



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

---

*Derecho de asilo  
y Adopción  
Internacional*  
Trabajo Fin de Grado

Autora: Ana C. Quelle Lloret  
Tutor: Marcos A. López Suárez

---

## ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	p. 2
I. INTRODUCCIÓN .....	p. 3
II. ANTECEDENTES DE HECHO .....	p. 4
<b>1. En relación al derecho de asilo</b> .....	p. 4
<b>2. En relación a la adopción internacional</b> .....	p. 4
<b>3. En relación a las conductas ilícitas</b> .....	p. 5
III. CUESTIONES RELATIVAS AL DERECHO DE ASILO .....	p. 5
<b>1. Procedimiento para la concesión del derecho de asilo</b> .....	p. 5
<i>1.1. Sobre la consideración de Aminah, sus hijos y Delilah como refugiados</i> .....	p. 5
<i>1.2. Sobre el papel de la OAR y ACNUR en el procedimiento de concesión</i> .....	p. 8
<i>1.3. Sobre la solicitud de asilo en Embajadas y Consulados españoles</i> .....	p. 10
<b>2. Reexamen de expediente para Abdel Bari</b> .....	p. 11
<i>2.1. Sobre el riesgo para la seguridad nacional</i> .....	p. 11
<i>2.2. Sobre la necesidad de recomposición de la unidad familiar</i> .....	p. 13
<i>2.3. Problemática en torno al reexamen de expediente</i> .....	p. 13
<b>3. Veracidad de los datos en la documentación aportada por Delilah</b> .....	p. 14
<i>3.1. Sobre la carga de la prueba y los métodos para su comprobación</i> .....	p. 14
<i>3.2. Sobre el especial procedimiento en caso de menores no acompañados</i> .....	p. 16
IV. CUESTIONES RELATIVAS A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL .....	p. 16
<b>1. Fundamentos jurídicos que justifican la no idoneidad de la familia</b>	
<b>García Castro</b> .....	p. 16
<i>1.1. Delimitación preliminar del marco normativo</i> .....	p. 16
<i>1.2. Sobre la declaración de idoneidad</i> .....	p. 18
<i>1.3. Sobre la motivación</i> .....	p. 22
<i>1.4. Sobre la actitud y aptitud para la adopción</i> .....	p. 23
<i>1.5. Sobre las características psicológicas</i> .....	p. 24
<i>1.6. Sobre el estado de salud mental y física</i> .....	p. 25
<b>2. El procedimiento para solicitar un nuevo informe de idoneidad</b> .....	p. 26
V. CUESTIONES RELATIVAS A LAS CONDUCTAS ILÍCITAS .....	p. 28
<b>1. Responsabilidades penales de la familia García Castro respecto a la</b>	
<b>adopción ilegal</b> .....	p. 28
<i>1.1. Sobre el delito de tráfico de niños para su adopción ilegal</i> .....	p. 29
<i>1.2. Sobre el delito de suposición de parto</i> .....	p. 30
<i>1.3. Sobre la especial consumación de estos delitos recogida en el artículo 222CP</i> ....	p. 31
<b>2. La situación que vive el matrimonio de José y María</b> .....	p. 31
<b>3. Efectos jurídicos derivados del “secuestro” de Aminah y Delilah</b> .....	p. 34

<b>4. Delitos respecto de los hijos de Abdel y Aminah</b> .....	p. 37
<b>5. Sobre la salvaguardia jurídica que aportan las leyes de protección de los derechos del niño</b> .....	p. 39
<b>VI. CONCLUSIONES</b> .....	p. 41
<b>1. Conclusiones relativas al derecho de asilo</b> .....	p. 41
1.1. <i>Sobre la concesión del derecho de asilo a Aminah, sus hijos y Delilah</i> .....	p. 41
1.2. <i>Sobre un posible reexamen de expediente para Abdel Bari</i> .....	p. 42
1.3. <i>Sobre la veracidad de la documentación aportada por Delilah</i> .....	p. 43
<b>2. Conclusiones relativas a la adopción internacional</b> .....	p. 43
2.1. <i>Sobre los fundamentos jurídicos que justifican la no idoneidad de la familia García Castro</i> .....	p. 43
2.2. <i>Sobre el procedimiento a seguir para solicitar un nuevo informe de idoneidad</i> .....	p. 44
<b>3. Conclusiones relativas a las conductas ilícitas</b> .....	p. 45
3.1. <i>Sobre las responsabilidades penales de la familia García Castro respecto a la adopción ilegal</i> .....	p. 45
3.2. <i>Sobre la situación que vive el matrimonio de José y María</i> .....	p. 45
3.3. <i>Sobre los efectos jurídicos derivados del “secuestro” de Aminah y Delilah</i> .....	p. 46
3.4. <i>Sobre los delitos respecto de los hijos de Abdel y Aminah</i> .....	p. 46
<b>VII. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	p. 47

#### ABREVIATURAS

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial	CCAA: Comunidades Autónomas
CP: Código Penal	ECAI: Entidad Colaboradora de Adopción Internacional
STS: Sentencia del Tribunal Supremo	CDN: Convención de los derechos del niño
SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial	Núm.: número
SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional	ISSN: Número Internacional Normalizado de Publicaciones Seriadadas
TS: Tribunal Supremo	ACNUR: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
TC: Tribunal Constitucional	ONU: Organización de las Naciones Unidas
RC: Registro Civil	OAR: Oficina de Asilo y Refugio
RTC: Repertorio Tribunal Constitucional	CIAR: Comisión Interministerial de Asilo y Refugio
LO: Ley Orgánica	SSTC: Sentencias del Tribunal Supremo
Cfr.: confrontar	SSAP: Sentencias de la Audiencia Provincial
LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor	SSAN: Sentencias de la Audiencia Nacional
CE: Constitución Española	ECLI: Identificador Europeo de
CC: Código Civil	
ONG: Organización no Gubernamental	

## Jurisprudencia

LAI: Ley 54/2007, de Adopción Internacional

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

ATS: Auto del Tribunal Supremo

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJCE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

SECA: Sistema Europeo Común de Asilo

EURODAC: Sistema Europeo de Identificación dactilar

UE: Unión Europea

CEAR: Comisión Española de Ayuda al arts.: artículos

coords.: coordinadores

et. al: y otros

Cit.: citado

## Refugiado

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos

Vid.: véase

p.: página

pp.: páginas

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Ex art.: en virtud del artículo

FJ: Fundamento Jurídico

INTRESS: Instituto de Trabajo social y de servicios sociales

SATAF: Servicio de Asesoramiento Técnico en el Ámbito de Familia  
SS.: siguientes

UNICEF: Fondo Internacional de Emergencia de Naciones Unidas para la Infancia.

## I. INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo espero aclarar las cuestiones suscitadas en relación al caso práctico “Derecho de asilo y Adopción Internacional”, lo que implica entender la esencia y finalidad de estas dos instituciones. Para ello, he analizado ambas desde un contexto de derecho internacional, para plasmar luego la concreta regulación que rige respecto de las mismas en el ámbito nacional.

Desde el seno de organizaciones como la ONU se va tejiendo una red de protección humanitaria internacional, que ayuda a impedir que los gobiernos de los distintos países puedan llevar a cabo actos atentatorios contra los derechos humanos. Las materias a análisis en este caso están intrínsecamente relacionadas con ese ámbito de protección, si bien, como reflejaré más adelante, el mismo no ofrece unas garantías absolutas de cumplimiento.

La coordinación de la regulación normativa a distinta escala (a nivel autonómico, a nivel nacional, a nivel comunitario en el marco de la UE, o a nivel internacional) presenta como es lógico mayores problemas de eficacia; y aunque la normativa europea sí es de obligado cumplimiento para España, con ella no pueden exigirse obligaciones que recaigan en materias cuya discrecionalidad queda necesariamente amparada bajo la Soberanía de cada Estado; con el problema añadido de que su control y su correcta implantación no son susceptibles de exigencia inmediata.

En este trabajo se ponen de manifiesto algunos de los problemas de coordinación entre esos niveles legislativos en relación a las materias suscitadas, se mencionan las reformas más recientes, los vacíos legales o la dispersión normativa que en ocasiones generan y consecuentemente, las diversas interpretaciones que surgen al respecto desde la jurisprudencia.

Con los datos proporcionados por los antecedentes de hecho, he articulado las distintas posibilidades que este marco jurídico ofrece para la resolución de las situaciones a comentar en el caso planteado, sugiriendo las que a mi modo de entender se adaptan mejor a las circunstancias de cada una de las personas involucradas en el mismo.

## II. ANTECEDENTES DE HECHO

### 1. En relación al derecho de asilo

(1) 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.

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

(3) 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.

(4) Coincidiendo con esta época, el día 15 de agosto de 2015, la familia García Castro, residente en la provincia de A 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.

(5) 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.

### 2. En relación a la adopción internacional

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

(7) 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.

(8) Por este motivo denunciaron ante el Juzgado de Familia, Juzgado de Primera Instancia número 3 de A 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.

(9) A 1 de agosto de 2015, el proceso de adopción en el que estaban inmersos se encuentra paralizado, razón por la cual, María convence a José para hacerse socios de ACNUR. Su pertenencia a esta organización les permite establecer lazos con refugiados sirios, conocer sus condiciones de vida, y

lo que más deseaban: conocer niños. Ambos fueron muy bien acogidos en la organización, y sus profesiones les otorgaban respeto por parte de los socios a cargo de la organización en la ciudad, ya que éstos creían que tener a una doctora y a un funcionario de Política Social podría aportar cambios y renovación a la organización.

### **3. En relación a las conductas ilícitas**

(10) 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.

(11) 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.

(12) 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.

(13) Mientras esto sucedía, en septiembre de 2015, llegaron a 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.

(14) 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.

(15) 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.

(16) 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.

## **III. CUESTIONES RELATIVAS AL DERECHO DE ASILO**

### **1. Procedimiento para la concesión del derecho de asilo**

#### *1.1. Sobre la consideración de Aminah, sus hijos y Delilah como refugiados*

Las dudas respecto de la condición de refugiado y la obligatoriedad de su concesión por parte de los Estados surgen ya desde la doctrina. Son varios los autores que señalan que el concepto de asilo es más amplio que el concepto de refugiado, y que este último se encuentra englobado en el primero. Por ejemplo, DEL VALLE GÁLVEZ apunta al respecto que el asilo se concede de forma discrecional por los Estados, como una garantía provisional para permanecer en el país; independientemente del

posterior reconocimiento de las personas bajo el estatuto del refugiado<sup>1</sup>; GORTÁZAR ROTAECHE señala que la concesión del derecho de asilo territorial se decide al amparo de la Soberanía de cada Estado, mientras que el refugio es una institución jurídica regulada desde el marco internacional, sobre la que pesan ciertas obligaciones que los Estados se han comprometido a respetar con la firma de la Convención de Ginebra<sup>2</sup>; y en consonancia, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES asegura que la Convención de Ginebra no implica el deber de que los estados garanticen un derecho de asilo a todo aquel que lo solicite, sino que fija unas garantías respecto de la institución del refugio, que a lo más puede llegar a obligar a que los Estados cumplan con el principio de no devolución<sup>3</sup>.

Hay que tener en cuenta que la regulación de esta protección internacional viene condicionada por un marco normativo internacional y comunitario, fundamental para interpretar la normativa española.

La base para su desarrollo la sentó la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Convención de Ginebra en adelante), adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas; y su Protocolo adicional sobre el Estatuto de los Refugiados (Protocolo de Nueva York en adelante), que después de ser examinado por la Asamblea General de Las Naciones Unidas, se firmó en Nueva York el 31 de enero de 1967 y entró en vigor el 4 de octubre de ese mismo año.

La Convención de Ginebra se llevó a cabo para dar solución a una situación concreta; establecer un concepto de refugiado para hacer frente a los éxodos producidos a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial en Europa. Esto se pone de manifiesto con las limitaciones geográficas y temporales contenidas de la Convención original, destinada a proteger solo a los europeos que se convirtieran en refugiados antes del 1 de enero de 1951. Más adelante, estos límites fueron eliminados por el protocolo de Nueva York, por la necesidad práctica de seguir protegiendo las nuevas situaciones de refugio que se fueron dando en Europa<sup>4</sup>.

La regulación nacional del derecho de asilo ha ido variando en su esfuerzo por adaptarse a las distintas Directivas surgidas en el seno de la Unión Europea<sup>5</sup>, siendo la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria (ley de asilo en adelante) la norma actual vigente en la materia. Esta ley pretende trasponer en nuestro ordenamiento la Directiva 2003/09, sobre condiciones de acogida de los solicitantes de asilo; la Directiva 2004/83 sobre requisitos para el reconocimiento y el estatuto de refugiado; y la Directiva 2005/85 sobre procedimientos de asilo. Para ello determina el contenido de la protección internacional, considerando que esta se integra por el derecho de asilo y el derecho a la protección subsidiaria.

---

<sup>1</sup> LOPEZ ESCUDERO, M./ MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, J. (coords.), *Derecho Comunitario Material*, McGrawHill, 2000, p. 57.

<sup>2</sup> GORTÁZAR ROTAECHE, C. J.: *Derecho de asilo y "no rechazo" del refugiado*, Dykinson, 1997, p. 148.

<sup>3</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo en la Unión Europea.*, Colex, 2002, p. 19.

<sup>4</sup> España firmó el Instrumento de adhesión a estos dos Tratados en Julio de 1978.

<sup>5</sup> Desde la reunión en 1999 del Consejo Europeo en Tampere para la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, en la Unión Europea se determinó la necesidad de crear un sistema común de asilo (SECA) que se fue desarrollando en dos fases. En la primera (1999-2005), se desarrollaron las Directivas: 2001/55, sobre protección temporal en casos de afluencia masiva (que nunca llegó a usarse por España en la práctica); 2003/9, sobre condiciones de acogida de los solicitantes de asilo; 2004/83, sobre requisitos para el reconocimiento y el estatuto de refugiado; y 2005/85, sobre procedimientos de asilo (todas ellas transpuestas por España); y los Reglamentos Europeos que constituyeron el denominado Sistema de Dublín. Con la incorporación del TFUE por el Tratado de Lisboa en 2007, se establecen nuevas medidas a tomar respecto de las políticas de asilo, para lo que se crean una serie de instrumentos que derogan los adoptados en la primera fase del SECA, son las Directivas: 2011/95, sobre requisitos para el reconocimiento de beneficiarios de protección internacional; 2013/32/UE, sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de protección internacional; 2013/33/UE, sobre normas para la acogida de solicitantes de protección internacional; el reglamento 603/2013/UE relativo a EURODAC y el Reglamento Dublin III. (Vid. VILLAR, S., *La Política de refugiados en la Unión Europea*, consultado el 15 de abril de 2016 en: [http://www.cidob.org/publicaciones/documentacion/dossiers/dossier\\_refugiados/dossier\\_crisis\\_refugiados/la\\_politica\\_de\\_refugiados\\_en\\_la\\_union\\_europea](http://www.cidob.org/publicaciones/documentacion/dossiers/dossier_refugiados/dossier_crisis_refugiados/la_politica_de_refugiados_en_la_union_europea)). Con respecto a los reglamentos no surge ningún problema en nuestro país pues estos son obligatorios y directamente aplicables a todos los Estados Miembros; pero respecto de estas nuevas directivas es destacable que no se encuentran actualmente transpuestas en España a pesar de estar vencido el plazo para su transposición, lo que ha motivado la apertura de un procedimiento sancionador desde la Comisión Europea. (Vid. "Bruselas amenaza con sanciones a España por incumplir tres normativas europeas de asilo" consultada el 20 de abril de 2016 en [http://www.eldiario.es/desalambre/Comision-Europea-advierte-Espana-sancionada\\_0\\_433957044.html](http://www.eldiario.es/desalambre/Comision-Europea-advierte-Espana-sancionada_0_433957044.html)).

Hay que tener en cuenta que para la subsunción de una persona en la categoría de refugiado se sigue la estricta línea marcada por la Convención de Ginebra, que exige fundados temores de persecución por ciertos motivos tasados que no se dan necesariamente en muchos de los flujos de refugiados surgidos en la actualidad. Para considerar a una persona merecedora de protección subsidiaria no se exigen estos motivos, pero sí el riesgo real de sufrir daños graves (definidos estos en el artículo 15 de la Directiva 2004/83/CE).

Al respecto de la definición de estos daños graves la legislación española presenta una diferencia importante, al eliminar la palabra “individuales” en la consideración como daños graves de las amenazas contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno<sup>6</sup>. Esta diferencia es importante para el caso que nos atañe pues ni la situación de Aminah, ni la de sus hijos o la de Delilah encajarían en principio en los supuestos que la Directiva ofrece, ya que el motivo de su persecución reside en la amenaza genérica y permanente que presenta para cualquier civil la situación de conflicto que se vive ahora mismo en Siria.

Desde 2012 ACNUR viene realizando un informe que actualiza cada año sobre la especial situación que se vive en la República Árabe Siria. En él se aclara que la percepción de compartir una opinión política o de afiliación en relación al conflicto se basa a menudo simplemente en el origen del individuo o su presencia en un área determinada; por lo que familias, grupos o pueblos enteros se convierten en objetivo de los grupos armados antigubernamentales y progubernamentales, siendo blanco de bombardeos y múltiples formas de violación de Derechos Humanos. Debido a ello el informe concluye que “el riesgo de sufrir daño es muy real y de ninguna manera es reducido por el hecho de que la persona de interés no pueda ser objeto o expuesta a daño de manera individual”<sup>7</sup>.

De esta manera se caracteriza de forma general la huida de civiles procedentes de Siria como un movimiento de refugiados, y a pesar de que esta clase de informes no tiene fuerza vinculante, la jurisprudencia les otorga una importancia fundamental. Por ejemplo, en la STS de 10 de diciembre de 2015 ([ECLI:ES:TS:2015:5211](#)) se aclara que se ha incurrido en error de derecho al no reconocer el estatuto de refugiada a la solicitante basándose en su declaración, ya que entienden que aunque no exista prueba plena de sus circunstancias, se desvaloriza sin justificación alguna el informe emitido por el ACNUR, que tras evaluar los datos aportados por la solicitante de asilo estima que está incluida en alguno de los grupos de riesgo.

En España, son varias las sentencias que argumentan la correcta categorización de nacionales sirios como beneficiarios de protección subsidiaria a pesar de no considerarlos subsumibles en la categoría de refugiados. Como la SAN de 17 de julio de 2015 ([ECLI:ES:AN:2015:2859](#)) o la STS de 18 de octubre de 2012 ([ECLI:ES:TS:2012:6761](#)), que considera al solicitante merecedor de protección subsidiaria alegando que la situación en Siria ha cambiado, y que si antes no exigía por sí misma dar protección a cualquier persona que proviniese de dicho país; hoy en día la situación de peligro real que se vive en esta región es un hecho notorio<sup>8</sup> merecedor de protección, pues la información al respecto fue ampliamente difundida por todos los medios de comunicación y por numerosas resoluciones y recomendaciones que acerca de esta situación emitieron distintos organismos internacionales.

El TJCE ha entendido que en el ámbito genérico de la protección internacional existen dos regímenes

---

<sup>6</sup> Esto es posible pues tal y como menciona el artículo 3 de la Directiva 2004/83/CE “*Los Estados miembros podrán introducir o mantener normas más favorables para determinar quién reúne los requisitos para ser reconocido como refugiado o persona con derecho a protección subsidiaria, y para determinar el contenido de la protección internacional, siempre que tales normas sean compatibles con la presente Directiva*”. En su artículo 8 esta Directiva deja al arbitrio de los Estados Miembros la decisión de si los solicitantes necesitan protección internacional, pudiendo valorar si en su país de origen hay fundados temores a ser perseguido o un riesgo real de sufrir los daños graves antes descritos y si es razonable esperar que el solicitante se quede en esa parte del país.

<sup>7</sup> ACNUR, *Consideraciones de protección internacional con respecto a las personas que huyen de la República Árabe Siria*, consultado el 15 de abril de 2016 en:

<http://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=v&docid=5600f2174>.

<sup>8</sup> Procesalmente los hechos notorios son aquellos que resultan de innecesaria prueba por gozar de notoriedad absoluta y general (artículo 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

distintos de protección: el estatuto de refugiado y el estatuto que confiere la protección subsidiaria, cuyos ámbitos de protección no deben equipararse, en el sentido de que incluso el cese de uno de estos derechos no impide la concesión del otro. (STJCE 2010/47, de 2 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-175/08, C- 176/08 y C-179/08).

La consideración de Aminah, sus hijos y Delilah como beneficiarios de protección subsidiaria y no como refugiados carece de importancia práctica pues como se establece en la exposición de motivos de la Ley de Asilo, la protección subsidiaria se regula siguiendo las mismas pautas utilizadas con el derecho de asilo: *“a consecuencia lógica de la voluntad de unificar en su práctica totalidad ambos regímenes de protección, atendiendo a que, más allá de las diferencias que puedan existir entre las causas que justifican uno y otro, el propósito común de ambos es que las personas beneficiarias reciban una protección, frente a riesgos para su vida, integridad física o libertad, que no pueden encontrar en sus países de origen”*.

Hay que tener en cuenta que el paso del tiempo ha dado lugar al surgimiento de numerosas situaciones de personas que buscan refugio por razones distintas a las estrictamente contenidas en la Convención de Ginebra. Como razona PEREZ BARRAONA, a pesar de la diferencia existente entre el asilo y el refugio, la aparición de estas nuevas situaciones atípicas ha llevado a una asimilación de ambas instituciones jurídicas<sup>9</sup>.

En este sentido argumenta también MUÑOZ AUNIÓN que la realidad práctica muestra que la mayoría de casos de solicitantes de asilo no se basan en ninguno de los motivos previstos en la Convención de Ginebra. Asegura que la definición de refugiado contenida en ella puede dar lugar a interpretaciones diversas por parte de las distintas autoridades nacionales, pues la misma Comisión Europea ha reconocido que existen divergentes interpretaciones posibles y que no existe además un órgano internacional responsable de asegurar la interpretación del convenio. Concluye así que el término debe interpretarse de manera amplia, entendiendo que las bases para establecer una verdadera definición jurídico internacional del término “refugiado” no se restringen únicamente a los tratados internacionales, sino que debe contarse con la práctica de los estados, la ONU y los estatutos del ACNUR<sup>10</sup>.

Es entendible que se cuestione la virtualidad del Estatuto del Refugiado en nuestros días, pues como asegura SANCHEZ LEGIDO, contemplando literalmente la Convención de Ginebra muchos colectivos de refugiados quedan en una situación dudosa; como en los casos de persecución por razones de género, o cuando la huida se debe a catástrofes naturales o a una situación de pobreza extrema; y como en el caso que nos atañe, cuando la huida se produce por existir en el propio país un grave riesgo para la vida a consecuencia de conflictos armados, violaciones masivas de derechos humanos o situaciones de grave alteración del orden público<sup>11</sup>.

## *1.2. Sobre el papel de la OAR y ACNUR en el procedimiento de concesión*

El reglamento nacional al que debemos acudir para consultar el procedimiento para la concesión del derecho de asilo es el Reglamento de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (reglamento de asilo en adelante)<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> PEREZ BARRAONA, S., *El Estatuto de “Refugiado” en la Convención de Ginebra de 1951*, en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, nº1, 2003, p. 299, consultada el 15 de abril de 2016 en: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero1/perez.pdf>.

<sup>10</sup> MUÑOZ AUNIÓN, A., *La regulación Internacional del Asilo Territorial y la necesidad de reformas para garantizar la Seguridad Humana*, en *Revista de estudios Fronterizos del estrecho de Gibraltar*, 2014, ISSN: 1698-10060, consultada el 15 de abril de 2016 en: <http://rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/16500/REFEG-14-1-MUNOZ-RODIN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

<sup>11</sup> SÁNCHEZ LEGIDO, A., *El Estatuto de los Refugiados 50 años después*, consultado el 17 de abril de 2016 en: <http://www.uclm.es/profesorado/asanchez/webdih/03Materiales/refugiados.txt.doc>.

<sup>12</sup> Debemos acudir al Reglamento de la Ley 5/1984 a pesar de encontrarse esta ya derogada por la actual Ley de asilo (12/2009), pues esta no posee aún un reglamento propio. Mientras este no se elabore, debemos seguir acudiendo al de la ley anterior, con la limitación de poder usarlo solo en tanto a que no contradiga la literalidad de la nueva ley. Lo que sí se ha aprobado ya es el proyecto en el que se desarrollará este futuro reglamento, que tiene previsto transponer a nuestro

Los primeros artículos de este reglamento mencionan el papel ejercido por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (CIAR) y la Oficina de Asilo y Refugio (OAR).

Esta comisión, compuesta por representantes de los Ministerios competentes en asuntos exteriores, es el organismo encargado de examinar los expedientes de asilo y elevar propuestas de resolución al Ministro de Justicia e Interior. Sobre sus recomendaciones el Ministerio del Interior decidirá otorgar o no la protección.

La Oficina de Asilo y Refugio se configura como el soporte material de la secretaría de la CIAR, instruyendo el procedimiento. Notifica a los interesados las resoluciones de las solicitudes, informa sobre los servicios sociales existentes, propone al Ministro de Justicia e Interior las inadmisiones a trámite, y da cuenta periódicamente a la CIAR de las inadmisiones acordadas y de los criterios aplicados. Tiene además el deber de proporcionar los datos relacionados con los solicitantes de asilo al representante de ACNUR en España en un plazo máximo de 24h, como se establece en el artículo 35 de la Convención de Ginebra y en el artículo 6.4 del reglamento de asilo.

El artículo 5 del reglamento de asilo recoge que la administración debe colaborar con ACNUR y demás organizaciones no gubernamentales que tengan entre sus objetivos la ayuda a refugiados, en la elaboración de un folleto con toda información útil para los solicitantes de asilo. Folleto que se encontrará en las dependencias nombradas por ley como lugares de presentación de solicitudes, y que será entregado a los solicitantes en el momento de la informatización de su solicitud para ponerlos en contacto con las organizaciones que consideren oportuno.

Como organismo internacional de las Naciones Unidas, la presencia de ACNUR en España se encuentra garantizada mediante un acuerdo de Sede con el Ministerio de Asuntos Exteriores, a raíz de la adhesión de nuestro país a la Convención de Ginebra. En 1979 se estableció la representación de esta organización en Madrid, al frente de la cual se encuentra un representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. Su función general consiste en velar por una correcta aplicación de la normativa internacional en relación a los refugiados, pudiendo colaborar estrechamente con la Sede de ACNUR en Ginebra, el Bureau para Europa en Bruselas y sus oficinas en el mundo<sup>13</sup>.

El representante de ACNUR en España debe asesorar y trabajar en colaboración con diversas autoridades españolas. Como ya mencioné, con la Oficina de Asilo y Refugio del Ministerio del Interior; pero también con ONG, Colegios de Abogados, instituciones como el Defensor del Pueblo y entidades de la sociedad civil que trabajan en temas de asilo y refugio a nivel nacional e internacional, así como con profesionales del derecho y demás entidades que acudan en busca de información. Asesora también de primera mano a los solicitantes de protección internacional.

Conforme a la ley de asilo, tiene un papel activo a lo largo del procedimiento administrativo de concesión de la condición de refugiado. Se le dedica el capítulo IV “Intervención del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados”; que prevé su intervención en el procedimiento de solicitud, mencionando la necesidad de que este organismo esté presente en las audiencias a la persona solicitante y presente informes que se incluirán en su expediente<sup>14</sup>. También prevé su intervención en la tramitación de la protección internacional, incidiendo en que podrá entrevistarse si así lo desea con los solicitantes y en que se le dará audiencia con carácter previo a las resoluciones de inadmisión a trámite; así como en caso de que la propuesta de resolución de la OAR sea desfavorable o en los casos de tramitación mediante procedimiento de urgencia.

---

ordenamiento algunas de las disposiciones de derecho comunitario de las que, como ya comenté, urge su transposición. (Vid., *Informe al Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de asilo*; consultado el 17 de abril de 2016 en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/gl/Poder-Xudicial/Consello-Xeral-do-Poder-Xudicial/Actividade-do-CXPX/Informes/Informe-al-Proyecto-de-Real-Decreto-por-el-que-se-aprueba-el-Reglamento-de-la-Ley-12-2009--de-30-de-octubre--reguladora-del-Derecho-de-Asilo-y-de-la-proteccion-subsidiaria>).

<sup>13</sup> Página oficial de ACNUR España, consultada el 17 de abril de 2016 en: <http://acnur.es/quienes-somos/acnur-espana>.

<sup>14</sup> ACNUR no está obligado a remitir un informe individualizado de cada petición de asilo. Lo esencial e inexcusable para que se entienda debidamente efectuado el procedimiento administrativo es la comunicación a este organismo de la petición de asilo formulada, pero su informe no es preceptivo, como se pone de manifiesto en la STS de 27 de marzo de 2012 ([ECLI:ES:TS:2012:2352](http://www.poderjudicial.es/sts/contenidos/decisiones/2012/03/27/ST2012-2352)).

La ley de asilo dispone que se debe notificar a la representación de ACNUR en España de todas las peticiones de asilo, pues esta debe valorarlas y emitir una recomendación sobre aquellas que considere merecedoras de protección internacional a las autoridades españolas competentes en la materia. En el artículo 2 del reglamento de asilo se dispone además que el representante de ACNUR en España asistirá a las sesiones de la CIAR con voz pero sin voto.

El posicionamiento de ACNUR ante situaciones específicas, ante las políticas de asilo europeas, o ante los grupos especialmente vulnerables es también relevante. Las recomendaciones y directrices en estas materias<sup>15</sup> son como vimos, tenidas en cuenta por las distintas autoridades judiciales nacionales e internacionales. Además, el artículo 4.2 del Reglamento de asilo establece expresamente que: *“cuando el representante en España del ACNUR solicite al Gobierno español la admisión urgente de un refugiado o refugiados reconocidos bajo su mandato, y que se hallen en situación de alto riesgo en un tercer país, el Ministerio de Asuntos Exteriores, a través de la Misión Diplomática u Oficina Consular española o de otro país en régimen de cooperación, dispondrá lo necesario para la oportuna comprobación de la situación, entrevista del interesado e informar a la CIAR. Dicho Ministerio dispondrá la expedición, en su caso, de visados, títulos de viaje o salvoconductos y cuantas otras gestiones resulten procedentes, según instrucciones de la Dirección General de Asuntos Consulares del Ministerio de Asuntos Exteriores, para facilitar el traslado a España en los términos de los artículos 16 y 29.4 del presente Reglamento”*.

### *1.3. Sobre la solicitud de asilo en Embajadas y Consulados españoles*

El reglamento de asilo regula los requisitos y características del procedimiento de solicitud en su capítulo primero y la tramitación de esta en su capítulo tercero, de forma que no choca con el contenido de la más reciente ley de asilo en la mayoría de sus preceptos, pero sí en uno que debe ser merecedor de especial atención en la resolución del presente caso: la posibilidad de solicitar asilo en Embajadas y Consulados españoles en el extranjero.

Esta posibilidad se recoge en el artículo 4 del reglamento de asilo, más con la actual ley de asilo desaparece la posibilidad de solicitar asilo en estas dependencias. En el artículo 38 de esta ley se establece que, en aquellos casos en los que una persona que no sea nacional del país en el que se encuentre se dirija a las autoridades de estas dependencias alegando un peligro para su integridad física, los embajadores respectivos podrán promover su traslado a España para permitir la presentación de su solicitud conforme al procedimiento previsto para el resto de casos. Así que primero deberá promoverse el traslado del solicitante a España, para iniciar luego los trámites de protección. En la segunda parte de este artículo se establece que *“El Reglamento de desarrollo de esta Ley determinará expresamente las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados de los solicitantes, así como el procedimiento para evaluar las necesidades de traslado a España de los mismos”*; y como esta ley carece de desarrollo reglamentario aún, nos encontramos con una carencia en cuanto al desarrollo de esta nueva hipótesis. Podríamos apoyarnos en el supuesto previsto en el artículo 16 del reglamento de asilo para el traslado a España del solicitante, cuando este se encuentre en una situación de riesgo y hubiese presentado su solicitud desde un tercer país a través de una Misión Diplomática u Oficina Consular, como ocurre en el caso que nos atañe.

Para estos casos el citado artículo dispone que la Oficina de Asilo y Refugio podrá someter el caso a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio para que autorice su traslado durante la instrucción del expediente (previa obtención de visado, salvoconducto o autorización correspondiente tramitada con carácter urgente). De darse el visto bueno por la CIAR, la OAR lo comunicará al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la Dirección General de policía, que dará traslado de dicha comunicación al puesto fronterizo que corresponda.

También se debe tener en cuenta en este punto el ya citado artículo 4.2 del reglamento de asilo, por el cual el Ministerio de Asuntos Exteriores expedirá visados y realizará las demás gestiones necesarias

---

<sup>15</sup> Folleto institucional de ACNUR; consultado el 20 de abril de 2016 en: [http://www.acnur.es/PDF/acnurespana\\_folleto\\_institucional2013\\_20130205110456.pdf](http://www.acnur.es/PDF/acnurespana_folleto_institucional2013_20130205110456.pdf).

para facilitar el traslado cuando el representante en España del ACNUR solicite al gobierno la admisión urgente de refugiados bajo su mandato que se hallen en situación de alto riesgo en un tercer país, como ocurre en el caso que nos ocupa<sup>16</sup>.

Hay que tener en cuenta que la ley de asilo aclara en su artículo 38 que se llevará a cabo el traslado a España “para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta ley” por lo que se entiende que una vez en España debería iniciarse el procedimiento de presentación de solicitud, para el cual el artículo 8 del reglamento de asilo prevé un plazo de un mes, debiendo presentarse la solicitud mediante comparecencia personal en las dependencias autorizadas al efecto por el artículo 4 de este mismo reglamento (Oficina de Asilo y Refugio, Oficinas de extranjeros o comisarías de policía señaladas mediante Orden del Ministro de Justicia e Interior).

La solicitud se formalizará mediante la cumplimentación y firma del correspondiente formulario por el solicitante, que deberá exponer de forma detallada los hechos, datos o alegaciones en que fundamente su pretensión. El citado artículo 8 señala además que los solicitantes de asilo que se encuentren en territorio nacional tendrán derecho a intérprete y asistencia letrada para la formalización de su solicitud y durante todo el procedimiento.

Una vez alcanzada una resolución favorable sobre la petición de asilo en España por parte del Ministro de Justicia e Interior, esta supondrá, como se establece en el artículo 29 del reglamento de asilo, el reconocimiento de la condición de refugiado conforme a la Convención de Ginebra. La autoridad competente expedirá entonces un documento de identidad que habilitará al refugiado para residir en España y desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con la legislación vigente, en tanto persista su condición de refugiado.

## **2. Reexamen de expediente para Abdel Bari**

### *2.1. Sobre el riesgo para la seguridad nacional*

El artículo 32 de la Convención de Ginebra regula la expulsión de los refugiados solo en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. Se ha aclarado repetidamente por la jurisprudencia que “se deberá permitir al refugiado presentar pruebas exculpatorias, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente” con la excepción de que se opongán a ello razones imperiosas de seguridad nacional (STC de 31 de enero -RTC 24\2000- y sus precedentes SSTC de 22 de marzo -RTC 94\1993- y de 20 de julio -RTC 242\1994-).

Esto es así porque los refugiados gozan de una prohibición de expulsión y devolución conocida como principio de “non refoulement” (no devolución), pero en el artículo 33 de esta convención se establece que no podrá invocarse este principio “el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra<sup>17</sup>”.

---

<sup>16</sup> En este sentido se pronuncia la CEAR en su Informe de 2015: *Las personas refugiadas en España y Europa. Resumen ejecutivo* (p. 17), proponiendo reformar la Ley de Asilo para incluir las condiciones de acceso al procedimiento en las Misiones Diplomáticas españolas (embajadas y consulados). Inciden en que con la legislación actual las personas necesitadas de protección internacional solo tienen la posibilidad de acceder a un visado para solicitar asilo y en que este queda supeditado a la discrecionalidad de los funcionarios consulares. Mencionan concretamente que se hace necesaria la definición en la ley de las condiciones de acceso a la protección y que es importante que se mantenga la posibilidad recogida en el reglamento de asilo de traslado urgente a España a propuesta de ACNUR en los casos que los refugiados reconocidos por esta organización se encuentren en situación de alto riesgo o desprotección en un tercer país. (Consultado el 20 de abril de 2016 en: <http://www.cear.es/wp-content/uploads/2015/06/Resumen-Ejecutivo-Informe-20151.pdf>).

<sup>17</sup> Para analizar la incidencia del principio de “non-refoulement” es de singular interés la STS del 5 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8195). En ella se considera correcto no aplicar este principio debido a la implicación del solicitante sirio en actividades terroristas; a pesar de que este alega que precisamente por haber sido condenado en España como autor de un delito de integración en organización terrorista, volver a su país implicaría ser considerado islamista, torturado y maltratado. La sala decide mayoritariamente que resulta correcto que la resolución denegatoria de asilo no se pronuncie sobre este principio, pero únicamente en base a que previamente se había dictado una resolución de expulsión en un procedimiento de extranjería, donde ya se había suscitado la cuestión de aplicación del citado principio. Llama la atención que incluso bajo estas circunstancias la Sentencia cuenta con un Voto Particular que considera que la previa tramitación de un expediente de expulsión no constituye un pretexto válido para que no se tenga en cuenta el reconocimiento del principio de no devo-

En cuanto a la ley de asilo, recoge el peligro para la seguridad de España bajo razones fundadas como motivo de denegación del derecho de asilo en su artículo 9, y de denegación del derecho a la protección subsidiaria en su artículo 12.

La STS de 17 de diciembre de 2009 ([ECLI:ES:TS:2009:7726](#)) confirma la denegación de asilo a un miembro activo de una organización terrorista por considerar que constituye un peligro para la seguridad del Estado español. La STS de 2 de octubre de 2008 ([ECLI:ES:TS:2008:5647](#)) dispone al respecto que no es necesario acreditar mediante una prueba plena y acabada que el recurrente pertenece a una organización terrorista, pues ello corresponde a otra jurisdicción, por lo que de lo que se trata es de determinar si concurren "razones fundadas" de constituir un peligro para la seguridad nacional.

Argumenta esta sentencia que estas razones han de ser convincentes y valoradas con cautela, y que vienen "representadas 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". A continuación, se aclara que esta peligrosidad no se plasma en un riesgo potencial y abstracto, sino en un peligro concreto derivado de la presencia en territorio nacional del titular del derecho de asilo al que se revoca esa concesión inicial.

Incide especialmente esta sentencia en que la salvaguarda de la seguridad nacional constituye una exigencia elemental de cualquier Estado democrático, por lo que puede suponer una restricción necesaria a ciertos derechos fundamentales. A estos efectos menciona la STC 236/2007, de 7 de noviembre, con cita del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos de 1966 y del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950, si bien a propósito de derechos fundamentales, y no del derecho de asilo<sup>18</sup>.

Como vemos, no basta para constituir un peligro para la seguridad el carácter terrorista o no de la organización a la que el solicitante del caso pertenece, pues lo relevante es valorar el peligro que el titular del derecho de asilo pueda suponer para la concreta seguridad nacional, bien por sus actividades individuales como por las desarrolladas en el seno de una organización y puestas de relieve en informes, u otros medios que puedan ser considerados como "razones fundadas".

En el caso desarrollado por la sentencia comentada, se contaba con el informe del Centro Nacional de Inteligencia que demostraba que el solicitante había trabajado para uno de los detenidos a raíz de los

---

lución, que implicaría que en ningún caso la expulsión de España determinase un regreso forzado a Siria o a otro tercer país que no ofrezca garantías de pleno respeto para su vida e integridad física o moral: "(...) *considero que la tramitación de un previo expediente de expulsión no constituye un óbice procesal ni material que impida ahora el examen de la cuestión que se nos suscita referida al reconocimiento del principio de no devolución y por ende el otorgamiento de la tutela judicial que solicita en este proceso. Y ello es así puesto que es el criterio seguido por la Sala en precedentes asuntos en los que una orden de expulsión no ha impedido el examen de la solicitud de asilo y la protección subsidiaria, y ninguna norma dispone la inviabilidad de la solicitud de asilo y protección subsidiaria cuando se haya tramitado una orden de expulsión. En mi criterio, la Sala debía examinar si concurrían los presupuestos para acceder a la aplicación del principio de no devolución y extraer las consecuencias que impone el Derecho Internacional en relación con la protección frente a la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Esto es, con arreglo a la jurisprudencia y los razonamientos expuestos reconocer la procedencia de la aplicación del principio de no devolución, que consiste, en suma, en ordenar que en ningún caso la expulsión de España determine el regreso forzado a Siria, por ser esta una consecuencia obvia del sistema de protección de derechos fundamentales del que España y la Unión Europea son parte y que se ha explicado cumplidamente*" (Voto Particular; Octavo).

<sup>18</sup> El derecho de asilo no está configurado en las constituciones de los Estados Miembros como un derecho fundamental. La normativa internacional configura este derecho más como una cuestión interna de cada Estado que como un derecho fundamental por encima del de los Estados particulares. (Vid., MUÑÓN AUNIÓN, A. *La política común europea del derecho de asilo*, Tirant lo blanch, 2006, p. 14). El derecho de asilo sí se recoge en la DUDH adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. En su artículo 14.1 se proclama que "*En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país*". Su consideración como Derecho Humano es importante pero solo implica un componente ético por el que "todos los pueblos y naciones deben esforzarse" como se proclama en el preámbulo de la DUDH. La doctrina reconoce que se trata más bien de "*un derecho del Estado a proporcionar asilo, y no de un derecho del individuo a disfrutarlo, todo lo más a buscarlo*", pues la terminología de este citado artículo denota la voluntad de los Estados de reservarse para sí tal prerrogativa. (Vid., TRUJILLO HERRERA, R. *La Unión Europea y el Derecho de Asilo*, Dykinson, 2003, p. 63).

atentados del 11-S en España por su vinculación con la organización terrorista "Al Qaida". Por esta razón se considera que concurren razones convincentes, fundadas en un relato fáctico coherente, que revelan la peligrosidad concreta del recurrente en caso de permanecer en España.

## 2.2. Sobre la necesidad de recomposición de la unidad familiar

El mantenimiento de la unidad familiar es un derecho reconocido en el artículo 36.1. k) de la ley de asilo a aquellas personas que han sido reconocidas como refugiadas o beneficiarias de la protección subsidiaria en España. Una vez que se sea beneficiario de este derecho, la Representación española del ACNUR, podrá ayudar en los trámites necesarios para llevarlo a cabo.

En su Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de Ginebra y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados<sup>19</sup>, ACNUR argumenta la importancia de la unidad familiar. En su párrafo 181 comienza la argumentación mencionando la Declaración Universal de Derechos Humanos, que afirma que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*.

En el párrafo siguiente se indica que el Acta Final de la Conferencia que aprobó la Convención de Ginebra *“Recomienda a los gobiernos que adopten las medidas necesarias para la protección a la familia del refugiado y especialmente para: 1) Asegurar que se mantenga la unidad de la familia del refugiado, sobre todo en los casos en que el jefe de familia reúna las condiciones necesarias para ser admitido en un país”*.

Como vemos, el derecho a la reunificación familiar está pensado sólo para aquellas personas que gocen de protección internacional. En nuestra ley de asilo, se trata la extensión familiar para los beneficiarios de esta protección en el artículo 40, indicando que *“en ningún caso se concederá protección internacional por extensión familiar a las personas incursas en los supuestos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 8 y en los artículos 9, 11 y 12 de la presente ley”*; que como ya comenté, se refieren a las causas de exclusión o de denegación de protección internacional, entre las que se podría subsumir la relación con grupos terroristas.

## 2.3. Problemática en torno al reexamen de expediente

En el caso que se nos presenta, a Abdel Bari le deniegan en 2015 la solicitud de asilo, y no es hasta 2016 cuando vuelve a presentar una nueva solicitud, alegando un necesario reexamen de expediente.

En este sentido se contempla en el artículo 21.1 de la ley de asilo que el Ministerio del Interior podrá no admitir a trámite una solicitud presentada en puestos fronterizos cuando concurra en alguno de los apartados contemplados en su artículo 20, entre los que figura el supuesto de que *“la persona solicitante hubiese reiterado una solicitud ya denegada en España o presentado una nueva solicitud con otros datos personales, siempre que no se planteen nuevas circunstancias relevantes en cuanto a las condiciones particulares o a la situación del país de origen o de residencia habitual de la persona interesada”*. Se establece a continuación que esta resolución de inadmisión deberá ser notificada al interesado en un plazo máximo de cuatro días, y en el párrafo 4 de ese mismo artículo aclara 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 tanto, desde un plano teórico sería posible que admitieran la nueva petición de Abdel en cuanto alega un nuevo hecho relevante, la persecución por sus viejos amigos por haber manifestado nuevas ideas políticas; y en caso de no hacerlo, este podría instar un reexamen de expediente, aunque no deja de llamar la atención el breve plazo dispuesto para la resolución de este posible reexamen.

---

<sup>19</sup> ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf?view=1>.

En efecto, como muestra la realidad práctica recogida por la histórica sentencia del TEDH de 22 de abril de 2014 (TEDH 2014\23), sobre el asunto AC. y Otros contra España, es común por parte de las autoridades españolas negar de plano la admisión en los casos de solicitud de asilo en puestos fronterizos<sup>20</sup>.

Esto es así porque en la ley de asilo se prevé una singular diferenciación entre las inadmisiones en puestos fronterizos comparadas con las inadmisiones de las solicitudes presentadas en el territorio español.

También se pone esto de manifiesto en la STS de 24 de junio de 2013 ([ECLI:ES:TS:2013:3364](#)), en la que se aclara que cuando se acuerda la inadmisión a trámite por las causas del artículo 21.1.º (entre las que se encuentra el ya mencionado supuesto de volver a presentar una solicitud previamente inadmitida a trámite); y también cuando se acuerda la peculiar modalidad de denegación por la vía acelerada del artículo 21.2.º (aquí encajarían los supuestos de exclusión o de denegación), no se contempla el procedimiento de urgencia previsto en la ley de asilo. Por lo tanto, no es preceptiva la comunicación a la CIAR del expediente ni la posterior intervención del mismo.

La Sentencia recalca que ello sería prácticamente imposible de implementar si se tiene en cuenta el breve plazo de cuatro días que esta ley establece para dictar la resolución correspondiente de inadmisión o denegación, incompatible con las reglas del procedimiento ordinario. Así las cosas, el apartado 2.º del artículo 21 permite denegar directamente el asilo sin una previa declaración a trámite. Las solicitudes de protección internacional sólo serán tramitadas por el procedimiento de urgencia (con la consiguiente intervención de la CIAR, ex art. 25.3) cuando hayan sido formalmente admitidas a trámite, lo que ocurre cuando no hayan sido directamente inadmitidas por la vía del artículo 21.1.º en relación con el 20, o cuando no hayan sido directamente denegadas por la vía del artículo 21.2.º.

Asimismo, la CEAR contempla en el Informe de Resumen Ejecutivo 2015<sup>21</sup>, que los plazos tan reducidos de la admisión a trámite en el procedimiento de frontera y la rapidez en la ejecución de la devolución al país de procedencia en caso de que se rechace la petición, puede impedir que las personas solicitantes tengan una tutela judicial efectiva. Este informe recoge que la presentación de un recurso contra la inadmisión o denegación de la solicitud en frontera no tiene un efecto suspensivo de la devolución, sino que para ello la persona debería solicitar una medida cautelarísima que es denegada en la mayor parte de los casos. Así se explica que el 22 de abril de 2014 el TEDH dictara su ya mencionada sentencia condenando a España por vulnerar el artículo 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

Como se recoge en su informe, fue CEAR quien elevó la cuestión ante este tribunal, presentando treinta recursos contra la devolución de personas de origen saharauí a quienes les habían denegado sus solicitudes de protección internacional a pesar de contar con informe favorable de ACNUR. CEAR solicitó la suspensión de las devoluciones hasta que la Audiencia Nacional se pronunciara sobre tales recursos y como esto no sucedió, llevó el caso ante el TEDH, cuya sentencia asentó la certeza de la crítica que CEAR ha realizado reiteradamente hacia el procedimiento en frontera y las decisiones judiciales demasiado restrictivas en cuanto a la aplicación del principio de “non refoulement”, teniendo en cuenta que los recursos carecen de carácter suspensivo.

### **3. Veracidad de los datos en la documentación aportada por Delilah**

#### *3.1. Sobre la carga de la prueba y los métodos para su comprobación*

En el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, se hace alusión a los

---

<sup>20</sup> La lista de pasos fronterizos recogidos en el apartado 8 del artículo 2 del Reglamento (CE) N° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen) se encuentra publicada en España en el Diario Oficial, y existe disponible una actualización periódica en el sitio web de la Dirección General de Interior. La última actualización publicada en el Diario Oficial es de 18.4.2012 y contempla Barcelona como frontera aérea.

<sup>21</sup> Informe anual de CEAR, consultado el 13 de mayo de 2016 en: <http://www.cear.es/wp-content/uploads/2015/06/Resumen-Ejecutivo-Informe-20151.pdf>.

deberes del solicitante de asilo y la validez de las pruebas presentadas por el mismo.

Su párrafo nº 195 establece que corresponde al solicitante comunicar los hechos pertinentes de su caso, y que el examinador correspondiente será el encargado de decidir sobre la veracidad de estas declaraciones. Se aclara a continuación que a pesar de ser un principio general de derecho que la carga de la prueba incumba al peticionario, en casos de asilo es frecuente que el solicitante no pueda aportar pruebas documentales o de otra clase que puedan apoyar sus declaraciones; (apunta que en muchos casos la persona necesitada de protección llegará con lo más indispensable, incluso sin documentación personal) por lo que el deber de averiguar y evaluar los hechos pertinentes corresponde a la vez a solicitante y examinador. Incide en que el examinador deberá recurrir a todos los medios que tenga a su disposición para conseguir las pruebas necesarias, considerando que es probable que ni siquiera esta investigación tenga siempre éxito y existan declaraciones imposibles de probar. Recalca en estos casos el párrafo nº 202 la importancia de que el examinador se ciña a criterios de justicia y comprensión, pues la conclusión a la que él llegue afectará a vidas humanas.

Tras estas consideraciones, el párrafo nº 197 concluye que el requisito de la prueba no debe aplicarse demasiado estrictamente; contrastando esta afirmación con la de que la falta de pruebas no implica que las afirmaciones no confirmadas deban aceptarse forzosamente como ciertas si no concuerdan con la relación general presentada por el solicitante. Como se pone de manifiesto en la STS de 11 de mayo de 2009 ([ECLI:ES:TS:2009:2781](#)); la SAN de 16 de julio de 2015 ([ECLI:ES:AN:2015:2859](#)), o la STS de 10 de diciembre de 2015 ([ECLI:ES:TS:2015:5211](#)) ; la jurisprudencia española sigue una cierta línea en cuanto a la consideración de los solicitantes de asilo como merecedores de protección, y es la de la importancia concedida a la verosimilitud del relato que estos ofrezcan en cuanto a las razones por las que sufren una persecución amparada bajo protección; sin que sea necesaria una prueba plena de su situación.

En cuanto a la forma en que conseguir esta información, el párrafo nº 199 dispone que generalmente una entrevista inicial es suficiente para considerar la relación de hechos presentada, pero que puede darse el caso en que el examinador deba aclarar discordancias o encontrar explicación a hechos importantes.

Por lo anteriormente expuesto se considera que suele ser necesario conceder al solicitante el beneficio de la duda, pero que este no debe concederse más que cuando se hayan obtenido y comprobado todos los elementos de prueba accesibles y el examinador esté convencido de la credibilidad general del solicitante. Es necesario que las declaraciones del solicitante sean coherentes y verosímiles, y no estar en contradicción con los hechos conocidos.

Se contiene un resumen de las obligaciones de solicitante y el examinador con respecto de este procedimiento de averiguación y evaluación en el párrafo nº 205, considerando que las obligaciones del solicitante son: *“i) decir la verdad y ayudar en todo lo posible al examinador a determinar los hechos del caso; ii) esforzarse por aportar en apoyo de sus declaraciones todos los elementos de prueba disponibles y dar una explicación satisfactoria en los casos de falta de pruebas. Cuando sea necesario, debe esforzarse por obtener medios de prueba complementarios; iii) proporcionar toda la información pertinente acerca de sí mismo y la experiencia por la que ha pasado, con todos los detalles que sean necesarios para que el examinador pueda determinar los hechos pertinentes”*. Habrá que pedirle una explicación coherente de todas sus razones y requerirle que conteste a todas las preguntas que se le planteen.

Por su parte el examinador debe: *“i) procurar que el solicitante exponga su caso con la mayor amplitud posible y con todas las pruebas de que disponga; ii) formarse un juicio acerca del crédito que merezca el solicitante y evaluar las pruebas (si es necesario, concediendo al solicitante el beneficio de la duda), con objeto de determinar los elementos objetivos y subjetivos del caso; iii) contrastar esos elementos con los criterios pertinentes de la Convención de 1951 a fin de llegar a una conclusión correcta respecto de la condición de refugiado del solicitante”*.

Entre los deberes del solicitante con la Administración previstos en el apartado segundo del artículo 18 de la ley de asilo se extrae la obligación de colaborar plenamente con las autoridades para la

acreditación y comprobación de su identidad; y en este contexto, el deber de proporcionar cuantos documentos de prueba que tenga a su alcance. En relación a las solicitudes basadas en documentos falsos o manipulados, el Tribunal supremo se ha pronunciado asegurando que, a falta de una explicación sólida y convincente sobre el porqué de la presentación de documentos falsos, el solo hecho de haberlos utilizado constituye un factor suficiente para la denegación de asilo.

En este sentido se pronuncia la STS de 6 de mayo de 2011 ([ECLI:ES:TS:2011:2537](#)) asegurando que: “La razón verdaderamente determinante de la denegación del asilo fue que los interesados habían aportado documentación falsa (...) obviamente la falsedad e irregularidades de la documentación aportada constituye un dato que por sí solo, dada la gravedad de tal forma de proceder, priva de credibilidad a toda su exposición y justifica la denegación del asilo”.

Asimismo la STS de 31 de octubre de 2011 ([ECLI:ES:TS:2011:7140](#)) asegura: “y habiendo quedado, pues, sin rebatir las razones en que se basó el juicio sobre la falsedad de aquellos documentos, es evidente que el hecho, del que debemos partir, de haberse aportado documentos falsos para sustentar la petición de asilo aquí concernida, y no haberse explicado satisfactoriamente tal forma de actuar, constituye un dato que desvirtúa la credibilidad del relato y permite fundar en él el rechazo de la pretensión de reconocimiento de la condición de refugiado”.

### *3.2. Sobre el especial procedimiento en caso de menores no acompañados*

Respecto al caso de Delilah, es necesario sopesar la posibilidad de que la documentación que aporte sea veraz y nos encontremos ante el caso de una menor no acompañada, con la especial regulación con que este supuesto contaría.

La ley de asilo contempla en su artículo 46 un régimen especial de protección para solicitantes en situación de vulnerabilidad, entre los que menciona a “menores no acompañados”. Su artículo 48 regula estos casos, contemplando en su apartado 2 los supuestos en que la minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad. Se indica al respecto que este hecho se pondrá en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá lo necesario para la determinación de la edad del presunto menor. Se recoge a tal efecto la necesaria colaboración de las instituciones sanitarias oportunas que deberán realizarle las pruebas científicas oportunas con carácter prioritario y urgente<sup>22</sup>.

Si una vez determinada la edad realmente se trata de un menor de edad el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores, y de forma inmediata se adoptarán medidas para asegurar que se nombre un representante que actúe en nombre del menor y le asista con respecto al examen de la solicitud de protección internacional. También se recoge la necesidad de este tutor en el artículo 15 del reglamento de asilo, para el caso de los solicitantes menores de 18 años en situación de desamparo. Según la jurisprudencia, este requisito de desamparo es fundamental para atribuirles el servicio de tutorización legal. (STS de 24 de mayo de 2011, [ECLI:ES:TS:2011:3216](#)).

Asimismo, la jurisprudencia ha matizado que el hecho de que el solicitante de asilo sea menor de edad no significa que este se vea librado automáticamente de la carga que pesa sobre todos los solicitantes de asilo de “proporcionar un relato verosímil de la persecución sufrida mediante la prueba pertinente o indicios suficientes que justificarían el otorgamiento de asilo” como establece la STS de 21 de junio de 2011 ([ECLI:ES:TS:2011:4118](#)).

## IV. CUESTIONES RELATIVAS A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

### **1. Fundamentos jurídicos que justifican la no idoneidad de la familia García Castro**

#### *1.1. Delimitación preliminar del marco normativo*

En relación a la familia García Castro es destacable en primer lugar su vecindad civil gallega, pues se ha de tener en cuenta que algunas Comunidades Autónomas tienen ciertas competencias en materia de derecho civil por atribución del artículo 149.8CE. Este artículo establece que el Estado tiene competen-

---

<sup>22</sup> Se contempla expresamente en el Manual de ACNUR de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado que la negativa a someterse a tal reconocimiento médico no impedirá que se dicte resolución sobre la solicitud de protección internacional.

cia exclusiva en materia de legislación civil “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”.

En cuanto a la figura de la adopción en el derecho civil gallego, esta no aparece previamente regulada ni en la Compilación de Derecho civil especial de Galicia de 2 de diciembre de 1963, ni en la Ley 7/1987 de 10 de noviembre, de integración de la Compilación del Derecho gallego, ni en la derogada Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia<sup>23</sup>. Sí se incluyó en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, pero esta fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por sobrepasar los límites del antes citado artículo 149.8 CE, lo que suspendió la aplicación de los artículos referentes a la adopción<sup>24</sup>.

Esta circunstancia no impide aun así que la institución de la adopción se haya desarrollado en algunos aspectos por otras vías, concretamente a través del artículo 148.20CE, considerándola amparada bajo la materia de “asistencia social”.

El Estatuto de Autonomía gallego recoge la actuación legislativa de nuestra Comunidad Autónoma en el campo de la protección de la infancia, de la familia y de la adolescencia, en los títulos competenciales genéricos de asistencia social y de promoción del desarrollo comunitario (artículo 27, apartados 23º y 24º); y por su parte, el Decreto 195/2003, de 20 de marzo atribuye a la *Consellería* de Familia, Juventud, Deporte y Voluntariado, a través de la Dirección General de Familia, la gestión de la política autonómica en materia de acción social en el sector de la familia, infancia y menores<sup>25</sup>.

La ley autonómica vigente en la materia es la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, que regula la materia relativa a la adopción en Galicia, sin perjuicio de la competencia estatal en aquellos aspectos que sean de su exclusiva competencia.

También contamos en nuestra Comunidad Autónoma con el Decreto 42/2000, de 7 de enero, que refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia. Como se dispone en el mismo, sus objetivos en materia de adopción son: coordinar la actuación de las delegaciones en la declaración de idoneidad de los solicitantes de adopción internacional, y definir la naturaleza y función de los ECAI (Entidades Colaboradoras de adopción internacional) entre otros. Este Decreto fue modificado en algunos aspectos por el Decreto 406/2003, de 29 de octubre, cuyo Título III “Infracciones y sanciones” fue asimismo derogado por la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia.

Debemos tener presente que en el caso de la familia García Castro lo que se pretende llevar a cabo es una adopción internacional; considerada esta como la adopción en que alguna de las partes intervinientes (adoptante o adoptando) presenta un elemento extranjero, bien por su nacionalidad o bien por su residencia habitual. Esto se extrae del artículo 1.2 de La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional (LAI en adelante), que entiende por adopción internacional: “*el vínculo jurídico de filia-*

---

<sup>23</sup> ÁLVAREZ LATA, N. intenta argumentar en su trabajo la existencia de la previa regulación de la institución de adopción en el derecho foral gallego que legitime ahora su desarrollo por el derecho civil gallego (*Vid.*: ÁLVAREZ LATA, N., *Sobre la eventual inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia. Juicio crítico a la luz de los principios del derecho civil gallego (y de la doctrina del tribunal Constitucional)*, Derecho Privado y Constitución, ISSN: 1133-8768. Núm. 22. enero-diciembre 2008, p. 63, consultado el 25 de mayo de 2016 en: <file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-SobreLaEventualInconstitucionalidadDeAlgunosPrecep-2797001.pdf>).

<sup>24</sup> PEÑA LOPEZ, F./ ÁLVAREZ LATA, N., en *Curso de Derecho Civil de Galicia* (BUSTO LAGO J., Dir.), Atelier, 2015, p. 95.

<sup>25</sup> Hay que tener en cuenta que a través del Decreto 129/2015, de 8 de octubre, se reconfigura la estructura orgánica de las *Consellerías* de la Xunta de Galicia; de forma que se suprime la *Consellería* citada anteriormente y se configura la *Consellería* de Política Social, estructurada en 4 órganos directivos: la Secretaría General Técnica; la Dirección General de Familia, Infancia e Dinamización Demográfica; la Dirección General de Inclusión Social; la Dirección General de Personas Mayores y de Personas con Discapacidad; y la Dirección General de Juventud, Participación y Voluntariado, quedando adscrita a esta última la Agencia Gallega de Servicios Sociales. La competencia de tramitación de los procedimientos de adopción queda subsumida en esta *Consellería* de Política Social; bajo la competencia de la Dirección General de Familia, Infancia e Dinamización Demográfica, concretamente articulada a través de la Secretaría General de Familia y Bienestar, como se puede observar en las indicaciones sobre el proceso de adopción indicadas en la página web de esta *Consellería*, consultada el 28 de mayo de 2016 en: <http://politicassocial.xunta.gal/web/portal/o-proceso-de-adopcion1>.

*ción que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos”.*

La LAI es la ley troncal estatal para la regulación de la adopción internacional, recientemente modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia<sup>26</sup>. También contamos en el plano estatal con otras leyes relacionadas con la materia; por ejemplo, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM). Además, para la regulación de la Institución de adopción internacional, existen diversos Instrumentos de Derecho Convencional<sup>27</sup>; que han fijado reglas en las que el interés superior del menor prima sobre cualquier otra consideración; y que como se establece en el artículo 10.2CE, tendrán trascendencia interpretativa de verse afectados derechos fundamentales.

## *1.2. Sobre la declaración de idoneidad*

Para iniciar un proceso de adopción internacional se debe tramitar un expediente administrativo previo ante la entidad pública correspondiente (en el presente caso, la delegación coruñesa de la *Consellería* de Política Social). Como se establece mediante el artículo 90 del Decreto gallego 406/2003: “*Las personas interesadas en adoptar un menor extranjero y residente en un país extranjero deberán formular solicitud de valoración de idoneidad ante la delegación provincial correspondiente a su domicilio*”. El hecho de ser reconocido como persona idónea para la adopción se recoge en el artículo 62 del citado decreto como requisito necesario para poder ser considerado persona adoptante; por lo tanto, vemos que el requisito de la idoneidad aparece como medida previa que debe ser superada antes de proceder a la adopción. Su valoración se lleva a cabo por los equipos técnicos de las delegaciones provinciales, como se establece en el artículo 75 del Decreto 406/2003.

La idoneidad de los solicitantes para adoptar se define el artículo 10 LAI como “*la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción*”. GÓMEZ CAMPELO<sup>28</sup> comenta al respecto que lo que se pretende con esta valoración, más que asegurar una capacidad jurídica, es asegurar una capacidad “social”, pues lo que se busca es que los solicitantes puedan responder y atender las necesidades físicas, psíquicas y sociales de los niños. Para medir estas aptitudes se llevan a cabo valoraciones psicosociales que entre otras cosas tienen en cuenta la aptitud para establecer vínculos estables y seguros o las habilidades educativas ante un

---

<sup>26</sup> Esta ley modifica numerosos preceptos de la LOPJM, el Código Civil y la Ley de Adopción Internacional, en concreto define el concepto de adopción internacional, para incluir los casos de adopciones internacionales sin desplazamiento internacional de los menores; deslinda las competencias entre la Administración estatal y las Administraciones autonómicas; refuerza las previsiones de garantía de las adopciones internacionales señalando que solo podrán realizarse a través de la intermediación de Organismos acreditados y en los casos de países signatarios del Convenio de La Haya; y detalla con mayor claridad las obligaciones de los. Más como se establece en su disposición transitoria 3ª; los expedientes de adopción iniciados con anterioridad a su entrada en vigor (en agosto de 2015) se continuarán tramitando conforme a la legislación vigente en el momento de inicio de expediente. (Vid., *Contenido y novedades de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia*, Actualidad Noticias jurídicas, consultada el 10 de junio de 2016 en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10409-contenido-y-novedades-de-la-ley-26-2015-de-28-de-julio-de-proteccion-a-la-infancia-y-a-la-adolescencia/>).

<sup>27</sup> Podemos destacar la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España mediante instrumento de ratificación de 31 de diciembre de 1990); el Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación internacional en materia de adopción internacional (ratificado por España mediante Instrumento de 1 de agosto de 1995); el Convenio de 19 de octubre de 1996, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (ratificado por España mediante instrumento de 2 de diciembre de 2010); o el Convenio del Consejo de Europa sobre adopción de menores (ratificado por España mediante instrumento de 13 de Julio de 2011). Además, por una parte, existen otros textos en los que España adopta un papel de estado observador, como la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores (La Paz, 24 de mayo de 1984) y la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores (México, 18 de marzo de 1994); y por otra parte, existen diversos Instrumentos bilaterales entre España y países concretos para regular procesos de adopción entre los mismos.

<sup>28</sup> GÓMEZ CAMPELO, E., *La Ley 54/2007 de Adopción Internacional: un texto para el debate*, Reus, 2009, p. 48.

menor. No se debe perder de vista, como defiende ESPINAR VICENTE<sup>29</sup>, que la adopción es un acto jurídico a través del cual se crea un vínculo de parentesco que establece relaciones jurídicamente análogas a las que resultan de la relación paterno-filial; pero el fin de esta institución es sobre todo proteger a aquellos menores que se encuentran en situación de “abandono y desamparo estructural”.

La LAI no contiene una específica mención de las características a tener en cuenta a la hora de valorar la idoneidad, en su artículo 10.4 se recoge que esta estará sujeta a las condiciones, requisitos y limitaciones establecidos en la legislación correspondiente, y el apartado 2 de ese mismo artículo dispone que las entidades públicas procurarán la necesaria coordinación con el fin de homogeneizar los criterios de valoración de la idoneidad. Esto implica una diferente valoración de las circunstancias de idoneidad y no idoneidad en cada una de las diferentes Comunidades Autónomas; lo que se pone de manifiesto, por ejemplo, en la STSJ de Barcelona, de 26 de septiembre de 2012 ([ECLI:ES:TSJCAT:2012:9226](#)), que dispone: “Las diferentes legislaciones autonómicas con normas de distinto rango y nivel, regulan los aspectos a valorar para emitir los certificados de idoneidad, si bien todas ellas deberán ser interpretadas en función de las previsiones del artículo 10 de la Ley 54/2007, posterior y en muchos casos superior en rango legal. De otra parte, es sabido que no cabe fundar un recurso de casación sobre una norma reglamentaria”.

En Galicia, los aspectos a tener en cuenta para la valoración de idoneidad se recogen en el artículo 77 de la Ley 3/2011 de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, y se transponen de forma literal en el artículo 77 del Decreto 42/2000. Estos son: “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)* 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; y d) *Condiciones de salud física y psíquica de los solicitantes que permitan atender correctamente al menor”*.

En cuanto a la limitación de la declaración de idoneidad para un proyecto adoptivo concreto, cabe mencionar que en el artículo 90.2.d) del Decreto 406/2003 dispone que “*en todo caso, el certificado de idoneidad sólo será válido para el país para el que se solicitase*”. En este sentido, la SAP de Valencia de 7 de julio de 2013 ([ECLI:ES:APV:2013:1842](#)) argumenta en contra de la pretensión de la recurrente que en la LAI no se establece la limitación de la idoneidad para un país determinado, aunque se reconoce que esta permite que la legislación autonómica establezca condiciones y limitaciones y prevé, en los apartados 3 y 4 de su artículo 10, que la idoneidad de los adoptantes esté sujeta a tales limitaciones. En el caso expuesto por esta sentencia no se aceptan las alegaciones de la recurrente por considerar que esta no invoca ninguna norma autonómica en la demanda en la que se ampara su pretensión; pero como vemos, sí existiría un precepto en este sentido que alegar en el caso de la legislación gallega.

Habrà que analizar también que el país al que se dirige la solicitud haya ratificado el Convenio de la Haya de 1993<sup>30</sup>, con el objetivo de garantizar que los Estados parte estarán sujetos a una normativa que vele por el interés del niño, que debe encontrarse en todo caso en una situación de *adoptabilidad* (que se encuentre en situación de abandono, sea huérfano o que sobre él exista consentimiento previo de los padres biológicos, y que haya sido además declarado adoptable por una autoridad administrativa tras haber comprobado su situación real)<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> ESPINAR VICENTE, J.M., *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Civitas, 1996, p. 361.

<sup>30</sup> En el supuesto de que el país en el que se pretenda solicitar la adopción de un menor no tuviese firmado protocolo de colaboración o ratificado el Convenio de La Haya, el Decreto gallego 406/2003 de 29 de noviembre contiene en su artículo 92 que se les facilitará a los interesados la dirección e información sobre el organismo oficial al que deben dirigir la solicitud, bien directamente, bien a través de una ECAI debidamente acreditada.

<sup>31</sup> GOMEZ CAMPELO, E. *La Ley 54/2007 de Adopción Internacional: un texto para el debate*, cit., p. 48.

Como se refleja en la normativa recogida, las concreciones sobre la motivación y aptitudes adecuadas, así como las condiciones de salud física y psíquica de los solicitantes no aparecen extensivamente desarrolladas. Por lo tanto, acudiré a doctrina y jurisprudencia para comprender mejor tales cuestiones.

GOMEZ CAMPELO pone de manifiesto al respecto que el principio al que se suele dar prioridad a la hora de valorar la obtención del certificado de idoneidad es el “principio de interés superior del menor” (por encima de los intereses de los padres biológicos, de los padres adoptivos, de las instituciones de acogida y demás), y la consideración de que la familia ofrezca garantías suficientes para la adecuada atención del mismo<sup>32</sup>.

Menciona a continuación la existencia de un criterio general en cuanto a la consideración de los solicitantes como idóneos, surgido tras la reunión de la “Comisión Técnica Inter-Autonómica” organizada por la Dirección General de Protección Jurídica del Menor y la Familia con anterioridad al Convenio de la Haya, cuyo artículo 58 enumera las consideraciones a tener en cuenta para tal efecto, entre las que figuran: “b) *Disfrutar de un estado de salud, física y psíquica, que no dificulte el normal cuidado del menor; e) existencia de una vida familiar estable y activa; h) carencia en las historias personales de episodios que impliquen riesgo para la acogida del menor; o i) flexibilidad de actitudes y adaptabilidad a situaciones nuevas*”.

En la normativa internacional se pone de relieve que la adopción no es un asunto individual que pueda dejarse exclusivamente en manos de los padres biológicos, los tutores legales o los futuros padres adoptivos; es una medida jurídica y social que debe proteger al niño, y, por consiguiente, los Estados que se vean involucrados deberán garantizar en última instancia que la adopción responda al interés superior del niño y respete sus derechos fundamentales<sup>33</sup>.

En cuanto a la importancia del interés superior del menor aclaran BERMEJO CUADRILLERO y CASALILLA GALÁN, que entre las diversas sentencias existen aquellas que le dan al principio de “interés superior del menor” una importancia fundamental sobre el resto de intereses confluyentes; pero que esto supone una apreciación relativa pues muchos tribunales tienden a considerar que el niño puede vivir mejor en nuestro país que en su país de origen, o a darle mayor importancia al derecho de los adoptantes de formar una familia<sup>34</sup>.

Es importante apuntar que el artículo 176CC recoge que “*La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad*”; de lo que puede deducirse que el certificado de idoneidad debe tenerse en cuenta pero que no obliga la decisión del Juez a favor o en contra.

Así se plasma en la jurisprudencia al respecto, que analizaré más adelante, en la que es destacable la disconformidad de las decisiones judiciales con las primeras resoluciones administrativas al entrar a valorar los distintos factores que configuran la concesión o no de idoneidad. Parece que muchas veces existe una comprensión distinta sobre el sentido de la adopción, lo que da lugar a una disparidad entre criterios administrativos y judiciales a la hora de decidir qué valores ponderan con mayor fuerza en la toma de este tipo de decisiones.

Se pronuncian en este sentido BERMEJO CUADRILLERO y CASALILLA GALÁN<sup>35</sup> aclarando que los informes psicosociales de la administración no tienen fuerza en las consideraciones judiciales, solo asesoran; apoyándose esta consideración en que, según se establece en la LEC, todos los medios de prueba se valoran por igual, conforme a las reglas de la “sana crítica”. Esto se pone de manifiesto en numerosa jurisprudencia, por ejemplo, la SAP de Islas Baleares de 25 de junio de 2014 ([ECLI:ES:APIB:2014:1384](#)), dispone que “no se trata de desdeñar uno u otro informe, sino de valorar

<sup>32</sup> GOMEZ CAMPELO, E. *La Ley 54/2007 de Adopción Internacional: un texto para el debate*, cit., p. 50.

<sup>33</sup> UNICEF, *Adopción Internacional*, Innocenti Digest, p. 5, consultada el 19 de mayo de 2016 en: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest4s.pdf>.

<sup>34</sup> BERMEJO CUADRILLERO F./ CASILLA GALÁN J., *La Jurisprudencia Española sobre la No Idoneidad de los Solicitantes de Adopción: Análisis e Implicaciones*, en *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 19, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, 2009, p. 78, consultada el 19 de mayo de 2016 en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=315025340007>.

<sup>35</sup> BERMEJO CUADRILLERO F. / CASILLA GALÁN J., *La Jurisprudencia Española sobre la No Idoneidad de los Solicitantes de Adopción: Análisis e Implicaciones*, cit., p. 78.

ambos (...) según las reglas de la sana crítica”. Asimismo, en la SAP de Valencia de 27 de marzo de 2013 ([ECLI:ES:APV:2013:1793](#)) se pone de relieve “la carencia de fuerza vinculante de los informes psicosociales y su libre valoración por los tribunales conforme a las reglas de la sana crítica (artículo 348 LEC)”.

A pesar de que autónomicamente se regulan los distintos criterios de idoneidad, la normativa no fija cómo debe de hacerse la valoración, por lo que siempre existe un margen de apreciación variable e imprevisible. Como criterio rector, el artículo de análisis de jurisprudencia realizado por los citados autores dispone que en general, las decisiones administrativas suelen ser de carácter predictivo, basadas en criterios técnicos y la aplicación de medidas de protección; mientras que en las decisiones judiciales prima el carácter objetivo basado en criterios de razonabilidad, que exige que los juicios técnicos estén probados suficientemente. Después de analizar todo el informe, se extrae que las decisiones judiciales presentan claramente una actitud más favorable a la hora de declarar la idoneidad.

Sobre el concepto de idoneidad en sí la jurisprudencia presenta más o menos un criterio uniforme, teniendo en cuenta siempre su carácter dinámico, lo que la hace siempre susceptible de cambiar en el tiempo e implica que deba analizarse en un momento concreto y para una situación específica cada vez. En este sentido, cabe destacar el FJ2 de la ya citada SAP de Valencia de 27 de marzo de 2013, en la medida que pone de relieve que la apreciación de la declaración de idoneidad presenta evidentes dificultades pues debe hacerse “sin que las personas que se postulan como adoptantes hubieran tenido oportunidad de demostrar en la práctica su idoneidad (...) porque incide en comportamientos de futuro y por ello no siempre previsibles”; también se pronuncia entonces sobre el principio del interés superior del menor adoptado con prevalencia sobre cualquier otro interés legítimo, considerando que este se concreta en asegurar “las máximas garantías y respecto de los intereses de los menores a adoptar, posibilitando el desarrollo armónico de la personalidad del niño en el contexto de un medio familiar propicio”. En este sentido se menciona que para la valoración de idoneidad se trabaja con factores de riesgo, de modo que cuanto más elevado sea el peso de estos indicadores, más se desaconseja que un menor sea integrado en la familia solicitante.

Existe una crítica generalizada a aquellas resoluciones administrativas que basan la no idoneidad en aspectos de futuro difícilmente constatables, sin haberse detectado causas excluyentes. A tal efecto, se entiende por causas excluyentes las que determinen objetivamente un pronóstico desfavorable atendiendo a criterios de razonabilidad.

Sobre este “pronóstico de futuro” se pronuncia también la citada SAP de Islas Baleares de 25 de junio de 2014, en su FJ1, cuando considera que en el informe “no aparece ningún dato objetivo en contra de la idoneidad para adoptar, tachando los análisis de las informantes de suposiciones, adivinanzas o malos temores de futuro”. Se defiende a la recurrente de la decisión de idoneidad argumentando que esta resolución no estaba suficientemente motivada pues no aclaraba “cuáles son esas garantías que mi representante no garantiza”.

También ronda en la jurisprudencia la idea de que los aspectos positivos pueden compensar algunas limitaciones de los adoptantes. Por ejemplo, las deficiencias de uno de los miembros familiares pueden compensarse por el otro miembro, como se pone de manifiesto en la SAP de Mérida de 8 de febrero de 2013 ([ECLI:ES:APBA:2013:168](#)). En ella se aclara que el niño adoptado “no tiene por qué sentir rechazo, ausencia o carencia de afecto porque su padre, presente todos los fines de semana, no esté en casa los días laborables, lo que no implica ausencia espiritual, al poder la madre con sus palabras paliar y explicar las motivaciones, y, a la postre, conmutar tal ausencia con su actitud”. Aun así, hay que tener en cuenta que en otras sentencias se considera que no existe un buen posicionamiento para la adopción cuando “el proceso de adopción no se tiene interiorizado por parte de ambos”. (SAP de Mérida de 3 de octubre de 2012, [ECLI:ES:APBA:2012:1134](#)).

Entre las causas que se pueden tener en cuenta para la declaración de idoneidad hay que diferenciar entre aquellas causas personales objetivas y las causas personales subjetivas. Dentro de las primeras serviría como ejemplo el padecimiento de una enfermedad, y dentro de las segundas, la presencia de motivación suficiente o no, entre otras. Las segundas cuentan con una mayoría de sentencias judiciales que revocan la no idoneidad declarada por la autoridad administrativa, al considerarse estos “factores

subjetivos” de muy difícil apreciación, clasificándose muchas veces como presunciones de futuro de difícil pronóstico.

En el concreto caso que se nos presenta, ciertos factores están en riesgo de poder fundamentar la apreciación de una posible no idoneidad. Por una parte, se menciona que María Castro presenta una enfermedad crónica que en determinados momentos le impide alcanzar el máximo rendimiento, sin especificar a qué concretos aspectos perjudica o de qué manera le afecta; y por otra parte el informe de no idoneidad de la Xunta se fundamenta en una “falta de motivación” para ejercer la patria potestad, así como una actitud pasiva ante las responsabilidades que conllevaría la misma.

Para enumerar los diferentes aspectos a tener en cuenta a la hora de valorar la idoneidad puede proponerse el modelo doctrinal elaborado por Juan Alonso Casalilla Galán, Fernando Antonio Bermejo Cuadrillero y Asunción Romero González<sup>36</sup> (presentado en el anexo 2), pues este enuncia una serie de aspectos que recogen características y variables para agrupar de alguna manera los diversos enfoques de evaluación usados por la jurisprudencia.

Este modelo ya se usado para ilustrar trabajos en otras Comunidades Autónomas<sup>37</sup>, y parece de gran utilidad en la materia ya que sus autores pretenden recoger en él todas las variables, dimensiones y aspectos que se vienen utilizando como significativos para emitir un juicio en torno a la idoneidad; por lo que lo presentan para ser comprendido desde cualquier concepción teórica de los profesionales que la evalúan.

En él se recoge tanto la perspectiva de los que conciben la idoneidad configurada como un conjunto de características personales de los solicitantes como la de los que la conciben como capacidad-aptitud; añadiendo la idea del proyecto de adopción y crianza como fenómeno que engloba el conjunto de aspectos que los solicitantes construyen cuando deciden en firme adoptar. Para analizar mejor los factores contenidos en este modelo, de entre los cuales considero que alguno podría suponer motivos jurídicos para la no idoneidad de los solicitantes en el presente caso, los iré desarrollando individualmente a continuación.

### 1.3. Sobre la motivación

Este factor ocupa un lugar central en la valoración de los solicitantes, pues es un aspecto determinante en todo lo relacionado con la adopción.

Como motivación se entiende la “causa” del comportamiento. Los técnicos que evalúan la idoneidad deben descifrar las causas y motivos por los que los solicitantes se deciden a adoptar. En el Manual para la valoración de la idoneidad en adopción internacional<sup>38</sup> se aclara que no se trata de valorar la fuerza o intensidad de la motivación, sino la “cualidad y adecuación” de dicha motivación. Entre otras cosas se debe tener en cuenta el origen y la evolución del deseo de ser padres; cómo de importante es el niño en el proyecto personal o familiar, y su deseo individual de participar en la crianza y educación del mismo. Cuando la decisión de adoptar se toma por una pareja, es importante constatar que el proyecto de adopción es común, pues es necesario que “el deseo sea real y se manifieste en ambos solicitantes”.

En el citado manual se plasma la realidad de que la mayor parte de los motivos expresados por quien desea adoptar van a poder considerarse adecuados; pero que tales motivos pueden responder a una verdadera motivación o constituir un discurso manifiesto para esconder otras motivaciones, ocultas porque los solicitantes saben que son inadecuadas; o, algo que ocurre en la mayoría de los casos, porque no son

---

<sup>36</sup> ROMERO GONZÁLEZ, A./ BERMEJO CUADRILLERO, F./ CASILLA GALÁN, J., *Manual Para la Valoración de la Idoneidad en Adopción Internacional*, 2008, Comunidad de Madrid, disponible en: <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application/pdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename=Manual+Idoneidad+Adopci%C3%B3n-2008-Baja+Resoluci%C3%B3n.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1202777722314&ssbinary=true>.

<sup>37</sup> Vid., RIVAS VIEITES, E. (coord.), *La Intervención Pedagógica en la Adopción*, Colección *Perspectiva Pedagógica* N°3, Axac, 2008, p. 36, disponible en: <http://www.apega.org/attachments/article/278/laintervencion.pdf>.

<sup>38</sup> ROMERO GONZÁLEZ, A./ BERMEJO CUADRILLERO, F./ CASILLA GALÁN, J., *Manual Para la Valoración de la Idoneidad en Adopción Internacional*, cit., p. 62.

plenamente conscientes de ellas. Se indica que parte del trabajo profesional de quien valora la idoneidad consiste en ayudar a esclarecer cuales son las causas del ofrecimiento, lo cual no significa que necesariamente haya que desconfiar de los motivos del solicitante y buscar razones ocultas, que muchas veces pueden ser producto de las hipótesis de trabajo del profesional más que de la realidad objetiva.

Existen ciertas motivaciones que pueden considerarse inadecuadas por suponer un riesgo para el menor adoptado una vez que se ha visto cumplido el deseo de tener un niño. El deseo de ser padres debe responder a un “auténtico proyecto” para el hijo adoptivo; por lo que se deben descartar motivaciones presentadas “de manera aislada y preponderante”. Estos son los casos, por ejemplo, del menor que se adopta “porque nos lo aconsejaron”, “para que nos cuide en un futuro”, “para que mi mujer tenga un aliciente y se entretenga ahora que nuestros hijos han abandonado el hogar”, “para tener un heredero”, “para demostrar a mis padres que soy adulto”, o “para ayudar a los niños del tercer mundo”.

Estas son motivaciones más orientadas a hacer prevalecer las necesidades de los solicitantes que las propias del menor adoptado. Asimismo, se deja claro que el deseo de adopción no puede ser consecuencia tampoco de necesidad de autovaloración, deseo de reconocimiento y prestigio social, el intento de aliviar un malestar emocional o la búsqueda de sensaciones con especial énfasis en la excitación, la novedad y el cambio.

Se menciona por último el concepto de “conciencia de familia adoptiva”, lo que hace referencia a que los padres deben ser capaces de integrar en sus vidas a un niño con una historia anterior, siendo capaces de sentirlo como hijo y hacerle sentir como tal.

La circunstancia de una “motivación adecuada” es utilizada en gran medida por la jurisprudencia. Sirva a modo de ejemplo la SAP de A Coruña de 28 de marzo de 2014 ([ECLI:ES:APC:2014:1477](#)), que dispone: “no podemos compartir que no tengan una motivación adecuada al fin en cuestión, aunque así lo haya considerado el equipo técnico (...) resulta aclarado que su interés no es meramente altruista, tipo ONG, que se hayan encaprichado repentinamente con tener un hijo de color, sin ser conscientes de los problemas de adaptación e integración que pueden surgir, y no supieran como van a solucionarlos. Realmente no se ha tratado de algo no meditado ni de un hijo fantaseado. (...) Saben lo que significa ser padre y madre (...) están bien relacionados entre sí e implicados en los deberes y afanes derivados del ejercicio de la patria potestad”.

El peso de la valoración de la motivación se encuentra como vemos relacionado con las capacidades y aptitudes para el ejercicio de la patria potestad. Esto se pone de manifiesto en el FJ1 de la citada SAP de Valencia de 27 de Marzo de 2013, que considera las motivaciones personales como la aspiración de ser padre o madre legítimas y encuadrables en el derecho al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10 CE; y en ese sentido aclara que “dicho deseo evidenciable no debe ser objeto de censura a efectos de idoneidad, siempre que la valoración permita comprobar su capacidad y aptitud para el ejercicio de la patria potestad en los términos contemplados en el artículo 154CC<sup>39</sup> y en el artículo 10.1LAF”.

Con lo anteriormente expuesto se denota que la presencia de motivaciones inadecuadas no invalida por sí sola un proyecto adoptivo, habrá que darles importancia en función de la influencia que tengan en la decisión de adoptar y la medida en que afecten a la situación real de los adoptantes. Puede ser que vayan acompañadas de una clara disposición para ejercer la paternidad/maternidad en un proyecto al que realmente se le da al niño un papel central; por lo que solo deben descartarse las motivaciones inadecuadas presentadas aisladamente y que constituyan una base fundamental de la decisión de adoptar.

#### *1.4. Sobre la actitud y aptitud para la adopción*

En el Manual para la valoración de la idoneidad en adopción internacional<sup>40</sup> se describen las “Actitudes” en torno a la adopción como las percepciones, ideas, creencias y opiniones que los solicitantes tienen ante la misma; y las “Aptitudes” como las habilidades naturales o adquiridas, que en el sentido

<sup>39</sup> El artículo 154CC contempla como deberes y funciones de la patria potestad: “velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”; y “representarlos y administrar sus bienes”.

<sup>40</sup> ROMERO GONZÁLEZ, A./ BERMEJO CUADRILLERO, F./ CASILLA GALÁN, J., *Manual Para la Valoración de la Idoneidad en Adopción Internacional*, cit., pp. 67 y 71.

de la adopción se materializan en: la capacidad de cubrir las necesidades del menor, la capacidad de resolver los problemas que la adopción conlleva, ser conscientes de las propias limitaciones, tener la capacidad de adaptarse a situaciones nuevas y disponer de habilidades y recursos educativos.

Dentro de las Actitudes se englobarían los sentimientos favorables o desfavorables hacia las situaciones que conlleva la adopción de un niño; mientras que las Aptitudes suponen una necesaria habilidad por parte del solicitante. Esta diferenciación es importante pues ilustra que a pesar de que las intenciones de los adoptantes sean buenas se necesita de una actitud activa para ponerlas en práctica.

En el presente caso se comenta que se observó en María Castro una actitud pasiva ante las responsabilidades que conllevaría ejercer la patria potestad.

Como ejemplos concretos de lo que se debe exigir en estos aspectos, el manual contempla la capacidad de establecer vínculos afectivos seguros, y disponer de recursos para poner normas, dar afecto prestar atención y ofrecer comprensión y cuidados; así como actuar como fuente de información y transmisión de valores, para ofrecerle modelos de actuación e identificación en situaciones diversas.

La capacidad educativa se tiene muy en cuenta en este punto, abarcando una actitud activa del adoptante tanto para responder a las demandas y preguntas del niño mostrando atención e interés; como para ser expresivos en la dimensión afectiva y mantener niveles altos de comunicación con los hijos.

La STSJ de Barcelona de 26 de septiembre de 2012 ([ECLI:ES:TSJCAT:2012:9226](#)) asegura que el significado de los términos “adecuación y aptitud” contenidos en el Convenio de la Haya de 1993 se aclaran en el informe explicativo de oficina permanente de la Haya; aclara que “la adecuación supone la capacidad o cumplimiento de los requisitos jurídicos y la aptitud la satisfacción de las cualidades socio psicológicas necesarias en orden a garantizar el éxito de la adopción”.

### *1.5. Sobre las características psicológicas*

En este punto no se trata, como establece el repetidamente citado manual<sup>41</sup>, de evaluar variables psicopatológicas a menos que sea necesario, sino de obtener información sobre aquellas características psicológicas que se ajustan a el patrón de personalidad funcional para la adopción; aclarando una vez más que el peso de estas características en la valoración de los solicitantes dependerá de su concreta significación, la incidencia en la historia personal de cada solicitante y el potencial riesgo que supongan para la incorporación del menor.

Como características psicológicas favorables a la adopción se recogen: la apertura, el altruismo, el asertividad, la capacidad para resolver problemas, la empatía, la flexibilidad, la responsabilidad, la sociabilidad, la tolerancia a la frustración, la estabilidad emocional o la capacidad de establecer vínculos afectivos o de apego; considerándose la dependencia e impulsividad como características desfavorables en contraste.

Es común utilizar el argumento de que los solicitantes poseen un perfil de personalidad normal para apoyar la fundamentación de la idoneidad de estos. En este sentido, la SAP de Alicante de 4 de marzo de 2014 ([ECLI:ES:APA:2014:769](#)) considera a los solicitantes idóneos pues “los informes psicológicos no revelan la existencia de patologías psíquicas”; “se evidencia que cuentan con una estabilidad económica y emocional” y “no tienen ningún rasgo de personalidad que pueda suponer un riesgo para formar una familia adoptiva”.

En la SAP de Barcelona de diciembre de 2012 se le atribuye una importancia extraordinaria al “amparo psíquico”, que como se menciona se ha calificado por algún autor como “la cualidad psíquica de la relación, que requiere en la persona que solicita la adopción una capacidad de conectar, de empatizar con las necesidades emocionales del menor adoptado”.

Para la valoración de las características de personalidad es frecuente que se presente por los solicitantes un informe pericial alternativo al estudio realizado por la administración. Esto ocurre en el caso tratado en la SAP de Barcelona de 24 de julio de 2014 ([ECLI:ES:APB:2012:11638](#)), en la que la actora reali-

---

<sup>41</sup> ROMERO GONZÁLEZ, A./ BERMEJO CUADRILLERO, F./ CASILLA GALÁN, J., *Manual Para la Valoración de la I idoneidad en Adopción Internacional*, cit., p. 76.

za varios test de personalidad de entidades como INTRESS o SATAF; además de presentar el informe de una psicóloga privada. Resulta interesante ver cómo estos informes se contradicen entre ellos, resaltando algunas veces aspectos como su “tendencia perfeccionista en cuanto a la organización y planificación, lo que dificulta la improvisación o el enfoque de situaciones inesperadas”; y otras veces su “adecuado control de las emociones”; o su “capacidad para establecer vínculos de apego y adaptarse a los cambios”.

### *1.6. Sobre el estado de salud mental y física*

La historia médica se menciona en el Manual para la valoración de la idoneidad en adopción internacional<sup>42</sup> como otro de los aspectos importantes en la valoración de los solicitantes de adopción. Respecto a la salud, se trata de determinar la presencia de alguna patología o secuelas físicas o psíquicas que puedan afectar a la crianza del menor o comprometer su futura atención por parte de los adoptantes.

En primer lugar, se menciona el nivel de estrés como factor a tener en cuenta, si este está causando un deterioro importante en el funcionamiento personal, familiar y social de los solicitantes. Es importante descartar al respecto que los solicitantes se encuentren sometidos a un nivel de estrés sostenido, o en su caso confirmar que disponen de los recursos necesarios para su afrontamiento, pues de ser así se añadiría a los retos y dificultades que supone la adopción.

En el citado manual se recomienda que, si dicho estrés está deteriorando claramente el bienestar y la calidad de vida de los solicitantes en el momento de la valoración, será necesario que tomen conciencia de que lo más recomendable es posponer su proyecto adoptivo para más adelante.

Se recoge a continuación una lista de trastornos clasificados en “Enfermedades Físicas”; “Trastornos psiquiátricos”; o “Discapacidades, minusvalías y deficiencias”.

Dentro de las enfermedades físicas que podrían tener relevancia en el presente caso aparecen recogidas las “enfermedades crónicas graves que requieran condiciones de vida especiales”; y entre los trastornos psiquiátricos, que tienen un carácter excluyente de la idoneidad, se mencionan los “trastornos del estado de ánimo”, los “trastornos adaptativos” o los “trastornos de la personalidad”, entre otros.

En todo caso, para valorar el estado de salud es necesario contar con Certificados Médicos, y la presencia de enfermedades o minusvalías se valorará negativamente, pero sin que tengan un carácter excluyente por sí mismas, salvo en caso de las alteraciones psicopatológicas.

Salvo en este último caso, lo importante no es establecer la mera presencia de la enfermedad, sino valorar el grado en que afecta al solicitante, las circunstancias que la rodean y los apoyos con los que cuenta para afrontar las posibles deficiencias. Lo que habrá que entrar a valorar es si la enfermedad es difícilmente compatible con el cuidado y atención del menor; atendiendo a las dificultades que las enfermedades supongan para satisfacer las necesidades que pueda tener el menor, y no tanto, a que puedan ocasionar un efecto negativo y directo sobre la salud del niño.

En este sentido, es de interés mencionar la SAP de Santander de 5 de marzo de 2003 ([ECLI:ES:APS:2003:491](#)), que desestimó el recurso de apelación de la administración hacia la sentencia que revocaba la resolución administrativa de no idoneidad en base a la enfermedad padecida por los solicitantes. En ella se fundamenta la idoneidad de los mismos argumentando que la enfermedad padecida (infección por VIH) no impide proseguir con una vida normal y perfectamente idónea en cuanto a las obligaciones de unos padres adoptivos –de ser debidamente tratada y llevándose a cabo las debidas precauciones - sin que pueda servir como factor determinante de una resolución negativa la previsible evolución de dicha enfermedad. En sentido contrario se argumenta en la citada SAP de Valencia de 27 de marzo de 2013; en la que se alega que el carácter potencialmente estresante y los cambios vitales que supone la adopción se acrecientan por el hecho de que la solicitante esté diagnosticada de un trastorno bipolar tipo II, aun cuando se encuentre tratada y supervisada por el facultativo correspondiente.

---

<sup>42</sup> ROMERO GONZÁLEZ, A./ BERMEJO CUADRILLERO, F./ CASILLA GALÁN, J., *Manual Para la Valoración de la I idoneidad en Adopción Internacional*, cit., p. 90.

## 2. El procedimiento para solicitar un nuevo informe de idoneidad

Con respecto a la posibilidad de presentar una nueva solicitud, en el artículo 81 el Decreto 42/2000, que refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia en Galicia, se recoge que cuando una persona sea declarada no idónea para la adopción, podrá presentar una nueva solicitud transcurridos tres años desde la resolución, en cuyo caso se procederá a realizar una nueva valoración siguiendo el procedimiento ordinario.

La familia García Castro deberá esperar entonces los tres años de vigencia de su resolución de no idoneidad. La única otra vía para conseguir una declaración de idoneidad favorable consistiría en acudir ante los tribunales para recurrir en apelación la resolución de la Dirección General de Familia sobre la no idoneidad, dentro de los 2 meses establecidos para tal efecto en el artículo 780LEC.

Resulta interesante mencionar que en las indicaciones de la Xunta de Galicia en el Portal gallego de adopciones<sup>43</sup> se establece que en caso de adopción nacional se deberá recurrir ante el juzgado de primera instancia correspondiente a su domicilio; pero que, tratándose de Adopción Internacional, deberá acudirse al Juzgado de primera instancia de Santiago de Compostela.

Esta cuestión se trata en la SAP de Lugo de 30 de mayo de 2008 ([ECLI:ES:APLU:2008:546](#)), en la que la Vicepresidencia de Igualdad y Bienestar de la Xunta de Galicia interpone recurso de apelación alegando una falta de competencia territorial del Juzgado. En la Sentencia se desestima el recurso pues se aclara que conforme al artículo 779LEC el domicilio que debe entenderse a todos los efectos de la “Entidad Protectora” es la delegación de Lugo, ante la que se tramitó el expediente adoptivo de adopción internacional. Se considera desproporcionado que se requiera acudir a la sede de la Xunta en Santiago, pues el expediente se tramita en Lugo y a pesar de que la Comunidad Autónoma tenga su sede en una determinada ciudad, también tiene representación en las restantes provincias que componen su ámbito territorial. Por lo tanto, se concluye que se debe fundamentar la correcta competencia territorial del Juzgado a través del artículo 51LEC, que dispone en relación a las personas jurídicas: *“También podrán, ser demandadas en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad”*.

Una vez presentado el recurso el juez procederá a valorar, atendiendo al material probatorio, si los solicitantes reúnen las condiciones necesarias para la adopción. Esta función jurisdiccional, si los adoptantes han sido declarados idóneos, se reduce a la comprobación de requisitos como la capacidad general de los adoptantes específica para el ejercicio de la patria potestad (artículo 175CC), y los consentimientos requeridos por el artículo 177CC, a no ser que concurren circunstancias excepcionales. Sin embargo, si los adoptantes han sido declarados no idóneos y recurren la decisión, el Juez no se encuentra vinculado por la resolución administrativa y tendrá que entrar en el fondo del asunto objeto de litigio<sup>44</sup>.

Hay que tener en cuenta que para este recurso de apelación no es preciso presentar reclamación administrativa previa de conformidad con lo establecido por la LEC. Su artículo 780 contempla que: *“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”*. Se establecen a continuación como legitimados para iniciar tal procedimiento los *“progenitores, tutores, acogedores, guardadores, el Ministerio Fiscal y aquellas personas que expresamente la ley les reconozca tal legitimación”*.

En el apartado dos de este artículo se establece que este procedimiento 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. “y que “en el escrito consignará expresamente la fecha de notificación de la resolución administrativa y manifestará si existen procedimientos relativos a ese menor”*. Además, como establece su apartado 3, deberá aportarse en el plazo de 15 días un testimonio completo del expediente, que el Secretario judicial reclamará a la entidad administrativa. Tras haberlo recibido, se dispone a continua-

<sup>43</sup> Portal gallego de adopciones, consultado el 21 de mayo de 2016 en: <http://adopcions.xunta.es/index.php?idMenu=5&idIdioma=1>.

<sup>44</sup> GUZMÁN PECES, M., *La Adopción Internacional. Guía para adoptantes, mediadores y Juristas*, La Ley, 2007, p. 203.

ción en su apartado 4 que 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 753LEC (los procesos a que se refiere este título se llevan a cabo siguiendo los trámites del juicio verbal, y el Secretario judicial se encargará de dar traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, en un plazo de 20 días).

La reciente Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, introduce cambios con su artículo 4 en este precepto concreto de la LEC, pero no será de aplicación a este caso pues el expediente de la Familia García Castro se inició con anterioridad a su entrada en vigor.

Respecto de la nueva declaración de idoneidad una vez transcurrido el periodo de validez de la misma, en la STS de 24 de marzo de 2014, el Tribunal Supremo ([ECLI:ES:TS:2014:1231](#)) se ha pronunciado considerando que nada impide que en esos tres años de vigencia de la declaración de idoneidad se hayan producido "modificaciones sustanciales en la situación personal y familiar de los solicitantes" que pongan en evidencia la pérdida de la idoneidad declarada. Por lo tanto, se encuentra lógico que la nueva idoneidad deba constatarse por los mismos medios empleados en su primera declaración, o por cualquier otro que pueda servir al efecto.

Se aclara en esta sentencia que en cualquier caso el transcurso de los tres años deja sin efecto la declaración de idoneidad y exige una nueva, con los preceptivos informes psicosociales; poniendo hincapié en que esta nueva declaración no es una mera actualización que se limite a constatar que no haya habido un cambio sustancial de circunstancias objetivas relacionadas con la situación personal y familiar de los solicitantes; sino que debe volver a valorar y constatar todo aquello que fue objeto de evaluación para conceder la primera valoración de idoneidad. Se deja claro además que la segunda valoración no puede ser contradictoria con la anterior, pues esto supondría arbitrariedad administrativa, argumentando que: "si cinco años atrás se valoró positivamente la idoneidad de los solicitantes, y ahora se aprecia que carecen de esta idoneidad, lo cual es perfectamente posible, es lógico que deba darse una explicación razonable".

En este sentido la sentencia contempla que la explicación razonable puede derivar; o bien de que siguiendo unos criterios de valoración homogéneos a los empleados para la primera valoración hay circunstancias relevantes que han cambiado y ponderadas ponen en evidencia la no idoneidad; o bien de que no es posible utilizar los criterios empleados en la primera valoración porque se ha puesto de manifiesto que eran insuficientes, y con arreglo a los ahora empleados los solicitantes son inidóneos<sup>45</sup>.

Con respecto a la apelación de la resolución administrativa de idoneidad en vía judicial, presenta gran conexión con el presente caso la mencionada SAP de A Coruña de 28 de marzo de 2014. En ella, la Xunta presenta recurso de apelación contra la sentencia del juzgado de familia que estima la apelación de los recurrentes declarados inidóneos en un primer momento.

La Xunta alega que los técnicos encargados de la valoración del informe psicosocial habían detectado la motivación inadecuada de los candidatos tras la realización de 5 entrevistas, pero desde la Audiencia Provincial de A Coruña desestiman sus pretensiones y confirman la validez de la sentencia apelada. Basan su argumentación en la discrecionalidad del Juzgado de Familia a la hora de emitir sus propios informes psicosociales; y en vista de que estos parecen adecuados consideran "No podemos compartir que no tengan una motivación adecuada al fin en cuestión, aunque así lo haya considerado el equipo técnico (...) y aunque no puedan adelantar lo que el futuro les vaya a deparar en caso de conseguir una adopción internacional, realmente están dispuestos, y creemos que tienen el interés, la capacidad y habilidades bastantes para poner los medios y solucionar los problemas que puedan surgir".

---

<sup>45</sup> Si una primera valoración estableció la idoneidad para adoptar, la segunda que la deniega debe estar razonablemente motivada, Actualidad Noticias jurídicas (2014) Redacción NJ, consultada el 26 de mayo de 2016 en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3735-si-una-primera-valoracion-establecio-la-idoneidad-para-adoptar-la-segunda-que-la-deniega-debe-estar-razonablemente-motivada/>.

## V. CUESTIONES RELATIVAS A LAS CONDUCTAS ILÍCITAS

### 1. Responsabilidades penales de la familia García Castro respecto a la adopción ilegal

Una adopción internacional ilegal implica consecuencias en los ordenamientos jurídicos de los distintos países que se ven involucrados en ella; lo que suscita un primer interrogante en cuanto a la competencia para su enjuiciamiento.

Para resolver este tipo de controversias existen convenciones internacionales específicas en diversas materias; siendo de interés especial en el presente caso la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño, y el protocolo facultativo de la misma relativo a la venta de Niños, a la Prostitución Infantil y la Utilización de niños en la Pornografía. Existe asimismo una Convención Interamericana sobre tráfico Internacional de menores, pero en ella España solo figura como Estado observador; mientras que en los dos instrumentos citados con anterioridad España y Colombia figuran como Estados Parte.

En el artículo 3.1 del protocolo anteriormente citado se recoge que todo Estado Parte adoptará las medidas necesarias para incluir en su legislación penal las actividades relacionadas con la venta de niños como *“Inducir indebidamente, 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”*.

En su artículo 5.1 se especifica que esta conducta dará lugar a extradición, y que para la extradición entre Estados Partes se considerará que los delitos se han cometido no solo en el lugar dónde ocurrieron sino también en el territorio de los Estados obligados a hacer efectiva su jurisdicción. A tal efecto, el artículo 4 del mismo protocolo, recoge la facultad de los Estados para hacer efectiva su jurisdicción cuando el presunto delincuente sea hallado en su territorio y no sea extraditado a otro Estado Parte por ser este uno de sus nacionales.

Este protocolo puede invocarse como base jurídica para la extradición, aunque en su artículo 2.5 se contempla la posibilidad de que el Estado requerido no desee concederla en razón de la nacionalidad del autor del delito; caso para el que se prevé la obligación del Estado que rechace la solicitud de extradición de enjuiciar el delito cometido por sus respectivas autoridades. En este sentido cabe apuntar que existe un concreto Convenio de Extradición entre el Reino de España y la República de Colombia que recoge en su artículo 2 que ninguna de las partes contratantes podrá ser obligada a entregar a sus propios ciudadanos o nacionales; aunque estas deban comprometerse a perseguir y juzgar conforme a sus respectivas leyes, los delitos cometidos por los nacionales de una parte contra las leyes de la otra<sup>46</sup>.

Como vemos, estos preceptos internacionales requieren de una extensión territorial de la aplicación de la Ley penal española. Extensión que desde el ordenamiento jurídico español se argumenta en base al principio de justicia universal, recogido en el artículo 23.2 LOPJ<sup>47</sup>: *“2. También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos :a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes; b) Que el agraviado o el Mi-*

---

<sup>46</sup> Se recoge asimismo en el artículo que a tal efecto bastaría la oportuna demanda del Estado Parte al respecto, siempre que los delitos se hallen comprendidos en el artículo 3 del mismo Convenio (entre ellos figura el secuestro de personas con fin lucrativo o cualquier otro fin ilícito, como podría considerarse el de constituir una falsa filiación).

<sup>47</sup> Este artículo fue modificado por la LO 1/2014, que reforma los casos para los que estaba prevista la justicia universal, aunque para el caso que se nos presenta sigue estando amparada la extensión de la competencia española. (Vid., *Publicada la Ley Orgánica 1/2014 que reforma la justicia universal*, noticia de Lexnova, consultada el 29 de mayo de 2016 en: <http://www.lexdiario.es/noticias/227065/publicada-la-ley-organica-1-2014-que-reforma-la-justicia-universal>).

nisterio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles; c) *Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.*”

### *1.1. Sobre el delito de tráfico de niños para su adopción ilegal*

Como pone de manifiesto MARTÍNEZ GARCÍA, la filiación está presidida por un interés público no disponible, lo que explica que las relaciones de filiación que surgen por naturaleza o adopción solo puedan ser modificadas conforme a los procedimientos legales existentes; y que quede fuera de consideración la buena voluntad que se tenga de mejorar las condiciones de vida del menor si se le convierte en objeto de mercancía<sup>48</sup>. Aparece concretamente recogido en el artículo 221CP que: *“Los que, mediante compensación económica, entreguen a otra persona un hijo(...) 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”*.

En el caso que se nos presenta la actuación de José y María sería subsumible en el apartado dos del anterior precepto; pues está presente el requisito de mediar compensación económica y la intención es la de establecer una relación análoga a la de filiación. Como explica CARRASCO ANDRINO, nos encontramos ante un delito necesariamente plurisubjetivo, en el que tanto el que entrega como el que recibe son coautores del mismo delito de tráfico<sup>49</sup>. Siguiendo esta línea argumental podríamos considerar a María y a José coautores del mismo delito, pues la recepción del menor se lleva a cabo por ambos. Hay que tener en cuenta que la finalidad de establecer una relación análoga de filiación se da en los dos; y además, vemos como el precepto contempla la figura de un intermediario al que penaliza de la misma forma que al receptor, sin diferenciar la conducta de proceder al intercambio (en el presente caso realizada por José) de la de recepción (realizada por José y María).

Donde sí se diferenciaría la conducta de José es en el hecho de haber aprovechado su condición de funcionario público para la comisión del delito; además del hecho añadido de la falsificación de documentos de identidad.

El Código Penal contempla como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal el hecho de prevalerse el culpable de su carácter público (artículo 22.7CP), pero la aplicación de tal agravante está condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos. Como aclara PORTOMEÑE SEIJAS<sup>50</sup> en su estudio al respecto de la jurisprudencia del TS, esta circunstancia está prevista en algunas ocasiones en el propio tipo penal, como es el caso del delito de falsificación de documentos por parte de funcionarios públicos del artículo 390CP. Del estudio anteriormente mencionado puede extraerse básicamente que los requisitos necesarios para la aplicación de la agravante son que la condición de funcionario no se halle contemplada ya en el propio tipo penal; y que exista un aprovechamiento de los poderes atribuidos al acusado por razón de su cargo, lo que la jurisprudencia interpreta como abuso del carácter público del mismo y no de la concreta función que se desempeñe como funcionario.

Respecto a la actuación de José la agravante de prevalimiento de la función pública podría aplicársele entonces respecto al delito de adopción ilegal antes desarrollado; pero la circunstancia de su aplicación respecto del delito de falsificación presenta más dudas, al recogerse este delito expresamente en el ar-

---

<sup>48</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.et al., *Comentarios Prácticos al Código Penal* (GÓMEZ TOMILLO M., Dir.), Aranzadi, 2016, p. 830.

<sup>49</sup> CARRASCO ANDRINO, M., *Protección Penal de la filiación*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-06, 2010, p. 22, consultada el 1 de junio de 2016 en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-06.pdf>.

<sup>50</sup> PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público del culpable (art. 22.7ª CP) en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Repertorio de Jurisprudencia núm. 9/2001, Aranzadi, 2001.

título 390CP. Ahora bien, en este artículo se trata la falsificación de documentos realizados por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, y no debemos perder de vista que José es funcionario de la *Conselleria* de Política social, por lo que razonablemente se deduce que la expedición de documentos de identidad no se encuentra entre sus funciones administrativas. Así las cosas, no se le podría aplicar este específico tipo penal, pero su actuación sí podría encajarse entonces en la del artículo 392CP, que contempla estas mismas actuaciones cuando son realizadas desde la consideración del culpable como un particular. En este caso sí podríamos aplicarle la agravante de prevalimiento de la función pública, que como vimos no requiere de un abuso específico de unas funciones concretas, con lo que le imputaríamos el delito general de falsificación de documentos públicos del 392CP agravado mediante la circunstancia prevista en el 22.7CP (así se interpretan estos concretos preceptos en la STS de 4 de junio de 2003, [ECLI:ES:TS:2003:3835](#)).

Finalmente, para el computo de penas a cumplir tras considerar su conducta subsumible en el tipo penal previsto para las adopciones ilegales y en el de falsificación de documentos, debe considerarse un concurso medial entre los mismos, ya que como se pone de manifiesto en el caso, el segundo de ellos se realizó con objeto de poder perpetuar el primero.

### 1.2. Sobre el delito de suposición de parto

Considero necesario tratar este delito en un epígrafe a parte debido a su complejidad y a mi intención de desarrollarlo al margen del delito de adopción ilegal. El propósito del matrimonio García Castro en el presente caso era alterar su filiación; y para conseguirlo, llevaron a cabo los dos diferentes delitos, que aunque relacionados, están tipificados para proteger bienes jurídicos diferentes. Por ello considero que la realización de ambos debe computarse siguiendo las reglas del concurso real.

El delito de suposición del parto aparece contenido en el artículo 220CP y castigado con penas de prisión de seis meses a dos años. El problema que se nos presenta de primeras para determinar la responsabilidad penal del matrimonio es si se podría considerar a ambos como autores de este delito.

MARTINEZ GARCÍA<sup>51</sup> indica que la doctrina es unánime al afirmar que, aunque el tipo delictual se ejecuta cuando se simula materialmente un parto que no ha existido, también se cumple cuando sin aparentar este parto de manera práctica se hace aparecer a un niño como fruto de un nacimiento inexistente haciéndolo pasar por hijo de quien no lo es. Para apoyar su teoría se pueden mencionar la STS de 7 de Junio de 2007 ([ECLI:ES:TS:2007:4526](#)), en la que el TS rechaza el argumento de que el delito requiera presentar a un menor como fruto de un parto simulado; o la SAP de A Coruña de 16 de octubre de 2002 ([ECLI:ES:APC:2002:2571](#)), que indica que este delito consiste en: “simular por cualquier medio haber dado a luz a un niño sin que, al radicar el injusto de ley en el ataque a los derechos del recién nacido, se precise para su comisión el fingimiento del parto como hecho fisiológico caracterizado por determinados elementos externos”.

En este sentido me ha parecido interesante recoger la opinión de RAMON RIBAS y TORRES ROSELL<sup>52</sup>, pues aprecian este delito como un delito de cooperación necesaria. Mencionan que la doctrina discute si el sujeto activo debe quedar limitado o no a la mujer; resultando este delito para la posición mayoritaria como un delito especial propio en la medida en que solo la mujer puede simular haber tenido un parto; mientras que también se considera que otras personas pueden calificarse como autores “dado que no se trata tanto de simular un parto cuanto de simular un hijo”.

La consideración de José como autor material o como cooperador necesario sería irrelevante a efectos del cómputo de pena, pues el artículo 28CP eleva a la categoría de autoría a aquellos que “*cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado*”. Por lo tanto, lo que se debe dilucidar es si José fue un mero cómplice (para los que el artículo 63CP prevé la aplicación de la pena inferior en gra-

<sup>51</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.et al., *Comentarios Prácticos al Código Penal*, Cit., p. 823.

<sup>52</sup> RAMON RIBAS, E. / TORRES ROSELL, N., *Los Delitos Contra las Relaciones Familiares*, Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya, consultado el 2 de junio de 2016 en:

[https://www.exabyteinformatica.com/uoc/Dret/Derecho\\_penal\\_parte\\_especial/Derecho\\_penal\\_parte\\_especial\\_\(Modulo\\_5\).pdf](https://www.exabyteinformatica.com/uoc/Dret/Derecho_penal_parte_especial/Derecho_penal_parte_especial_(Modulo_5).pdf).

do respecto de los autores) o si su actuación resultó necesaria e indispensable para llevar a cabo el delito.

Como intenté argumentar anteriormente, el fin de la norma parece ser el de evitar la simulación de una paternidad más que el de evitar la simulación de un parto; y así se le resta importancia a que la comisión del delito se haya realizado mediante esa simulación concreta. Aunque en el supuesto que se nos presenta la simulación de un parto sí se ha producido y materialmente este solo puede ser fingido por María, considero que esta simulación no se podría haber producido sin la actuación de José; que conocedor de la situación, se hizo pasar por padre y fue el que posibilitó la presencia del niño trayéndolo desde Colombia. Desde la jurisprudencia se ha considerado cooperadores necesarios al marido y a los padres de la autora material del delito por el hecho de ayudar a asegurar la falsa filiación del mismo (*vid.* STS de 7 de junio de 2007, [ECLI:ES:TS:2007:4526](#)).

### 1.3. Sobre la especial consumación de estos delitos recogida en el artículo 222CP

Debe resaltarse este concreto precepto en el caso que se nos presenta; pues da la casualidad de que, como ya he mencionado, José es funcionario de la *Consellería* de Política Social de la Xunta y María es doctora en el Hospital materno infantil Teresa Herrera.

El artículo 222CP resulta de necesaria observación pues añade la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años a las previstas en los artículos 220CP (de suposición del parto) y 221CP (de adopción ilegal); para los casos en que sea un funcionario público o un facultativo (entendiéndose en este sentido médicos, matronas o cualquier persona que realice una actividad sanitaria o socio sanitaria)<sup>53</sup> quien lleve a cabo estas conductas. Eso sí, siempre en el ejercicio de su profesión o cargo.

Siguiendo la línea argumental que me permitió inaplicar el concreto precepto de la falsificación de documentos públicos por parte de funcionarios en el ejercicio de sus funciones a José, considero que tampoco este precepto debería aplicársele a él o a su esposa.

Es cierto que en el presente caso se menciona que el trabajo y experiencia de José en la *Consellería* competente en adopciones le facilitaba el acceso a información sobre los países con convenios de adopción o las vías más rápidas para conseguirla; pero no fue desde su posición de funcionario de la Xunta desde la que urdió la comisión del delito. Distinto hubiese resultado que desde su función en el proceso de adopción se hubiese facilitado la participación en el mismo (conducta prohibida para los funcionarios en el artículo 439CP); pero en el caso solo se menciona que su posición de funcionario le permitió usar información útil para cometer el delito, por lo que no encuentro que su conducta pueda analizarse considerando que actuaba “en el ejercicio de su profesión o cargo”.

Lo mismo ocurre con María, ya que, desde mi punto de vista, o se encuentra en la posición de simular el parto o en la posición de asistirlo como facultativa médica. Considero que en el supuesto de simulación de parto debe tratarse su actuación como la de cualquier particular que da a luz y no como la de una médica encargada de llevar a cabo una actividad relacionada con el mismo; aunque la concreción de cómo se realizó exactamente la simulación podría ayudar a disipar dudas respecto a esta cuestión.

La inexistente información sobre la inscripción de tal filiación o no en el RC tampoco permite posicionarse en firme si en concurso con estos delitos se produjeron otros delitos de falsedades.

## 2. La situación que vive el matrimonio de José y María

En el caso que se nos presenta se menciona que la presencia de un estrés elevado en José provoca que este comience a actuar violentamente con María propinándole golpes frecuentes. De esta información inicial pueden extraerse tres cuestiones de necesaria consideración para configurar el tipo delictivo en que incurre José, que son: la gravedad de las lesiones producidas en María con la perpetuación de esos actos; la consideración de esos actos o no como violencia de género; y la importancia que tiene el factor de “habitualidad” en esas conductas.

---

<sup>53</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.et al., *Comentarios Prácticos al Código Penal*, Cit., p. 835.

En cuanto a la producción de lesiones en María hay que destacar que la jurisprudencia entiende el “lesión” de manera amplia. Así lo ponen de manifiesto MARTÍNEZ GARCÍA y JAVATO MARTÍN<sup>54</sup>, asegurando que lo decisivo no es ya la forma de la acción sino el daño producido por ella en la integridad corporal, en la salud física o en la salud mental; y que este menoscabo debe considerarse “siempre que exista un daño en la substancia corporal”. (vid. STS 10 de marzo de 2003, [ECLI:ES:TS:2003:1580](#); y STS de 26 de octubre de 2009, [ECLI:ES:TS:2008:5750](#)). Mencionan además que incluso se ha entendido por lesión la producción de malestares físicos como generar asco o terror; lo que pone de manifiesto el amplio concepto del término y explica que el Código Penal recoja delitos en los que se considere como lesiones el golpear o maltratar a otro, aunque esto no produzca el detrimento necesario en la víctima como para la aplicación del delito básico de lesiones contenido en el artículo 147CP.

Estos son los delitos de los artículos 153CP y 147.2.3CP. En el primero de ellos, la redacción tras la reforma de 2015 se refiere a “una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147(...) o golpear o maltratar de obra sin causarle lesión”; y en el segundo se habla en general de “violencia física o psíquica”<sup>55</sup>. La razón de que la violencia exigida para perpetuar estos delitos se encuentre tan generalizada, es que están especialmente diseñados para proteger a ciertas personas, integradas en el núcleo de la convivencia familiar del agresor; o que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad por estar sometidas a guarda o custodia del mismo.

Entre las personas protegidas se encuentra el cónyuge, con especial consideración por el apartado 1 del artículo 153CP de los casos en los que es un hombre el que daña a una mujer a la que esté o haya estado ligada por una relación de afectividad (se plantea una pena de 6 meses a un año mientras que para el resto de casos es de 3 meses a un año).

La redacción e interpretación de este precepto se presentó siempre controvertida<sup>56</sup>, elevándose en varias ocasiones cuestiones de inconstitucionalidad sobre el mismo ante el TC por el diferente trato punitivo que supone, permitiendo agravar la pena cuando el maltrato familiar es ejercido por el varón contra la mujer. El TC interpreta al respecto el género en las Sentencias de 14 de mayo (RTC 2008/59); de 17 de Julio (RTC 2008/82) y de 24 de julio (RTC 2008/100) como fundamento de un trato penal diferenciado, proclamando la constitucionalidad de este artículo; pero aun así la aplicación automática del mismo siempre que se tratase de violencia de un hombre contra una mujer con la que mantuviera esa especial relación seguía dando problemas. La SAP de Castellón de 10 de septiembre de 2008 ([ECLI:ES:APCS:2008:870](#)) asegura que la violencia de género no aparece por el mero hecho de que la víctima del maltrato sea una mujer, exigiéndose además el requisito de que el maltrato pueda clasificarse como una manifestación de la discriminación y la relación de poder del hombre sobre la mujer. En este mismo sentido FUENTES OSORIO<sup>57</sup> pone de manifiesto que la mayoría de la doctrina exige la presencia de una situación de sometimiento machista para la aplicación del artículo 153CP, que no se encuentra reflejada en la situación que pudieran presentar todas las mujeres por su especial vulnerabilidad; sino en aquellas que se encuentran en esta posición más vulnerable al existir sobre ellas un abuso de poder plasmado en un estado de sometimiento y agresión permanente causado mediante una estrategia de dominación. Aun así, se aprecia en su trabajo la dificultad para apreciar tal circunstancia, sobre

---

<sup>54</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.et al., *Comentarios Prácticos al Código Penal*, Cit., p. 142.

<sup>55</sup> Este cambio de redacción viene necesariamente articulado por la supresión de las faltas con la reforma penal de 2015; ya que anteriormente la redacción del artículo 153.1CP establecía “una lesión no definida como delito en este código” y en la redacción del 147.2CP se mencionaba el término “falta”. (Departamento Jurídico de Sepín, *cuadro comparativo de la reforma del Código Penal (LO 1/2015) en Guía práctica sobre reforma del código penal por las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*, Sepín, 2015, p. 69).

<sup>56</sup> Vid., MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.et al., *Comentarios Prácticos al Código Penal*, Cit., pp. 210 y 211.

<sup>57</sup> FUENTES OSORIO, J., *Lesiones producidas en un contexto de violencia doméstica o de género. Una regulación laberíntica*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2013, disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-16.pdf>.

todo cuando aún no existe esa situación como tal y lo que pretende el agresor con sus acciones es crearla, pues se requiere probar entonces este ánimo subjetivo, lo cual no es sencillo.

Se puede argumentar que la problemática para aplicar el artículo 153CP requiriendo este ánimo subjetivo se encuentra hoy en día superada, pues como ha puesto de manifiesto el grupo de expertos en Violencia de Género del Consejo General del Poder Judicial en su informe de 2011 acerca de los problemas técnicos detectados en la LO 1/2014, este precepto debe interpretarse de manera objetiva sin requerirse un especial ánimo por parte del autor. El hecho de que la violencia se cometiera por razones de género o no pasa con la reforma penal de 2015 a valorarse en torno a la aplicación de la agravante de discriminación introducida por el artículo 22.4CP<sup>58</sup>, por la incidencia del Convenio de Estambul de 2011 (Sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica). El criterio de la falta de necesidad de este elemento subjetivo peculiar se plasma así en sentencias más recientes como la SAP de Murcia de 18 de marzo de 2016 ([ECLI:ES:APMU:2016:761](#)) o la STS de 26 de diciembre de 29014 ([ECLI:ES:TS:2014:5442](#)).

Vemos que el artículo 153CP regula el maltrato con especial referencia en su apartado primero a una situación de violencia concreta del hombre hacia la mujer. El caso que se nos presenta es subsumible entonces en este primer apartado; pero el hecho de que se mencione que José golpeaba con frecuencia a María nos hace pensar que su conducta también podría subsumirse en el apartado 2 del artículo 173CP diseñado para el que “*habitualmente ejerza violencia física sobre quien sea o haya sido su cónyuge (...)*”. Como ponen de manifiesto PÉREZ MACHÍO, VICENTE MARTÍNEZ Y JAVATO MARTÍN<sup>59</sup> las violencias habituales en el marco del hogar se contenían antiguamente en el artículo 153CP, que con la LO 11/2003 se vio suplantado por el actual precepto de violencia ocasional; y la violencia habitual pasó a regularse en los apartados 2 y 3 del artículo 173CP. Según estos autores, la habitualidad es el elemento que justifica la existencia del delito previsto en el artículo 173.2, ya que sin ella nos encontraríamos ante supuestos constitutivos del delito del artículo 153CP.

De considerar la habitualidad, el caso que se nos presenta encajaría entonces a la perfección en el supuesto del artículo 173.2CP; pues este regula el ejercicio habitual de violencia sobre quien sea o haya sido su cónyuge o persona ligada a él por una análoga relación de afectividad, recogiendo la circunstancia de haberse producido esta violencia en el domicilio común como motivo para la imposición de la pena prevista en su grado superior.

Para la matización del concepto de habitualidad se introdujo con la reforma penal operada por la LO 14/1999 una interpretación que exigía tener en cuenta el número de actos realizados y la proximidad temporal entre los mismos; recogiendo la intrascendencia de que estos hubieran recaído en el mismo sujeto pasivo o hubiesen sido enjuiciados en procedimientos anteriores<sup>60</sup>. La jurisprudencia al respecto considera que “la habitualidad requerida por el artículo 172.3CP supone la existencia de una reiteración de actos de violencia psíquica o física que, con independencia del número concreto o de la acreditación de los mismos, determinen y exterioricen una persistencia en el trato violento a la víctima” (STS de 24 de febrero de 2009, [ECLI:ES:TS:2009:924](#)); “exigiéndose cierta cercanía temporal entre los diferentes episodios” (SAP de Madrid de 2 de Septiembre, [ECLI:ES:APSE:2004:2867](#)). Por tanto, considero que la mención en el caso concreto que nos atañe de “golpes frecuentes” podría hacer recaer la subsunción de la conducta de José en este tipo penal.

La cuestión que se plantea entonces es cómo articular las conductas tipificadas por los dos artículos (153CP y 173.2CP) para determinar si ambos pueden ser aplicados sobre la misma conducta, o cómo debe establecerse un concurso entre los mismos.

---

<sup>58</sup> MOLINA MANSILLA, M., *Comentario a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, por las que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Los aspectos más destacables de la reforma*, en *Guía práctica sobre reforma del código penal por las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*, Cit., p. 222.

<sup>59</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.et al., *Comentarios Prácticos al Código Penal*, Cit., p. 418.

<sup>60</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.et al., *Comentarios Prácticos al Código Penal*, Cit., p. 426.

Llama la atención en un primer momento que para configurar la habitualidad se recoja explícitamente en el apartado 3 del artículo 173CP la indiferencia respecto de si los actos violentos se enjuiciaran ya con anterioridad o no. La Fiscalía General del Estado ha aclarado que no se vulnera el principio “*ne bis in ídem*” en estos casos si las sentencias son condenatorias argumentando que “la violencia habitual es algo más que la mera suma de los actos en que se manifiesta”<sup>61</sup>. Esta idea se plasma en el ATS de 29 abril ([ECLI:ES:TS:2010:6165A](#)); que aclara que el mismo precepto incluye la cláusula concursal cuando establece que las penas que prevé se impondrán “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”.

La más reciente SAP de Logroño de 1 de marzo de 2007 ([ECLI:ES:APLO:2007:136](#)) recoge en este sentido que: “los delitos que se aprecian, previstos en los artículos 153.1 y 3 y 173.2 del Código Penal, se aprecian en concurso real”, en atención a la referencia que en el delito previsto en el artículo 153CP se hace a la circunstancia de que la pena a imponer lo es sin perjuicio de la pudiera corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado.

### 3. Efectos jurídicos derivados del “secuestro” de Aminah y Delilah

Lo primero que debe aclararse al respecto es que no nos encontramos ante delitos de secuestro sino ante delitos de detenciones ilegales, pues no se está poniendo ninguna condición para la puesta en libertad de las dos mujeres. En la jurisprudencia del TS se pone de manifiesto que el delito de secuestro, que sí recoge esta condición, se contempla como un subtipo agravado de la conducta de detención ilegal prevista en el artículo 163CP<sup>62</sup>. En este artículo 163CP se establece que el particular que encerrare o detuviere a otro privándolo de su libertad, será castigado con pena de prisión de cinco a ocho años en el supuesto de que la detención dure más de 15 días, como ocurre en el caso que nos atañe.

Además, en el concreto caso se dan una serie de factores que será necesario tener en cuenta para determinar qué bienes jurídicos se ven afectados por la conducta de los secuestradores y en que ilícitos se tipifica esta.

En primer lugar, se desprende del caso que el secuestro de ambas mujeres se llevó a cabo con objeto de coaccionar a las mismas para ejercer la prostitución, lo que nos hace plantearnos la relación entre estos dos delitos.

El TS ha señalado al respecto que “la dinámica comisiva del delito de determinación coactiva de una persona al mantenimiento en la prostitución, conlleva necesariamente una cierta restricción deambulatoria”<sup>63</sup>. Debido a ello el Tribunal estima que la realización del primero consume las manifestaciones menores de restricción ambulatoria implícitas en el comportamiento sancionado en el tipo (STS de 15 de octubre de 2007, [ECLI:ES:TS:2007:7029](#)) por la necesidad de respetar el principio “*ne bis in ídem*” y el principio de especialidad. Aun así, considera que existe un concurso de delitos entre ambos cuando la privación de libertad ambulatoria va más allá de la restricción de libertad que conlleva el mantenimiento de la prostitución (STS de 17 de septiembre de 2001 [ECLI:ES:TS:2001:6859](#)), y se mencionan como ejemplos el encerramiento de la mujer en un club de alterne sin la posibilidad de salir de él, la existencia de un control férreo o la provocación de una situación de verdadero terror. También se comenta la posibilidad de que entre ambos delitos se considere la existencia de un concurso medial, cuando ante la negación de la víctima la golpean, amenazan y no le permiten salir de la vivienda (STS de 9 de marzo de 2007; [ECLI:ES:TS:2007:1482](#)). Podríamos encontrarnos ante este último supuesto, pues

<sup>61</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.et al., *Comentarios Prácticos al Código Penal*, Cit., p. 428.

<sup>62</sup> FORTUTI BERENGUER, M., *El delito de secuestro del artículo 164 del Código Penal y sus diferencias con el delito de detención ilegal y con el delito de coacciones según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *El Derecho*, 2015, disponible en: [http://www.elderecho.com/tribuna/penal/delito-secuestro-diferencias-detencion-ilegal-coacciones\\_11\\_838180001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/penal/delito-secuestro-diferencias-detencion-ilegal-coacciones_11_838180001.html).

<sup>63</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.et al., *Comentarios Prácticos al Código Penal*, Cit., p. 289.

en el caso se menciona que los dos hombres planeaban propinar un trato degradante a las mujeres, y que las tenían “secuestradas” en contra de su voluntad.

En el caso se deja por determinar la edad de Delilah, lo que determinaría una agravación de la condena en el caso de que esta resultara ser verdaderamente una menor de edad, pues en el artículo 166.2CP se prevé una pena de entre 15 a 20 años de prisión cuando la víctima de una detención ilegal sea una menor de edad. Es de importancia mencionar para el caso que nos ocupa, que a pesar de no disponer de la edad de Delilah en un primer momento, existe una presunción de minoría de edad especialmente pensada para estos casos que se recoge en el artículo 12LOPJ.

También podría argumentarse la existencia en el presente caso de un concurso real entre el delito consistente en infligir un trato degradante del artículo 173CP y el delito de prostitución coactiva del 187CP; pues en el apartado 3 de este último se dispone que las penas señaladas en él se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos cometidos sobre la persona prostituida. Así se considera, por ejemplo, en la STS de 19 de diciembre de 2003 ([ECLI:ES:TS:2003:8262](#)).

Teniendo en cuenta el supuesto concreto la detención de Aminah produce además un quebrantamiento en el deber de custodia respecto de sus hijos. En el artículo 223CP se contempla que quien “*teniendo la custodia de un menor de edad o incapaz, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, sin perjuicio de que los hechos constituyan un delito más grave*”. Al respecto de este artículo debe aclararse que ni siquiera se exige que el requerimiento de devolución del menor sea fehaciente; y que como personas encargadas de la custodia del niño se excluyen a los padres y guardadores, pues la finalidad de este concreto supuesto es la de penalizar la conducta de aquellas otras personas que impidan el normal funcionamiento de los derechos/deberes surgidos de la patria potestad. Así, como sujetos activos del mismo, se comprende a las personas encargadas de los niños temporalmente y por alguna circunstancia legal o de hecho; y la concreta acción penada se configura como una omisión propia, porque lo realmente relevante en esta conducta delictiva es la omisión de la presentación del menor<sup>64</sup>.

MARCHENA GÓMEZ (citada por Martínez García) indica al respecto que “lo que se incumple es, más que un deber de custodia, el deber de reconocer la extinción de esa custodia, acaecida a raíz del requerimiento formulado por aquellos a quienes incumbe verdaderamente el derecho-deber de custodiar”<sup>65</sup>.

Hay que tener en cuenta que los derechos/deberes derivados de la patria potestad son de carácter bilateral; y cuando estos se ven irrumpidos serán sujetos pasivos del concreto delito los progenitores o sus descendientes según corresponda; o incluso ambos, como se pone de manifiesto en la STS de 29 de mayo de 2003 ([ECLI:ES:TS:2003:3682](#)). En ella se comete el secuestro de una madre y de su hijo menor de edad sin dejar que estos se relacionen; por lo que a pesar de tratarse de una sola acción se considera que se están produciendo dos delitos de secuestro. Se argumenta que el hecho de que un menor de edad no pueda valerse por sí mismo y necesite para ello el auxilio de otra persona no implica que no sea titular del derecho a la libertad individual, aun cuando precise de un tercero para hacerla efectiva, con lo que se pone de manifiesto que con la detención de la madre se está privando al menor de ciertos derechos. Se pronuncia la sentencia asegurando que la detención ilegal del menor en ese caso se comete extrayéndolo del ámbito de influencia de quien hace efectivo su derecho a la libertad deambulatoria o bien deteniendo o encerrando a éste, en cuyo caso se le impide no solo el ejercicio de su propia libertad sino también de la del menor; por lo que al afectarse dos bienes personalísimos existen dos infracciones.

En el presente caso no se priva fácticamente a los menores del derecho a la libertad individual, pero sí se produce un detrimento de sus derechos al privar de libertad a la persona encargada de hacer efectiva

---

<sup>64</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.et al., *Comentarios Prácticos al Código Penal*, Cit., p. 824.

<sup>65</sup> MARTINEZ GARCÍA, A.S.et al., *Comentarios Prácticos al Código Penal*, Cit., p. 843.

esta, por lo que considero que de la retención de Aminah se deriva además del delito de detención ilegal un delito de quebrantamiento de los deberes de custodia.

Respecto a la relación entre ambos delitos llama la atención que en el tipo recogido por el artículo 223CP se recoja la expresión “*sin perjuicio de que los hechos constituyan otro delito más grave*”. Esta apreciación parece realizada por el hecho de que la concurrencia de este delito suele venir determinada por otros, como ocurre en el presente caso; lo que me hace apoyar la opinión de autores como CORDOBA RODA y GARCÍA ARÁN (citados por Martínez García)<sup>66</sup> que defienden que existe un concurso de delitos entre este delito y los que pudieran darse a mayores en relación a la comisión del mismo.

Con respecto a los efectos jurídicos que estas conductas tendrán hacia los sujetos activos de tales conductas; Abdul-Azim; Abdul-Ali y Abdul-Hadi hay que destacar que en principio, además de la imposición de las respectivas penas previstas, el artículo 57.2 de la LO 4/2000 sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social contempla que constituye una causa de expulsión del territorio español 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*”.

El siguiente número 5 del mismo artículo 57, en la redacción introducida por la LO 2/2009 de 11 diciembre 2009, dispone: “*La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: (...) b) Los residentes de larga duración*”.

Las infracciones llevadas a cabo por los actores no se encuentran recogidas en el citado artículo 54.1, pues las infracciones aquí recogidas están orientadas a las conductas que supongan un riesgo generalizado para el orden público del Estado; por lo tanto, aparece la duda sobre la posible expulsión de los mismos en caso de que el permiso de residencia que ostenten sea de larga duración.

Con los datos con los que contamos nada descarta que este pueda ser el tipo de permiso de residencia que ostentan los actores, pues la edad y la nacionalidad de los mismos permitiría su otorgamiento, que algunas veces no requiere haber residido legalmente durante cierto tiempo en España, como el caso de su concesión a apátridas, refugiados o beneficiarios de protección subsidiaria<sup>67</sup>.

En la Sentencia del TSJ de Madrid de 28 de julio de 2015 ([ECLI:ES:TSJM:2015:9568](#)) se aclara la interpretación que debe hacerse de este artículo. En ella se indica que los tribunales españoles venían aplicando la medida de expulsión con carácter automático; sin que las circunstancias de arraigo de los extranjeros pudieran impedirlo y sin aplicar la excepción del artículo 57.2.b); pero tras la sentencia del TJCE de 15 de noviembre de 2007 (TJCE 2007/317), que condenó a España por no incorporar al ordenamiento jurídico español las previsiones de la precitada Directiva 2003/109/CE del Consejo, está interpretación cambió. Esta Directiva ofrece una protección reforzada a los residentes de larga duración y en su artículo 12 se establece que solo podrá expulsárseles si representan una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública.

En la sentencia se menciona que habrá de ponderarse esto con las circunstancias de arraigo de cada supuesto; teniendo en cuenta para el caso que desarrolla la edad de 22 del extranjero susceptible de

---

<sup>66</sup> MARTINEZ GARCÍA, A.S.et al., *Comentarios Prácticos al Código Penal*, Cit., p. 844.

<sup>67</sup> Así se extrae de la información proporcionada al efecto por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, consultada el 10 de julio de 2016 en: <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/Ciudadanosnocomunitarios/hoja046/index.html>; que viene a plasmar el contenido del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en sus Títulos IV y VI.

expulsión; lo que agravaría “las consecuencias para su familia” al tener hijos menores de edad y diversos familiares residiendo legalmente en España.

La línea jurisprudencial a partir de la citada sentencia del TJCE sigue el requisito de la necesaria ponderación de este arraigo y la imposibilidad de expulsión de plano de los residentes de larga duración, como también se pone de manifiesto en la sentencia del TSJ de las Islas Baleares de 19 de junio de 2014 ([ECLI:ES:TSJBAL:2014:553](#)); o la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre de 2013 (BOE-A-2013-12724).

#### **4. Delitos respecto de los hijos de Abdel y Aminah**

En todo momento se hace referencia en el presente caso a los hijos de Aminah y Abdel como “los niños”, incluso se menciona que van al colegio; de lo que deduzco que ambos son menores de edad. La conducta de los agresores frente a ellos se plasma desde mi apreciación en un delito de acoso y un delito de amenazas agravado.

El delito de acoso se encuentra recogido en el artículo 172ter CP que dispone que “*será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legitimamente autorizado (...) la vigile, la persiga o busque su cercanía física (...) establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación (...) atente contra su libertad...*” añadiendo que en caso de tratarse de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años; dónde quedaría abarcado el concreto supuesto que nos ocupa. Es importante mencionar asimismo que en el apartado 3 de este mismo artículo se establece que “*las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso*”. Esto último pone de manifiesto la diferencia existente entre el delito de acoso en sí mismo y los concretos actos por los que se lleva a cabo; pues se considera el acoso como una situación en las que, a causa de la producción de ciertas conductas reiteradas, se menoscaba gravemente la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima<sup>68</sup>. La tipificación de este concreto delito de acoso se introdujo mediante LO 1/2015, de 30 de Marzo; y como señala FRAILE COLOMA<sup>69</sup> anteriormente se venían utilizando para penalizar estas conductas los tipos de amenazas y coacciones, o el maltrato psicológico; con referencias muchas veces a la atipicidad de estas acciones, razón por la cual se redactó el nuevo precepto.

Teniendo claro que el delito de acoso se contemplará al margen de la concurrencia de cualquier otro delito que pueda atribuirse a la conducta de los dos hombres; queda ahora por aclarar en esta conducta podemos apreciar el delito de amenazas configurado en el artículo 169CP o el delito de coacciones configurado en el artículo 172CP; o si podrían contemplarse ambos al mismo tiempo.

Hay que resaltar que en el artículo 169CP, donde se regula el delito de amenazas, las clasifica entre aquellas que se realizan interponiendo condición y las que no. Considerando las primeras como un tipo agravado con pena de prisión de uno a cinco años. La aplicación de este tipo agravado requiere, como se deja claro en el precepto, que el culpable hubiese conseguido su propósito. Además, para este concreto supuesto se añade la circunstancia de que se impondrá esta pena en la mitad superior cuando las amenazas de hicieran por “*escrito, teléfono, o por cualquier medio de reproducción*” como parece producirse en el caso que nos ocupa, al indicarse que el acoso se producía a través de teléfonos móviles.

En el presente caso se menciona que los hombres amenazaban a los pequeños, pero con el objetivo de intentar coaccionar su voluntad para que no contasen nada a la policía. Tanto en el delito de amenazas condicionales como en el delito de coacciones el bien jurídico protegido es la libertad, aunque algunos

---

<sup>68</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.et al., *Comentarios Prácticos al Código Penal*, Cit., p. 394.

<sup>69</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.et al., *Comentarios Prácticos al Código Penal*, Cit., p. 394.

criterios doctrinales apuntan a que este no resulta plenamente coincidente; pues con las amenazas se lesiona la libertad de decisión y con la coacción la libertad de obrar. Pero este criterio nunca fue asumido de forma unánime por la jurisprudencia, como apunta VELÁZQUEZ BARÓN<sup>70</sup>, y como se plasma del análisis de la jurisprudencia más reciente que comentaré más adelante.

El criterio seguido para la diferenciación de ambas figuras es la inmediatez o no del mal usado para conseguir el propósito<sup>71</sup>. Esto se pone de manifiesto ya desde sentencias como la SAAP de Lleida del 17 de Diciembre de 1999 cuando se aclara “En lo atinente a la posible continuación de la tramitación por el delito de coacciones, no debe olvidarse que el medio comisivo en este delito lo constituye la violencia(...)la diferencia esencial entre el delito de coacciones y el de amenazas estriba en que el mal con que se aquieta al sujeto pasivo es futuro (...) las amenazas implican un aplazamiento del mal mientras las coacciones se significan por su inminencia y actualidad”. A este respecto, sentencias más recientes como la STS de 14 de mayo de 2009 ([ECLI:ES:TS:2009:3466](#)) señala que las amenazas realizadas en coincidencia con el inicio del mal amenazado, dan lugar a un concurso aparente<sup>72</sup> de leyes con aquellos otros delitos que incluyen la intimidación en sus respectivos tipos, como en caso del delito de coacciones. Se menciona que pueden considerarse subsumidas en estos otros tipos las amenazas proferidas inmediatamente antes de un ataque contra la vida o la integridad física, o aquellas realizadas inmediatamente después de finalizar la comisión de un delito contra la vida o la integridad física; y deberán pensarse separadamente cuando entre las amenazas y el delito contra la vida o la integridad física exista una separación temporal suficiente para considerarlos acciones distintas. Como vimos, cada una con su propio contenido de injusto independiente de la otra.

Como ejemplo de amenaza que se acaba subsumiendo en el delito de coacciones, se argumenta en la SAP de Madrid de 30 de septiembre de 2010 ([ECLI:ES:APM:2009:14993](#)) que no se considera existente el núcleo esencial de la amenaza, pues esta resulta demasiado ambigua y genérica como para suponer el anuncio de un mal cierto, determinado, posible y dependiente de la voluntad del amenazador “y que, por ello entendemos que debe estimarse integrante del conjunto de actos que configuran el acoso de comunicaciones y presión constante que integra el delito de coacciones precedentemente definido”.

De la apreciación de sentencias como estas y otras (*cf.* STS de 6 de marzo de 2006, [ECLI:ES:TS:2006:1326](#); STS de 21 de junio de 2007, [ECLI:ES:TS:2007:4310](#); y STS de 26 de febrero de 1999, [ECLI:ES:TS:1999:1334](#)) se extrae que para la aplicación del delito de amenazas la jurisprudencia exige que el mal anunciado sea un mal injusto y proyectado hacia el futuro; determinado y creíble; y que violento el ánimo del sujeto pasivo intimidándole; pero sin la intención de dañar materialmente al sujeto mismo, como ocurre en el presente caso.

El hecho de que el delito de acoso ponga de manifiesto que los actos que configuran el mismo puedan concretarse a la vez como delitos por cada una de las conductas llevadas a cabo, suscita la consiguiente cuestión de si hay que computar varios delitos de amenazas por separado o penalizarlos como uno solo.

En el caso que se nos presenta se menciona que las amenazas eran “constantes” pero siempre se refiere a ellas como “amenazas de muerte”; todas con el mismo fin, evitar que hicieran público la situación de su madre y de Delilah; por lo que no hay que perder de vista la unidad natural de acción. Como se pone de manifiesto en la SAP de Madrid de 31 de Noviembre de 2014 ([ECLI:ES:APM:2014:3111](#)), la sala rechaza la tipificación de los hechos como constitutivos de un delito de amenazas continuado por aplicación del artículo 74 del Código Penal, pues a pesar de producirse una multiplicidad de acciones con-

---

<sup>70</sup> VELÁZQUEZ BARÓN, A., *Las Coacciones*, Bosch, 2004, p. 32.

<sup>71</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, A.S.et al., *Comentarios Prácticos al Código Penal*, Cit., p. 328.

<sup>72</sup> La aplicación de uno excluye la aplicación de otro. Por fenómeno de progresión delictiva serán conjuntamente sancionadas con la pena del delito más grave (*Vid.*, MARTÍNEZ GARCÍA A.S.et al., *Comentarios Prácticos al Código Penal*, Cit., p. 329).

tra los denunciados esto no tiene relevancia al formar todas ellas parte de una unidad natural de acción. Menciona a continuación la STS de 25 de junio de 1983, que señala como requisitos para afirmar la unidad de acción “a) desde el punto de vista subjetivo, que concurra un único acto de voluntad encaminado a la realización de toda dinámica delictiva; b) como elementos o condicionamientos objetivos de esta actividad, que todos los actos estén vinculados espacial y temporalmente; c) y, desde la óptica normativa, que se dé la identificación de la tipología delictiva”.

## **5. Sobre la salvaguardia jurídica que aportan las leyes de protección de los derechos del niño**

Resulta chocante que en el apartado 4 del artículo 172terCP, relativo al delito de acoso, se establezca que los hechos descritos en él sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal; lo que deja a los menores del caso que se nos presenta ciertamente desamparados. Está claro que por su especial situación de debilidad es necesario que se configure un ámbito especial de protección a los menores, que en España se articula en torno a la LOPJM y a la Constitución; existiendo además numerosos preceptos diseñados con referencia a los menores extranjeros en la LO 2/2009, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Es importante destacar que en la LOPJM contempla varios mecanismos de protección para los menores, incidiendo en su artículo 3 en los derechos que a estos les corresponden en base a la CE y a los instrumentos internacionales. Contempla el deber de los poderes públicos de garantizar el respeto a estos derechos y de adecuar sus actuaciones a la normativa internacional.

El artículo 39.4 de la CE señala que: “*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”. A pesar de esta afirmación, hay que recordar que el TC se ha manifestado al respecto de estos preceptos de la Constitución, aclarando que “los principios reconocidos en el capítulo III del Título I, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables” (STC de 14 de febrero, RTC 1991\36). Diferente panorama plantean los acuerdos internacionales ratificados por España en estas materias, ya que en base al artículo 96CE forman parte del derecho interno. Además, el artículo 10.2CE establece que: “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

Como se aclaró en la mencionada STC de 14 de febrero, este artículo 10.2CE “no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución”.

Así, aunque los derechos fundamentales del menor no aparezcan expresamente enumerados en nuestra Constitución, vemos que su regulación se completa con los contenidos en la LOPJM; y los tratados y acuerdos ratificados por España en la materia.

La LOPJM sí reconoce con expresa referencia al menor algunos de los derechos contenidos en la CE (arts. 4 y ss.) y como se establece en su artículo 1, resulta directamente aplicable a todo menor de 18 años en territorio español. Además, el artículo 172CC<sup>73</sup> prevé que, ante la situación de desamparo de un menor, la entidad pública que corresponda territorialmente deba encargarse del mismo, ejerciendo por ministerio de Ley su tutela, y debiendo adoptar las medidas necesarias para su protección. En este

---

<sup>73</sup> Su redacción actual fue dispuesta por el artículo 2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

sentido la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia prevé que el Gobierno promueva junto con las CCAA medidas comunes para la composición de equipos profesionales de protección de menores que actúen en situaciones de riesgo y desamparo.

Como defiende PASCUAL MEDRANO<sup>74</sup>, la lesión por los poderes públicos de los derechos del menor debe motivar la acción inmediata de padres, entidades públicas y Ministerio Fiscal, a través de las vías tradicionales de protección de los derechos fundamentales. Hay que tener presente que la especial protección de los derechos fundamentales nos permite, una vez agotadas las vías previas disponibles, acudir al Tribunal Constitucional mediante recurso de amparo (Como se recoge en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

Respecto de los instrumentos internacionales que podrían alegarse para la defensa de los derechos del niño, existen varios tratados en la materia ratificados por España. Estrictamente relacionadas con los derechos fundamentales de los niños nos encontramos con la Declaración de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1959, La CDN, de 20 de noviembre de 1989; la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del niño, y la Convención Europea sobre el ejercicio de los derechos del niño de 19 de abril de 1996.

La Declaración de los Derechos del Niño fue adoptada y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y establece una serie de principios para inspirar las medidas que se tomen en la materia por las autoridades locales y los gobiernos nacionales. Aunque no fue hasta la adopción de la Convención de los Derechos del niño que se contó con un instrumento vinculante para defender los derechos de los niños<sup>75</sup>.

Como indica al respecto DÍAZ BARRADO (citado por OCÓN DOMINGO)<sup>76</sup>: “lo que aporta la Convención de 1989 es la capacidad de recomponer, de acoger las normas adoptadas con anterioridad e integrarlas en un sistema coherente, así como la función de señalar las directrices en el marco de las cuales se debe proceder a la adopción de nuevos instrumentos jurídicos, razón por la que el Convenio bien se podría calificar, sólo en este sentido, como un Convenio-Marco referido al conjunto de los derechos del niño”.

El mecanismo de garantía que establece la Convención para hacer efectivos sus preceptos es el Comité de los Derechos del Niño, regulado en los artículos 43-45. El tercer protocolo de esta Convención, aprobado en 2014, posibilita presentar quejas individuales ante el mismo, por parte de los propios niños o los adultos en su nombre. También se requiere para acceder a esta protección haber agotado las vías de protección disponibles en España y no sobrepasar el plazo de un año desde la última decisión tomada por los Tribunales españoles; pudiendo presentar la queja por email o carta.

En los artículos 9 y 11 de esta Convención se dispone que, si el Comité de los derechos del niño considera que el sistema judicial del país del cual recibe una queja no ha hecho lo suficiente, se recomendará la adopción de las medidas necesarias para que los daños sean reparados y se evite la producción de situaciones similares. Además, gracias al ya mencionado Protocolo III de esta Convención, si resulta demostrada una vulneración de derechos pesará una obligación de compensación por parte del Estado.

---

<sup>74</sup> PASCUAL MEDRANO, A., *Los derechos fundamentales y la Ley de protección del menor*, p. 16, disponible en: [file:///C:/Users/User/Downloads/RJ\\_22\\_II\\_5.pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/RJ_22_II_5.pdf).

<sup>75</sup> UNICEF, *Convención sobre los derechos del niño*, consultado el 12 de junio de 2016 en: <http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino>.

<sup>76</sup> OCÓN DOMINGO, J., *Normativa Internacional de Protección de la Infancia*, en *Cuadernos de Trabajo Social*, vol.19, ISSN: 0214-0314, 2006, p. 117, consultado el 9 de junio de 2016 en: <http://revistas.ucm.es/index.php/CUTS/article/viewFile/CUTS0606110113A/7564>.

Respecto al carácter vinculante de las recomendaciones elaboradas a partir de estas quejas, no podrá imponerse ninguna sanción a los Estados que incumplan, pero si recae sobre ellos un peso moral al haberse comprometido públicamente a respetar la CDN y sus Protocolos<sup>77</sup>.

la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del niño propone, por su parte, un proyecto de Carta comunitaria de los derechos del niño inspirada en los presupuestos recogidos en la Convención de los Derechos del Niño. Recogiendo una serie de derechos que necesariamente deben ser garantizados, como el derecho a la vida (apartado 8.8); a vivir con los padres biológicos legales o adoptivos (apartado 8.17); a la integridad física y moral (apartado 8.19); a la libertad (apartado 8.22); a la libre expresión (apartado 8.24); o a unos servicios sociales adecuados (apartado 8.33), entre otros. Estableciendo que Los Estados Miembros están obligados a aplicar y hacer efectivos los derechos previstos en la Carta mediante leyes, disposiciones administrativas, compromiso de gastos y cualquier otro tipo de intervención idónea. Recomienda además la adopción de un *Ombudsman* específico para niños en todos los Estados; lo que, en ausencia de una definición precisa, puede adoptar la forma de un individuo o una ONG. En España su función podría englobarse en las realizadas por la institución del Defensor del Pueblo<sup>78</sup>.

El Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños entró en vigor de forma general el 1 de julio de 2000; y en España el 1 de abril de 2015<sup>79</sup>. Complementa la CDN, con el objeto de promover los derechos de los niños y facilitarles su ejercicio, concederles beneficios procesales y asegurar su participación en los procedimientos judiciales que les afecten, refiriéndose concretamente a procesos de familia.

Además, también podría acudir a otras normas internacionales invocando una vulneración por las autoridades públicas de los Derechos Humanos, de los que los niños obviamente también gozan.

Desde el marco del Consejo de Europa existen, con contenido vinculante y reclamable hacia los Estados: el Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos y las libertades fundamentales, vigilado por el TEDH; o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 es de obligado cumplimiento para todos los Estados Miembros, y su aplicación se controla por el TJCE.

Desde el marco de la ONU nos encontramos con la Declaración Universal de Derechos Humanos, de contenido no vinculante; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, que dispone un comité de comprobación de su aplicación, pero que no puede imponer sanciones económicas; y el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, que no debe ser contradicho por los Estados Miembros y cuyos principios deben poner estos en marcha<sup>80</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

### 1. Conclusiones relativas al derecho de asilo

#### 1.1. Sobre la concesión del derecho de asilo a Aminah, sus hijos y Delilah

La concesión de algún tipo de protección internacional a Aminah, sus hijos y Delilah se encuentra sobradamente avalada por la jurisprudencia. La Convención de Ginebra regula de forma estricta el

<sup>77</sup> SAVE THE CHILDREN, *Protocolo de la Convención*, consultado el 13 de junio de 2016 en: <http://www.savethechildren.es/trabajo-ong/derechos-de-la-infancia/protocolo-de-la-convencion>.

<sup>78</sup> Dynamo Internacional con el apoyo de la Comisión Europea, *Guía práctica de los derechos de la infancia en Europa*, p. 78, consultada el 12 de junio de 2016 en: [http://www.espaciokrea.org/pictures/lazos/documentos\\_referencia/dynamo/derechos\\_infancia/derechos\\_de\\_la\\_infancia.pdf](http://www.espaciokrea.org/pictures/lazos/documentos_referencia/dynamo/derechos_infancia/derechos_de_la_infancia.pdf).

<sup>79</sup> Detalle de legislación del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño, consultado el 10 de junio de 2016 en: [http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/CE\\_ejercicio\\_de\\_los\\_Derechos\\_de\\_los\\_ninos;jsessionid=B0C63445443E4096CB327C8CA4FD9012](http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/CE_ejercicio_de_los_Derechos_de_los_ninos;jsessionid=B0C63445443E4096CB327C8CA4FD9012).

<sup>80</sup> Guía práctica de los derechos de la infancia en Europa, cit., pp. 18-21.

estatuto del refugiado, bajo el que no quedarían amparados en principio aquellas personas que huyen de manera generalizada de un país, como ocurre con la familia siria en el caso que se nos presenta. Pero como se ve reflejado en la doctrina y la jurisprudencia analizadas la realidad práctica ha puesto de manifiesto que existen muchos otros tipos de personas necesitadas de protección, al margen de las que puedan considerarse “refugiadas” en base a la literalidad de la Convención de Ginebra.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha incidido en la importancia del Informe de ACNUR para concretizar a las personas especialmente vulnerables, así como las situaciones que puedan motivar de modo general los “fundados temores a ser perseguido” o “riesgos reales de sufrir daños graves” exigidos para la concesión del Estatuto de Refugiado; y el Informe de ACNUR sobre la concreta situación en Siria aclara el peligro generalizado que sufren las personas por el mero hecho de proceder de este país.

Con respecto al preciso caso a tratar, no estaría de más que se tuviese en cuenta la recomendación elaborada por la CEAR en su último informe, de activar los dispositivos de protección necesarios en caso de crisis humanitarias y poner en marcha el mecanismo de asistencia inmediata en caso de afluencia masiva de personas desplazadas previsto en la Directiva de Protección Temporal y en el Real Decreto 1325/2003, pues así este tipo de situaciones gozaría de una protección específica y mejor regulada.

En cuanto a la eliminación de la posibilidad de solicitud de asilo en Embajadas y Consulados en la Ley de asilo actual, hay que tener en cuenta que a pesar de la falta de regulación al respecto, la situación de Aminah, sus hijos y Delilah puede encajar en el supuesto contemplado en el artículo 4.2 del Reglamento de asilo, al tenor del cual el Ministerio de Asuntos Exteriores deberá expedir visados y llevar a cabo las gestiones necesarias para facilitar un traslado a España cuando el representante del ACNUR solicite al gobierno la admisión urgente de refugiados bajo su mandato que se hallen en situación de alto riesgo en un tercer país, como ocurre en el presente caso.

### *1.2. Sobre un posible reexamen de expediente para Abdel Bari*

El peligro para la seguridad nacional supone por ley la denegación del derecho de asilo. De la jurisprudencia analizada parece que es un factor que podría primar sobre cualquier otro, restringiendo incluso derechos fundamentales. De hecho, para la expulsión de un extranjero la jurisprudencia requiere que siempre se le debe dejar presentar pruebas y formular un recurso, pero subordina esto a que no exista ninguna razón en contra relacionada con la seguridad nacional. También el derecho a la reunificación familiar aparece por ley subordinado a este hecho, ya que es un derecho del que solo pueden gozar las personas a las que ya se les ha concedido protección, y cuya extensión nunca podrá ser efectiva a personas incluidas en las causas de exclusión y denegación de protección internacional, como puede ser el caso de Abdel Bari.

Pero deben exigirse “razones fundadas” de que Abdel constituye realmente este peligro, que la jurisprudencia exige no puede plantearse de modo “genérico” sino que debe estar vinculado con el peligro concreto que supondría la permanencia de Abdel en España. Es cierto que actualmente el hecho de presentar relaciones con el Estado Islámico supondría un peligro potencial para la estancia en cualquier país de Europa, pero no es menos cierto que el informe del Centro Nacional de Inteligencia solo sugería la existencia de un posible riesgo en Abdel, por su relación en el pasado con uno de los ahora líderes del Estado Islámico.

La existencia de informes del Centro Nacional de inteligencia es valorada por la jurisprudencia como “razones fundadas suficientes” para constituir el peligro del que antes hablábamos, pero en el caso que se nos presenta no demuestran una relación directa entre Abdel y una organización terrorista; y mucho menos el peligro real que supondría la estancia del mismo en España.

Deben ganar peso entonces los fundamentos que existen para proporcionar asilo a Abdel, como el hecho de que es padre de toda una familia ya instalada en España y, sobre todo, su alegación de que volver a Siria le supondría un peligro debido a sus nuevas ideas políticas. Hay que tener en cuenta que a pesar de que cabe en la discrecionalidad de cada Estado la concesión o no del derecho de asilo, lo que sí se considera una obligación asumible por estos; debido a su participación en la convención de

Ginebra y la existencia del sistema de protección de derechos fundamentales configurado entorno a Europa; es la garantía del “principio de non refoulement”, que implicaría la no devolución de una persona a un país en que no se pueda garantizar la protección de su vida o su integridad física.

Es cierto que la Convención de Ginebra establece que no podrá gozar de este beneficio el refugiado que sea considerado un peligro para la seguridad del país, pero no existen razones suficientes para considerar que Abdel lo es; y en todo caso debería dejársele presentar pruebas y alegaciones al respecto. Deben entrar a valorarse y probarse eficazmente los motivos por los que Abdel constituye realmente este peligro, tanto cuando solicita asilo por primera vez como cuando insta un reexamen de expediente; pues de inadmitir de plano su caso por considerar que supone un peligro nacional o que reitera una solicitud ya denegada, España estaría infringiendo el ECHR, como ya puso de manifiesto una vez el TEDH.

Asimismo, sobre la resolución que decida la petición de reexamen, podrá presentar recurso de reposición con carácter potestativo y recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>81</sup>.

### *1.3. Sobre la veracidad de la documentación aportada por Delilah*

Según ACNUR, por la imposibilidad de probar las alegaciones en muchas ocasiones, el requisito de su prueba no debe imponerse estrictamente a los solicitantes, y debe concedérseles el beneficio de la duda a no ser que existan razones de peso para no hacerlo.

La Jurisprudencia analizada pone de manifiesto que para la concesión del Estatuto de Refugiado no es necesaria una prueba plena de los requisitos exigidos, bastando la existencia de indicios suficientes en las alegaciones del solicitante que demuestren su verosimilitud y relación con los supuestos merecidos de protección.

En el caso que se nos presenta, la existencia de una duda acerca de la minoría de edad de Delilah, implicaría que se pudiese proceder a un examen médico para su disipación, pues esto se recoge expresamente en la ley de asilo. De esta manera se podría detectar si realmente Delilah ha aportado documentación falsa o no.

Tanto en los instrumentos internacionales analizados como en la ley de asilo, se exige de los solicitantes que colaboren en la determinación de los hechos, y se recoge el “deber de decir la verdad”; pero como pone de Manifiesto ACNUR en sus apreciaciones y alguna de las sentencias recogidas, podría exculparse que Delilah hubiera usado documentación falsa si ofrece una explicación de este hecho. Sobre esta explicación deberá pesar la ya mencionada teoría de los indicios suficientes, acompañada de la presunción de inocencia que salvo motivos objetivos debe prevalecer en la valoración de estas cuestiones.

## **2. Conclusiones relativas a la adopción internacional**

### *2.1. Sobre los fundamentos jurídicos que justifican la no idoneidad de la familia García Castro*

Los fundamentos de hecho solo ponen de manifiesto que la Xunta detectó en María Castro una falta de motivación para ejercer la patria potestad, así como una actitud pasiva ante las responsabilidades que esta conlleva; y que ella alega al respecto que padece una enfermedad crónica que en determinados momentos le impide alcanzar el máximo rendimiento.

Con estos datos son varios los factores que podrían incidir en la consideración de la familia García Castro como inidónea para adoptar, extraídos del análisis de la jurisprudencia al respecto y con el modelo doctrinal propuesto como guía, pues como se ha reflejado, no aparecen regulados unos concretos criterios que establezcan las pautas a seguir para la valoración de la idoneidad en la normativa nacional o en la normativa autonómica.

---

<sup>81</sup> Ministerio de Interior, *tramitación de las solicitudes*, consultado el 14 de junio de 2016 en: <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria/asilo-y-refugio/tramitacion-de-las-solicitudes#Admitidas-Recursos>.

Uno de los fundamentos jurídicos que podrían alegarse al respecto es la falta de motivación adecuada para ejercer la patria potestad; entendiéndose en este sentido no que la motivación de María no sea suficiente, sino que carece de “cualidad y adecuación”. Esto podría fundamentarse en que su motivación no responde a un deseo real; y en que esta no se manifiesta en los dos miembros de la familia, pues la actuación de María pareció causar esa sensación en las autoridades administrativas. Se considera necesario que la motivación responda a un auténtico proyecto que tenga en cuenta las situaciones a las que se enfrentarán cuando el niño llegue; y el hecho de que no se dé importancia por parte de los adoptantes a los problemas que la enfermedad de María podría suponer al respecto da pie a indicar que la motivación de los mismos responde solo a motivaciones aisladas, en las que lo que está presente son más las necesidades de los adoptantes que las del adoptado.

El deseo de ser padre y madre puede ampararse en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de esta pareja, pero para que se considere válido debe ir acompañado de capacidades y aptitudes para ejercer la patria potestad. Es importante que al respecto se muestre no solo el deseo y la actitud dirigida a ser padres, sino una “aptitud” concretada en la posesión de ciertas cualidades que posibiliten el ejercicio de esta tarea.

En este sentido puede considerarse que María podría no presentar una actitud siempre activa a la hora de velar por los hijos, darles compañía, cuidarlos o educarlos; debido al padecimiento que sufre y a la actitud pasiva reflejada en algún momento hacia estas responsabilidades. Una cosa son los sentimientos que ella dice albergar hacia las situaciones que conlleva la adopción y otra que posea las habilidades requeridas para afrontar las necesidades del menor y resolver los problemas que necesariamente acarrea esta.

Existen ciertos rasgos de personalidad que se entiende suponen un riesgo a tal efecto, y la posesión de un patrón de personalidad no funcional para la adopción desaconseja la concesión de idoneidad. Si consideramos que la extraña actitud de María reflejada en los informes denota síntomas de inestabilidad emocional, dependencia o padecimiento de un nivel de estrés sostenido, por ejemplo; no sería recomendable la concesión del certificado de idoneidad a la misma en base al deterioro funcional personal que estos trastornos causan; por el impacto negativo que supone en la adopción no tener capacidades para establecer vínculos estables y seguros o presentar una falta de empatía.

En cuanto a la enfermedad que María padece, sería un factor excluyente de la idoneidad si se determina que esta supone un trastorno psiquiátrico relacionado con trastornos en el estado de ánimo; trastornos adaptativos o trastornos de la personalidad. En caso de que solo se considere como una enfermedad crónica grave que requiera unas condiciones de vida especiales será necesario tener en cuenta si esta es realmente incompatible con el cuidado y atención del menor, debiendo valorarse sobre unos informes médicos el grado en que le afecta y los medios con los que cuenta para superar las dificultades que le supone. De no resultar favorable el análisis anterior y considerar que el padecimiento de la enfermedad es incompatible con las funciones que debe llevar a cabo un adoptante, el principio del Interés Superior del menor resultaría de necesaria invocación para la denegación de idoneidad.

Los anteriores motivos, susceptibles de instar una apreciación negativa de la idoneidad, deben recoger siempre las causas objetivas que, bajo criterios de razonabilidad, desaconsejan la adopción; pues de basarse solo en meras posibilidades de futuro carentes de una fundamentación fáctica, no contarían con el necesario rigor para ser considerados fundamentos jurídicos de denegación de la idoneidad.

## *2.2. Sobre el procedimiento a seguir para solicitar un nuevo informe de idoneidad*

Teniendo en cuenta que el periodo de vigencia del certificado de idoneidad es de 3 años y que en la normativa gallega se recoge expresamente que las personas declaradas no idóneas deben esperar este margen de tiempo antes de presentar una nueva solicitud; la familia García Castro deberá conformarse con esta opción.

Una alternativa para conseguir revocar el informe sin esperar ese tiempo sería recurrir la resolución ante los tribunales en el plazo de 2 meses. No sabemos si el matrimonio pudo haber procedido o no a apelar la resolución, pues en el caso solo se menciona que su proceso de adopción se encuentra paralizado a fecha de 1 de agosto de 2015.

De haber apelado la resolución, gozarían del especial procedimiento existente a tal efecto que no exige reclamación previa en vía administrativa. Además, la Jurisprudencia recogida pone de manifiesto que en estos casos los informes de los técnicos de la administración son muchas veces criticados por los Juzgados, sobre todo si se apoyan en factores subjetivos para la determinación de la no idoneidad (como parece ocurrir en el presente caso); que prefieren optar por criterios menos restrictivos para su concesión. Esta sería una vía recomendable para la familia García Castro, ya que el informe de la Xunta no tendría fuerza vinculante para los tribunales y estos volverían a valorar el fondo del asunto. Esta vía les permitiría además presentar informes periciales propios que valorasen su idoneidad, pero en todo caso la reclamación debería haberse hecho en el citado plazo de dos meses tras la declaración de idoneidad.

En caso de que no hayan querido someterse a los tribunales o que su decisión les haya sido desfavorable y esperen los 3 años requeridos, la nueva valoración de idoneidad no consistirá en una mera actualización, como matiza la jurisprudencia; sino que deberán valorarse las aptitudes cómo se hizo en un primer momento. Respecto al caso que se nos presenta la rigidez de la jurisprudencia al respecto podría suponer algunas trabas para conseguir una resolución favorable, pues se exige que la nueva resolución no sea contradictoria con la anterior, solo pudiendo argumentarse un cambio de decisión al respecto si resulta que las circunstancias de la familia han cambiado o que los criterios usados la primera vez fueron insuficientes.

Me llama la atención el hecho de que en la normativa gallega se recoja que el certificado de idoneidad debe solicitarse para cada país determinado, asegurando que en “todo caso” solo resultará válido para ese país. Parece que de lo anterior se deduce que en caso de presentar una nueva solicitud para otro país se requeriría un nuevo informe de idoneidad diferente, surgiendo la posibilidad de que este último sí resultara favorable.

### **3. Conclusiones relativas a las conductas ilícitas**

#### *3.1. Sobre las responsabilidades penales de la familia García Castro respecto a la adopción ilegal*

En base al protocolo facultativo de la CDN sobre venta de niños; al Convenio de extradición entre España y Colombia; y la mención al Principio de Justicia Universal en la LOPJ, considero ajustado al derecho la extensión territorial de la Ley penal española en el caso que se nos plantea. Habiendo encontrado a los delincuentes en España y siendo estos nacionales de este país, los tribunales españoles pueden reservarse el derecho de juzgarles sin que esta tarea deba ser realizada por los tribunales colombianos.

No incurriría así el matrimonio de José y María en responsabilidad penal alguna en Colombia, siendo su conducta analizada al amparo del Código Penal español. Con el estudio de este y la jurisprudencia analizada considero que serían imputables a ambos un delito de tráfico de niños del artículo 221CP y un delito de suposición de parto del artículo 220CP en concurso real.

Respecto de José, también le sería imputable el delito de falsificación de documentos públicos del artículo 392CP, con la agravante de prevalimiento de carácter público por su condición de funcionario que prevé el artículo 22.7CP. Considero que este delito debería aplicarse en concurso medial con el delito de tráfico de niños, al que también sería de aplicación, respecto de José, la agravante ya comentada.

#### *3.2. Sobre la situación que vive el matrimonio de José y María*

A pesar de no contar con datos sobre la magnitud de las agresiones producidas por José esto carece de relevancia pues el Código Penal, en sus artículos 153 y 173, recoge una protección especial para aquellas víctimas especialmente vulnerables a las lesiones (abarcando en estas al cónyuge del agresor) que protege de todo tipo de agresiones, incluso las no constitutivas de lesión estrictamente.

Tras un incansable debate jurisprudencial, se ha descartado la inconstitucionalidad del artículo 153.1CP relativo a la concreta violencia en del hombre hacia la mujer con la que mantiene o mantuvo una relación sentimental; así como la necesidad de detectar un ánimo subjetivo en él para la aplicación. Por ello, considero subsumible la conducta de José en tal precepto.

Creo que podrían imputarse a José un delito de maltrato habitual previsto en el 173CP debido a la frecuencia de sus conductas; y que este sería compatible con la imputación de cada una de las conductas violentas que este tiene hacia María, penadas a través del artículo 153CP. La aplicación conjunta de estos dos delitos en concurso real ha resultado ser válida para la mayoría de la jurisprudencia consultada.

### *3.3. Sobre los efectos jurídicos derivados del “secuestro” de Aminah y Delilah*

Considero que Abdul-Azim, Abdul-Ali y Abdul-Hadi resultarían responsables de dos delitos<sup>82</sup> de detenciones ilegales del artículo 163CP en su modalidad agravada, (pues en el caso se pone de manifiesto que tienen a las mujeres encerradas unos meses, sobrepasando el tiempo de 15 días establecido en la tipificación del delito simple de detenciones) en concurso medial con un delito de prostitución coactiva del artículo 187CP, y otro de prostitución coactiva del artículo 188CP (al plantear este la conducta anterior sobre los menores de edad; y teniendo presente que ante el desconocimiento de la edad de Delilah debe regir la presunción de minoría de edad recogida por la LOPJ); y en concurso real con dos delitos de trato degradante del artículo 173CP, uno de ellos en su modalidad agravada por dirigirse hacia una menor de edad.

También en concurso real debe considero imponible a cada uno un delito de quebrantamiento del deber de custodia, en base a que la jurisprudencia analizada pone de manifiesto que la custodia en estos casos puede venir atribuida por una circunstancia de hecho; como la que supone el encierro de Aminah y Delilah, que deja a los tres hombres como los únicos posibles responsables de los niños.

Además, la doctrina analizada pone de manifiesto que más que en un incumplimiento de un deber de custodia, lo que se tipifica en este delito es el incumplimiento del deber de reconocer la extinción de la misma al no dejar que esta sea ejercida por los progenitores de los menores. Aunque la literalidad del precepto requiera para su tipificación que los progenitores hayan hecho un requerimiento al respecto, la jurisprudencia comentada matiza que este requisito no debe ser fehaciente. Por lo tanto considero que a pesar de no contar con la información de si ese requerimiento se ha producido, la conducta de los tres hombres puede subsumirse igualmente en este tipo penal.

De su condena por estas conductas podría surgir asimismo la obligación de expulsión del territorio español prevista en el artículo 57.2 de la LO 4/2000, que conlleva asimismo la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, como se aclara en su apartado 4.

Como en el caso solo se nos dice que los tres hombres habían conseguido permiso de trabajo en 2014, no sabemos si actualmente los mismos han conseguido a mayores un permiso de residencia de larga duración o si solo gozan de una de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo previstas en el artículo 45 del reglamento de la LO citada.

La diferencia es importante, pues como pone de manifiesto esta LO y la jurisprudencia analizada al respecto, de poseer un permiso de residencia de larga duración, la expulsión de los mismos no podría darse de forma automática y habría que entrar a valorar las circunstancias individuales de arraigo de cada uno para determinar si pesa más el daño que han generado a la comunidad o el daño que supondría su expulsión.

### *3.4. Sobre los delitos respecto de los hijos de Abdel y Aminah*

Considero que sería imputable a cada uno de los tres hombres un delito de acoso del artículo 172terCP en concurso real con un delito de amenazas del artículo 169CP en su tipo agravado (por incluirse en ellas condición, al asegurar que los matarían si hacían pública la detención de su madre y Delilah), debiendo fijarse la pena en su mitad superior por el hecho de que estas amenazas se hicieran por teléfono.

---

<sup>82</sup> Considero que en el caso que se nos presenta los tres hombres deberían ser condenados por cada uno de los delitos proyectados de forma individual hacia cada una de las mujeres en base al artículo 73CP; pues cuando estas específicas conductas afectan a varias personas debe apreciarse un concurso real de delitos entre ellas. (MARTÍNEZ GARCÍA A.S.et al., *Comentarios Prácticos al Código Penal*, Cit., pp. 288 y 572).

Creo que la jurisprudencia y doctrina analizadas muestran posible el concurso real de estos dos delitos, configurándose el acoso como conducta en general y el delito de amenazas como cada uno de los actos en los que se concretaba este acoso. No considero que se trate de un delito de amenazas continuado por existir un único acto de voluntad (conseguir callar a los niños para quedar impunes) encaminado a la realización de toda la dinámica delictiva; además de por encontrarse los actos del mismo vinculados espacial y temporalmente y encajar en su conjunto dentro de la tipología del delito de amenazas.

La posible apreciación de un delito de coacciones queda desde mi punto de vista, en base a la jurisprudencia comentada, subsumido en el tipo penal del delito de amenazas. Considero que debe distinguirse el delito de amenazas del de coacciones en el presente caso al ser estas concretas y posibles; y porque el mal con el que se coacciona se proyecta hacia el futuro y no inmediatamente sobre los niños.

Respecto de la protección que ofrecen las leyes nacionales cara los derechos del niño, la LOPJM, el CC y la ley 26/2015 (además de las concretas normativas autonómicas), contienen específicos preceptos relativos al deber de la administración pública de velar por los menores y actuar en caso de situaciones de riesgo y desamparo; además de concretar respecto de los menores algunos de los derechos que se establecen de forma generalizada por la Constitución.

La jurisprudencia analizada pone de manifiesto que el contenido de los tratados internacionales ratificados por España se convierte en cierto modo en contenido constitucionalmente declarado en base al artículo 10.2CE, por lo que una violación de los derechos de los menores contenidos en ellos, por parte de las autoridades españolas, contaría con la protección adicional del recurso de amparo ante el TC.

Una vez agotadas las vías nacionales también podría acudir, ante una violación de derechos humanos o derechos fundamentales por parte de las autoridades españolas, ante el TEDH o el TJCE; cuando se violen normas contenidas en las respectivas declaraciones de derechos que defiende cada uno.

Respecto de las declaraciones de derechos internacionales concretamente dirigidas a menores, solo podrían dirigirse para la protección de los menores -en caso de una violación por parte de las autoridades públicas, y una vez agotadas las vías nacionales- ante el Comité de los derechos del niño, alegando alguna violación de los preceptos de la CDNU. El resto de declaraciones mencionadas recogen una protección más en abstracto, aunque sí podrían ser alegadas ante instituciones como el Defensor del Pueblo.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

### 1. Obras, informes y trabajos citados

- ACNUR, *Consideraciones de protección internacional con respecto a las personas que huyen de la República Árabe Siria*, disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5600f2174>.
- ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf?view=1>.
- ALVAREZ LATA, N. *Sobre la eventual inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia. Juicio crítico a la luz de los principios del derecho civil gallego (y de la doctrina del tribunal Constitucional)*, Derecho Privado y Constitución, Núm. 22, ISSN: 1133-8768, 2008, disponible en: <file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-SobreLaEventualInconstitucionalidadDeAlgunosPrecep-2797001.pdf>.
- BERMEJO CUADRILLERO F. y CASILLA GALÁN J., *La Jurisprudencia Española sobre la No Idoneidad de los Solicitantes de Adopción: Análisis e Implicaciones*, en *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 19, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, 2009, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=315025340007>.
- CARRASCO ANDRINO M., *Protección Penal de la filiación*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-06, 2010.
- CEAR, *Informe 2015: Las personas refugiadas en España y en Europa*, disponible en: <http://www.cear.es/wp-content/uploads/2015/06/Informe-2015-de-CEAR2.pdf>.
- Consejo General del Poder Judicial, *Informe al Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de asilo*, 2014, disponible en: <file:///C:/Users/User/Downloads/20140205%20Inf.%20Proy.%20RD%20derecho%20asilo%20y%20protec.%20subsid..pdf>.

- Departamento jurídico de Sepín, *Guía práctica sobre reforma del código penal por las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*, Sepín, 2015.
- Dynamo Internacional con el apoyo de la Comisión Europea, *Guía práctica de los derechos de la infancia en Europa*, disponible en: [http://www.espaciokrea.org/pictures/lazos/documentos\\_referencia/dynamo/derechos\\_infancia/derechos\\_de\\_la\\_infancia.pdf](http://www.espaciokrea.org/pictures/lazos/documentos_referencia/dynamo/derechos_infancia/derechos_de_la_infancia.pdf).
- ESPINAR VICENTE, J.M., *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Civitas, 1996.
- FORTUTI BERENGUER, M., *El delito de secuestro del artículo 164 del Código Penal y sus diferencias con el delito de detención ilegal y con el delito de coacciones según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *El Derecho*, 2015, disponible en: [http://www.elderecho.com/tribuna/penal/delito-secuestro-diferencias-detencion-ilegal-coacciones\\_11\\_838180001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/penal/delito-secuestro-diferencias-detencion-ilegal-coacciones_11_838180001.html).
- FUENTES OSORIO, J., *Lesiones producidas en un contexto de violencia doméstica o de género. Una regulación laberíntica*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2013.
- GOMEZ CAMPELO, E., *La Ley 54/2007 de Adopción Internacional: un texto para el debate*, Reus, 2009.
- GORTÁZAR ROTAECHE, C. J., *Derecho de asilo y “no rechazo” del refugiado*, Dykinson, 1997.
- GUZMÁN PECES, M., *La Adopción Internacional. Guía para adoptantes, mediadores y Juristas*, La Ley, 2007.
- LOPEZ ESCUDERO, M./ MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, J. (coords.), *Derecho Comunitario Material*, McGrawHill, 2000.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Colex, 2002.
- MARTÍNEZ GARCÍA A.S.et al., *Comentarios Prácticos al Código Penal* (GÓMEZ TOMILLO M., Dir.), Aranzadi, 2016.
- MUÑÓN AUNIÓN A. *La política común europea del derecho de asilo*, Tirant lo blanch, 2006.
- MUÑÓN AUNIÓN, A., *La regulación Internacional del Asilo Territorial y la necesidad de reformas para garantizar la Seguridad Humana*, en *Revista de estudios Fronterizos del estrecho de Gibraltar*, 2014, ISSN: 1698-10060, disponible en: <http://rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/16500/REFEG-14-1-MUNOZ-RODIN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- OCÓN DOMINGO, J., *Normativa Internacional de Protección de la Infancia*, en *Cuadernos de Trabajo Social*, vol.19, ISSN: 0214-0314, 2006, disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/CUTS/article/viewFile/CUTS0606110113A/7564>.
- PASCUAL MEDRANO, A., *los derechos fundamentales y la ley de protección del menor*, disponible en: [file:///C:/Users/User/Downloads/RJ\\_22\\_II\\_5.pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/RJ_22_II_5.pdf).
- PEÑA LOPEZ F./ÁLVAREZ LATA N., en *Curso de Derecho Civil de Galicia* (BUSTO LAGO J., Dir.), Atelier, 2015.
- PEREZ BARRAONA S., *El Estatuto de “Refugiado” en la Convención de Ginebra de 1951*, en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, nº1, 2003, disponible en: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero1/perez.pdf>.
- PORTOMEÑE SEIJAS F., *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público del culpable (art. 22.7ª CP) en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Repertorio de Jurisprudencia núm. 9/2001, Aranzadi, 2001.
- RAMON RIBAS E. y TORRES ROSELL N., *Los Delitos Contra las Relaciones Familiares*, Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya, disponible en: [https://www.exabyteinformatica.com/uoc/Dret/Derecho\\_penal\\_parte\\_especial/Derecho\\_penal\\_parte\\_especial\\_\(Modulo\\_5\).pdf](https://www.exabyteinformatica.com/uoc/Dret/Derecho_penal_parte_especial/Derecho_penal_parte_especial_(Modulo_5).pdf).
- RIVAS VIEITES E. (coord.), *La Intervención Pedagógica en la Adopción*, Colección Perspectiva Pedagógica Nº3, Axac, 2008, disponible en: <http://www.apega.org/attachments/article/278/laintervencion.pdf>.
- ROMERO GONZÁLEZ A./ BERMEJO CUADRILLERO F./ CASILLA GALÁN J., *Manual Para la Valoración de la Idoneidad en Adopción Internacional*, 2008.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A., *El Estatuto de los Refugiados 50 años después*, disponible en: <http://www.uclm.es/profesorado/asanchez/webdih/03Materiales/refugiados.txt.doc>.
- TRUJILLO HERRERA R. *La Unión Europea y el Derecho de Asilo*, Dykinson, 2003.
- UNICEF *Adopción Internacional*, Innocenti Digest, disponible en: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest4s.pdf>.
- VELÁZQUEZ BARÓN A., *Las Coacciones*, Bosch, 2004.
- VILLAR, S., *La Política de refugiados en la Unión Europea*, disponible en: [http://www.cidob.org/publicaciones/documentacion/dossiers/dossier\\_refugiados/dossier\\_crisis\\_refugiados/la\\_politica\\_de\\_refugiados\\_en\\_la\\_union\\_europea](http://www.cidob.org/publicaciones/documentacion/dossiers/dossier_refugiados/dossier_crisis_refugiados/la_politica_de_refugiados_en_la_union_europea).

## 2. Páginas de Internet consultadas

- Migrarconderechos, asesoría jurídica para inmigrantes: [http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/CE\\_ejercicio\\_de\\_los\\_Derechos\\_de\\_los\\_ninos;jsessionid=B0C63445443E4096CB327C8CA4FD9012](http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/CE_ejercicio_de_los_Derechos_de_los_ninos;jsessionid=B0C63445443E4096CB327C8CA4FD9012).
- Fundación Save The Children: <https://www.savethechildren.es/trabajo-ong/derechos-de-la-infancia/protocolo-de-la-convencion>.
- UNICEF: <http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino>.
- Ministerio de Empleo y Seguridad Social: <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/Ciudadanosnocomunitarios/hoja046/index.html>.
- Ministerio de Interior: <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria/asilo-y-refugio/tramitacion-de-las-solicitudes#Admitidas-Recursos>.
- Portal Gallego de adopciones: <http://adopcions.xunta.es/index.php?idMenu=5&idIdioma=1>.
- Xunta de Galicia, Consellería de Política Social: <http://politicassocial.xunta.gal/web/portal/o-proceso-de-adopcion1>
- CEAR: <http://www.cear.es/>.
- ACNUR España: <http://acnur.es/quienes-somos/acnur-espana> y [http://www.acnur.es/PDF/acnurespana\\_folleto\\_institucional2013\\_20130205110456.pdf](http://www.acnur.es/PDF/acnurespana_folleto_institucional2013_20130205110456.pdf).

## 3. Noticias citadas

- Publicada la Ley Orgánica 1/2014 que reforma la justicia universal, Lexnova: <http://www.lexdiario.es/noticias/227065/publicada-la-ley-organica-1-2014-que-reforma-la-justicia-universal>.
- Si una primera valoración estableció la idoneidad para adoptar, la segunda que la deniega debe estar razonablemente motivada, Actualidad Noticias jurídicas: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3735-si-una-primera-valoracion-establecio-la-idoneidad-para-adoptar-la-segunda-que-la-deniega-debe-estar-razonablemente-motivada/>.
- Contenido y novedades de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, Actualidad Noticias Jurídicas: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10409-contenido-y-novedades-de-la-ley-26-2015-de-28-de-julio-de-proteccion-a-la-infancia-y-a-la-adolescencia/>.

## 4. Normativa consultada

### - Normativa nacional y autonómica:

Instrumento de ratificación de la Convención Europea sobre el ejercicio de los derechos del niño de 2015; Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo en materia de adopción de menores, de 2011; Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 1995; Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1990; Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 2010; Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria; Real Decreto 203/1995, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994; Constitución Española de 1978; Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia; Ley Orgánica 1/1981, del Estatuto de Autonomía de Galicia; Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia; Decreto 406/2003, por el que se modifica el Decreto 42/2000; Decreto 129/2015, de 8 de octubre, por el que se fija la estructura orgánica de las Consellerías de la Xunta de Galicia; Ley 3/2011, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia; Ley 54/2007, de Adopción Internacional; Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil; Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal y sus recientes modificaciones introducidas por la LO 1/2015 y la LO 2/2015; Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; Ley Orgánica 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; Ley Orgánica 14/1999 de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, su reforma por la LO 2/2009, y su Reglamento aprobado por Real Decreto 557/2011; LO 2/1979, del Tribunal Constitucional; Ley 26/2015, de protección a la infancia y a la adolescencia.

### - Normativa internacional y acuerdos internacionales:

Convención sobre el Estatuto de los refugiados de 1951 y su protocolo Sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967; Directiva 2001/55, sobre protección temporal en casos de afluencia masiva; Directiva 2003/9, sobre condiciones de acogida de los solicitantes de asilo; Directiva 2004/83, sobre requisitos para el reconocimiento y el estatuto de refugiado; Directiva 2005/85, sobre procedimientos de asilo; Tratado de Lisboa de 2007; Directiva 2011/95, sobre requisitos para el reconocimiento de beneficiarios de protección internacional; Directiva 2013/32/UE, sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de protección internacional; Directiva 2013/33/UE, sobre normas para la acogida de solicitantes de protección internacional; Reglamento 603/2013/UE relativo a EURODAC; Reglamento Dublín III de 2013; Directiva 2003/109/CE, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; Resolución del

Parlamento Europeo relativa a la Carta de los Derechos del Niño de 1992; Carta de Derechos Fundamentales de la UE de 2000; Convenio europeo de Derechos Humanos de 1950 y sus protocolos adicionales; Convención de los derechos del niño de 1989 y su protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; Convenio de la Haya de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación internacional en materia de adopción internacional; Convenio de extracción entre el Reino de España y la República de Colombia de 1982; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

## 5. Jurisprudencia consultada y citada

- Referente al derecho de asilo:

SSTS:([ECLI:ES:TS:2015:5211](#)),([ECLI:ES:TS:2012:6761](#)),([ECLI:ES:TS:2009:7726](#)),([ECLI:ES:TS:2008:5647](#)),([ECLI:ES:TS:2015:5211](#)),([ECLI:ES:TS:2011:7140](#)),([ECLI:ES:TS:2011:2537](#)),([ECLI:ES:TS:2012:8195](#)),([ECLI:ES:TS:2009:2781](#)),([ECLI:ES:TS:2011:4118](#)),([ECLI:ES:TS:2011:3216](#)),([ECLI:ES:TS:2013:3364](#))y([ECLI:ES:TS:2012:2352](#));SSAN:([ECLI:ES:AN:2015:2859](#)) y ([ECLI:ES:AN:2015:2859](#)); STJCE 2010\47; STC 94\1993; STC 242\1994; STC 236\2007; STEDH 2014\23.

- Referente a la adopción internacional:

SSTSJBarcelona:([ECLI:ES:TSJCAT:2012:9226](#))y([ECLI:ES:TSJCAT:2012:9226](#));SSAPValencia:([ECLI:ES:APV:2013:1842](#))y([ECLI:ES:APV:2013:1793](#));SAPIslasBaleares([ECLI:ES:APIB:2014:1384](#));SSAPMérida:([ECLI:ES:APBA:2013:168](#))y([ECLI:ES:APBA:2012:1134](#));SSAPACoruña:([ECLI:ES:APC:2014:1477](#))y([ECLI:ES:APC:2002:2571](#));SAPAlicante([ECLI:ES:APA:2014:769](#));SAPBarcelona([ECLI:ES:APB:2012:11638](#));SAPSantander([ECLI:ES:APS:2003:491](#));SAP Lugo([ECLI:ES:APLU:2008:546](#));STS([ECLI:ES:TS:2014:1231](#)).

- Referente a las conductas ilícitas:

SSTS:([ECLI:ES:TS:2003:3835](#)),([ECLI:ES:TS:2007:4526](#)),([ECLI:ES:TS:2007:4526](#)),([ECLI:ES:TS:2003:1580](#));([ECLI:ES:TS:2008:5750](#)),([ECLI:ES:TS:2009:924](#)),([ECLI:ES:TS:2007:7029](#)),([ECLI:ES:TS:2001:6859](#)),([ECLI:ES:TS:2007:1482](#)),([ECLI:ES:TS:2003:8262](#)),([ECLI:ES:TS:2014:5442](#)),([ECLI:ES:TS:2003:3682](#)),([ECLI:ES:TS:2009:3466](#)),([ECLI:ES:TS:2006:1326](#)),([ECLI:ES:TS:2007:4310](#)),y([ECLI:ES:TS:1999:1334](#));SSTC 59\2008, 82\2008, 100\2008 y 186\2013; SAP de Castellón ([ECLI:ES:APCS:2008:870](#));SAP de Murcia ([ECLI:ES:APMU:2016:761](#));SSAP de Madrid:([ECLI:ES:APSE:2004:2867](#)),([ECLI:ES:APM:2009:14993](#))y([ECLI:ES:APM:2014:3111](#));ATS([ECLI:ES:TS:2010:6165A](#)); SAP de Logroño ([ECLI:ES:APLO:2007:136](#));STSJ de Madrid ([ECLI:ES:TSJM:2015:9568](#));STJCE 2007\317; STSJ de las Islas Baleares ([ECLI:ES:TSJBAL:2014:553](#)).