos de esta.

Las amenazas hipotéticamente realizadas en este caso concreto se ajustarían a lo establecido en el párrafo primero del artículo 169 por los siguientes motivos: en primer lugar, la amenaza supuestamente efectuada consiste en atentar contra la vida de los niños; y, en segundo lugar, los presuntos autores ponen como condición que no denuncien ni delaten la detención ilegal de su madre y de Delilah. Además, la pena descrita en el artículo citado tendría que imponerse en su mitad superior porque la acción delictiva sería realizada a través del teléfono móvil del que disponen los menores.

Para terminar decir que, a tenor de lo dispuesto sobre los hechos y la legislación penal quedaría más que demostrada la responsabilidad penal de los tres hombres marroquíes respecto a los actos que afectarían a los hijos de Aminah y Abdel Bari. Por tanto, los presuntos autores deberían ser condenados por el delito de amenazas y acoso descrito en los párrafos anteriores.

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

Relacionado con la cuestión planteada es vital definir el término infancia⁴⁹. Esta es la época en la que los niños y niñas tienen que estar en la escuela y en los lugares de recreo, crecer fuertes y seguros de sí mismos y recibir el amor y estímulo de sus familias y de una comunidad amplia de adultos.

A la vista de la situación de los hijos de Aminah y Abdel Bari, se analizará la salvaguarda que proporcionan los siguientes textos legales.

En el ámbito internacional se distinguen una serie de convenios que proclaman la protección especial de los niños y de la infancia como principio básico. Así se diferencian:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948. Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, este tratado enumera y describe los derechos y libertades civiles, sociales y culturales más importantes de los que debe disfrutar todo ser humano. De su redacción se deduce que los derechos proclamados son de aplicación a los menores en tanto que personas. Por lo que a la protección de los menores concierne puede afirmarse la importancia de esta Declaración puesto que se proclama el principio de protección especial de la infancia que se encuentra dispuesto en el artículo 25. El párrafo dos de este precepto señala *“la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”*.
- Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Este texto aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre del año 1989 recoge un catálogo completo de los derechos de la infancia y es el primer instrumento jurídicamente vinculante que reconoce a los niños y niñas como titulares de sus propios derechos⁵⁰. Es necesario mencionar los derechos de los artículos 9 y 10 con respecto a la situación de los hijos de Aminah ya que expresan el derecho de los niños a vivir con su padre y su madre y que estos puedan salir de cualquier país o entrar en el propio con la finalidad de recomponer y mantener la unidad familiar. De esto se deriva la especial atención

49 <http://www.unicef.org/spanish/sowc05/childhooddefined.html> → 13/06/2016

50 <http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino> → 13/06/2016

que debe prestarse a los niños que viven circunstancias difíciles y a las situaciones que puedan poner en peligro sus derechos.

- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁵¹. Este tratado también hace referencia a lo largo de su articulado a determinados derechos de los menores y, en concreto, referidos a la familia. De este modo, se afirma que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*, a tenor de lo dispuesto en el precepto número 23 de este Pacto. Asimismo, todos los niños tienen derecho a ser protegidos por las medidas de protección que se requieran por razón de su condición de menor, así como el derecho a un nombre y a adquirir una nacionalidad⁵².

Dejando a un lado el ámbito internacional, compete ahora centrarse en el espacio comunitario europeo, destacando los siguientes textos jurídicos referidos a la protección y derechos del niño:

- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Se realizó en Roma el 4 de noviembre del año 1950 y tiene por objeto proteger y salvaguardar los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas que se encuentren supeditadas a la jurisdicción de un Estado Miembro, permitiendo a la vez un control judicial del respeto de los derechos protegidos en el Convenio⁵³. A lo largo de su articulado se reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar⁵⁴, íntimamente relacionado con la salvaguarda que corresponde a Alí Bari y Azhar en relación con la situación que viven a causa de la detención ilegal de su madre. El texto dispone que deberá ser respetado el derecho a la vida privada y familiar y que las autoridades públicas no podrán intervenir en el ejercicio del mismo, salvo causas legalmente previstas.
- Convenio del Consejo de Europa sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo, de 25 de enero de 1996. Esta norma internacional será aplicada a las personas menores de 18 años y tiene como objeto:

“Promover, en aras del interés superior de los niños, sus derechos, de concederles derechos procesales y facilitarles el ejercicio de esos derechos”

51 Ratificación y adhesión de esta norma jurídica internacional por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

52 Se refiere al contenido del artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Sociales.

53 <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/ConsejoDeEuropa/Documents/Convenio%20Europeo%20para%20la%20Protecci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20Humanos%20y%20de%20las%20libertades%20fundamentales.pdf> → fecha de acceso: 13/06/2016

54 Artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del año 1950.

velando por que los niños, por sí mismos, o a través de otras personas y órganos, sean informados y autorizados para participar en los procedimientos que les afecte ante una autoridad judicial⁵⁵”.

De la lectura de lo anterior se desprende la finalidad de reconocer a los niños derechos de tipo procesal para poder ejercerlos ante la autoridad judicial, cuando corresponda. Por eso, el capítulo II de este Convenio reconoce como derechos del menor el ser informado y expresar su opinión en los procedimientos, solicitar la designación de un representante especial, solicitar la asistencia de una persona apropiada de su elección con el fin de que le ayude a expresar su opinión, a nombrar su propio representante y a ejercitar en todo o en parte los derechos de las partes en los procedimientos, entre otros. Todo este elenco de derechos viene reconocido en los artículos 3,4 y 5 de este Convenio.

Finalmente, cabe concretar la protección que el ordenamiento jurídico español brinda a los menores. En este punto se pueden destacar tres normas:

- La Constitución española, que en su artículo 39 reconoce el aseguramiento de los poderes públicos de la protección integral de los hijos, de conformidad con lo establecido en los acuerdos internacionales, así como el deber de los padres de prestar asistencia a los descendientes durante su minoría de edad y en los casos establecidos por la ley.
- El Código Civil, que en el Título X de su Libro I contempla las normas reguladoras de la tutela, de la curatela y guarda de los menores o incapacitados.
- Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor⁵⁶, en la que se reconoce algo tan importante como es el interés superior del menor que consiste en que ese *“interés sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan”*, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de dicha Ley. Además, también se reconocen los derechos del menor a lo largo de su articulado, en concreto del precepto 4 al 9, entre los que se pueden destacar el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, a la información, a la libertad de expresión y a ser oído y escuchado, entre otros. Asimismo, esta Ley articula una serie de actuaciones para las situaciones de desprotección y desamparo recogidas en los artículos 12 y 18 respectivamente.

A tenor de lo expuesto se puede concluir que existe una abundante normativa sobre la salvaguarda y protección de los derechos y libertades del menor. Esto es importante ya que la familia constituye el medio más adecuado para el óptimo desarrollo social y psicológico de los niños, siempre y cuando el entorno sea favorable. Por tanto, se puede

55 Contenido del artículo 1 apartado 2 del Convenio sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños.

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

considerar que existe una salvaguarda jurídica adecuada para la protección de los niños y, en concreto, de sus derechos.

3.- CONCLUSIONES:

Recapitulando todo lo dicho a lo largo de la resolución del presente caso puede concluirse lo siguiente:

- En lo referente al dictamen del procedimiento de concesión de derecho de asilo otorgado a Aminah, sus hijos y Delilah puede decirse que el objeto de esta es el de proteger al individuo cuya vida, derechos y libertades corren peligro debido a actos de persecución o violencia derivados de guerras o disturbios civiles. Así, la gente se ve obligada a desplazarse para proteger su vida, como es el caso de los solicitantes del supuesto. Por eso, tanto los tratados internacionales como la normativa de los Estados reconoce dicho derecho y lo regula de manera concreta.

En el caso de España, la ley reguladora de asilo presenta una serie de deficiencias que influyen en aspectos fundamentales del derecho. En concreto, la regulación del procedimiento se caracteriza por presentar una comprensión complicada y poco simplificada, de lo que se desprende una dificultad para ser entendido por parte de los solicitantes.

- En lo concerniente al dictamen sobre el riesgo para la seguridad nacional en caso de recibir a Abdel Bari permitiendo su entrada a través de la admisión del derecho de asilo, se puede concluir lo siguiente: en un primer momento, la denegación de dicho derecho no estaba justificada por razones fundadas, ya que solo se tenía constancia de cierta amistad entre el solicitante y uno de los hermanos del líder del Estado Islámico que databa de los años noventa. Sin embargo, en un segundo momento que se corresponde con la presentación de una nueva solicitud de asilo y del reexamen del expediente, se prueba que, en realidad, la mencionada vinculación sí existe. El motivo alegado es la continua persecución a la que se ve sometido por sus antiguas amistades al manifestar un cambio de ideas políticas. Esta última circunstancia es la que da prueba de la vinculación terrorista del solicitante, ya que si anteriormente no era perseguido por sus ideas políticas, se entiende que compartía los mismos ideales que sus viejas amistades, las cuales se encuentran en el entorno del grupo terrorista Estado Islámico.
- Respecto a la veracidad de la documentación aportada por Delilah puede disponerse que, en un principio y de acuerdo con la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, no cabe ningún tipo de cuestión sobre la edad del menor extranjero siempre que porte su documentación y esta manifieste su minoría de edad. La única excepción a esta regla general es que existan razones fundadas que justifiquen la duda sobre la edad del menor.

En el caso de Delilah se pueden apreciar una serie de cuestiones oscuras relativas a su edad, puesto que entre la edad que dispone su documentación y su apariencia física existe una diferencia de 6 años. Además, debido a las circunstancias vividas en Siria provocadas por la guerra civil, no es desacertado

pensar que la documentación portada por Delilah se corresponda con la de otra persona. Por eso, sería necesario realizar las pruebas médicas necesarias para poder determinar su edad.

- Relacionado con la idoneidad para adoptar de la familia García Castro se puede precisar lo siguiente: aunque cumplan varios de los requisitos que son necesarios para ser declarados idóneos, no cumplen uno de los más importantes que se corresponde con las motivaciones y aptitudes necesarias para el cuidado de un menor. Así, no pueden ser declarados idóneos por no presentar una actitud positiva ante la posibilidad de ejercer como padres de un menor extranjero. De hecho, el informe psicosocial afirma un alto índice de pasividad ante la adopción.
- Por lo que se refiere al procedimiento para solicitar un nuevo informe de idoneidad se concretan los aspectos siguientes. Por una parte, se presenta la opción de solicitar un informe nuevo siguiendo el procedimiento ordinario pero esperando tres años para tener la potestad para realizar la nueva petición. Por otra parte, existe la posibilidad de presentar escrito de oposición mediante el que se recurre el informe declarativo de no idoneidad. A través de esta opción se da la oportunidad a los solicitantes de poder ser declarados idóneos por resolución judicial sin esperar los tres años para la nueva solicitud.
- Por lo que respecta a las posibles responsabilidades penales en las que incurren José y María por la adopción internacional irregular que llevan a cabo es posible concluir que podrían ingresar en prisión debido a la presunta comisión de los delitos siguientes:

José sería sancionado por un delito de adopción irregular y supresión, alteración o suposición del estado civil en Colombia, mientras que en España se le podrían imputar un delito de falsificación documental y alteración de la paternidad, estado o condición del menor.

María, por su parte, no incurre en ningún tipo de responsabilidad en territorio colombiano. No obstante, en España puede ser considerada presunta autora de un delito de suposición de parto en el que también interviene su marido.

- En lo referente a las circunstancias vividas en el hogar de María y José debido a la llegada del bebé puede precisarse que derivan presuntamente en infracciones de la ley penal. El hecho de actuar al margen de la ley, provocan en José un estrés importante. Así, el esposo de María es considerado como supuesto autor de un delito de violencia de género del artículo 153 del Código Penal como consecuencia de la sospecha de que este golpee repetidamente a su esposa.
- Los efectos jurídicos que provoca la detención ilegal de Delilah y Aminah son las presuntas infracciones penales referidas al delito de detención ilegal, prostitución y trato degradante expuestos en la resolución de la cuestión. Como

consecuencia de su supuesta comisión, los autores deberían cumplir la pena que les corresponda o, en su caso, ser expulsados del territorio nacional.

Además, otro efecto importante es el perjuicio causado a los hijos de Aminah unido al quebrantamiento de custodia que se le achaca a la madre por no poder comunicarse con ellos. Los niños se encuentran en una situación de abandono y desamparo debido a la detención de su madre.

- Relacionado con las posibles responsabilidades penales en las que incurren los tres hombres marroquíes respecto a los actos que afectan a los hijos de Aminah y Abdel Bari puede concluirse lo siguiente: por una parte, los presuntos sujetos activos sometieron a los menores al acoso tipificado en el artículo 172 ter del Código Penal a través de los teléfonos móviles que les había proporcionado su familia de acogida; y por otra parte, serían sancionados por un delito de amenazas castigado en el artículo 169 del Código Penal, puesto que la vida de los menores estaba siendo sometida a continuas amenazas si hacían pública la detención ilegal de Aminah y Delilah.
- En lo concerniente a la salvaguarda jurídica proporcionada por las leyes de protección del menor expuesta anteriormente se puede concluir que existe una abundante normativa que proporciona unos medios adecuados para asegurar los derechos y libertades de los niños y niñas. El objetivo de los convenios, leyes y demás normativa es el de desarrollar la defensa de los intereses de los menores. Asimismo, uno de los aspectos protegidos es la familia, puesto que constituye el medio más adecuado para el óptimo desarrollo social y psicológico de los niños siempre y cuando el entorno sea favorable.

El motivo de esta amplia protección del menor responde a que la infancia es la época básica de desarrollo de los niños en la que se les enseña a vivir en sociedad pero, al mismo tiempo, protegerlos de todo tipo de daño.

4.- ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

- Antonio Quirós Fons (2008). *La familia del extranjero. Regímenes de reagrupación e integración*. Valencia: Tirant monografías 531.
- Marina Vargas Gómez-Urrutia (2006). *La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Normas de Extranjería y Problemas de Derecho Aplicable*. (1ª de.) Navarra: Editorial Aranzadi SA.
- Cuadernos de Derecho Judicial (2004). *Extranjeros y Derecho penal*. Madrid: Lerko Print SA.
- Beatriz L. Carrillo Carrillo (2003). *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993*. Granada: Editorial Comares S.L.
- Sonia Hernández Pradas (2001). *El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional*. Valencia: Tirant to blanch.
- José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (2002). *Derecho internacional humanitario*. Valencia: Tiratn to blanch.
- Esteban Juan Pérez Alonso (2008). *Tráfico de personas e inmigración clandestina: (un estudio sociológico internacional y jurídico-penal)*. Valencia: Tirant to Blanch.
- Virginia Mayordomo Rodrigo (2008). *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas a la luz de los textos internacionales*. Madrid: Iustel.

5.- ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

- Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de mayo del 2006
- Sentencia del Tribunal Constitucional número 236/2007, de 7 de noviembre
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de julio del 2009
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre del 2009.
- Auto del Tribunal Supremo número 18131/2013, de 3 de octubre.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña número 99/2014, de 28 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo número 453/2014, de 23 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo número 452/2014, de 24 de septiembre.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de León número 35/2016, de 1 de febrero.

6.- NORMATIVA

- Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria
- Convenio sobre el Estatuto del Refugiado, adoptado en Ginebra el 28 de julio de 1951
- Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967
- Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948
- 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
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional
- Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- Código Penal colombiano (Ley 599 del año 2000)
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judiciales
- Convenio sobre Derechos del Niño del año 1989
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del año 1950
- Convenio del Consejo de Europa sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 25 de enero de 1996
- Constitución Española
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil
- Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LO 1/1996, de 25 de enero)

ANEXO I. DERECHOS DEL REFUGIADO

Como expresa la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en el momento en el que es concedido dicho derecho o dicha protección se reconocerán los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, entre otros, a la persona que adquiera la condición de refugiada.

De esta manera, la Convención de Ginebra proporciona un amplio marco de derechos otorgados a los refugiados entre los que se encuentran los siguientes.

En el artículo 13 se concede a todo refugiado el trato más favorable posible, y en ningún caso menos favorable que el concedido a los extranjeros en las mismas circunstancias, respecto a la adquisición de bienes muebles e inmuebles y otros derechos conexos, arriendos y otros contratos relativos a bienes muebles e inmuebles.

Se reconoce en el artículo 14 de la Convención el derecho de propiedad intelectual e industrial. Este derecho recoge la protección de inventos, dibujos o modelos industriales, marcas de fábrica, nombres comerciales y derechos de autor sobre obras literarias, científicas o artísticas que se concederá a todo refugiado en el país en el que resida habitualmente. Además, el derecho del refugiado tiene el mismo alcance que el de un nacional de tal país.

Otro derecho reconocido es el de asociación mediante el cual los refugiados podrán ser miembros de asociaciones no políticas ni lucrativas y a los sindicatos. Este viene concedido en el artículo 15 de la Convención de Ginebra.

En lo referente a la condición jurídica del refugiado es necesario afirmar la declaración en el artículo 16 que le reconoce el libre acceso a los tribunales.

En lo concerniente a las actividades lucrativas se reconocen los derechos de empleo remunerado, trabajo por cuenta propia y el ejercicio de profesiones liberales. Son reconocidos a lo largo de la redacción del Capítulo III de la Convención, en concreto en los artículos 17 a 20 respectivamente.

En lo referente al bienestar se distinguen los siguientes derechos:

El derecho a la vivienda dispuesto en el artículo 21 de la Convención, en el cual se afirma que los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren en su territorio dicho derecho sin ningún tipo de trato distinto respecto a un nacional.

Por último, el derecho a la educación pública dispuesto en el artículo 22 de la Convención, mediante el cual se reconoce a los refugiados el mismo trato que a los nacionales en lo que respecta a la enseñanza elemental.

ANEXO II. ORGANISMOS ACREDITADOS DE ADOPCIÓN (OOA)

Los Organismos Acreditados de Adopción son entidades sin ánimo de lucro inscritas en el Registro correspondiente, que tienen como finalidad en sus estatutos la protección de menores. Disponen en territorio nacional de los materiales y equipos pluridisciplinarios necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas. Estos Organismos son acreditados por la Administración General del Estado, previo informe de la Entidad Pública en cuyo territorio tengan su sede. Para poder desarrollar su actividad deberán estar también autorizadas por el organismo competente en el país donde vayan a trabajar.

Sus funciones son:

- Informar a los interesados en materia de adopción internacional.
- Asesorar, formar y apoyar a las personas que se ofrezcan para la adopción en el significado e implicaciones de la adopción, en los aspectos culturales relevantes y en los trámites que necesariamente deben realizar en España y en los países de origen de los menores.
- Intervenir en la tramitación y realización de las gestiones correspondientes para el cumplimiento de las obligaciones postadoptivas establecidas para los adoptantes en la legislación del país de origen del menor adoptado, que les serán encomendadas en los términos fijados por la Entidad Pública española donde resida la familia que se ofrece para la adopción.

Los organismos nombrarán a la persona que actuará como su representante y de las familias ante la autoridad del país de origen del menor.

El control y seguimiento respecto a las actividades de intermediación que vayan a desarrollar en el país de origen de los menores corresponde a la Administración General del Estado. El control, inspección y seguimiento de estos organismos con respecto a las actividades que se vayan a desarrollar en el territorio de cada comunidad autónoma corresponderá a la Entidad Pública competente en cada una de ellas, de acuerdo con la normativa autonómica aplicable.

En cuanto al número de Organismos Acreditados de Adopción por países pueden venir limitados por el propio país de origen de los menores que considere oportuno establecer dicha limitación, o bien la Administración General del Estado podrá establecer un número máximo de organismos para intermediación en un país concreto atendiendo a las necesidades de adopción internacional en ese país, las adopciones constituidas u otras cuestiones sobre la previsión de posibilidades de adopción internacional en el mismo.

En la presente tabla se muestran las ECAIs acreditadas en Galicia en orden a los países de adopción.

PAÍS	Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (ECAIs)
BULGARIA	Asociación de Apoyo para la Adopción Internacional (MIMO)
BURKINA FASO	Addis-Galicia - Asociación pro dereitos da infancia
BURUNDI	Addis-Galicia – Asociación pro dereitos da infancia
CHINA	ACI – Asociación para el Cuidado de la Infancia Interadop – Galicia Piao
COLOMBIA	Adecop / Galicia (A Coruña)
ETIOPÍA	Addis-Galicia – Asociación pro dereitos da infancia Balbalika Piao
FILIPINAS	ACI – Asociación para el cuidado de la Infancia
HUNGRÍA	Asociación para el Cuidado de la Infancia
PANAMÁ	Adecop / Galicia (A Coruña)
RUSIA	AAIM – Asociación de Ayuda a la Infancia del Mundo
VIETNAM	ACI – Asociación para el cuidado de la Infancia Adecop / Galicia (A Coruña) Interadop - Galicia