

# TRABAJO FIN DE GRADO

“DERECHO DE ASILO Y ADOPCION INTERNACIONAL”

ALUMNA: ITZIAR SOBRINO GARCÍA

TUTOR: M<sup>a</sup> DEL CARMEN RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO

2015 | 2016



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

## **ÍNDICE:**

<b>ABREVIATURAS</b> .....	<b>3</b>
<b>CAPÍTULO I: EL DERECHO DE ASILO</b> .....	<b>4</b>
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 .....	4
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?.....	9
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 .....	12
<b>CAPÍTULO II: LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL REALIZADA DESDE ESPAÑA POR MARÍA Y JOSÉ</b> .....	<b>13</b>
2.1 Fundamentos jurídicos que justifican la no idoneidad de la familia adoptante .....	15
2.2 Procedimiento a seguir para solicitar un nuevo informe de idoneidad.....	17
<b>CAPÍTULO III: LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL REALIZADA POR JOSÉ Y MARÍA EN COLOMBIA</b> .....	<b>21</b>
3.1 Dictamen sobre las posibles responsabilidades penales en las que incurren, tanto en Colombia, como desde su llegada a España .....	21
3.1.1 <i>Introducción</i> .....	21
3.1.2 <i>El delito de tráfico de menores y el agravante del artículo 222 CP</i> .....	22
3.1.3 <i>El delito de falsedad documental para la entrada del menor a España</i> .....	24
3.1.4 <i>El delito de suposición de parto</i> .....	25
3.2 Dictamen sobre la situación que vive el matrimonio de José y María desde que el bebé llega a su casa.....	27
3.2.1 <i>¿Violencia de género o violencia doméstica?</i> .....	27
3.3 Conclusión .....	31
<b>CAPÍTULO IV: EFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DEL SECUESTRO DE AMINAH Y DELILAH</b> .....	<b>32</b>
4.1 Situación de los tres secuestradores marroquíes .....	32
4.2 El secuestro de Aminah y Delilah.....	33
4.2.1 <i>Efectos penales</i> .....	33
4.2.2 <i>Efectos en materia de extranjería y civiles</i> .....	39

4.2.3 Conclusión.....	40
<b>CAPÍTULO V: LA SITUACIÓN VIVIDA POR LOS HIJOS DE ABDEL BARI Y AMINAH DURANTE SU SECUESTRO .....</b>	<b>41</b>
5.1 Determinar a qué delitos serán objeto de condena los secuestradores. ....	41
5.1.1 Delito de amenazas (art.169).....	41
5.1.2 Conclusión.....	45
5.2 Salvaguarda jurídica que les aportan las leyes de protección de los derechos del niño. ¿Podrían recurrir a otras normas para su protección?.....	46
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>48</b>
<b>ANEXO I: Apéndice jurisprudencial .....</b>	<b>51</b>
<b>ANEXO II: Normativa tomada en consideración .....</b>	<b>53</b>
<b>ANEXO III: Supuesto sobre Derecho de asilo y adopción internacional.....</b>	<b>55</b>



## **ABREVIATURAS**

ACNUR: Alto Comisionado de las Naciones Unidas

AP: Audiencia Provincial

Art.: Artículo

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CP: Código Penal

CEDAW: Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer

DA: Disposición Adicional

Dir.: Director

DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos

FJ: Fundamento Jurídico

LAI: Ley de Adopción Internacional

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LO: Ley Orgánica

OAR: Oficina de Asilo y Refugio

Op. Cit.: La obra citada

P.: Página

PP: Páginas

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión europea

Vol.: Volumen

# CAPÍTULO I: EL 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

Para poder emitir un dictamen sobre la concesión del derecho de asilo en el supuesto concreto es necesario aclarar en un primer momento, el concepto de derecho de asilo y de refugiado, desde el punto de vista jurídico español e internacional. El sistema europeo común de asilo se basa en la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra y en la garantía de que ninguna persona sea repatriada a un país en el que sufra persecución, según se estipula en el artículo 78 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Se desarrolla, esencialmente, en la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

En España, la Ley 12/2009 del 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y la Protección Subsidiaria, configura el asilo, reconocido en el artículo 13.4 de la Constitución Española<sup>1</sup>, como la protección dispensada por España a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado de acuerdo con la misma, con la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967<sup>2</sup>. Esta institución emana del derecho a solicitar y obtener asilo establecido en el artículo 14 de la Declaración universal de los derechos humanos (DUDH).

En concreto, la condición de refugiado aparece recogida en el artículo 3 de la Ley 12/2009, siendo la misma que el artículo 1.A de la Convención de Ginebra, determinando que la misma “se reconocerá a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país (...)”. La

---

<sup>1</sup> La Constitución española afirma que “la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”, lo que implica, por una parte, que el asilo se configura como un derecho de configuración legal, es decir, que su contenido y alcance depende de una ley que o regule. No obstante, las posibilidades del legislador de regularlo están limitadas por los Tratados internacionales ratificados por España en esta materia.

<sup>2</sup> Artículo 2 de la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria.

condición de refugiado debe diferenciarse del concepto de protección subsidiaria que es el “dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales, o a su residencia en el de los apátridas, se enfrentarían al riesgo de sufrir los daños previstos en el artículo 10<sup>3</sup> de la Ley (...)”. El principio de no devolución (*non refoulement*) se presenta como la piedra angular de la protección internacional de los refugiados.

La concesión de este estatuto supone una suma de elementos subjetivos (la existencia de un temor a la persecución) y objetivos (que ese temor tenga fundamento en la situación del país de origen del solicitante) cuya unión provoca la existencia un “fundado temor de persecución” que debe ser acreditado por el solicitante<sup>4</sup>. En este sentido, el Tribunal Supremo en sus sentencias del 29 de enero (STS 13423/1988) y 15 de abril (STS 2670/1988) de 1988, señaló que el núcleo de la figura del refugiado es la situación subjetiva de temor, que puede resultar difícil de acreditar, pero en cuanto tiene que ser “fundado”, es preciso que se base en la existencia de unas circunstancias objetivas, no difíciles de constatar y que evidencien la probabilidad de sufrir una persecución.

Por lo tanto, una persona es refugiada por el hecho de encajar en la definición anteriormente dada y el reconocimiento de dicho estatuto es de carácter declarativo. A pesar del carácter declarativo del reconocimiento, éste se necesita para gozar de los derechos inherentes a la condición de refugiado. Además, a pesar de encontrarse en una situación de conflicto armado, como el caso sirio, para determinar la condición de refugiado se debe hacer un análisis del caso concreto de la persona en cuestión.

En un segundo momento, aclarar que en el caso presente, las condiciones vividas por la familia siria en su país de origen pasan por una situación de grave transgresión de las libertades por estar en plena guerra civil, donde el Estado sirio, con un territorio disgregado y dividido en facciones, ha cometido durante los últimos años violaciones generalizadas de los derechos humanos. Pero, dados los datos presentados en el supuesto nada dice sobre las alegaciones de la familia acerca de persecuciones individualizadas, sino que se alude a un cruce de fronteras por las dificultades derivadas del conflicto armado existente. Tramitan el

---

<sup>3</sup> A este respecto el artículo 10 de la Ley 12/2009 establece que: “constituyen los daños graves [...] a) la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material; b) la tortura y los tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante; c) las amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno”.

<sup>4</sup> SANTOLAYA MACHETTI, P., *El derecho de asilo en la Constitución española*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 92.

asilo en la embajada española en Turquía y la Oficina de Asilo y Refugio (de ahora en adelante OAR), órgano encargado de recibir las solicitudes de asilo según la Ley 12/2009, la admite a trámite y examina los expedientes, emitiendo en este caso informe favorable para la admisión; también durante el procedimiento de concesión del derecho de asilo ACNUR<sup>5</sup> emite informes favorables en atención a su situación. En este punto cabe aclarar la actuación de dicho organismo, pues la Ley 12/2009 le atribuye un trascendente papel en la investigación de las solicitudes de asilo, emitiendo una serie de informes que se incluirán en el expediente de los mismos<sup>6</sup>. Sin embargo, el informe del ACNUR es preceptivo aunque no vinculante, pero ello no impide que pueda y, en su caso, deba ser tenido en cuenta por la Administración y por los Tribunales de justicia, no sólo por la objetividad que, por el carácter internacional del organismo que lo emite, le dota de un plus de objetividad, sino también por su conocida especialización en estas cuestiones<sup>7</sup>.

Lo anterior es reflejo del artículo 35 de la Convención de Ginebra, que se refiere a la cooperación de las autoridades nacionales con las Naciones Unidas, y por medio del cual los Estados Contratantes se comprometen a cooperar con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

Por lo anterior se debe cuestionar el motivo de la concesión. Respecto a este tipo de circunstancias la jurisprudencia ha señalado que las situaciones de guerra civil o de conflicto interno generalizado en el país de origen del solicitante no dan lugar, por sí solas, y a falta de mayores datos sobre la situación personal del solicitante, a la concesión de la condición de refugiado. A pesar de que no es necesaria una prueba plena de que el solicitante haya sufrido en su país de origen persecución por alguno de los motivos establecidos legalmente, es

---

<sup>5</sup> Sin entrar en papel desempeñado por ACNUR en el caso a tratar y a modo meramente aclarativo decir, que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados fue creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1950, y que se trata de una organización humanitaria, apolítica y social que presenta dos objetivos básicos: proteger a los refugiados y buscar soluciones para que retomen sus vidas. Información obtenida de: <http://www.acnur.org/t3/el-acnur/alto-comisionado/>

<sup>6</sup> La ley 12/2009 en sus artículos 34 y 35 determina la intervención de ACNUR: “La presentación de las solicitudes de protección internacional se comunicará al ACNUR, quien podrá informarse de la situación de los expedientes, estar presente en las audiencias a la persona solicitante y presentar informes para su inclusión en el expediente (...)”; y “1. El representante en España del ACNUR será convocado a las sesiones de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio. 2. Asimismo será informado inmediatamente de la presentación de las solicitudes en frontera y podrá entrevistarse, si lo desea, con los solicitantes. Con carácter previo a dictarse las resoluciones que sobre estas solicitudes prevén los apartados primero, segundo y tercero del artículo 21 de la presente Ley, se dará audiencia al ACNUR (...)”.

<sup>7</sup> CABALLERO GEA, J.A., *Asilo. Extranjería. Inmigración. Homologación de títulos extranjeros. Nacionalidad*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 35.



necesario, que existan indicios suficientes de ello<sup>8</sup>. Se puede apreciar que en España la línea que siguen las resoluciones del Ministerio de Interior son de denegación en numerosos casos, y por parte de la Audiencia Nacional frente a los recursos de denegación, es la afirmación de alegaciones insuficientes que ofrecen un relato genérico e impreciso por parte de los solicitantes, haciendo caso omiso de los informes del Alto Comisionado de las Naciones Unidas pues no se incluían razonamientos o menciones de ellas, como ocurrió en las sentencias 145/2011, 146/2011, o en la del 11 de octubre (RJ 2012/748) y en la del 25 de mayo de 2005 (RJ 2005/1028).

Se puede apreciar que en primeras instancias se ha aludido a un defecto formal para frenar los procedimientos. Mientras que el Tribunal Supremo aboga por un reconocimiento del estatuto de refugiado en atención a criterios laxos y no restrictivos, a la necesidad de no desvalorizar los informes emitidos por ACNUR de las situaciones de los solicitantes y que la normativa de la Unión Europea en materia de asilo tiene la condición de “normas mínimas”, por lo que los Estados miembros pueden introducir o mantener disposiciones más favorables para estos casos<sup>9</sup>, como se puede apreciar en las sentencias del 23 de julio de 2014 (RC 2981/2013), 10 de diciembre de 2015 (RC 1699/2015) y del 16 de marzo de 2016 (RC 2563/2015).

Por lo expuesto anteriormente es lógico la concesión de derecho de asilo a Aminah y a sus hijos menores a su cargo, ya que por una parte durante las situaciones de conflicto armado tanto las mujeres como los menores son los grupos sociales más vulnerables, en concreto las mujeres pueden sufrir persecuciones específicamente motivadas por su género o ser víctimas de formas de persecuciones distintas de las sufridas por los varones, circunstancia expresada en un reciente examen elaborado por las Naciones Unidas, en concreto por el CEDAW<sup>10</sup>, por lo que aunque no alegase ser objeto de persecución individualizada su grupo social se ve claramente expoliado,<sup>11</sup> y por otra parte, como ha dejado entrever el Tribunal Supremo el informe favorable de ACNUR debe suponer investigación suficiente para demostrar que

---

<sup>8</sup> A modo de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, del 10 de octubre de 2011 (RC 3933/2009), FJ 3º.

<sup>9</sup> FJ 1º y 2º, respectivamente, de las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 3ª Sección, del 10 de diciembre de 2015 (RC 1699/2015) y del 16 de marzo de 2016 (RC 2563/2015).

<sup>10</sup> El informe “*We are still here: Women on the Front Line of Syria’s Conflict*”, expone los casos de 17 mujeres sirias refugiadas en Turquía, retratando las maneras en las que el conflicto afecta particularmente a las mujeres.

<sup>11</sup> En este sentido recordamos la Sentencia del Tribunal Supremo del 10 de diciembre de 2015, que resuelve el caso de una mujer suní nacional de Siria a la que en primera instancia le deniegan el asilo. El TS resuelve alegando que aunque no haya indicios de una persecución individualizada, su grupo religioso si lo estaba, por lo que su permanencia en el territorio podía acabar poniendo su vida e integridad física en peligro.

cumplen las condiciones necesarias y que deben ser protegidos a través del derecho de asilo. En el caso de los menores a su cargo, la condición se determina con arreglo al principio de la unidad de la familia (arts. 40 y ss. de la Ley 12/2009).

Finalmente, el caso de Delilah debe incluirse en los grupos de personas vulnerables, pues se tendrá en cuenta su situación específica dándoles un trato diferenciado a los menores no acompañados<sup>12</sup>, entre otros, como contempla el artículo 46 de la Ley 12/2009. A falta de los padres o de un tutor nombrado legalmente (artículo 48 de menores no acompañados), incumbe a las autoridades lograr que los intereses del menor que solicite la condición de refugiado queden plenamente garantizados.

En el caso de que no se pueda determinar la voluntad de los padres o si esa voluntad es dudosa o está en contradicción con el albedrío del niño, el examinador tendrá que llegar, en colaboración con los expertos que le asistan, a una decisión acerca del fundamento de los temores del menor sobre la base de todas las circunstancias conocidas. En principio, España no prevé un procedimiento diferente para la solicitud del derecho de asilo en el caso de menores no acompañados. Esta actuación contraviene la obligación que tienen los Estados de respetar en todo momento los derechos de los menores de acuerdo con la legislación internacional y en consonancia con las recomendaciones y Directrices de los organismos internacionales que trabajan en la materia.

El Reglamento alude a que serán remitidos a los servicios competentes en materia de protección de menores, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, en atención a la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentran, la práctica en el Estado español es que su solicitud se admitirá a trámite, de forma que en ningún caso podrá ser inadmitida en la primera fase del procedimiento. Además, dichas solicitudes tienen prioridad frente a las de los adultos.

Todas estas solicitudes son estudiadas por un instructor de la OAR del Ministerio del Interior, además las entidades dedicadas a este tema podrán enviar a la OAR informes de apoyo a la petición. No obstante, la decisión de asilo la adopta la Comisión interministerial de Asilo y Refugio (CIAR, formada por los Ministerios de Asuntos Exteriores, Justicia, Interior,

---

<sup>12</sup> Individuos de edad inferior a 18 años que entran en territorio europeo sin que en el Estado de acogida haya un adulto responsable de ellos, según el artículo 2.1 de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011. Y en el artículo 189 del Reglamento de la Ley de Extranjería (RD 557/2011): “(...) extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación”.

Trabajo e Inmigración, Igualdad y el ACNUR como observador), aunque finalmente el Ministerio del Interior firmará la resolución.

## **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?**

A este respecto y en primer lugar cabe determinar que el que la persona constituya por razones fundadas un peligro para la seguridad nacional es una causa de denegación del derecho de asilo, al igual que las personas que hayan sido objeto de una condena firme por delito grave constituyen una amenaza también para la seguridad, recogidos en la Ley 12/2009 en su artículo 9. Una vez aclarado el artículo para poder llevar a cabo un dictamen sobre la situación vivida por Abdel Bari, habrá que determinar el concepto de “razones fundadas” y “peligro para la seguridad nacional”, que queda a discreción de los Estados.

La jurisprudencia a la hora de interpretar el artículo 33.2 de la Convención en relación con el artículo 9 de la Ley de asilo española, en las “razones fundadas” para constituir un peligro para la seguridad nacional establece que han de ser convincentes, valoradas con cautela y cimentadas sobre una serie de datos fácticos que sean fácilmente contrastables, “(...) en segundo lugar, han de estar provistas de un sustrato fáctico esencial, representado por los diversos incidentes que el recurrente protagoniza, por la vinculación de todas sus actividades a una finalidad común que constituye la conexión lógica, de la que se puedan extraer conclusiones dotadas de fundamento razonable, en orden a determinar el grado de peligrosidad del titular del derecho de asilo”<sup>13</sup>.

Mientras que en el caso del “peligro para la seguridad nacional”, el TS aclara que “la peligrosidad se vincula, en la causa de revocación aplicada ex artículo 33.2 de la Convención de Ginebra, con la seguridad del país donde se encuentre el refugiado, de modo que no se trata de la concurrencia de un riesgo potencial y abstracto, sino de un peligro concreto y determinado derivado de la presencia en territorio nacional del titular del derecho de asilo al que se revoca esa concesión inicial” (...) “constituyendo la salvaguarda de la seguridad una exigencia de cualquier Estado democrático”.<sup>14</sup>

Por lo expuesto anteriormente no resulta lógica la denegación, en un primer momento, de la concesión de asilo a Abdel Bari, ya que el informe del CNI recogía meras referencias a

---

<sup>13</sup> STS del 30 de diciembre de 2009, (RJ 2010/3022), FJ 6º y STS del 30 de mayo 2014 (RJ 2014/2837), FJ 1º.

<sup>14</sup> STC del 31 de enero del 2000, (RTC 2000/24), STC del 7 de noviembre de 2007 (RTC 2007/236) y STS del 30 de diciembre de 2009 (RJ 2010/3022).

la relación existente en los años noventa entre Abdel Bari y uno de los hermanos del actual líder del Estado Islámico, y habla de un posible riesgo para la seguridad nacional, lo cual no se traduce en un peligro concreto y determinado como pide la jurisprudencia.

El informe no refleja que el solicitante haya llevado a cabo actividades o acciones que puedan generar de manera cierta un peligro, al igual que tampoco aduce hechos fácticos de los que se pueda deducir conclusiones que determinen el grado de peligrosidad del individuo.

Además, apoyando la posición anterior y entrando en conexión con el segundo dictamen relativo al reexamen de la petición, el artículo relativo a los motivos de denegación, siguiendo la opinión de la doctrina es una forma de conceder a la autoridad administrativa un amplio margen discrecional, para rechazar o denegar la protección solicitada<sup>15</sup>, y que en el primer caso resultó perjudicial para el sujeto. Es más, ese margen puede contravenir lo dispuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), según los alcances de sus diversas interpretaciones jurisprudenciales sobre el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>16</sup> y el *non refoulement*, una vez que la denegación de la protección internacional puede dar pie a la devolución o expulsión del solicitante denegado a un sitio donde pueda ser sometido a los tratos prohibidos por dicho precepto.

Como ejemplos, por una parte, se encuentra que la Comisión entendió que la expulsión de un extranjero podía, en circunstancias especiales, constituir un supuesto de tratos inhumanos o degradantes en la demanda “X” contra Bélgica en 1961, donde estableció la doctrina de que dicho artículo se vulnera cuando la persona sea devuelta a un país en el que, debido a la naturaleza de su régimen o a su situación particular los derechos humanos básicos puedan ser gravemente violados o totalmente suprimidos.

Mientras que el TEDH en el caso Nsona contra Países Bajos de 28 de noviembre de 1996 estableció los siguientes puntos sobre los supuestos en los que la expulsión puede ser contraria: la expulsión o devolución puede generar responsabilidad para un Estado miembro del Convenio cuando haya motivos serios y fundados para creer que el interesado correrá un riesgo real de ser sometido a torturas o a penas o tratos inhumanos o degradantes

Para controlar la existencia del riesgo hay que referirse a las circunstancias del país en el momento de la expulsión; y finalmente, para que se aprecie la vulneración del mentado artículo el mal trato debe tener un mínimo de gravedad, siendo su apreciación esencialmente

---

<sup>15</sup> SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: a propósito de la nueva Ley de Asilo”, en TRUJILLO PÉREZ, A.J y ORTEGA TEROL, J.M., (Dir), *Inmigración y asilo. Problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva Ley reguladora de asilo y de protección subsidiaria*, Sequitur, Madrid, 2010, p.25.

<sup>16</sup> “Nadie podrá ser sometido a tratos inhumanos y degradantes”.

relativa y dependiente del conjunto de circunstancias. Sin embargo, el caso Chahal contra Reino Unido, de 1996 es especialmente interesante por el carácter absoluto con el que afirma la responsabilidad del Estado para evitar la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, con absoluta independencia de la actuación de la víctima, lo que implica que en el ámbito del Convenio de Roma ni siquiera pueden alegarse las cláusulas de la Convención de Ginebra previstas en el apartado F de su artículo 1, que excluyen de su aplicación si la devolución implica riesgo de trato inhumano o degradante.<sup>17</sup>

En segundo lugar, en atención a la cuestión del reexamen resulta necesario acudir a la Ley 12/2009 que regula en su artículo 21 las solicitudes presentadas en puestos fronterizos, cuyo enunciado cuarto establece que “contra la resolución de inadmisión a trámite o de denegación de la solicitud se podrá, en el plazo de dos días contados desde su notificación, presentar una petición de reexamen que suspenderá los efectos de aquélla. La resolución de dicha petición, que corresponderá al Ministro del Interior, deberá notificarse a la persona interesada en el plazo de dos días desde el momento en que aquélla hubiese sido presentada”.

Por lo que se desprende del artículo que tendría que haber pedido el reexamen en ese plazo al recibir la denegación, y él lo pide transcurridos prácticamente 7 meses, no obstante, según lo dispuesto en el artículo 29 de la misma ley, la persona a la que le haya sido denegada su solicitud podrá solicitar su revisión cuando aparezcan nuevos elementos probatorios, en atención a la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En este caso podría alegar la persecución por parte de sus antiguos conocidos debido a la manifestación de nuevas ideas políticas a través de diversas pruebas y de su propio testimonio.

En un tercer momento, en cuanto a la alegación de la necesidad de recomposición de la unidad familiar cabe aclarar que la Ley 12/2009 garantiza en su articulado el mantenimiento de la familia de las personas refugiadas a través de la concesión del derecho de asilo o protección subsidiaria por extensión familiar en una serie de supuestos, entre los que se incluye el cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad y convivencia.

Sin embargo, el artículo 40 establece que no podrá concederse la protección internacional por esta vía cuando la persona esté incurso en alguno de los supuestos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 8 y en los artículos 9, 11 y 12 de la Ley. El artículo 9 es el relativo a la denegación por seguridad nacional, y entendiendo que el mismo en la nueva revisión del expediente no tendría cabida por lo expuesto anteriormente, sería factible este

---

<sup>17</sup> La doctrina anterior se ve apoyada por otras sentencias del TEDH como la del caso Ahmed contra Austria, del 17 de diciembre de 1996, Jabari contra Turquía, de 11 de julio de 2000 o Hilal contra el Reino Unido, de 6 de marzo de 2001.

alegato ya que reiterando lo dicho la propia ley vela y garantiza la unidad familiar de los refugiados. La reunificación familiar es, de hecho, un aspecto fundamental para devolver la normalidad a quienes han huido de la persecución y de violaciones de derechos humanos.

El derecho a la vida familiar y el consiguiente derecho a la unidad familiar se reconocen en instrumentos jurídicos internacionales y regionales tales como las Convenciones de Ginebra, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio Europeo de Derechos Humanos o la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y las Directivas europeas, fundamentalmente.

### **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 determinación del valor que tiene la documentación que porta un menor extranjero no acompañado para determinar su edad cuando dicha documentación resulta ser contradictoria con su realidad física, se presenta no como una situación de indocumentación ni de invalidez de la documentación, sino como de necesidad de determinar la eficacia probatoria de la documentación que porta el menor, Delilah en este caso, a la hora de determinar su edad.

El artículo 17 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo establece en su artículo 17 una serie de garantías para los menores no acompañados, como en el caso de Delilah, y en su apartado quinto establece que los Estados podrán utilizar reconocimientos médicos para determinar la edad de los menores cuando se proceda al examen de una solicitud de asilo, siempre cumpliendo con garantías como la correcta información al menor, que lo consienta, etc. En cualquier caso, el hecho de que el menor se niegue no impedirá que la autoridad dicte una resolución sobre la solicitud del asilo.

Al igual que el artículo 48 de la Ley 12/2009, también contempla que cuando no se pueda establecer con claridad la edad del menor se podrán realizar las pruebas científicas necesarias.

Sin embargo, la corriente jurisprudencial parece clara a nivel nacional a la hora de salvaguardar los derechos de los menores extranjeros no acompañados, garantizando tanto su protección como la imposibilidad de someterles indiscriminadamente a pruebas médicas especialmente intrusivas o invasivas que pueden ser traumatizantes<sup>18</sup>. En concreto, la sentencia del TS de 23 de septiembre de 2014 (STS 3818/2014), se hace eco de dicha corriente y aclara que por una parte las Audiencias Provinciales a la hora de determinar el

---

<sup>18</sup> QUINDIMIL LÓPEZ, J.A., “El valor de la documentación frente a la realidad física para determinar la edad de un menor extranjero no acompañado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, nº1, 2015, p. 213.

valor de la documentación que porten menores extranjeros han tenido pronunciamientos contradictorios, y, por otra parte, que a los funcionarios encargados de la recepción de dichos pasaportes no les corresponde determinar su validez, pues depende de los Convenios internacionales, al margen de la consideración que pueda tener en España como documento público o no, una vez cumplidos los requisitos exigidos en el país de origen y contengan datos suficientes sobre la identidad y la nacionalidad del titular.

Finalmente, en relación con las pruebas médicas de determinación de la edad en el caso de que sean invasivas no se podrán aplicar indiscriminadamente, con la precisión de que cualquier duda sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física de la persona deberá resolverse a favor del menor, habida cuenta el hecho de que las técnicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad.

A causa de lo anterior, el TS concede una prioridad absoluta al interés del menor en casos de duda sobre la determinación de la edad, para lo cual se apoya esta sentencia en la Resolución del Parlamento Europeo del 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados de la UE [2012/2263 (INI)]. Por lo tanto, el TS razona que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido.<sup>19</sup>

Por lo tanto, un menor no acompañado es ante todo un niño expuesto a un peligro potencial y la protección de los niños tiene que ser uno de los principios rectores prevaleciendo sobre cualquier otra consideración. De tal forma que, en el caso de Delilah ella porta un pasaporte válido y aunque su apariencia sea la de una joven y no la de una adolescente será necesario realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que el documento se considera no fiable acudiendo a las pruebas de determinación de edad, que en cuyo caso siempre tendrán que resolverse de la manera más favorable hacia el menor y sin ser aplicadas de forma indiscriminada.

## **CAPÍTULO II: LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL REALIZADA DESDE ESPAÑA POR MARÍA Y JOSÉ**

A modo introductorio de este nuevo capítulo, cabe señalar que la adopción es un acto jurídico a través del cual se crea un vínculo de parentesco que establece relaciones

---

<sup>19</sup> A favor de esta doctrina jurisprudencial se encuentra la STS del 24 de septiembre de 2014 (STS 3817/2014).

jurídicamente análogas a las que resultan de la relación paterno-filial por naturaleza. Pero además, se configura como un mecanismo de protección para aquellos menores que se encuentran en una situación de abandono, por lo que ambas funciones se complementan. También cabe añadir que será internacional cuando una de las partes intervinientes o el lugar donde se lleve a cabo se encuentren impregnados del elemento extranjero<sup>20</sup>. En referencia a los procedimientos de tramitación de la adopción internacional en España habrá que distinguir entre el procedimiento en aplicación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de mayo de 1993 y el procedimiento con países que no han ratificado dicho Convenio.

La adopción internacional se encuentra configurada por el marco normativo nacional siguiente: la Ley Orgánica 1/1996 del 15 de enero de protección jurídica del menor, modificada en el 2015; la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional, también modificada en el 2015 (a partir de ahora LAI), por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; y finalmente por la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y por el Código Civil (CC). Mientras que en el ámbito autonómico se encuentran la Ley 2/2006 del derecho civil de Galicia (pues los trámites se llevan a cabo en dicha Comunidad Autónoma) la Ley 3/2011 de 30 de junio de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia y el Decreto 42/2000 que refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia, modificado en 2003.

Para entender el procedimiento en la adopción internacional se hará un breve resumen de las fases del mismo. Así, la tramitación de una adopción internacional se inicia en España a partir de la solicitud formulada por la persona interesada en convertirse en padre adoptivo de un menor de origen extranjero.

Esta solicitud debe presentarse ante la administración pública española competente en materia de adopción en las diferentes Comunidades Autónomas, iniciándose así un proceso administrativo en España y posteriormente en el país de origen del niño, que puede finalizar con la resolución de adopción, que generalmente es de carácter judicial, aunque en algunos países revista carácter administrativo. Durante dicho trámite administrativo se lleva a cabo la valoración de idoneidad, la fase a tratar, como previa a la legalización y autenticación de la solicitud. Finalmente, es importante señalar que en las adopciones internacionales entran en juego dos legislaciones, la española y la del país de origen, por lo que deben cumplirse los requisitos y procedimientos de las dos leyes.

---

<sup>20</sup> GÓMEZ CAMPELO, E., *La Ley 54/2007 de adopción internacional: un texto para el debate*, Reus, Madrid, 2009, p.8.



Una vez visto lo anterior se dispondrá a analizar los fundamentos jurídicos que justifican la no idoneidad de la familia en el caso, así como el cauce que deberían seguir para pedir un nuevo informe de idoneidad.

## **2.1 Fundamentos jurídicos que justifican la no idoneidad de la familia adoptante**

El legislador español, en el marco del Convenio del Haya de 1993<sup>21</sup>, en la LAI ha plasmado en el Título I la fase administrativa previa a la fase judicial de constitución de la adopción, donde su carácter preceptivo supedita la validez del procedimiento como tal, y en la que se encontraba la familia García-Castro. La intervención de las autoridades administrativas en este procedimiento es cuantitativamente más amplia que la de las autoridades judiciales.<sup>22</sup>

La LAI ha establecido una serie de funciones que deben cumplir en atención a la protección del menor, y entre ellas se incluye la expedición de los certificados de idoneidad y del informe psicosocial de los solicitantes, analizando los resultados en todos los casos y motivando la denegación o aceptación de la idoneidad (art. 5, d), la cual será objeto de dictamen. También, tanto el CC como la Ley 2/2006 de derecho civil de Galicia entienden que el ejercicio de la patria potestad requiere de una declaración en la que se constaten determinados extremos que permitan garantizar al adoptando y a los dos ordenamientos en presencia el cumplimiento de los principios y reglas en que la adopción internacional se sustenta<sup>23</sup>.

La idoneidad se define de forma general como “la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la patria potestad , a fin de poder subvenir a las necesidades de los niños adoptados, y para asumir las consecuencias y responsabilidades que conlleva una adopción internacional” (art. 10.1 LAI). El TS entiende que “la idoneidad para adoptar no necesariamente se mantiene toda la vida, sino que está condicionada por muchas circunstancias personales, relacionales y externas de las personas que aspiran a adoptar. En este sentido, tiene razón el Ministerio Fiscal cuando aduce que la idoneidad es algo dinámico. En realidad es algo muy vital, se tiene en un momento y lo lógico es que, mientras

---

<sup>21</sup> “Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de recepción: a) Han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar (...)”, según lo dispuesto en el artículo 5 del Convenio de La Haya 1993.

<sup>22</sup> GUZMÁN PECES, M., *La adopción internacional. Guía para adoptantes, mediadores y juristas*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 157-164.

<sup>23</sup> “Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta”, artículo 176.2 CC y artículo 33 de la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia.

no cambien sustancialmente las circunstancias personales y externas, se mantenga, pero se ve afectado por el paso del tiempo y por lo que puede acaecer en la vida de las personas, por diversas eventualidades, unas más previsibles que otras (...).<sup>24</sup>

A través de la idoneidad se pretende asegurar una capacidad genérica, global y social, pero no la capacidad jurídica, pues ya viene determinada por la ley personal, aclarando el supuesto que el matrimonio cumplía esta última. En concreto, el procedimiento de valoración de idoneidad consiste en un estudio psicológico y social de los solicitantes de adopción, realizado con la finalidad de determinar si éstos poseen las capacidades necesarias para satisfacer las necesidades específicas de los niños susceptibles de adopción<sup>25</sup>. En cualquier caso las Entidades Públicas que se encarguen de la elaboración de estos informes se encuentran sujetas a las condiciones, requisitos y limitaciones establecidos en la legislación correspondiente, según el artículo 4 de la LAI, lo que implica una remisión a que las precisiones concretas acerca de esos extremos se lleven a cabo por cada Derecho Administrativo autonómico<sup>26</sup>, por lo tanto hay una diversidad en la elección y ponderación de criterios.

De esta forma, la Ley 3/2011 gallega, la aplicable en el caso, establece en su artículo 75 las competencias en materia de adopción, por una parte corresponde al departamento competente de la Xunta de Galicia, la gestión de los procedimientos para la declaración de idoneidad de las personas interesadas en adopciones internacionales, así como la expedición de los mismos. Por otra parte, siguiendo con los artículos 76 y 77 en el primero se establecen los requisitos de las personas adoptantes:

“a) Cumplir las condiciones de edad recogidas en la normativa civil de aplicación. b) Residir habitualmente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia, con las excepciones señaladas en el apartado 2. c) Haber sido declarado o declarada persona idónea para la adopción tras el correspondiente procedimiento de valoración”. Mientras que en el segundo se establecen criterios que se tendrán en cuenta para la valoración de la idoneidad: “a) Que entre la persona adoptante y la adoptada exista una diferencia de edad adecuada, siguiendo un criterio biológico normalizado y ajustado a sus correspondientes etapas vitales. b) Que el medio familiar de las personas solicitantes reúna las condiciones adecuadas para la atención integral del niño, niña o adolescente. c) Que existan motivaciones y actitudes

---

<sup>24</sup> STS del 24 de abril de 2014, la 153/2014 en su FJº 7.

<sup>25</sup> Concepto obtenido del Portal gallego de Adopciones internacionales: <http://adopcions.xunta.es/index.php?idMenu=35&idIdioma=1>

<sup>26</sup> VERDADERA IZQUIERDO, B., “La declaración de idoneidad en la Ley de Adopción Internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre)”, *Actualidad Civil*, nº10, La Ley digital, 2009, p.5.

adecuadas para la adopción. En el caso de cónyuges o parejas unidas por relación estable análoga a la conyugal, estas motivaciones y actitudes habrán de ser compartidas. d) Que las condiciones de salud física e intelectual de las personas solicitantes permitan atender correctamente a la persona menor”. El Decreto 42/2000 en su artículo 77 establece los mismos criterios, salvo en el primero que añade que “la diferencia de edad no sea superior a los cuarenta años, excepto que los solicitantes estén en disponibilidad de aceptar grupos de hermanos o menores con especiales dificultades”. En esta línea de criterios objetivos/subjetivos, sociales/psicológicos, la Xunta alegó en su informe una falta de motivación observada en María para ejercer la patria potestad, así como una actitud pasiva ante las responsabilidades que conllevaría la misma. Pudiéndose apreciar como los adoptantes capaces pueden ser declarados no idóneos, como en el supuesto.

## **2.2 Procedimiento a seguir para solicitar un nuevo informe de idoneidad**

Inicialmente aclarar que el citado artículo 10.3 de la LAI contempla una vigencia máxima de 3 años del certificado siempre que no se produzcan modificaciones sustanciales en la situación personal y familiar de los solicitantes que dieron lugar a dicha declaración. Ocurre que esta vía no es aplicable al caso ya que no ocurre ninguna modificación de esa índole, pues María sigue padeciendo la enfermedad a la que le achacan la inidoneidad. Ahora bien, fuera de lo anterior la ley permite llevar a cabo dos opciones:

- La primera, implica la vía judicial, pues en el caso de que no se esté de acuerdo con las causas que determinan la situación de inidoneidad, a la que acudió la familia García-Castro, ya que la valoración de la enfermedad que padece María resultó a juicio de la familia desproporcionada, pues simplemente matiza que en algunos momentos puede no dar un máximo rendimiento, lo que no implica que el menor fuese a estar desatendido, se podrá recurrir contra la declaración sobre la idoneidad presentando un escrito de oposición en el plazo de dos meses desde la notificación de la resolución, pues aunque se trata de un acto de la Administración, el mismo no está sujeto a Derecho Administrativo, debiendo acudir a la jurisdicción ordinaria tal como dispone al DA 1º de la LO 1/1996<sup>27</sup>. En este caso, se impugnaría la resolución de inidoneidad realizada por la Consellería de Tráballo e Benestar de la Xunta de Galicia, presentando la demanda en el Juzgado de 1º Instancia de

---

<sup>27</sup> “Se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan: (...) contra las resoluciones que declaren el desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la Ley y la idoneidad de los solicitantes de adopción. (...) En el indicado procedimiento, los recursos se admitirán, en todo caso en un solo efecto. Quedará siempre a salvo el ejercicio de las acciones en la vía judicial ordinaria.”

A Coruña, según lo dispuesto en el artículo en el artículo 780 LEC<sup>28</sup>. Es decir, el procedimiento para impugnar resoluciones administrativas dictadas en materia de protección de menores, que se recurrirán directamente ante los Tribunales, sin necesidad de formular reclamación previa en vía administrativa. Precisamente entre las resoluciones recurribles se encuentran aquellas en que se declare la falta de idoneidad de una persona como acogedora o adoptante.

- La segunda, si no se quiere acudir a la vía anterior o el resultado ha sido negativo, según lo dispuesto en el Decreto 42/2000 en su artículo 81, cuando una persona sea declarada no idónea podrá presentar nueva solicitud transcurridos tres años desde la resolución siguiendo el procedimiento ordinario, por lo que no se contempla la posibilidad de poder pedir un nuevo informe sin que pasen esos tres años de vigencia. En este caso el procedimiento a seguir según el marco de la LAI y de la regulación gallega sería el siguiente: en primer lugar los futuros padres tendrían que acudir a charlas informativas y a una serie de cursos de formación en los que psicólogos y trabajadores sociales les explican cuestiones trascendentales sobre la adopción como las características de los menores susceptibles de adopción, la llegada del menor a la familia, etc. El segundo paso es la solicitud de valoración de idoneidad, donde la familia García-Castro volvería a pedir el informe aportando la documentación que dio en un primer momento según lo dispuesto en el artículo 74 del Decreto 42/2000:

---

<sup>28</sup> “ 1. No será necesaria reclamación previa en vía administrativa para formular oposición, ante los Tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. La oposición a las mismas podrá formularse en el plazo de dos meses desde su notificación. Estarán legitimados para formular oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, siempre que tengan interés legítimo y directo en tal resolución, los menores afectados por la resolución, los progenitores, tutores, acogedores, guardadores, el Ministerio Fiscal y aquellas personas que expresamente la ley les reconozca tal legitimación. Aunque no fueran actores podrán personarse en cualquier momento en el procedimiento, sin que se retrotraigan las actuaciones. (...) 2. El proceso de oposición a una resolución administrativa en materia de protección de menores se iniciará mediante la presentación de un escrito inicial en el que el actor sucintamente expresará la pretensión y la resolución a que se opone. En el escrito consignará expresamente la fecha de notificación de la resolución administrativa y manifestará si existen procedimientos relativos a ese menor. 3. El Secretario judicial reclamará a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de veinte días. 4. Recibido el testimonio del expediente administrativo, el Secretario judicial emplazará al actor por veinte días para que presente la demanda, que se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753. 5. Si el Ministerio Fiscal, las partes o el Juez competente tuvieren conocimiento de la existencia de más de un procedimiento de oposición a resoluciones administrativas relativas a la protección de un mismo menor, pedirán los primeros y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la acumulación ante el Juzgado que estuviera conociendo del procedimiento más antiguo (...)”

- ❖ Certificación literal de nacimiento.
- ❖ Informe médico según cuestionario específico (en su caso, se acompañará, además, informe del médico especialista).
- ❖ Fotocopia de la última declaración de la renta o, en su defecto, certificación negativa expedida por la Agencia Tributaria y, en su caso, declaración de bienes patrimoniales.
- ❖ Documento acreditativo de la cobertura sanitaria (copia de tarjeta sanitaria).
- ❖ Libro de familia, en su caso.
- ❖ Sentencia de separación o divorcio, en su caso.
- ❖ Dos fotografías tamaño carné de cada solicitante.
- ❖ Certificación de antecedentes penales (o, en su defecto, certificación negativa, expedida por el Ministerio de Justicia) o autorización para que la jefatura territorial solicite dichos antecedentes penales.
- ❖ Cuestionario personal que se entrega en el curso de formación, debidamente cubierto por cada uno de los solicitantes.
- ❖ Compromiso de comunicar la llegada del menor y de someterse al seguimiento periódico que señale el país de origen.
- ❖ Certificación negativa de delitos de naturaleza sexual o autorización para su solicitud por la jefatura territorial.

En concreto, la solicitud junto con la documentación deberán entregarla al jefe/a territorial de la Consellería de Trabajo e Benestar de su provincia. La tercera fase, ya corresponde a la valoración de idoneidad, regulada de los artículos 75 a 81 del mismo Decreto, según los cuales corresponde a las delegaciones provinciales de la consellería, a través de equipos técnicos, la valoración de idoneidad de los posibles adoptantes, cuyas solicitudes se valorarán según el orden cronológico de presentación, aunque excepcionalmente cuando haya carencia de solicitantes adecuados para algún menor con especiales dificultades, podrá alterarse el orden. Resulta importante destacar que el método básico empleado para valorar a los posibles adoptantes es la entrevista, y durante dicho proceso se tendrán en cuenta una serie de aspectos:

- a) Que entre el solicitante y el menor haya 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 podrá ser superior.

- b) Que el medio familiar de los solicitantes reúna 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.
- c) 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.
- d) Condiciones de salud física y psíquica de los solicitantes que permitan atender correctamente al menor.

Si bien, serán las delegaciones provinciales las encargadas de seleccionar a los adoptantes idóneos para cada menor de acuerdo con el procedimiento reglamentado. Dicho esto, una vez obtenido el certificado de idoneidad, llegamos a la cuarta fase, en ella la Dirección General de Familia e Inclusión hará llegar el expediente de la familia al país donde desean adoptar, o bien, a través de un Organismo Acreditado para la Adopción Internacional, o bien, a través del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad; junto a lo anterior se lleva a cabo el quinto paso que consiste en la legalización y autenticación de los documentos para que tengan validez en el país originario del menor. Por una parte, la autenticación es un acto jurídico que da fe de la veracidad del texto adoptado, el cual quedará establecido cómo auténtico y definitivo, es exigida por algunos países para la documentación que les es remitida.

Por otro, la diligencia de legalización consiste en un reconocimiento de firma mediante el que una autoridad que tenga atribuida la competencia para tal fin declara la autenticidad de la firma del signatario de un documento. No obstante, el Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961 suprimió la exigencia de legalización de documentos públicos extranjeros expedidos en los países parte de dicho convenio, sustituyendo la cadena de legalizaciones por un único trámite, la apostilla (que puede ser en soporte papel o electrónico).

Por lo tanto, según hemos visto dependiendo del país en el que se quiera hacer la adopción el procedimiento para validar los documentos será diferente. Se llega así al penúltimo paso, en el que el país de origen asignará a un menor susceptible de ser adoptado, facilitando la información a la Dirección General de Familia, Infancia y Dinamización Demográfica o a la entidad encargada de la tramitación del expediente. El equipo técnico de adopción estudiará la asignación efectuada y emitirá informe-propuesta, aceptándola o no. Asimismo, citará a los interesados a una comparecencia para que manifiesten su aceptación a la asignación. La jefatura territorial elevará el informe-propuesta a la Dirección General de

Familia, Infancia y Dinamización Demográfica para que ésta dé su visto bueno y certifique la continuación del procedimiento, en su caso. Finalmente, el organismo competente del país de origen del menor informará a los solicitantes sobre el momento en el que deben viajar al país para realizar el proceso de adopción.

## **CAPÍTULO III: LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL REALIZADA POR JOSÉ Y MARÍA EN COLOMBIA**

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

#### **3.1.1 Introducción**

De los hechos referidos en el caso puede plantearse la comisión de una serie de ilícitos penales. Se trata de una serie de delitos que protegen la filiación legal y que se encuentran recogidos en el Código penal de 1995 (con su última reforma del 2015) en el Capítulo II del Título XII del Libro II referido a la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor. Así como el delito de falsedad documental recogido en el Título XVIII, Capítulo II, sección primera del Código Penal. Cabe destacar que el Código penal introdujo en este título una figura conocida como el delito de tráfico de niños (art. 221 CP), otro de los delitos cometidos en el caso.

Si bien la relevancia práctica de estos delitos se encuentra mermada en la medida en que al producirse el alumbramiento en un centro hospitalario, las posibilidades de comisión del hecho delictivo, sobre todo en lo que a la suposición de parto se refiere, se hallan muy reducidas, por lo que la jurisprudencia es escasa. Las conductas como el tráfico de niños, son una cuestión diferente, pues se han visto propiciadas por las fuertes diferencias económicas y sociales que existen entre los países en vías de desarrollo, que cuentan con altos índices de natalidad y pobreza, y países desarrollados, en muchos casos con tasas de crecimiento de la población negativa y mejor situación económica.

Ha surgido así un tráfico internacional de niños que, en unos casos, se sirve de la figura de la adopción para enmascarar otros fines delictivos y, en otros casos, se lucra de la adopción en sí (tráfico con fin de adopción)<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M., “Protección penal de la filiación”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 12-06, 2010, p.3.

### 3.1.2 El delito de tráfico de menores y el agravante del artículo 222 CP

Una vez expuesto lo anterior y siguiendo el orden cronológico de los hechos, se procederá a analizar si concurren los presupuestos necesarios para la aplicación del artículo 221 CP<sup>30</sup>, referente a la venta de menores para la adopción ilegal o de tráfico de niños. Dicho artículo establece lo siguiente: “1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra 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”.

Nos encontramos ante un delito común, en el que el sujeto activo puede ser cualquiera, y que se caracteriza por ser un delito plurisubjetivo donde para la consumación del mismo se hace necesaria la entrega del menor y de la contraprestación económica. Hay una pluralidad de conductas y de sujetos que genera que el que entrega como el que recibe sean coautores del mismo delito de tráfico, a la luz de la dicción legal<sup>31</sup>.

De esta forma, los elementos del tipo vienen determinados por: una entrega del menor al margen de los cauces legales establecidos para la adopción y por la mediación de dinero o cualquier contraprestación económica<sup>32</sup>; las cuales se cumplen en el supuesto, pues José pagó una cantidad de dinero a la joven colombiana por el niño que gestaba, al mismo tiempo que actuaba por vías infralegales tras haber recibido la inidoneidad por parte de la Administración,

---

<sup>30</sup> La razón de ser de este delito se encuentra en gran parte en el cumplimiento de normas internacionales asumidas por el Estado español, a saber, el Convenio europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores de 20 de mayo de 1980, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño celebrada el 20 de noviembre de 1989, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, firmado el 29 de mayo de 1993. En esta línea el protocolo facultativo sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Resolución de la Asamblea General 54/263 de 25-5-2000, entrada en vigor el 18-1-2002 y ratificado por España 18-12-2001), en su art. 3.1, a) “ii) ordena a los Estados miembros, en relación con la venta de niños, la sanción penal de la inducción, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción”.

<sup>31</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M., *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Comares, Granada, 2002, p. 50.

<sup>32</sup> SAP de Vizcaya del 13 de enero de 2005 (JUR 2005/79326) FJ 2º.



lo que se traduce en la falsedad de los documentos de identidad para traer al niño a España, como ha aclarado la jurisprudencia<sup>33</sup>. Además, este tipo de delito es de resultado cortado, pues no es necesario que se logre establecer la apariencia de filiación, por lo tanto, solamente admite el dolo directo debiendo abarcar el conocimiento del beneficio económico de la elusión de los procedimientos legales<sup>34</sup>, lo cual también se cumple.

Según el análisis anterior, en el caso de José se cumple lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 221 del CP, al ser receptor del menor aunque la entrega se hiciese en el extranjero, así como las exigencias establecidas para que se de el tipo y su comisión, pues era plenamente consciente de que eludía los procedimientos legales y buscó gracias a su condición de funcionario la vía para hacerlo. De esta forma, José es autor del delito contemplado en el 221 del CP, ya que con su conducta realizó una parte de tipo que es expresiva del desvalor representado por el ataque a la dignidad del menor convertido en mercancía. Además, en atención a esta última cuestión José al ser funcionario le resulta de aplicación la agravación contemplada en el artículo 222 del CP y no la circunstancia agravante genérica puesto que supondría desvalorar dos veces el mismo elemento: “el educador, facultativo, autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su profesión o cargo, realice las conductas descritas en los dos artículos anteriores, incurrirá en la pena en ellos señalada y, además, en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años (...)”.

No obstante, la situación de María se plantea de manera diferente, pues según los hechos descritos en el caso, ella había abandonado toda esperanza de conseguir adoptar y es José el que decide actuar por su cuenta y llevar a cabo las conductas descritas anteriormente quedándose María en España sin participar en los actos. Por lo tanto, no parece lógico que tenga cabida en ninguno de los supuestos de personas criminalmente responsables de los delitos contempladas en el CP .

Finalmente, es importante destacar en relación a las cuestiones procesales que el apartado segundo del artículo 221 CP, al declarar punibles al intermediario y al receptor, como es el caso, en el tráfico de menores aunque la entrega se hubiese efectuado en el país extranjero, recoge una regla específica de atribución de competencia a los tribunales españoles, que se ha

---

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “Delitos contra las relaciones de filiación”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (Coord.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 1423.

interpretado como manifestación del principio de justicia universal<sup>35</sup>, o de modo más restrictivo, exigiendo una vinculación nacional, bien porque los actos se llevaron a cabo en España, o porque se establece la relación similar a la filiación con trascendencia en el territorio español<sup>36</sup>.

Por lo tanto, parece lógico que en este caso se declaren competentes los tribunales españoles ya que, él es de nacionalidad española y ambos con posterioridad fingieron su nacimiento en España, por lo que esa relación ficticia de filiación tiene trascendencia en España. Finalmente, hay posturas controvertidas por parte de la doctrina sobre si la aplicación extraterritorial de la ley penal española afecta solamente al receptor o al intermediario o se extiende también a la persona que entrega, la mujer colombiana en el supuesto.

Pues bien, un sector doctrinal manifiesta la postura de que en los casos en los que la entrega se lleve a cabo en el extranjero los tribunales españoles solamente pueden juzgar a quien recibe y al intermediario, pero no al que entrega al menor pues a él solamente se refiere el artículo 221.1 del CP<sup>37</sup>.

No obstante, para otra vertiente de la doctrina la conducta que se manifiesta en ambos apartados del artículo 221 es la misma pero desde la perspectiva de diferentes sujetos que tienen que intervenir de forma necesaria en el hecho delictivo para que este pueda producirse. Por lo tanto, afecta a los tres sujetos<sup>38</sup>.

### **3.1.3 El delito de falsedad documental para la entrada del menor a España**

Como se ha comentado anteriormente, se entiende que José eludió los procedimientos previstos para la adopción internacional, en parte, por la falsificación de documentos de identidad, documentos públicos, incurriendo así en el delito contemplado en el artículo 390 del CP: “será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

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

---

<sup>35</sup> PRATS CANUT, J.M., “Delitos contra las relaciones familiares”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Coord.) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Elcano, Barcelona, 2005, p. 503.

<sup>36</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2010

<sup>37</sup> MORETÓN TOQUERO, M.A., *La suposición de parto, la ocultación y sustitución de niños, y el “tráfico de menores”*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 23.

<sup>38</sup> TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “Art. 221”, en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.) *Comentarios al Código Penal*, Tomo VII, Edersa, Madrid, 1999, p. 735.

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

### 3.1.4 El delito de suposición de parto

Una vez que José vuelve de Colombia los hechos del supuesto relatan que con la complicidad de María simulan en el hospital coruñés, en el que ella trabajaba, el nacimiento del menor. Esta conducta se encuentra tipificada en el artículo 220.1 del CP: “la suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años”. De la redacción del mismo se desprende que la conducta típica consiste en suponer el parto, es decir, en fingir un alumbramiento que realmente no ha tenido lugar y que presenta a un recién nacido como hijo de alguien que no es su madre natural.

Para la realización del tipo la doctrina ha interpretado de forma casi unánime que no es necesario que se simule un embarazo, ni tampoco que se simule fisiológicamente el parto, sino que basta con presentar al niño como fruto de un alumbramiento de una mujer que no es su verdadera madre<sup>39</sup>.

Mientras que la jurisprudencia, ha venido exigiendo la realización de actos materiales tendentes a dotar de realidad el parto fingido, la vertiente jurisprudencial más reciente ha optado por una interpretación más amplia, por ejemplo, se consideró cometido el delito con la presentación de la solicitud de inscripción en el Registro Civil, según la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña del 16 de octubre de 2002 (24/2002). En definitiva, para la consumación del delito se requiere la simulación del parto, no se requiere la inscripción pero puede ser el medio a elegir, y por lo tanto consumarse también con la presentación en el Registro Civil. Por ejemplo, se ha considerado consumado con la expedición del parte facultativo del parto que en realidad no había tenido lugar, según la sentencia del TS del 6 de junio de 1980.

En cuanto al sujeto activo nos encontramos con una discusión doctrinal, pues ésta discute si el sujeto activo tiene que limitarse o no a la mujer. Para la posición mayoritaria<sup>40</sup> es un delito especial propio, en el sentido de que solamente la mujer puede haber simulado el parto, sin embargo, otros autores defienden el que pueda ser cometido por cualquiera<sup>41</sup>, ya que no se trata tanto de simular un parto sino más bien de simular un hijo, es decir, adscribir un recién nacido a

---

<sup>39</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.283. En este sentido también la jurisprudencia, como por ejemplo en la SAP de Orense, del 9 de junio de 2004 (7/2004).

<sup>40</sup> En esta línea de pensamiento se encuentran MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...op. cit.*, p.283; PRATS CANUT, J.M., en *Comentarios a la Parte Especial...op. cit.*, p.521.

<sup>41</sup> En este sentido se encuentra; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal... op. cit.*, p.335.

quien no es su madre natural, lo que implica que el marido de la madre supuesta pueda ser autor también. Además, la jurisprudencia ha ido abriendo esa postura restrictiva como en la ya mentada sentencia de la AP de La Coruña del 16 de octubre de 2002, donde se consideró autora de la suposición de parto a la abuela biológica que se hizo pasar por la madre del niño presentando un parte facultativo falso al Registro Civil.

Llegados a este punto del análisis del delito, resulta interesante destacar que quien entrega al recién nacido no puede ser ni autor ni cooperador necesario, su intervención constituye una participación necesaria contemplada en el artículo 220.2 del CP, por lo que su responsabilidad será la siguiente: “la misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación” (de seis meses a dos años). Precepto que no es aplicable a José puesto que la literalidad del mismo da a entender que habla de los padres biológicos del menor entregado.

Hay otra cuestión a tratar en este aspecto y es que en el ámbito de concursos destaca la relación de la suposición de parto con los delitos de falsedades, cuando tras el parto se lleva a cabo una inscripción registral falsa, si bien no aparece en el supuesto como hecho probado la inscripción en el Registro Civil, por lo que en este caso se deduce que acudieron al hospital donde simularon el parto y pudieron rellenar el correspondiente impreso, el parte médico de alumbramiento, el cual es necesario para proceder a la inscripción registral y que tiene la consideración de certificado.

Por lo tanto, por una parte María por la exposición anterior sería autora del delito de suposición de parto, destacando que aunque ella sea facultativa en este caso actúa como particular por lo que no le resulta de aplicación el artículo 222 CP.

Mientras que, por otra parte, la responsabilidad de José dependerá de si se apoya una u otra línea doctrinal, en el sentido de que si se entiende que es un delito especial propio no podrá ser coautor del mismo, sin embargo, por los hechos y circunstancias previstas en el caso puede ser considerado como inductor, según lo dispuesto en el artículo 28 del CP<sup>42</sup>, del mismo, ya que fue él el que trajo al recién nacido a España intentado mantener desde el principio la aparente filiación, por lo que no resulta descabellado pensar que fuese José el que convenciese a María ya que además es él el que actúa de manera activa a lo largo de todo el proceso, aunque

---

<sup>42</sup> “Artículo 28: Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

en el caso de que hubiera sido idea de María también puede tener la consideración de cooperador necesario del delito (art. 28 b) del CP)<sup>43</sup>.

Ahora bien, si por el contrario se entiende que no es un delito especial propio y se alude a que la finalidad del tipo es simular un hijo, José será coautor del delito de suposición de parto. También, como se ha comentado anteriormente, lo habitual es que cuando se produzcan nacimientos en centros hospitalarios es que se expida un parte por el médico o comadrona que atendió a la madre, con los datos relativos al nacimiento, y que será necesaria su presentación para la inscripción en el Registro.

Por lo descrito en los hechos, hablando de la complicidad de María y de simulación de parto, parece lógico pensar que uno de los actos materiales tendentes a dotar de realismo la simulación fue la expedición de dicho parte, que tiene consideración de certificado, aunque nadie intervino en la comisión de los hechos por lo que no pudo ser otro facultativo el que lo expidiese, de tal forma que se estaría ante un delito de falsificación de certificado recogido en el artículo 399 del CP: “1. El particular que falsificare una certificación de las designadas en los artículos anteriores será castigado con la pena de multa de tres a seis meses. 2. La misma pena se impondrá al que hiciere uso, a sabiendas, de la certificación, así como al que, sin haber intervenido en su falsificación, traficare con ella de cualquier modo (...)”.

En este caso María no pudo actuar como facultativo ya que si ella está simulando su propio parto tuvo que escribir el nombre de otro médico que supuestamente la atendiese, por eso le sería aplicable dicho artículo, y en el caso de José estaríamos ante una cooperación necesaria nuevamente.

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

#### **3.2.1 ¿Violencia de género o violencia doméstica?**

Tras la llegada del menor a casa de la familia José comienza a actuar violentamente con María, con golpes frecuentes, lo que hace que incurra en un delito de violencia habitual, aunque habrá que preguntarse el tipo, si se trata de un caso de género o de violencia doméstica. Pues

---

<sup>43</sup> Si bien, en el caso de los delitos especiales propios durante años hubo problemas a la hora de la interpretación generalizada de los mismos, y como consecuencia de esa confusión se dio lugar a la impunidad de los partícipes de delitos especiales propios. El CP en su reforma de 2004 resolvió la misma a través del artículo 65.3: “Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”.

bien, para ello habrá que acudir a las definiciones que la ley contempla para cada caso, con ayuda de la doctrina y la jurisprudencia.

Por su parte, la LO 1/2004 del 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en su preámbulo alude a la IV Conferencia Mundial de 1995 de la ONU donde se define la misma como “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Existe ya incluso una definición técnica del síndrome de la mujer maltratada que consiste en «las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral”; mientras que el artículo primero de dicha ley habla sobre la manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres traducido en actos de violencia física, psicológica así como agresiones a la libertad sexual, incluyendo amenazas y coacciones.

También exige que la víctima sea respecto al autor del delito su esposa, ex esposa, pareja, antigua pareja o cualquier otra relación de afectividad. Mientras que en el Código Penal tienen la consideración de delitos de violencia de género los tipos contemplados en los artículos 153.1 (por el que se eleva de falta a delito el maltrato de obra, o el menoscabo psíquico leve) y el 148.4 (delito de lesiones agravado).

Por otra parte, el art. 153 CP, tras la reforma operada con la LO 11/2003, tipificaba la violencia doméstica sin distinción de sexos. Sin embargo, la LO 1/2004 de protección integral quitó de su ubicación originaria, la violencia doméstica, aquellas conductas violentas de hombre contra la mujer que son manifestación de una grave y arraigada desigualdad, y describe la violencia de género al incluir un supuesto cualificado de maltrato ocasional en el número 1 del art. 153 CP, cuando el menoscabo psíquico o lesión no definidos como delito en el Código, o el hecho de golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, se realice contra la que haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad<sup>44</sup>.

No obstante, el concepto de violencia doméstica o malos tratos habituales abarca una realidad heterogénea por lo que resulta complicado fijar el denominador común de las conductas castigadas, de esta forma la doctrina planea acudir a los términos con los que se

---

<sup>44</sup> MUÑOZ RUIZ, J., “Recientes adiciones jurisprudenciales en materia de personas criminalmente responsables por delitos de violencia de género”, *Diario La Ley*, nº7486, 2010, p.10.

describe la acción típica, así como a los autores y a las víctimas<sup>45</sup>. La descripción de la acción típica, por lo tanto, alude a la realización de violencias físicas o psíquicas de forma habitual, en cuanto a los sujetos se exige una relación familiar o similar que en todo caso exige la convivencia o una vinculación personal persistente que da lugar a un abuso de una situación de prevalencia del autor o de indefensión de la víctima. Lo que caracteriza al tipo penal en este caso, es la reiteración de conductas de violencia física o psíquica que da lugar a un estado de agresión permanente<sup>46</sup> basado en una relación de dominio proporcionada por el ámbito familiar que deja a la víctima en situación de indefensión.

En cuanto a los sujetos del delito, el mismo presenta una estructura de delito especial ya que el sujeto activo solamente puede serlo quien esté unido al sujeto pasivo por los vínculos descritos en el artículo 173.2 del CP, es decir: la relación conyugal o exconyugal (elemento normativo que remite al Código Civil sobre cuestiones de matrimonio), relaciones de análoga afectividad al matrimonio o exrelación de afectividad, relaciones de parentesco y relaciones tutelares o asimiladas. Literalmente el artículo 173.2 establece que:

“El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.”

En cuanto a la conducta típica, dos son las notas que la caracterizan: el ejercicio de violencia física (que incluye cualquier acometimiento material sobre el cuerpo del agredido) o psíquica y la habitualidad<sup>47</sup>. El problema que presenta el tipo en este aspecto es la cuestión de

---

<sup>45</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual (artículo 173.2 del Código Penal)”, en BOLDOVA PASAMAR, M.A; RUEDA MARTÍN, M.A (Coords.) *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 71.

<sup>46</sup> En este aspecto se encuentra jurisprudencia como la STS de 29 de junio de 2000 (RJ 5792/2000) que habla de un “ambiente de dominación y temor”, o también la STS del 16 de marzo del 2002 (RJ 6380/2000) alude “a un estado de agresión permanente”.

<sup>47</sup> DE LA VEGA RUÍZ, J.A ., *Las agresiones familiares en la violencia doméstica*, Aranzadi, Pamplona, 2001 p.172.

la habitualidad, término impreciso que resulta uno de los pilares del tipo penal, si bien la jurisprudencia requería la concurrencia de tres actos aplicando por analogía el número que se establecía para el hurto habitual en el antiguo Código Penal, como en las sentencias del TS del 20 de diciembre de 1996, la 136/1996, actualmente la línea de interpretación doctrinal y jurisprudencial es más abierta, prescindiendo de lo anterior y entendiendo que lo relevante para apreciar la habitualidad no es el número de actos violentos sino la repetición y frecuencia de los mismos, dando lugar a un estado de agresión permanente que supone un trato degradante de la víctima<sup>48</sup>.

Para finalizar el análisis de ambos conceptos resulta interesante acudir a la sentencia de la AP de Castellón, del 20 de septiembre de 2007 ya que realiza una precisión respecto a esta cuestión sobre violencia doméstica y de género, en su fundamento jurídico cuarto: “o sea, ni la violencia de género aparece por el mero hecho de que la víctima del maltrato sea una mujer; ni tampoco resulta automáticamente aplicable al art. 153.1 del C.P ., siempre y en todo caso, cuando la víctima del maltrato sea una mujer. La aplicación del art. 153.1 del C.P . existe un plus, un elemento adicional, cual es que esa conducta violenta o de maltrato pueda catalogarse como una manifestación de la discriminación , de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Es este contexto o situación de abuso de poder o de dominación por razón del género femenino, o más exactamente con respecto a los miembros del género femenino de la relación (actual o pasada) conyugal o more uxorio, lo que justifica la mayor gravedad que se asigna a una conducta que, fuera de este contexto o situación, sería una simple falta.”

A raíz del análisis anterior queda a nuestro juicio de manera clara que según los hechos del supuesto se está ante un caso de violencia doméstica habitual contemplada en el 173.2 del CP.

Por una parte, hablamos de violencia doméstica porque como se ha visto la ley en su artículo 1.1 reserva su radio de acción a la violencia que el hombre ejerce sobre la mujer por el hecho de serlo, y este no es el caso, ya que José actúa violentamente por el estrés causado, ya que las consecuencias del mismo son respuestas fisiológicas, cognitivas y comportamentales volcando estas últimas en María su esposa, cuestión habitual en casos de estrés elevados ya que

---

<sup>48</sup> En este sentido y a modo de ejemplo la sentencia del TS del 16 de mayo de 2002 (RJ 2002/6823) señala que “otra línea interpretativa ha entendido con mayor acierto, que lo relevante para apreciar la habitualidad más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente”, FJ 4º.



se produce conflictividad familiar, desestructuración e incluso trastornos de personalidad<sup>49</sup>, pero no a través de una violencia cultural con origen en las desigualdades históricas padecidas por las mujeres. Y por otra parte, en cuanto a la habitualidad el artículo 173.3 aclara que para apreciar la “habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

No obstante, por el uso en la descripción de los hechos de los términos “frecuentes golpes”, y porque nos encontramos en un lapso de tiempo que comprende una pocas semanas desde la vuelta de José de Colombia da a entender una serie de acometimientos materiales contra el cuerpo de María a lo largo de ese tiempo. Además, como aclara la sentencia del TS del 16 de mayo de 2002, (RJ 2002/6823), así como la de 18 de diciembre de 2003 (RJ 2003/1750) la habitualidad implica la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento.

### **3.3 Conclusión**

En atención a lo expuesto anteriormente la situación para el matrimonio quedaría de la siguiente manera:

- José: como autor del delito de tráfico de niños agravado por el 222 en concurso ideal con su modalidad de medial en la falsedad documental. Depende de la línea jurisprudencial que siga será coautor o cooperador necesarios de los delitos de María

- María: autora delito suposición de parto en concurso ideal en su modalidad de medial con falsedad de certificado. Pues en este caso nos inclinamos hacia la corriente doctrinal que entiende que se comente dos delitos atendiendo al hecho de que los bienes jurídicos protegidos son distintos: la filiación en la suposición de parto y la seguridad del tráfico jurídico en el delito de falsedad documental.

El supuesto de que se superpongan los delitos del 220 y del 221, como es el caso, deben resolverse de acuerdo con las reglas del concurso de delitos a favor del artículo 221 por ser norma especial, que incorpora más elementos de concreción del supuesto de hecho, si ha mediado el pago de precio para la obtención del niño.

---

<sup>49</sup> RICHARDSEN, A.M.; y BURKE, R.J., “ Occupational stress and job satisfaction among physicians: sex differences”, *Social Science & Medicine*, nº 10, 1991, p.1180, y en este sentido también GRILLON, C.; ROBINSON, O.J.; MATHUR, A.; y ERNST, Mº. “Effect of attention control on sustained attention during induced anxiety”, *Cognition and Emotion*, nº30, 2016, p.705.

Estaríamos ante un concurso ideal del 221 en su modalidad de medial con falsedad de documento, siguiendo la doctrina jurisprudencial en las sentencias de la AP Las Palmas 114/1999 del 9 de julio y la sentencia de la AP de La Coruña, Sección 1º, 24/2002 del 16 de octubre.

## **CAPÍTULO IV: EFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DEL SECUESTRO DE AMINAH Y DELILAH**

### **4.1 Situación de los tres secuestradores marroquíes**

En primer lugar, para poder aclarar y determinar los efectos jurídicos que derivan del delito cometido por los tres hombres Abdul-Azim, Abdul-Ali y Abdul-Hadi se tendrá que determinar su situación en el ámbito de la extranjería. Por los hechos descritos en el supuesto, y por lo dispuesto en el artículo 45 del Real Decreto 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la LO 2/2009, que contempla en la definición lo siguiente: “el extranjero que se encuentre autorizado a permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años”, así como aquellos con autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, entre otros, como ocurre en el supuesto ya que en 2014 consiguieron un permiso de trabajo por estar contratados en los invernaderos de la familia García-Castro, se entiende que dichos hombres podrían estar residiendo de manera temporal en España.

En concreto, el artículo 62 del mismo reglamento contempla que “se halla en situación de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena el extranjero mayor de 16 años autorizado a permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años, y a ejercer una actividad laboral por cuenta ajena”, así en este sentido parecen cumplir lo anterior, ya que llevan trabajando dos años en España con contrato, pues es uno de los requisitos para el permiso, por lo que no da a entender que sea una residencia de larga duración pues tendrían que haber acreditado haber residido anteriormente de manera continuada en territorio español durante cinco años (art. 148) como una de las posibilidades, de tal forma que hasta el momento se encontrarían residiendo de manera legal en el país y temporal.

## 4.2 El secuestro de Aminah y Delilah

### 4.2.1 Efectos penales

La situación vivida por las dos mujeres, desde el punto de vista penal presenta una serie de conductas que generan diversos tipos penales. Así pues, para poder entender los mismos será necesario conceptualizar en un primer momento estos tipos penales. En primer lugar, nos podríamos encontrar ante un delito de tráfico o trata de personas, el cual fue reformado en el 2010 suprimiéndose en el artículo 318 bis del CP el subtipo agravado de inmigración clandestina para la explotación sexual, objeto de regulación autónoma en el artículo 177 bis ya dedicado propiamente a la trata de seres humanos. Si bien, autores como MUÑOZ CONDE<sup>50</sup> definen la trata de personas como la actividad criminal, universal, que se caracteriza por el abuso de una situación de superioridad y de la necesidad económica que padecen personas cuya pobreza genera el tráfico y el transporte a otros países distintos a los de su origen, para aprovecharse de ellas como mano de obra barata, en condiciones similares a la esclavitud, para explotarlas sexualmente o extraerles sus órganos corporales.

El CP, por su parte, tras la modificación sufrida en 2015 ha incluido ciertas reformas sobre el tipo: modificaciones afectantes a la acción prevista en el delito, las afectantes a los medios comisivos y finalmente las referidas a las finalidades de explotación por parte del tratante. Así, en atención a la primera, se incluye como conducta típica el intercambio y la transferencia de control sobre las personas, de tal forma que la redacción del primer apartado del artículo queda de la siguiente forma: “será castigado como reo de trata de seres humanos (...) el que empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la capture, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas (...)”.

En atención al segundo término, con las modificaciones incluidas en el tipo básico del delito referidas a los medios empleados para la realización del mismo, se incluye un nuevo medio comisivo, la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima. Y, finalmente en atención a las modificaciones que se incluyen respecto de las modalidades de explotación se han incluido dos nuevas; la explotación para realizar actividades delictivas y para la celebración de

---

<sup>50</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...op. cit.*, p.206 y ss.

matrimonios forzados (según lo dispuesto en el artículo 177 bis e) y c) )<sup>51</sup>. Los supuestos en los que los bienes jurídicos de este delito se ven afectados de manera severa, hasta llegar a los límites de la explotación del ser humano, integran el nuevo delito del 177 bis desapareciendo tales conductas del 318 bis, que resultaba insuficiente para tratar el fenómeno del tráfico de seres humanos<sup>52</sup>.

El Tribunal Supremo también ha recordado en varias sentencias como la 487/2014, y en este caso en su fundamento jurídico décimo tercero, que “esta norma procede del art 3º del Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en el que expresamente se dispone que para los fines del Protocolo<sup>53</sup>: “a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.”

Tratando las acciones típicas del tipo decir que en primer lugar, la captación se presenta como conducta esencial del delito de trata, sin la que no se producirían las conductas restantes, supone el inicio del proceso al implicar la extracción de la persona del ámbito en el que viven en contra de su voluntad para introducirla en el ámbito del captador, anulando su voluntad. No obstante, para la realización del delito basta con realizar cualquiera de ellas pues son independientes<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015”, *Diario La Ley*, nº8554, 2015, p.5.

<sup>52</sup> STS del 28 de enero de 2014, la 17/2014, FJ 2º.

<sup>53</sup> No obstante, este delito presenta también un marco normativo europeo a través de la Directiva 2011/36/UE de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, que sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de la UE, o la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, que sustituye a la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, entre otras.

<sup>54</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.110.

Por su parte, REQUEJO NAVEROS<sup>55</sup> apunta que el transporte, el traslado, el alojamiento y el acogimiento se presentan como acciones intermedias que pueden tener lugar entre la captación de la víctima y su final explotación. Las dos primeras suponen el desplazamiento de la víctima desde su captación hacia otro lugar en que se hace efectiva su situación de desarraigo y se facilita la explotación, mientras que el alojamiento y el acogimiento, también acciones prácticamente iguales, son actos en los que se da cobijo a la víctima durante su proceso de transporte y hasta que se entrega para su explotación. Finalmente, y siguiendo con la línea marcada por la autora, la recepción implica la última fase del *iter* delictivo, y se produce cuando se hace entrega de la víctima previamente captada.

Para finalizar ya con la conceptualización de este delito resulta necesario acudir a la STS del 13 de mayo de 2015 (RJ 2014/1084), ya que aclara que, en su fundamento jurídico quinto, el criterio seguido por la Sala es la aplicación del artículo 177 bis para los atentados más severos contra la dignidad de la persona. Así pues, “el delito de la trata de personas se constituye como uno de medios determinados, enumerados con carácter alternativo, donde el tipo subjetivo es eminentemente doloso. Y la finalidad del sujeto activo, el fin que justifica la captación, traslado, acogida o recepción o acogimiento de la víctima, debe ajustarse a alguna de las alternativas que acoge el texto vigente a raíz de la reforma operada tanto en 2010 (...)” como en 2015.

Continúa diciendo, por una parte, que para la realización del tipo no es necesario que se forme parte de una organización criminal, pues el legislador español lo contempla como un caso agravado, y por otra parte, que la explotación sexual no precisa que llegue a tener realidad (como cualquiera de los fines contemplados en el 177 bis), pues basta con realizar la acción descrita con un dolo preordenado a los fines para la consumación del delito.

Del significado explotar, se deducen supuestos de explotación sexual en los que el tratante esclavice a su víctima anulando su capacidad de determinación sexual, incluyendo también los casos en los que la explotación sexual de una tercera persona se realicen en provecho propio.

Una vez explicado el delito de trata de personas será necesario pasar a explicar los siguientes. En segundo lugar, aclarar que no se estaría ante un posible delito de secuestro ya

---

<sup>55</sup> REQUEJO NAVEROS, M.A., “El delito de trata de seres humanos en el Código Penal español: panorama general y compromisos internacionales de regulación”, en ALCÁCER GUIRAO, R; MARTÍN LORENZO, M; VALLE MARISCAL DE GANTE, M, (Coords.), *La trata de seres humanos: persecución penal y protección de la víctima*, Edisofer, Madrid, 2015.

que no se puede confundir “detener a una persona para conseguir un objetivo (art. 163)<sup>56</sup> y “exigir el logro del objetivo que buscan los secuestradores a cambio de la liberación de una persona”, es decir, imponer una condición para la puesta en libertad, la cual generalmente hará referencia a una actividad generalmente externa ajena al secuestrado (art. 164)<sup>57</sup>; según sentencias del TS como la de 11 de marzo de 1999 (RJ 1999/376), la del 30 de abril de 2003 (RJ 2003/674) o la del 9 de diciembre de 2008 (RJ 2008/876), entre otras. Queda por lo tanto claro que el secuestro es un tipo agravado de detención ilegal en el que los autores condicionan el término o finalización de la privación de la libertad a la realización de un hecho que consiguientemente se exige.

Llevando lo anterior al caso puede apreciarse que no se dan los elementos para que hablemos de un delito de secuestro, pues los tres marroquíes buscaban raptar a las mujeres para obligarlas a ejercer la prostitución, sin condición, querían raptarlas para conseguir el objetivo de su explotación sexual, el cual consiguieron y como consecuencia estuvieron privadas de libertad durante tres meses viéndose sometidas en un mundo de prostitución del que nunca quisieron formar parte, lo que coincide en parte con lo dispuesto en el artículo 163 de detenciones ilegales.

Así, puede observarse que el secuestro de las mujeres es un medio para obligarlas a ejercer la prostitución, entrando en el tercer delito, el de prostitución coactiva contemplado en el artículo 187 CP y el 188 CP para el caso de Delilah ya que es menor de edad, según la documentación que porta. Hablamos aquí por una parte de que el artículo 187 contempla que “el que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses”, donde puede observarse que el verbo

---

<sup>56</sup> El artículo 163: 1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años. 2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado. 3. Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días. 4. El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

<sup>57</sup> El artículo 164: “el secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de seis a diez años. Si en el secuestro se hubiera dado la circunstancia del artículo 163.3, se impondrá la pena superior en grado, y la inferior en grado si se dieran las condiciones del artículo 163.2.”

nuclear del tipo es el de “determinar” (hacer o tomar una resolución), lo cual implica que sea un delito de resultado<sup>58</sup>.

En este sentido la STS del 7 de abril de 1997 (RJ 1997/487), indicó que: "la conducta típica exige que los actos del sujeto estén dirigidos y determinados a doblegar la autodeterminación de la víctima y en consecuencia su libertad sexual tengan como efecto externo y posterior a la acción el que ésta venga a satisfacer deseos sexuales de otra." Y por otro lado, tenemos el artículo 188 que dispone que “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”.

Puede apreciarse que en este caso la primera de las conductas que se tipifican consiste en inducir (instigar o mover alguno de los sujetos pasivos a la prostitución), promover (incitar, estimular o instigar), favorecer o facilitar (formas abiertas relativas a la ayuda, cooperación o colaboración) la prostitución de un menor de edad o un incapaz<sup>59</sup>. En este tipo es indiferente que la acción recaiga sobre una persona ya prostituida o corrompida. También es indiferente que el consentimiento se haya prestado.

Ahora bien, una vez definidos los posibles tipos penales habrá que acudir a la jurisprudencia para apreciar qué se aplica finalmente ante este tipo de situaciones. Podría quedar claro en un primer momento que realmente se está ante un caso de trata de personas, pues se cumple la conducta típica en el plano objetivo, ya que los tres marroquíes captaron a la mujer y a la menor, ganándose su confianza en un primer momento para así poder secuestrarlas y propinarles un trato degradante para poder introducir las en el mundo de la prostitución con posterioridad, empleándose los medios típicos para doblegar la resistencia de la víctima como el secuestro e incluso podríamos incluir un abuso de situación de superioridad, ya que ellas son refugiadas que acaban de llegar de una situación de guerra a un país nuevo, solas con los menores, ya que el marido de Aminah no había conseguido el derecho de asilo.

---

<sup>58</sup> FERNÁNDEZ OLALLA, P., “Delitos relativos a la prostitución y su relación con la trata de seres humanos”, Memorias de la Fiscalía de Extranjería, 2015, p. 20.

<sup>59</sup> GAVILÁN RUBIO, M., “Delitos relativos a la prostitución y a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Algunas dificultades en la fase de instrucción”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, nº68, 2015, p.508.

Entendemos que es de aplicación este delito ya que es la mayor expresión de cosificación de la persona, pues las están tratando como meros objetos sexuales de los que pueden sacar lucro. Además en el ámbito geográfico según lo dispuesto literalmente en el artículo tiene cabida la captación de la víctima en España para ser explotada en el propio territorio. Si bien, hay una cuestión que no se encuentra mencionada en los hechos y es si los tres marroquíes son dueños o tienen algún tipo de propiedad sobre el club de alterne en el que las obligan a prostituirse, o si vendieron a las mujeres a los dueños del local actuando así como verdaderos tratantes. No obstante, en ambos casos podríamos seguir hablando de la comisión del delito de trata; también hay que tener en cuenta que no es un elemento imprescindible el hecho de que los autores formen parte de una organización delictiva, sino que se contempla como un agravante.

Si bien, en el sentido de la argumentación nos encontramos en un primer nivel jurisprudencial las sentencias de la AP de Barcelona (Sección 9ª) nº 9/2013 y la de la AP de Madrid (Sección 6ª) nº 153/2013, que entienden que mientras el artículo 318 bis. 2 CP se suprime en pos a la nueva regulación, los artículos 188.1 CP y 177 bis CP son perfectamente compatibles por proteger a distintos bienes jurídicos, por una parte, la libertad sexual, por otro, la dignidad del ser humano y sus derechos como tal. De tal forma que el delito de trata es el medio o la preparación del delito de prostitución coactiva y según nuestro entender serían de aplicación ambos delitos en concurso siguiendo lo dispuesto en las sentencias anteriores.

Al ser un bien jurídico individual eminentemente personal en el caso de la explotación sexual, habrá tantos delitos como sujetos pasivos, no siendo posible apreciar continuidad delictiva, a pesar de que el artículo 74.3 exceptúa del delito continuado los delitos contra bienes jurídicos eminentemente personales, salvo en las infracciones contra la libertad sexual, el Tribunal Supremo ha mantenido que la continuidad delictiva no cabe como regla general en los delitos contra la libertad sexual<sup>60</sup>.

En cuanto a la detención ilegal, la jurisprudencia en los casos relativos a la prostitución coactiva en casos similares a este no puede consumir las manifestaciones de restricción deambulatoria ya que, según la línea jurisprudencial recogida en sentencias del TS como la del 30 de enero de 2004 (RJ 2002/2205) o la del 21 de enero de 2005 (RJ 2005/5), la detención ilegal se sanciona acumuladamente cuando se va más allá de aquella mera restricción deambulatoria y se alcanza una situación de encierro o privación física de libertad

---

<sup>60</sup> En este sentido las STS del 17 de septiembre de 2001 (RJ 2001/1588) en su FJ. 9º y la STS del 10 de noviembre de 2009 (RJ 2009/1171) en su FJ. 4º.



de las víctimas en el delito, es decir, las víctimas sufren un internamiento forzado y no pueden salir por sí mismas. Lo cual ocurre en la situación descrita, al permanecer ambas mujeres en el club durante esos meses, sin que en ningún momento pudiesen salir, por lo que parece lógico que esto mismo sea de aplicación al caso.

#### **4.2.2 Efectos en materia de extranjería y civiles**

En cuanto a los efectos que derivan de la comisión de estos delitos tenemos, por una parte, el hecho de que son de nacionalidad marroquí y que se encuentran en España de manera legal a través de un permiso de trabajo, siéndoles de aplicación la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en concreto lo dispuesto en infracciones en materia de extranjería, artículos 50 y siguientes. Adentrándonos un poco más en este ámbito, además de las específicas series de infracciones de carácter muy grave y graves (de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1) recogidas en Ley de Extranjería y que son sancionadas con expulsión del extranjero del territorio nacional, existen otros supuestos previstos en la norma con la posibilidad de expulsar al extranjero.

Tanto el regulado en el artículo 57.2: “asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”; como en el 57.7: “ el extranjero que se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, (...), el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación”.

Este precepto permite que el juez autorice a la autoridad gubernativa para que ejecute una medida de expulsión, procediendo al archivo de las actuaciones penales y por tanto permitiendo que la potestad sancionadora de la administración prevalezca sobre la jurisdicción penal.

En este sentido, el artículo 89 del CP establece la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, en su apartado primero: “las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En

todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional”; y aunque a lo largo el precepto se contemplan diversas situaciones, en el supuesto que se está tratando resulta de aplicación lo dispuesto en su apartado noveno “no serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis”.

Y por otra parte, nos encontramos con los efectos civiles, y es que la responsabilidad civil derivada del hecho o acto delictivo, es la obligación que compete al delincuente o a determinada persona relacionada con el mismo, a indemnizar a la víctima del delito de los daños y perjuicios sufridos con ocasión del hecho punible<sup>61</sup>, la cual se encuentra regulada en los artículos 109 a 122 CP y en la LECrim artículos 100, 106 a 117. En atención al artículo 109 CP existe la obligación de reparar los daños y perjuicios causados por la ejecución de un hecho descrito como delito o falta, no obstante, esto no es suficiente para que nazca de forma automática dicha responsabilidad, pues es necesaria la existencia de daños o perjuicios debiendo existir entre la comisión y estos daños una relación de causalidad. Si bien, en el caso del delito de trata de seres humanos, será la indemnización el resarcimiento habitual, aunque es posible la existencia de un deber de restituir ciertos objetos de los que la víctima se hubiese visto privada durante la trata<sup>62</sup>.

En cualquier caso, la cuantía de la indemnización queda a valoración del juez que deberá ponderar las circunstancias del caso, y es que el CP salvo alguna referencia a la compensación de culpas y la obligación de motivar la cuantía de los daños y la indemnización, nada dice sobre las reglas para proceder a la determinación. Pero resulta práctica jurisprudencial consolidada acudir a la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor como criterio orientativo para fijar las indemnizaciones.

### **4.2.3 Conclusión**

Abdul-Azim, Abdul-Ali y Abdul-Hadi, mayores de edad y de nacionalidad marroquí, son coautores de los delitos de trata de seres humanos con fines de explotación sexual de mayor de edad y de menor de edad, de dos delitos de prostitución coactiva de mayor de edad (art. 187) y de menor de edad (art. 188), y dos delitos de detención ilegal con el agravante

---

<sup>61</sup> GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., “La responsabilidad civil en el proceso penal; algunos ejemplos prácticos de su evaluación a través de sentencias de la Audiencia provincial de Albacete”, *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)*, nº3, 1956, p.220.

<sup>62</sup> DÍAZ MORGADO, C.V., *El delito de trata de seres humanos: su aplicación a la luz del Derecho Internacional y comunitario*, Tesis doctoral de la Universidad de Barcelona, 2014, p. 110.

contemplado en su apartado tercero ya que la detención ha durado más de 15 días (art.163.3). La concreta relación concursal que parece establecerse entre ambos delitos parecería la propia del concurso real de delitos, siguiendo la inicial línea del TS que establece la existencia de un concurso real de delitos entre el anterior artículo 318 bis. 2 y el artículo 188.1 del CP, sin embargo la propia doctrina ha considerado que la apreciación del concurso real de delitos supone la total desproporción de la pena; por este motivo la solución más adecuada es mantener que el delito entrará en concurso medial, con el correspondiente delito de explotación cuando se explote sexualmente a la víctima, al considerar que entre ambos delitos hay una conexión típica más allá de la posible relación subjetiva derivada de la motivación o intención del sujeto. Por lo expuesto anteriormente, el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, por su propia configuración es preparatorio del delito de prostitución coactiva, pues a través de ella se materializa aquella intención.

Desde esta perspectiva, el delito de trata de seres humanos es instrumental respecto del delito de prostitución coactiva, cumpliendo con el requisito de la necesidad medial (artículo 77.1 CP) apreciada desde una perspectiva objetiva, pues entre ambos se produce la relación lógica, temporal y espacial que exige la jurisprudencia (STS 297/2007). Existe pues un concurso instrumental de delitos que deberán ser penados aplicando la regla establecida en el artículo 77.1 CP.

## **CAPÍTULO V: LA SITUACIÓN VIVIDA POR LOS HIJOS DE ABDEL BARI Y AMINAH DURANTE SU SECUESTRO**

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

#### **5.1.1 Delito de amenazas (art.169)**

Los hijos de Aminah se ven sometidos a amenazas de muerte mientras los tres hombres se ganaban la confianza de la mujer y la menor, y una vez que las tienen sometidas a explotación sexual las amenazas y el acoso continúan para los menores, según los hechos contemplados en el supuesto. Así, de lo anterior se desprende que nos encontramos ante un delito de amenazas recogido en el 169 CP, en él, como ocurre en el caso, el mal con el que se amenaza debe constituir un delito contra la vida, la integridad, física, la libertad, la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio o el orden socioeconómico del amenazado, su familia u otras personas de su entorno íntimo.

La acción consistirá por lo tanto en exteriorizar el propósito de causar un mal que deberá ser ilícito, mientras que el sujeto activo debe exteriorizar este propósito de forma que

la víctima crea que el propósito es real, serio y persistente, siendo necesario que la amenaza llegue a conocimiento del amenazado. La cuestión de la gravedad del mal y su adecuación para intimidar debe relacionarse con las circunstancias de la víctima, y no es preciso que la amenaza llegue a intimidar sino que basta con que objetivamente sea adecuada para ello, y es que según MUÑOZ CONDE y GONZÁLEZ CUSSAC<sup>63</sup>, este delito protege el sentimiento de seguridad o de tranquilidad.

Ahora bien, podríamos pensar que se trata de un caso de amenaza condicional de mal que constituya delito donde resultaría de aplicación el apartado primero del anterior artículo:

“1.º Con la pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años. Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos”.

Se puede apreciar que la condición que se exige al amenazado puede ser lícita o ilícita, y consistir en un hacer o en un omitir, que ha de ser posible, pero el mal que se amenaza causarle ha de ser constitutivo de delito. No obstante, el problema se encuentra en el hecho de que los secuestradores habían amenazado a los niños para que nada contasen sobre la situación de las mujeres, y a este respecto el TS en su sentencia del 17 de abril de 2009 (RJ 2009/406) estableció que “la condición es un plus desde el punto de vista de la antijuridicidad, que no puede confundirse con la obligación de silencio cuyo incumplimiento por la víctima podría desencadenar la realización del mal con el que se ha amenazado. La condición, en fin, no puede identificarse con el deber de silencio, pues en eso consiste precisamente la afectación de la capacidad de motivación de la víctima”. Por lo que no sería de aplicación el apartado primero del artículo 169.

Mientras que para la consumación del mismo, al tratarse de un delito de simple actividad, de expresión o de peligro se consuma con la llegada del anuncio a su destinatario, como ha venido estableciendo la jurisprudencia en las sentencias del TS del 23 de mayo de 1989 (RJ 1989/1677) o la del 13 de junio de 2003 (RJ 2003/889).

Es necesario tener en cuenta que la LO 1/2015 del 30 de marzo ha suprimido las faltas de amenazas que ahora son un delito leve de amenazas contemplado en el artículo 171.7 del CP, no obstante, tampoco resultan de aplicación al caso ya que siguiendo la lógica jurídica la

---

<sup>63</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...op. cit.*, p.200; también en este sentido GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.300.

diferencia seguirá siendo la gravedad de la amenaza, y que en atención a las personas intervinientes, los sujetos amenazados son menores que se ven solos en un país que no conocen, y la situación sufrida, su madre ha sido raptada y obligada a ejercer la prostitución, parece claro que no se contemplan como leves amenazas, ya que estas se presentan como graves, serias y creíbles.

Una vez analizados los hechos, además de un delito de acoso, la situación vivida por los menores integra una serie de elementos que hacen preguntarnos si ha tenido lugar el delito de acoso, ya que los niños son perseguidos por la calle y reciben llamadas constantes con amenazas para que no cuenten lo ocurrido. Así, siguiendo con los cambios traídos a raíz de dicha Ley Orgánica, nos encontramos con esta nueva figura delictiva, y es el delito de acoso reiterado e ilegítimo o *stalking* regulado en el artículo 172 ter del CP.

Según el preámbulo de la misma ley, son todos aquellos supuestos en los que, in llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas), o el empleo directo de la violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento.

Tal como se desprende del precepto se castiga el hecho de acosar, hablamos de un patrón de conducta típica<sup>64</sup> que altere gravemente el desarrollo de la vida del sujeto pasivo en atención a las siguientes conductas contempladas en el artículo: “1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física. 2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. 3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella. 4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella. Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.”.

Ahora bien, como hemos visto, amenazar consiste en el anuncio del padecimiento de un mal a una persona y el bien jurídico aquí afectado es la libertad de la víctima, entendida como el derecho a comportarse y moverse libremente sin la intimidación que pone una amenaza

---

<sup>64</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El proyecto delito de acecho: incriminación del *stalking* en el derecho penal español”, *Cuadernos de política criminal*, nº109, 2013, p.26.

proferida. Parte de la doctrina<sup>65</sup> entiende que el delito de amenaza también tiene como objeto la tutela de la seguridad, punto en común con el *stalking*.

No obstante, pese a dichos puntos en común, la jurisprudencia exige unos requisitos para la apreciación de amenazas que difícilmente se encontrarán en la mayoría de los casos de *stalking*. El primero de ellos se refiere al anuncio del mal. El Tribunal Supremo en su sentencia del 25 de octubre de 2012 (RJ 2012/11312) exige “una conducta del agente integrada por expresiones o actos idóneos para violentar el ánimo del sujeto pasivo, intimidándole con la comunicación de un mal injusto, determinado y posible, de realización más o menos inmediata, que depende exclusivamente de la voluntad del sujeto activo; que la expresión de dicho propósito por parte del agente sea serio, firme y creíble, atendiendo a las circunstancias concurrentes”.

El *stalking* puede tener carácter intimidatorio pero éste difícilmente se concretará en expresión alguna de un mal determinado sino que estará constituido por el conjunto de actos de acecho a la víctima, actos que de ser individualmente considerados, serían socialmente aceptables. Siguiendo con VILLACAMPA ESTIARTE<sup>66</sup>, supuestos en los que la conducta del *stalker* sea agobiante y coartadora de la libertad de la víctima pero no intimidatorias quedan fuera del delito de amenazas. En definitiva, en las amenazas es necesaria la existencia del dolo, la voluntad del sujeto de intimidar a la víctima, mientras que el *stalker* lo que busca es la comunicación o proximidad con la víctima, no atemorizarla, por lo que no será de aplicación en el caso.

Finalmente, comentar que aunque los secuestradores se preocuparon por alimentar a los menores esto no se considera como un atenuante según lo dispuesto en el artículo 21 del CP: “1.ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos. 2.ª La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior. 3.ª La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante. 4.ª La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades. 5.ª La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral. 6.ª La dilación extraordinaria e

---

<sup>65</sup> En este sentido TS en la sentencia del 12 de junio de 2000 (RJ 2000/5254), que afirmó que “las amenazas lesionan los bienes de la libertad y de la tranquilidad.

<sup>66</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Stalking y derecho penal: relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Iustel, Madrid, 2009, p.15.

indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa. 7.<sup>a</sup> Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.”

### 5.1.2 Conclusión

A raíz del estudio realizado anteriormente, podemos concluir que Abdul-Azim, Abdul-Ali y Abdul-Hadi son coautores de un delito de amenazas frente a los hijos de Aminah, ya que los tres participaron por igual y recordando el artículo 28 del CP serán considerados autores los que realicen los hechos de forma conjunta entre otras formas. Si bien cabrá preguntarse sobre la aplicación de la regla contenida en el artículo 74.1 CP<sup>67</sup> sobre la continuidad, ya que las amenazas se realizaron durante seis meses ya que empezaron antes de secuestrar a las mujeres, y se prolongaron durante todo su cautiverio.

En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo del 13 de julio de 2009 (RJ 2009/755) matiza “que la insistencia o reiteración en la amenaza no hace nacer tantos delitos, como actos intimidantes se ejecutan. El bien jurídico lesionado es el mismo y la repetición, naturaleza, intensidad o gravedad de las amenazas dan lugar a la aplicación de uno u otro tipo delictivo (uno solo) de los que regulan este delito, pudiendo tener su reflejo, en cualquier caso, en la individualización de la pena», de manera que “un nuevo delito de amenazas sólo puede cometerse, cuando las amenazas soportadas por un tercero son denunciadas y se configura de forma irreversible el objeto procesal sobre el que recaerá la cognitio judicial. Hasta ese momento las amenazas, como delito de simple actividad, integrarán un solo delito”.

Sin embargo, existe una disparidad de criterios tanto en el Tribunal Supremo como en las Audiencias Provinciales, así todos los comportamientos encaminados a obtener un mismo fin de sometimiento, aun cuando sea de manifestación deferida o sucesiva, han de incardinarse en un único delito de amenazas, y no en tantos como actos concretos de amenazas se hayan realizado<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> “Artículo 74: 1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.”

<sup>68</sup> CARREÑO AGUADO, J.A., “¿Amenazas continuadas o delito continuado? Reflexión acerca de la aplicación del artículo 74 del CP al delito de amenazas”, *Diario la ley*, n° 7897, 2012, p. 20.

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

Como punto de partida y desde un punto de vista internacional es imprescindible establecer un marco a través de la Convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, la cual entiende como niño, en su artículo primero, a “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad”. En ella, por una parte, se establece que tal como se indica en la Declaración de los Derechos del niño, éste por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

Y por otra, que los Estados respetarán los derechos ahí enunciados y asegurarán su aplicación a cada niño que se encuentre bajo su jurisdicción, al igual que tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que los niños sean protegidos, ya sea de índole administrativa como legislativa entre otras.

A raíz de lo anterior, y entrando en la dimensión legislativa española, en un primer escalón se encuentra el artículo 39 de la CE en su apartado cuarto establece que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”, por lo que se establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección de la familia y de los menores de edad.

En el cumplimiento de lo anterior, el resultado se presenta como la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, que es el marco regulador que garantiza a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que ha servido de referencia a la legislación que las Comunidades Autónomas han ido aprobando de acuerdo con su competencia en materia de asistencia social, servicios sociales y protección pública de menores; se incluyen aquí también las revisiones realizadas en el Código Civil en materia de menores para establecer el marco de regulación general.

Resulta interesante acudir en este caso a los artículos 17 y 18 integrados en esta LO de protección del menor ya que la situación en la que se encuentran los menores del supuesto puede llegar a equipararse a las descritas. En concreto, el artículo 17 recoge los casos de actuación en situaciones de riesgo: “considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley,



sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar (...)

Y a su vez, el artículo 18 recoge las actuaciones en situación de desamparo, y en concreto su apartado segundo establece que “de acuerdo con lo establecido en el artículo 172 y siguientes del código Civil, se considerará situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material (...)

Y en atención a estas situaciones nos encontramos con otra regulación en la Ley 3/2011 de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, también de posible aplicación ya que la familia está instalada en la provincia de A Coruña en el municipio de Arteixo, que en su artículo 49 establece cuales son las situaciones que constituyen situaciones de riesgo y en concreto el apartado “a) la falta de atención física o intelectual de la persona menor de edad por parte de sus padres, madres, tutores, tutoras, guardadores o guardadoras que suponga perjuicio leve para su salud física o emocional, descuido no grave de sus necesidades principales u obstaculización para el ejercicio de sus derechos, cuando se estime, por su naturaleza o la repetición de los episodios, la posibilidad de su persistencia o el agravamiento de sus efectos” y el apartado “d ) Las carencias de todo orden que, no pudiendo ser compensadas adecuadamente en el ámbito familiar, ni impulsadas desde el mismo para su tratamiento a través de los servicios y recursos esenciales y/o normalizadores, puedan propiciar la exclusión social, inadaptación o desamparo de la o el menor”.

Son situaciones similares a las que estaban sufriendo los menores, ya que se veían privados de la atención, los cuidados y el cariño de su madre a causa de los secuestradores, no obstante, parece más lógico buscar la similitud ante una situación de desamparo, ya que el artículo 52 contempla como situación de desamparo el apartado a) el abandono de la persona menor de edad, y es que reiterando el hecho de que fueron esos terceros los que quebraron la unidad familiar y generando esa situación de abandono hacia los pequeños al privarles de su madre, y que en este caso la ley no habla de posibles terceros en las situaciones de desamparo o de peligro, es necesario atender a una cuestión de similitud o analogía.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARÁNZAZU CALZADILLA, M., *La adopción internacional en el derecho español*, Dykinson, Madrid, 2004.
- ARENAS GARCÍA. R./ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional: entre la realidad y el deseo”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm.17, 2009.
- CALVO CARAVACA, A.L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Modificación, revisión, nulidad y conversión de la adopción internacional y la Ley 54/2007 del 28 de diciembre”, *BIMJ*, núm.2073, 2009.
- CALVO CARAVACA, A.L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: el ataque de los clones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2010.
- CAMPUZANO DÍAZ, B., “El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm.1905, 2000.
- CARRASCO ANDRINO, M.M., *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Comares, Granada, 2002.
- CARRASCO ANDRINO, M.M., “Protección penal de la filiación”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-06, 2010.
- CARREÑO AGUADO, J.A., “¿Amenazas continuadas = delito continuado? Reflexión acerca de la aplicación del artículo 74 del CP al delito de amenazas”, *Diario la ley*, núm. 7897, 2012, p. 20.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- DE LA VEGA RUÍZ, J.A ., *Las agresiones familiares en la violencia doméstica*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- DÍAZ MORGADO, C.V., *El delito de trata de seres humanos: su aplicación a la luz del Derecho Internacional y comunitario*, Tesis doctoral de la Universidad de Barcelona, 2014.
- GAVILÁN RUBIO, M., “Delitos relativos a la prostitución y a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Algunas dificultades en la fase de instrucción”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, nº68, 2015.
- GÓMEZ CAMPELO, E., *La Ley 54/2007 de adopción internacional: un texto para el debate*, Reus, Madrid, 2009.

- GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., “La responsabilidad civil en el proceso penal; algunos ejemplos prácticos de su evaluación a través de sentencias de la Audiencia provincial de Albacete”, *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)*, nº3, 1956.
- GRILLON, C./ ROBINSON, O.J./ MATHUR, A./ ERNST, Mº,. “Effect of attention control on sustained attention during induced anxiety”, *Cognition and Emotion*, nº30, 2016.
- GUZMÁN PECES, M., *La adopción internacional. Guía para adoptantes, mediadores y juristas*, La Ley, Madrid, 2007.
- MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, *El cincuentenario del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y el Ministerio de Asuntos Exteriores de España*, Imprenta del Ministerio de asuntos exteriores, Madrid, 2001.
- MORETÓN TOQUERO, M.A., *La suposición de parto, la ocultación y sustitución de niños, y el “tráfico de menores”*, Bosch, Barcelona, 2001.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 20º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- MUÑOZ RUIZ, J., “Recientes adiciones jurisprudenciales en materia de personas criminalmente responsables por delitos de violencia de género”, *Diario La Ley*, núm. 7486, 2010.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “Delitos contra las relaciones de filiación”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (Coord.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “El delito de violencia doméstica habitual (artículo 173.2 del Código Penal)”, en BOLDOVA PASAMAR, M.A; RUEDA MARTÍN, M.A (Coords.) *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.A/ LÓPEZ SUÁREZ, M.A/ LEGERÉN MOLINA, A/MONTANOS FERRÍN, E/ CEBREIROS ÁLVAREZ, E/ CÁMARA RUIZ, J/ GAYÁN RODRÍGUEZ, E.M/ FERREIRO GALGUERA, J/ GARCIMARTÍN MONTERO, M.C/ DE DIOS VIÉITEZ, M.V/ RAPOSO ARCEO, J.J., *Protección jurídica de la persona, tolerancia y libertad*, Civitas, Navarra, 2010.
- PRATS CANUT, J.M., “Delitos contra las relaciones familiares”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Elcano, Barcelona, 2005.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal. Parte Especial*, 6º ed., Atelier, Barcelona, 2010.

- REQUEJO NAVEROS, M.A., “El delito de trata de seres humanos en el Código Penal español: panorama general y compromisos internacionales de regulación”, en ALCÁCER GUIRAO, R; MARTÍN LORENZO, M; VALLE MARISCAL DE GANTE, M, (Coords.), *La trata de seres humanos: persecución penal y protección de la víctima*, Edisofer, Madrid, 2015.
- RICHARDSEN, A.M./ y BURKE, R.J., “ Occupational stress and job satisfaction among physicians: sex differences”, *Social Science & Medicine*, nº 10, 1991.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular”, en TRUJILLO PÉREZ, A. J. y ORTEGA TEROL, J.M (Coords.) *Inmigración y asilo. Problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva Ley*, Sequitur, Madrid, 2010.
- SANTOLAYA MACHETTI, P., *El derecho de asilo en la Constitución Española*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “Art. 221”, en COBO DEL ROSAL, M, (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo VII, Edersa, Madrid, 1999
- TORROJA MATEU, H., *La asistencia humanitaria en la Organización de las Naciones Unidas*, Atelier, Barcelona, 2004.
- VERDADERA IZQUIERDO, B., “La declaración de idoneidad en la Ley de Adopción Internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre)”, *Actualidad Civil*, núm. 10, 2009.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Stalking y derecho penal: relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Iustel, Madrid, 2009.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El proyecto delito de acecho: incriminación del *stalking* en el derecho penal español”, *Cuadernos de política criminal*, núm.109, 2013.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015”, *Diario La Ley*, núm. 8554, 2015.

## **ANEXO I: Apéndice jurisprudencial**

### **Sentencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos**

Sentencia del 17 de diciembre de 1996, nº 25964/94, *Caso Ahmed v. Austria*

Sentencia del 11 de julio de 2000, nº40035/98, *Caso Jabari v. Turquía*

Sentencia del 6 de marzo de 2001, nº45276/99, *Caso Hilal v. Reino Unido*

Sentencia del 15 de noviembre de 1996, nº22414/93, *Caso Chahal v. Reino Unido*

Sentencia 28 de noviembre de 1996, nº23366/94, *Caso Nsona v. Países Bajos*

### **Sentencias del Tribunal Supremo**

STS 29 de enero de 1988 (RJ 1988/13423)

STS 15 de abril de 1988 (RJ 1988/3080)

STS 11 de octubre de 2012 (RJ 2012/748)

STS 25 de mayo de 2005 (RJ 2005/1028)

STS 10 de octubre de 2011 (RJ 2009/3933)

STS 10 de diciembre de 2015 (RJ 2015/1699)

STS 16 de marzo de 2016 (RJ 2015/2563)

STS 30 de diciembre de 2009 (RJ 2010/3022)

STS 23 de septiembre de 2014 (RJ 2014/3818)

STS 24 de septiembre de 2014 (RJ 2014/3817)

STS 24 de abril de 2014 (RJ 2013/153)

STS 6 de junio de 1980 (RJ 1980/4152)

STS 29 de junio de 2000 (RJ 2000/5792)

STS 16 de marzo del 2002 (RJ 2000/6380)

STS 16 de mayo de 2002 (RJ 2002/6823)

STS 18 de diciembre de 2003 (RJ 2003/1750)

STS 28 de enero de 2014 (RJ 2014/17)

STS 13 de mayo de 2015 (RJ 2014/1084)

STS 30 de enero de 2004 (RJ 2002/2205)

STS 21 de enero de 2005 (RJ 2005/5)

STS 13 de julio de 2009 (RJ 2009/755)

**Sentencias de las Audiencias Provinciales**

SAP de Vizcaya del 13 de enero de 2005 (JUR 2005/79326)

SAP de La Coruña del 16 de octubre de 2002 (JUR 2002/24)

SAP de Castellón del 20 de septiembre de 2007 (JUR 2007/384)

SAP de Barcelona del 6 de febrero de 2013 (JUR 2013/1056)

SAP de Madrid del 11 de diciembre de 2013 (JUR 2013/285)

## **ANEXO II: Normativa tomada en consideración**

- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. Instrumento de Adhesión de España.
- Protocolo de Nueva York del 31 de enero de 1967 sobre el estatuto de los refugiados.
- Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.
- Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea.
- Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de los nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.
- Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.
- Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.
- Constitución Española de 1978.
- Ley 12/2009 reguladora del Derecho de Asilo y la Protección subsidiaria.
- Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de enjuiciamiento Civil, modificada en 2015.
- Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional, modificada en 2015.
- Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, modificada en 2015.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último.
- Ley 2/2006 del derecho civil de Galicia.

- Ley 3/2011 de 30 de junio de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia.
- Decreto 42/2000 que refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia, modificado en 2003.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 1/2004 del 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Real Decreto 557/2011 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, reformada por la Ley Orgánica 2/2009.
- Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(No toda la normativa mencionada ha sido aplicada para resolver el caso, pero si se ha utilizado para explicar conceptos o de dónde provenía la ley española)



## **ANEXO III: Supuesto sobre 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 (CNI) emitió un informe en el que sugería la posible existencia de un riesgo para la Seguridad Nacional. El informe recogía referencias a la relación existente en los noventa entre Abdel Bari y uno de los hermanos de Abu Bakr al-Baghdadi, actual líder del llamado Estado Islámico.

Junto a ellos, viajaba una joven sin su familia, que respondía al nombre de Delilah y que mostraba apariencia de tener 21 años. Sin embargo, esta joven portaba documentación siria, y los datos allí disponibles no se ajustaban a la apariencia física de Delilah. Su pasaporte señalaba que la joven había nacido el 1 de mayo de 2000. También a ella se le había reconocido derecho de asilo. Coincidiendo con esta época, el día 15 de agosto de 2015, la familia García Castro, residente en la provincia de La Coruña, pone a disposición de ACNUR y de las instituciones locales y por ende, europeas, su vivienda y recursos para acoger, proporcionar trabajo y cuidados básicos a la familia de Aminah y a Delilah.

La familia García Castro se compone de José Garcia de 36 años, vecino de La Coruña, funcionario de la Consellería de Política Social de la Xunta de Galicia, y de su esposa María Castro de 33 años, vecina de La Coruña, doctora en el Hospital Teresa Herrera materno infantil de La Coruña. Desde enero de 2010 el matrimonio está a la espera de la concesión de una adopción internacional. Ambos cumplen el requisito de capacidad, pero un Informe de la Xunta de Galicia de marzo de 2013 les declara no idóneos para adoptar. La Xunta alega en su Informe la falta de motivación observada en María para ejercer la patria potestad, así como una actitud pasiva ante las responsabilidades que conllevaría la misma.

María y José consideran que lo anterior no se ajusta a la realidad, ya que María simplemente mostró preocupación por el hecho de sufrir una enfermedad crónica que en

determinados momentos le impide alcanzar el máximo rendimiento, pero no por ello iba a delegar o empeorar el ejercicio de la patria potestad. Por este motivo denunciaron ante el Juzgado de Familia, Juzgado de Primera Instancia número 3 de La Coruña, sito en la Calle Juan Varela de la ciudad, las medidas de protección de menores acordadas en el informe emitido por la Xunta de Galicia en 2013, solicitando además la posibilidad de realizar un nuevo informe sin esperar los 3 años de vigencia de la declaración de idoneidad y de los informes psicosociales emitidos.

A 1 de agosto de 2015, el proceso de adopción en el que estaban inmersos se encuentra paralizado, razón por la cual, María convence a José para hacerse socios de ACNUR. Su pertenencia a esta organización les permite establecer lazos con refugiados sirios, conocer sus condiciones de vida, y lo que más deseaban: conocer niños. Ambos fueron muy bien acogidos en la organización, y sus profesiones les otorgaban respeto por parte de los socios a cargo de la organización en la ciudad, ya que éstos creían que tener a una doctora y a un funcionario de Política Social podría aportar cambios y renovación a la organización. Sin embargo, José no estaba conforme con la decisión tomada por María de abandonar los exigentes exámenes y largas esperas para adoptar y decide continuar con la adopción por otras vías infralegales. Además, su trabajo y experiencia en la Consellería competente en adopciones le facilitaba acceso a información sobre los países con convenio de adopción, sobre las vías más rápidas para conseguirla,...

Así fue que, aprovechando su condición de funcionario y los datos de concedentes de niños en adopción, decide en septiembre de 2015 viajar a Bogotá con el propósito de adoptar ilegalmente un niño de una embarazada en Colombia, a cambio de una compensación económica, usando los medios a su alcance para llevar a cabo el propósito, como falsificación de documentos de identidad. José consigue esquivar las autoridades colombianas y con la complicidad de María simulan en el hospital coruñés el nacimiento. Estos modos de actuar al margen de la ley, generan un estrés elevado en José que comienza a actuar violentamente con María, con golpes frecuentes que hacen que los vecinos el día 20 de octubre llamen a la policía y ésta detenga a José. Al detener a José, la policía detecta una situación extraña con el bebé. De modo que, decide iniciar una investigación.

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

vecinos de Arteixo, de nacionalidad marroquí y con residencia española deciden comenzar a amenazar a los pequeños, mientras se ganan la confianza de la madre y la de Delilah.

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

La confianza de los tres hombres con Aminah y con Delilah aumenta con el paso del tiempo. Pero ellos tenían un objetivo, secuestrar a ambas mujeres, propinarle un trato degradante e introducirlas en el mundo de la prostitución pasados unos meses. Las forzaron a ejercer como tal en el pub de alterne “Eclipse” desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 28 de febrero de 2016. Día en el que la policía hizo una redada en ese local, tras recibir una llamada anónima de un cliente del local al que Aminah le había contado su situación. Durante los días previos al 28 de febrero de 2016, Aminah ve quebrantado su deber de custodia de sus hijos, así como no puede verlos ni comunicarse con ellos. Los niños, por su parte, se ven sometidos a acoso de los secuestradores en la calle, a través de los teléfonos móviles que la familia García Castro les había facilitado, y a amenazas constantes de muerte si hacían público que su madre y Delilah estaban secuestradas en contra de sus respectivas voluntades. Si bien, los secuestradores, se preocupaban de proporcionarles comida durante este tiempo.

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