



CLÍNICA LEGAL EN DERECHOS FUNDAMENTALES UNIVERSIDAD DE SEVILLA

Tutora académica: Blanca Rodríguez Ruiz (Prof. Titular de Derecho Constitucional)
Tutora externa: Olga Burgos García (abogada)
Tutor externo: Manuel Pérez Cuajares (abogado)

Curso 2019-2020

CONSULTA sobre el caso BINTA KONE

¿Puede la Sra. Kone ser condenada por suposición de parto y separada de la menor con quien llegó a las costas españolas, con el único argumento de que no hay relación biológica entre ellas, pese a haber convivido como madre e hija desde el nacimiento de ésta? ¿Puede serlo atendándose al interés superior de la menor? ¿Reúne la Sra. Kone condiciones para obtener asilo? ¿Y para interponer recurso de revisión contra la sentencia condenatoria?

INFORME

SUMARIO: I. OBJETO DEL DICTAMEN. II ANTECEDENTES DE HECHO. III. CUESTIONES PLANTEADAS. 1. Existencia de una relación familiar. 1.1. *Relaciones familiares y vínculos no biológicos.* 1.2. *Determinación del vínculo familiar no biológico.* 1.3. *Atención al vínculo familiar en el caso concreto.* 2. Obligación de los poderes públicos de tutelar el interés superior de la menor en el caso. 2.1. *Condición de MENA: Definición de del Concepto de Menores extranjeros no acompañados.* 2.2. *Protocolo MENA. Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados.* 2.3. *Concepto de Menor en riesgo. Declaración de Desamparo. Actuación de la Administración Pública.* 2.4. *Acogimiento institucional de la menor.* 3. Posibilidad de solicitud de asilo. 3.1. *Posibilidad de solicitud del derecho de asilo y de protección subsidiaria.* 3.2. *Solicitud de derecho de asilo.* 3.3. *Condición de refugiada.* 4. Posibilidad de interponer recurso de revisión. 4.1. *Regulación del recurso.* 4.2. *Argumentación de su aplicación al caso.* 4.3. *Recurso de revisión.* IV.

CONCLUSIONES

I. OBJETO DEL DICTAMEN

Este informe tiene por objeto el análisis jurídico del caso que nos presentan en relación a



la Sra. Binta Kone y la menor de tres años que la acompañaba en su proceso migratorio al llegar a nuestro país.

En la actualidad ambas se encuentran separadas y privadas de comunicación y relación de ninguna índole, desde que las autoridades españolas, tras la verificación de la ausencia de relación biológica entre ellas, pusiera en marcha un protocolo de actuación que derivó en un procedimiento penal contra la Sra. Binta y la adopción de medidas de tutela institucional de la menor tras su declaración de desamparo.

El objetivo de este informe según se nos solicita sería tratar de hacer un análisis pormenorizado del proceso que ha dado lugar a las diferentes actuaciones e intervenciones jurídicas y valorar la posibilidad de establecer o desarrollar estrategias jurídicas que permitan la reanudación la relación familiar existente entre la Sra. Kone y la menor hasta su llegada a nuestro país, preservando los derechos de ambas a fin de tratar de restablecer los derechos relacionales existentes con anterioridad, y garantizando la protección de ambas en nuestro país.

Para ello, abordamos en él las distintas cuestiones jurídicas en juego y cuya respuesta, entendemos, apuntan a la obligación de los poderes públicos de tratar de facilitar la reagrupación familiar entre ambas.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

1. La Sra. Binta Kone nació en el año 1998 en Guinea Conakry, quien según manifiesta, procede a dar a luz, en dicho país en mayo de 2015, coincidiendo con la posible fecha de nacimiento de la menor.
2. En octubre de 2018, la Sra. Kone decide huir con la que cree es su hija, de tres años, partiendo desde de su país de origen e iniciando un proceso migratorio con el objetivo de evitar que la menor sea víctima de una mutilación genital femenina (eliminación parcial o total de tejido de los órganos genitales femeninos, particularmente del clítoris, con objetivo de eliminar el placer sexual en las mujeres), práctica extendida y permitida en su país, practicada a niñas de corta edad, tal y como ella misma relata que sufrió personalmente.
3. En su traslado y huida desde su país a España, en dicho recorrido migratorio, atraviesa distintos países desde Argelia a Marruecos (según afirma ella), recorriendo más de 4.400Km -en un cálculo estimatorio- hasta llegar a nuestro país.
4. En la fecha del 22 de noviembre de 2018 la Sra. Kone, acompañada de su hija, llega a la costa española de Motril (Provincia de Granada) en una patera procedente de Marruecos.



5. La Sra Kone y su hija son atendidas por nuestros servicios de emergencia marítima y trasladadas a dependencias de la brigada de extranjería competente, tomándose las huellas dactilares con fines identificativos protocolarios. En la CNP de Motril, la brigada de policía científica, siguiendo el protocolo de actuación marcado por el CETI (Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes) en relación a los migrantes acompañados de menores a su cargo procede a realizar la prueba de ADN a la Sra. Kone y a la menor para verificación sobre la relación familiar y contrastar si, tal y como la misma indicaba, la menor que la acompañaba y esta bajo su tutela era efectivamente hija biológica de la primera. El resultado determinó la ausencia de relación biológica materno-filial entre ellas. La determinación de inexistencia de dicha relación biológica provoca un gran desconcierto a la Sra. Kone, quien asegura y mantiene en todo momento, tal y como se explicará, que la menor que cuida y la acompaña es su hija. Para ello aporta cuantos documentos considera acreditan dicha relación filial, incluyendo entre otros la fotocopia del registro de la menor como su hija en el registro civil de Guinea Conakry. Ante el resultado de la prueba de ADN la misma mantiene que la inexistencia de relación biológica entre ambas es rotundamente imposible, en su convencimiento de que la menor es su hija, insistiendo en que desde su nacimiento está a su cargo y bajo su dependencia
6. En la fecha 25 de noviembre de 2018, la Sra. Kone y la menor son trasladadas a un Centro de Atención Humanitaria de Teruel. Las autoridades españolas, tras conocer los resultados de la prueba de ADN negativos, y tras un período de convivencia en centro de acogida, proceden a separar a la menor de la Sra. Kone.
7. La Sra. Kone permaneció en prisión provisional del día 5 de enero de 2019 hasta el día 22 de enero de 2019, acusada de haber cometido delito de suposición de parto (ara 220.1 CP) o alternativamente un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art 318 bis CP), para los que el Ministerio Fiscal solicita una pena de 2 años de prisión.
8. En el acto del juicio N.º 5/2019, el ministerio Fiscal modifica sus conclusiones: mantiene únicamente la acusación por el delito de suposición de parto (suprimiendo el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros), rebajando en consecuencia la solicitud de pena, siendo condenada a un año de privación de libertad por dicho delito, y posteriormente, aplicándose el beneficio de sustitución de la pena, a la de expulsión del territorio nacional, tal y como se detallará.
9. Con fecha de 25 de enero de 2019 el Juzgado de lo penal único de Teruel emite la sentencia N.ª 11/2019, en la que se condena a la Sra. Binta Kone a 6 meses de prisión por un delito de suposición de parto del Art. 220.1 CP, y por acto de ejecución se ordena su ingreso a prisión.



10. El 16 de marzo de 2019 dicha sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Teruel (sentencia nº.18/2019), recurso que fue desestimado. Posteriormente se solicitó la suspensión de la sentencia. La solicitud fue admitida.

11. El 12 de junio de 2019, ante la insistencia de la Sra. Kone en su inocencia y en la existencia de una relación familiar, sin explicación racional sobre el resultado de la prueba, tras contactar con su familia de origen y procedencia, y tras un proceso de indagación y asesoramiento que le brindan las ONGs que la asisten, la Sra. Binta Kone recibió de su hermano (quien reside en su país de origen) un prueba gráfica a través de un testimonio del mismo, en soporte audiovisual, en el que confesaba que él era el padre biológico de la menor que la acompañaba. Dicho Sr. Kone, hermano de la misma explica testimonialmente que su mujer coincidió estando encinta de su hijo con la Sra. Kone, coincidiendo las fechas de alumbramiento o parto, y que, tras el fallecimiento del bebé de su hermana en el parto procedió a intercambiar al bebé fallecido por la menor hija de él y su esposa. Dicho intercambio se le ocultó a la Sra. Binta Kone, haciéndole creer que el bebé concebido por ella, que falleció en el momento de nacer, era la menor que a la misma se le entregó como hija propia (la que en realidad era su sobrina). Dicho intercambio se realiza aprovechando que ambos nacimientos coincidieron en el tiempo, justificándose dicha ocultación de la realidad como un beneficio para ambas: para la Sra. Kone, para que disfrutara y desconociera la muerte de su hijo, y para el matrimonio, que tenían más hijos y dificultades para mantenerlos, porque suponía una delegación de responsabilidades parentelas en alguien de la confianza plena de ambos, su hermana. Todo ello, como se indica, tuvo lugar con total desconocimiento de la Sra. Kone, hasta el extremo de que, según se explica en dicha grabación de video, nunca se le había dicho la verdad de dicho intercambio.

12. El día 05 de julio de 2019 desde el Área Jurídica del Proyecto ``X`` gestionado por la Asociación ``Y`` y subvencionado por la Subdirección General de Integración de los Inmigrantes, se presenta una queja ante el Defensor del Pueblo Andaluz. Esta queja recoge la declaración de la Sra. Binta Kone, en la que ésta manifiesta que la menor ha estado bajo su tutela desde su nacimiento, que la ha criado como a su hija, convencida de que efectivamente lo era en términos biológicos, y de que en todo caso los vínculos afectivos entre ellas eran a todos los efectos los propios de una relación materno-filial. Solicita por ello al Defensor que realice las investigaciones que estime oportunas, en orden al esclarecimiento de los hechos a fin de que sea posible la recuperación de la tutela de la menor. La Sra. Binta Kone aporta las copias de todos los documentos originales relevantes que le fueron enviados por su familia de origen, tales como el acta de nacimiento de la menor, en la que consta que la inscribió como su hija al nacer, así como fotos, en las puede apreciarse el papel de madre que la Sra. Kone ha ejercido desde dicho momento.

13. El día 19 de agosto de 2019 La Asociación ``Y`` emite un informe de seguimiento de la posibilidad de que la Sra. Kone sea víctima de un delito de trata de seres humanos, cuya valoración técnica expone que la Sra. Kone presenta efectivamente indicios de ser víctima de dicho delito.

14. Desde el día 23 de enero de 2019, la señora Kone se encuentra residiendo



en un centro de acogida en Sevilla. La queja presentada, en estos momentos, está siendo conocida por el defensor del Pueblo Estatal.

III. CUESTIONES PLANTEADAS

De acuerdo con los antecedentes de hecho expuestos, se suscitan las siguientes cuestiones jurídicas:

1. **¿Existe una relación familiar entre la Sra. Kone y la menor que la acompaña?**
2. **¿Cómo deben los poderes públicos cumplir con su obligación de tutelar el interés superior de la menor en el caso?**
3. **¿Tiene la Sra. Kone derecho a acceder al asilo y a su protección subsidiaria?**
4. **¿Cabe interponer en este caso recurso de revisión?**

1. Existencia de una relación familiar

Para la resolución de la cuestión jurídica planteada se puede acudir a la siguiente normativa y jurisprudencia que resulta de aplicación a las misma:

1. Artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en coalición con los artículos 96 y 10 de la Constitución Española, en su interpretación en la STEDH *Nazarenko vs Rusia*.
2. Doctrina constitucional en materia de protección de familias.
3. Tutela constitucional de la familia con base en los artículos 39.1 y 14 CE (STC 222/1992)
4. Interpretación de la anterior doctrina con base en la STEDH *Nazarenko vs Rusia* a partir del artículo 10 CE.
5. Artículo 39.2 CE.
6. Jurisprudencia TS: STS 625/2012

El objeto principal de este apartado consiste en proporcionar argumentos jurídicos para determinar la posible existencia de una relación familiar entre la Sra. Kone y la menor que la acompañaba, que ha considerado y tratado en todo momento como su hija, actuando de facto como su tutora.

A la luz de la normativa expuesta, que detallaremos ulteriormente, entendemos que la existencia de una relación familiar no viene determinada únicamente por la existencia de un vínculo biológico. Es más, entendemos que este no es un factor determinante para afirmar la existencia de esta relación. En este sentido, no hay más que pensar, por un lado, en la posibilidad de que progenitores biológicos se vean privados de sus derechos



parentales y, por otro, en la adopción como fuente de relaciones paterno-filiales más allá de la biología, cuyo estatuto jurídico aparece equiparado en nuestro ordenamiento jurídico al de las biológicas. Indicativo del mayor alcance de las relaciones familiares es el intento de la fiscalía, durante el proceso penal producido en contra de la Sra. Kone, de mermar la posibilidad de que se apreciara su relación familiar con la menor aun después de haberse descartado la relación biológica entre ambas, mediante indicios que quiere extraer del comportamiento de la menor respecto a la Sra. Kone.

A continuación, enumeraremos, para su mayor comprensión, en tres puntos los argumentos jurídicos esenciales para demostrar la existencia real y efectiva de una relación familiar entre la Sra. Kone y la menor:

1. Relaciones familiares y vínculos no biológicos

Como hemos adelantado, para apreciar la existencia de una relación familiar no se puede tener sólo en cuenta que, entre las personas se puede dar esta relación más allá de la existencia de un vínculo biológico. Así se desprende del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la interpretación que, del mismo, en concreto del concepto de relación familiar, ha realizado el TEDH.

Antes de centrarnos en el contenido de este artículo tenemos que recordar su lugar dentro de nuestro ordenamiento. En este sentido, el artículo 10 de la Constitución Española en su apartado segundo 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 en España. Así, el citado Convenio se encuadraría en este supuesto dada su ratificación por España.

Tampoco debemos olvidarnos del artículo 96.1 de la Constitución, en cuya virtud este convenio forma parte del ordenamiento jurídico interno desde su publicación en el BOE. Así lo confirma la Sentencia del Tribunal Constitucional 245/1991, la cual señala en su FJ 3:

“(...) que el Convenio no sólo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 de la C.E., sino que además, y por lo que aquí interesa, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la C.E., deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 C.E.), entre los que ocupa un especial papel el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El TEDH es el órgano cualificado que tiene por misión la interpretación del Convenio, y sus decisiones son además obligatorias y vinculantes para nuestro Estado, cuando sea Estado demandado. De ello se sigue que, declarada por Sentencia de dicho Tribunal una violación de un derecho reconocido por el Convenio Europeo que constituya asimismo la violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución, corresponde enjuiciarla a este Tribunal, como Juez supremo de la Constitución y de los derechos fundamentales (...). Por tanto, ha de valorarse, en el plano de nuestro Derecho



interno, si existen medidas para poder corregir y reparar satisfactoriamente la violación de ese derecho fundamental, en especial cuando se trata de [una] violación (...), que sigue siendo actual y por ello no ser reparada por su equivalente económico”.

Tenemos, de este modo, que el citado convenio no solo es de aplicación, en general y en nuestro caso en concreto, como norma de derecho interno, sino que además sirve de criterio interpretativo de derechos fundamentales y libertades.

Además, no podemos dejar de mencionar que el artículo 39.4 de la Constitución establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, siendo este convenio uno de ellos.

Tras recordar esto, procedemos a exponer el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su interpretación por el TEDH, en tanto que relevante para el caso que atañe a la Sra. Kone ; dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 8: Derecho al respeto a la vida privada y familiar

- 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*
- 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

Como vemos, en virtud de este artículo, la autoridad pública no puede injerir en el derecho al respeto de la vida familiar salvo previsión legal. Corresponde ahora determinar si entre la Sra. Kone y la menor existía relación familiar. En este sentido es importante destacar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª) en el Caso Nazarenko contra Rusia de 16 de Julio de 2015, en la cual el Tribunal esclareció el concepto de relación familiar, ampliando así la concepción de muchos estados contratantes sobre la materia. Y es especialmente relevante aquí porque encontramos en ella importantes similitudes con el caso de la Sra. Kone y porque seguramente, se habría actuado diferente si se hubiera tenido en cuenta la interpretación que da el tribunal al concepto de “vida familiar” del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Para comprender mejor esta interpretación que emite el TEDH sobre el Artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, vemos importante señalar a modo de síntesis, los antecedentes del caso Nazarenko vs Rusia, para encontrar y esclarecer las similitudes que tiene con el caso que los atañe:

En el seno de un procedimiento para determinar la guarda y custodia de una menor en Rusia, se realizan unas pruebas de ADN al Sr. Nazarenko, supuesto padre, las cuales determinan que no tiene filiación alguna con la menor. Ante esta inexistencia de relación biológica las autoridades rusas desestimaron toda acción del Sr. Nazarenko para recobrar el contacto con la menor, tras agotar todas las instancias, decide acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.



Encontramos pues en este caso, y al igual que sucede en el caso de la Sra. Kone , que las autoridades estatales, tras verificar la falta de relación paterno-filial biológica, descartaron otro tipo de relación familiar y, en consecuencia, cortaron el contacto entre padre e hija, en nuestro caso, entre madre e hija.

Para resolver este caso, el Tribunal examinó en primer lugar si existía o no una relación entre el solicitante y la menor equivalente a la vida privada o familiar en el sentido del artículo 8 de la Convención que citamos anteriormente. Ante esta cuestión el TEDH amplía el concepto de relación familiar más allá de la biología señalando que:

“...la noción de ‘vida familiar’ según el art. 8 del Convenio no se limita a las relaciones matrimoniales y puede abarcar otros lazos familiares de hecho. Aunque, por regla general, la cohabitación puede ser requisito para dicha relación, excepcionalmente otros factores pueden también servir para demostrar que una relación tiene suficiente peso para crear de hecho ‘lazos familiares’. La existencia o inexistencia de “vida familiar” a los efectos del artículo 8 depende esencialmente de la existencia real en la práctica de vínculos personales estrechos.” (Párrafo 56, STEDH de 16 de Julio 2015)

El Tribunal Europeo resalta que la niña nació durante el matrimonio del demandante con la madre y el demandante la crio y la cuidó durante cinco años. Al igual que sucede con la Sra. Kone que ha criado como hija suya a la menor desde su nacimiento. Habida cuenta de ello, el tribunal interpreta que su relación es subsumible en el concepto de "vida familiar" del artículo 8 del convenio. Este artículo no sólo abarca las relaciones basadas en la relación biológica, sino que puede abarcar otros vínculos "familiares" de facto. Como se ha detallado anteriormente, la existencia o inexistencia de "vida familiar" a los efectos del artículo mencionado depende esencialmente de la existencia real en la práctica de vínculos personales estrechos.

Aquí vemos una clave fundamental para afirmar que entre la Sra. Kone y la menor existe una relación familiar, ya que, el tribunal no se limita a poner como requisito de dicha relación la consanguinidad, sino que realiza una interpretación extensiva del concepto, señalando que en la vida familiar se incluyen aquellos vínculos personales y afectivos existentes en la práctica y no podemos negar que entre la señora Kone y la menor estos lazos estrechos existen de una manera firme entre ellas; la manutención de la menor, la preocupación y su protección son innegables desde el nacimiento de esta.

Al no tener dudas sobre su paternidad con respecto a la menor, el Sr. Nazarenko la crio y la atendió durante más de cinco años. Ambos habían creído ser padre e hija durante muchos años hasta que finalmente se reveló que no era el padre biológico de la menor. Vemos de nuevo grandes similitudes con el caso que nos ocupa: en el que tanto la Sra. Kone como la menor habían creído desde el nacimiento de la última que eran madre e hija y desarrollaron su relación como tal.

La Sra. Kone realizó los deberes pertinentes de maternidad, no solo manteniéndola en guardia y custodia y sustentándola, sino que además realizó un largo y duro viaje, dejando



su país natal, para evitar la mutilación genital de la menor y posteriormente, aceptando la sentencia que le condenaba por el delito de suposición de parto una vez que asumió que no era la madre biológica porque, como manifestó, solo quería retomar el contacto con su hija.

Por todo ello, consideramos que el caso de la Sra. Kone entra dentro de lo dispuesto en el art 8 del convenio europeo de derechos humanos y su relación con la menor merece de reconocimiento y la no injerencia por parte de nuestras instituciones, no solo dejando retomar su contacto mutuo sino restableciendo la tutela ejercida por la Sra. Kone sobre la menor.

El Tribunal de Justicia examina a continuación si se ha incumplido por parte del Estado en cuestión el respeto a la vida familiar del demandante, entendiendo que, cuando se ha establecido la existencia de un vínculo familiar, el Estado debe, en principio, actuar de forma que permita mantener dicho vínculo. Las medidas internas que obstaculizan ese vínculo equivalen a una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 de la Convención, determina así el tribunal: *“El disfrute mutuo por parte del padre y el hijo de la compañía del otro constituye un elemento fundamental en la vida familiar, y las injerencias que obstaculizan dicho disfrute equivalen a una interferencia con el derecho protegido por el artículo 8 de la Convención”* (Párrafo 60, STEDH de 16 de Julio 2015)

En relación con la obligación del Estado de aplicar medidas positivas, el TEDH ha sostenido en diversas ocasiones que el artículo 8 incluye el derecho de padres y madres a adoptar medidas para reunirse con su hija/o y la obligación de las autoridades nacionales de proveer esas medidas. Exige también dicho artículo que las autoridades nacionales logren un equilibrio justo entre los intereses del menor y los de los padres y que, en el proceso de equilibrio, se conceda la máxima importancia al interés superior del niño. En consecuencia, el artículo 8 del Convenio puede interpretarse como una imposición a los Estados contratantes de examinar caso por caso si para cumplir con el interés superior del menor sería positivo para este mantener contacto con una persona con la que tuvo un vínculo, esté o no relacionada biológicamente.

En el caso de la Sra. Kone, vemos como esta ha estado un año sin contacto ni vínculo alguno con la menor. Apreciamos, asimismo, que ello es fruto de que las instituciones españolas han estado poniendo constantemente los obstáculos señalados en el apartado anterior, ingiriendo de forma grave en la vida familiar de la Sra. Kone, a pesar de los incesantes intentos realizados por ésta durante todo un año por mantener algún encuentro con la menor.

En el caso de Nazarenko se anuló el estatus parental del solicitante con respecto a la menor después de haberse establecido que no era su padre biológico. Como consecuencia de ello, perdió todos sus derechos parentales con respecto a la niña. Ante esto, TEDH manifestó en la sentencia su preocupación por la falta de disposiciones rusas que regulen los derechos de contacto. Indica que se establecen una lista numerus clausus de personas que tienen derecho a mantener contacto con un niño, sin tener en cuenta la diversidad de situaciones familiares y el interés superior del niño. Como resultado, una persona que, como el Sr.



Nazarenko, se considera un “no relacionado” aunque la ha cuidado durante un gran período de tiempo y ha formado un estrecho vínculo personal, se ha visto privado de contacto con la menor. El TEDH considera que una persona que ha criado durante tanto tiempo a un menor como propio no debe ser completamente excluida de la vida del niño después de que se haya revelado que no es el padre biológico, a menos que existan razones pertinentes relacionadas con el interés superior del niño para hacerlo.

Aquí podemos advertir una nueva similitud con el caso de la Sra. Binta Kone, ya que tras realizarse la prueba de ADN que determinó que la Sra. Kone no era la madre biológica de la menor, no se tuvo en cuenta en ningún momento el vínculo real existente entre ambas, ni la tutela fáctica desempeñada por la Sra. Kone custodiando a la menor. La Sra. Kone lleva más de un año luchando por recuperar el contacto con la menor y, a pesar de que nuestro ordenamiento jurídico prevé una mayor diversidad de situaciones familiares que el ordenamiento ruso, no ha obtenido resultado alguno.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, el TEDH concluyó que las autoridades rusas habían incumplido su obligación de prever la posibilidad de mantener los vínculos familiares entre el demandante y la menor ante la exclusión completa y automática sufrida después de que su condición de progenitor se extinguiera. Como consecuencia de dicha inflexibilidad de las disposiciones jurídicas nacionales, y en particular de la denegación de los derechos de contacto sin tener debidamente en cuenta a la menor, el tribunal sentencia que se produjo una violación del artículo 8 de la Convención al denegar al solicitante el derecho a mantener contacto con su hija sin examinar la cuestión de si tal contacto redundaría en el interés superior de esta.

A la luz de lo expuesto y dado que las similitudes entre ambos casos son más que evidentes, llegamos a la conclusión de que las instituciones españolas no han tenido en cuenta la doctrina del TEDH, pasando simplemente a separar a la menor de la Sra. Binta Kone sin haber atendido debidamente la situación, siendo el caso que claramente existía un vínculo entre ambas, dada la tutela ejercida por la Sra. Kone sobre la menor. La Sra. Binta Kone puso en juego su vida y huyó de su país de origen buscando un futuro mejor para la menor, evitándole así la mutilación genital de la que podría haber sido víctima. Ello es una prueba más que suficiente de que la Sra. Binta Kone mostraba una enorme preocupación por la menor, además de haber sido su madre, si no biológica, de hecho, durante los años de vida de la menor. Y dados estos hechos, se ha vulnerado y se sigue vulnerando el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, mientras no cese la injerencia de las autoridades en la relación familiar de la Sra. Kone permitiendo que se reanude el contacto de esta con la menor.

2. Determinación del vínculo familiar no biológico

Nos encontramos en una situación de relación materno-filial en el que las pruebas de ADN la han convertido a una situación familiar de hecho, lo cual no quiere decir que haya menos grado de afectividad, estabilidad, permanencia o dependencia de la menor, de la que podría haber habido en una relación familiar biológica. Resulta aquí relevante la sentencia



222/1992 y la interpretación hecha del art 39 CE en esta sentencia en la que se amplía la noción jurídica de familia; el TC sostiene que allí donde hay una relación familiar, se reconoce un derecho fundamental a su protección en igualdad con otras formas de familia, fruto de una lectura conjunta de los artículos 14 y 39.1 CE, salvo que existan razones justificadas para una diferencia de trato. El hecho de que la tutela de las familias (artículo 39 CE) se haya elevado a derecho fundamental en lectura conjunta con el derecho a la igualdad, da entrada a la aplicación del artículo 10.2 CE en relación con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos el cual amplía el concepto de familia para aquellas personas que ejerzan una tutela, guardia o custodia de hecho. Como complemento, tenemos la STC 26/2011, que reconoce las circunstancias familiares como posible motivo de discriminación en lectura conjunta del artículo 14 y 39 de la CE, lo que viene a reforzar la idea de que España es un Estado social (artículo 1.1 y 9.2 CE) y que hay que tener en cuenta otras realidades que deben ser equiparadas a las constitucionalmente recogidas por aplicación del artículo 10.2 de la CE, el cual, se remite a los textos internacionales a la hora de interpretar los derechos fundamentales de la CE.

Esta definición extensiva se configura como una identificación de la familia como realidad sociológica, tanto más cuanto que el Tribunal no introdujo especificación alguna sobre exactamente qué tipo de relaciones constituyen una familia a efectos constitucionales. Para ello prefirió adoptar un criterio sociológico flexible, remitiéndose a «la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen» (FJ 5.º). Por lo que nos encontramos ante un concepto versátil y culturalmente fluctuante. En este sentido, el artículo 39 CE dispone:

1. *Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*
2. *Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.*
3. *Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*
4. *Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*

Por su parte, el artículo 14 CE reza:

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

El art. 39 CE no reconoce un derecho fundamental. Sin embargo, el Tribunal Constitucional al conectarlo con el art. 14 CE le otorga protección como tal, estableciendo así la obligación de los poderes públicos de proteger como familia modelos convivenciales con presencia social y manifiestas necesidades de tutela, como es el núcleo de convivencia formado por la Sra. Kone y la menor, todo ello «como imperativos ligados al carácter 'social' de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2)» (FJ 5.º). Al afirmarse así la relación familiar y



la existencia práctica de la afectividad e interdependencia entre la Sra. Kone y la menor, en base al artículo 14 y 39 CE, los poderes públicos han de tratarlas y protegerlas como iguales a una familia biológica. En este sentido el artículo 39.2 de la CE ampara la protección de las madres cualquiera que sea el estado civil, por tanto, podemos utilizar por analogía la figura de aquella madre que creía que era biológica, y se ha convertido en madre de hecho.

En definitiva, España, como Estado social, está integrada por una sociedad que se encuentra en constante transformación. Por ello los poderes públicos han de tener en cuenta las realidades sociales cambiantes y las consideraciones diferentes y diversas del significado “relación familiar”. El término de familia dado por nuestros constituyentes en su art .39 CE no promueve un significado exclusivo ni excluyente, sino que tiene un sentido amparador y tuitivo sobre la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad española existan. Nos encontramos en una sociedad plural y variada y por ello la interpretación restrictiva del término familia ocasionaría la desprotección de todas aquellas unidades de convivencia que se queden fuera de ella. La Sra. Kone y la menor constituyen un claro ejemplo de un nuevo modelo de familia, que aún sin mediar relación materno-filial biológica, se sustenta en base a vínculos estrechos, a la preocupación por los intereses de la menor, al arraigo cultural y sobre todo al amor.

Habida cuenta de lo anterior, Durante el periodo de tiempo en el que la Sra. Kone se encontraba despojada de todo contacto con la menor esta ha luchado fervientemente por cuidarla, ayudarla, y así cumplir con todas las obligaciones materno-filiales que tendría como madre biológica, al perseguirse dicho cumplimiento por la Sra. Kone se puede entender, en base y poniendo en coalición con la STS 26/2011 que hay una necesaria conciliación de la vida familiar (cuestión distinta es que fuese una persona negligente en ese caso no va a poder alegar conciliación a la vida familiar pues no estaría cumpliendo sus obligaciones como madre). En dicha sentencia 26/2011 del TC permite que en la cláusula “cualquier otra circunstancia social o personal” del artículo 14, quepa que se pueda aducir la conciliación de la vida familiar y profesional. Si se niega a la Sra .Kone (que no es la biológica) tener la custodia de la menor, se vulneraría el derecho de esta a la protección de los hijos.

3. Atención al vínculo familiar en el caso concreto

A la Sra. Kone se le ha privado de todo contacto con la menor. Ni siquiera se realizó un proceso de adaptación para que la menor no se quedara despojada de toda relación con la que hasta ahora había sido su madre. Apoyándonos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, concretamente en la STS 625/2012, podemos esclarecer la verdadera naturaleza de la relación paterno filiar.

La sentencia versa sobre la disputa de la tutela de una menor entre su tío y abuelos maternos, de un lado, y su padre, de otro, el cual tan solo conoció a su hija al nacer y no volvió a verla pese al fallecimiento de la madre cuando contaba la menor con cinco años.



En síntesis, el juzgado de primera instancia estimó en parte la demanda presentada por los abuelos y tíos acordando la privación al padre de la patria potestad y la tutela; aun así, estableció un régimen de comunicación con el padre muy restrictivo y con un periodo progresivo de adaptación. El Tribunal fundó la decisión en la falta de relación con la niña, la falta de colaboración en su manutención y en no haberla asistido "ni siquiera en un momento tan delicado como es la muerte de su madre".

La Sra. Kone se ha preocupado desde el nacimiento de la menor a su manutención, ha actuado siempre teniendo más en cuenta los intereses de esta que los suyos propios y ha creado unos vínculos estrechos. Utilizando por analogía, *a sensu contrario*, la sentencia anteriormente citada, el tribunal le otorga al padre, completamente desentendido de la menor desde su nacimiento, un régimen de comunicación restrictivo y con un periodo progresivo de adaptación. Por lo que si en este caso en el que el padre se desentendió totalmente de la menor siguen teniendo contacto entre ellos, en el caso de la Sra. Kone sería coherente que se hubiera mantenido dicha conexión. Ello es tanto más así cuanto que existe la posibilidad de que la Sra. Kone tenga relación biológica con la menor, ya que, si se logra probar que el hermano de esta es el padre de la menor, la Sra. Kone sería su tía. De la jurisprudencia mencionada se desprende que los tribunales tienen interés en que los menores mantengan algún tipo de relación, aunque escueta, con personas con las que tienen un vínculo biológico y es, por tanto, podría ser una vía subsidiaria para pedir un acercamiento de la menor con la Sra. Kone.

2. Obligación de los poderes públicos de tutelar el interés superior de la menor en el caso

Para el estudio del interés de la menor podemos acudir a la siguiente normativa:

- Artículo 3.1 y 3.2 de la Convención de los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de NNUU, 20 de noviembre de 1989 con referencia a artículos 96 y 10 CE
- Constitución española • LO 1/1996
- Código Civil

La idea que defendemos en este apartado podemos dividirla en tres partes:

- En primer lugar, la constatación de que mientras la menor ha estado junto a la Sra.Kone no ha sufrido ninguna situación calificable de desamparo, estando su protección garantizada en todo momento.
- Por otra parte, la evidencia del esfuerzo desde que llegó a las costas españolas de la Sra. Kone por salvaguardar el interés de la menor y protegerla.
- Por último, teniendo en cuenta todo lo anterior, la asunción por la Sra.Kone del estatus de madre no biológica, lo que se fundamenta en la relación familiar y los lazos culturales existentes entre ambas.

Una vez valorados los distintos aspectos que deben ser objeto de estudio consideramos



que el interés de la menor se vería salvaguardado si se produjera una reagrupación familiar entre ella y la Sra. Kone. Como apoyo formal a esta idea hemos aplicado la normativa que hemos indicado anteriormente.

Artículo 3.1 y 3.2 de la Convención de los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de NNUU, 20 de noviembre de 1989 con referencia a artículos 96 y 10 CE:

La recepción en el ordenamiento jurídico español de esta convención de los derechos del niño adoptada en la asamblea general de NNUU, 20 de noviembre de 1989 viene regulada constitucionalmente en el párrafo primero del artículo 96.1 de la Constitución Española, que establece que: *“Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno.”*

Además, como señala el art. 10.2 de la CE: *“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 materias ratificados por España.”* por lo que deberemos interpretar las disposiciones que atañen a las libertades y derechos fundamentales en este caso de la menor, a partir de la convención de los derechos del niño.

A continuación, tras explicar cómo se aplica el derecho internacional en nuestro ordenamiento jurídico, procederemos a explicar los artículos de interés para el caso concreto que nos ocupa. En concreto, el artículo 3.1 y 2 de la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989. El apartado primero establece que las medidas concernientes a los niños tomadas por las instituciones públicas (en este caso concreto por la administración), deben atender de forma primordial el interés superior del niño. Relacionando este primer apartado con el caso, nos preguntamos si quizá la actuación por parte de la administración de separar a la menor de la Sra. Kone haya sido precipitada, no teniéndose en cuenta el interés superior de la menor al separarla de la única familia que posee y la ha acompañado en todo momento. La consideración de la separación entre ambas como “precipitada” responde al hecho de que ambas se encontraron bajo cuidado institucional desde el momento en el que llegaron a España, por lo que la integridad de la menor no corría peligro alguno, ya que disponía de la atención y del cuidado de las educadoras y seguía manteniendo el contacto con la Sra. Kone.

Por otra parte, el apartado segundo dispone que:

“2. Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”

Teniendo en cuenta lo dispuesto, al querer asegurar el bienestar de la menor tomando la decisión de separarla de la Sra. Kone, la administración no ha pensado en los vínculos que la unen a ésta.

Dentro del ámbito nacional, el artículo fundamental en el cual podemos fundamentar el



interés de la menor es el artículo 39 CE, donde vamos a centrar nuestra atención en los apartados 2 y 4. El apartado 2 dispone lo siguiente:

“2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.”.

Este apartado segundo es válido para fundamentar específicamente la protección de los “nuevos modelos de familia”, ya que cubre a la filiación (en este caso sería por adopción). A favor de estos nuevos modelos de familia nos encontramos con lo dispuesto por la sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992, de 11 de diciembre de 1992, a la que hace mención el apartado sobre relaciones familiares.

El hecho de que el modelo de familia “no convencional” tenga cabida en la protección establecida por la Constitución es beneficioso para el interés de la menor en este caso, ya que Doña Binta es la que la ha criado y protegido desde que nació, ejerciendo de madre, a pesar de que biológicamente no lo fuera, por lo que gracias a esta inclusión de los nuevos modelos de familia ya no es necesario que sea su madre biológica para que pueda considerarse ante la ley como una familia. Además, podemos concluir, de los informes realizados por los servicios sociales durante la estancia de Doña Binta y la menor en el centro de acogida, que la relación biológica entre ambas no es lo único importante para la valoración de su relación, haciendo esta alusión a la “obediencia robótica” de la menor respecto de Doña Binta como un factor importante a tener en cuenta. Ello deja claro que los lazos biológicos no lo son todo, y los propios servicios sociales lo muestran al tener en cuenta otras circunstancias que van más allá de ellos.

Por su parte, el apartado cuarto del artículo 39 CE dispone:

“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

Tiene importancia para el interés de la menor, puesto que nos permite aplicar todos aquellos instrumentos de carácter supranacional que protejan sus derechos, como el anteriormente citado: la convención de los derechos del niño.

En el plano infraconstitucional, el artículo 2 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, nos dice en su apartado segundo c) y d):

“2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

(...)

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento



familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.”

Se establece que debe priorizarse la permanencia del menor en su familia de origen y preservar el mantenimiento de las relaciones familiares. Además, en el caso de que el menor fuera separado de su núcleo familiar (hecho que se da en el caso) se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno a dicho núcleo, teniendo en cuenta la evolución de la familia y primando siempre el interés y las necesidades del menor. En este caso, el lazo familiar que podemos encontrar más cercano a la menor es la Sra. Kone.

Además del lazo familiar debemos tener en cuenta el lazo afectivo entre ambas. Si no existiera esa estrecha relación entre ella y la menor que ha cuidado desde siempre, no es explicable la persistencia de Doña Binta en su empeño por recuperarla, pues, si sus intereses fueren otros habría abandonado ese lugar a los pocos meses de llegar para tratar de buscarse la vida y realizar actividades que permitiesen su subsistencia como se acostumbra en casos similares. Y, si sumamos los esfuerzos de Doña Binta de preservar su derechos a relacionarse y cuidar a la menor tal y como se llevaba realizando en la práctica, con el interés de la menor, que es estar con su familia, se estima más adecuado posibilitar la reagrupación familiar entre ambas.

El apartado tercero d) también merece ser destacado:

*“3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:
(...)*

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”

Se indica pues la necesidad de estabilidad de las soluciones adoptadas, puesto que deben minimizarse los riesgos que los cambios de situación material o emocional puedan ocasionar en la personalidad y en el desarrollo futuro del menor. Todo ello debemos valorarlo teniendo en cuenta el vínculo familiar (en este caso de segundo grado) existente entre la Sra. Kone y la menor, además de la vinculación cultural que podemos establecer entre ambas. Con la vinculación cultural debemos hacer referencia a las formas de crianza



que se dan allí en Guinea Conakry, de dónde proceden la Sra. Kone y la menor.

Que la menor permanezca junta la Sra. Kone garantiza que esta no sufra un cambio sustancial en su desarrollo psicológico, emocional y cultural. La forma de crianza en una sociedad africana difiere de forma absoluta con la occidental, por lo que la permanencia de la menor con la Sra. Kone garantizaría que la crianza de esta no cambiase de forma desapacible.

Basándonos en el apartado segundo del artículo 17 (actuación en situaciones de riesgo) de la citada LO 1/1996.

“2. En situación de riesgo de cualquier índole, la intervención de la administración pública competente deberá garantizar, en todo caso, los derechos del menor y se orientará a disminuir los indicadores de riesgo y dificultad que incidan en la situación personal, familiar y social en que se encuentra, y a promover medidas para su protección y preservación del entorno familiar.”

Atendiendo a dicho precepto, debe evitarse separar a la menor de la Sra. Kone, puesto que la mejor forma de proteger y preservar el entorno familiar de la menor es no separándola de la única familia que posee junto a ella en España. En el caso, la separación entre ambas se ha hecho efectiva, por lo que lo prioritario sería conseguir una reagrupación familiar entre ambas.

Por otra parte, también debemos atender a lo dispuesto en el artículo 18 de la citada ley. Este artículo nos señala el concepto de situación de desamparo:

«Aquella que se produce a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”’.

Añadiendo en este mismo apartado segundo una lista de los motivos que pueden dar lugar a una situación de desamparo *“el abandono del menor, el transcurso del plazo de guarda voluntario el riesgo para la vida, la salud e integridad física del menor, y el riesgo para la salud mental del menor, integridad moral y desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico falta de atención a sus necesidades”’.*

Como podemos deducir de los hechos conocidos, la Sra. Kone en ningún momento ha incumplido sus deberes de protección en base a este artículo, ya que huyó de su familia con el único objetivo de proteger la integridad de su hija, que se encontraba en peligro de sufrir una mutilación genital si permanecían en Guinea. Por ello, al no existir una situación de desamparo, tal y como se constata, no tiene por qué haber una intervención directa por parte de la administración en el núcleo familiar que suponga separar a la menor de su familia.

Además, debemos señalar la forma en la que Sra. Kone demostró su protección hacia la menor, en el hecho de que la misma ha permanecido en el centro donde se encuentra la menor, con el esfuerzo que ello supone, con el único fin de protegerla y no perderla.



Los artículos 172 y ss. del Código Civil, en fin, se encargan de regular la forma de acogimiento y guarda de menores, constituyéndose los mismos como la adaptación nacional que se ha dado a lo expuesto en el artículo 2 de la Convención de los Derechos del Niño. En este caso podemos destacar el plazo de dos años establecido para el acogimiento de un menor en aquellos casos en los que se produzca la suspensión de la patria potestad, pudiendo entonces la Sra Kone sujetarse a dichas disposiciones.

2.1. Condición de MENA: Definición de del Concepto de Menores extranjeros no acompañados

En primer lugar, debemos saber en qué consiste el concepto de menor no acompañado (MENA). Este concepto viene desarrollado en diferentes cuerpos normativos, cuyo conocimiento es útil para nuestro caso concreto.

Según la definición que nos otorga el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados (en adelante Protocolo MENA), se entiende Menor no Acompañado: *“al extranjero menor de dieciocho años que sea nacional de un Estado al que no le sea de aplicación el régimen de la Unión Europea que llegue a territorio español sin adulto responsable de él”*.

Ante esta definición debemos considerar que la menor no entra dentro del concepto de Menor Extranjera No Acompañada, pues ésta ha estado siempre acompañada de un adulto, la Sra. Kone, que en el momento de llegar a las costas españolas tenía la absoluta creencia de ser su madre biológica, actuando como tal y ejerciendo así una tutela de hecho efectiva sobre la menor, por lo que no podríamos considerar que la menor llegara a territorio español sin ningún adulto que fuera responsable de ella.

Sin embargo, el protocolo MENA también considera como Menor No Acompañado a aquellos menores extranjeros que se encuentren en situación de riesgo debido a la forma clandestina de entrada al país, y que, acompañados de un adulto, éste no aporte documentación veraz sobre su relación con el menor. Ante esta definición quizás pudiéramos considerar a la menor efectivamente como MENA si tenemos en cuenta la forma en la que llegó a España y el delito de suposición de parto al que fue condenada la Sra. Kone.

No obstante, ante la posibilidad de que la menor del caso pudiera casar dentro del concepto de MENA previsto en el apartado anterior, tenemos lo dispuesto en el Dictamen 5/2014 sobre protección de menores extranjeros que acceden irregularmente al territorio en compañía de personas sin vínculo acreditado de parentesco y/o en riesgo de victimización, el cual expone que *“los menores que viajan con un adulto que en principio se hace cargo de él, aun cuando carezcan de documentación acreditativa de su identidad y vínculos familiares, no son MENA en sentido estricto, en tanto que al menos se encuentran acompañados “con arreglo a la costumbre”, incluso en los casos en que el adulto acompañante ofrezca distintas versiones sobre la naturaleza del vínculo.”*



Tenemos otras definiciones de MENA, en diferentes cuerpos normativos (como la declaración de Buenas Prácticas del ACNUR o artículo 189 del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración Social) que prácticamente nos llevan a la misma conclusión expresada anteriormente, es decir, que la menor no tiene la consideración de MENA, ya que llegó a España acompañada, quizás no de su madre biológica, pero sí de su cuidadora habitual. Aunque el vínculo biológico no existe entre ambas, en definitiva, la tutela de hecho sí, habiendo sido garantizado el cuidado y la protección de la menor por la Sra. Kone desde su nacimiento, por lo que indiscutiblemente tiene la consideración de cuidadora habitual.

2.2. Protocolo MENA. Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados.

Tal y como se observa en los hechos del caso, las autoridades españolas tras conocer los resultados de la prueba de ADN negativos, deciden separar a la menor de la Sra. Kone, y es por ello que debemos comprobar si se le ha aplicado de forma correcta el protocolo MENA a la menor. Para ello debemos tener en cuenta lo dispuesto en la Resolución de 13 de octubre de 2014 de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados.

A efectos de identificación de la menor y de la verificación de su origen, la Sra. Kone aportó una fotocopia del registro de la menor como su hija en el registro civil de Guinea Conakry. Según el apartado sexto de la Resolución, referido a la documentación oficial expedida por el país de origen del menor:

“(...) 1. Las certificaciones emitidas por las autoridades extranjeras relativas al estado civil de las personas, así como cualquier otro documento extranjero que recoja datos identificativos del menor, como el pasaporte o los documentos de identidad, no constituyen prueba plena sobre la edad, filiación, matrimonio o emancipación del menor salvo que así venga reconocido expresamente por Convenio o Tratado internacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).”

El registro civil del nacimiento de la menor, según la regulación no es prueba suficiente, por lo que la realización de las pruebas de ADN se entiende justificada.

Por otra parte, el capítulo IV de la Resolución nos expone los distintos pasos que ha debido dar la administración para prevenir la trata de seres humanos y la utilización de la menor. En su apartado primero se hace referencia a la entrevista reservada, por el cual debe entrevistarse al adulto, en este caso a la Sra. Kone, para clarificar su situación, el por qué de su llegada a España, su vínculo previo con la menor.

Respecto a la realización de las pruebas de ADN, éstas se llevaron a cabo siguiendo el protocolo de actuación marcado por el Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes, por



lo que sí se respetó lo dispuesto en el apartado segundo, referido a la invitación a realizar la prueba de ácido desoxirribonucleico (ADN) y apartado cuarto, referido a la realización de las pruebas de ADN, ya que las pruebas fueron realizadas en la CNP de Motril.

El resultado de estas pruebas fue puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal y de la Entidad pública de protección de menores competentes, por lo que también se cumple con el apartado quinto.

Sin embargo, el apartado sexto referido a la garantía de la seguridad del menor que se encuentre en centros de acogida de progenitores dispone que se procederá a la separación del menor y el adulto ante la existencia de una situación de riesgo inminente, además de la celebración de las oportunas diligencias de investigación por parte de la administración para la reagrupación de ambos. Sin embargo, las autoridades, tras conocer el resultado de las pruebas de ADN separan a la menor de la Sra. Kone, aún sin existir una situación de riesgo inminente en la persona de la menor, ya que no se encontraba en una situación que fuera calificable de desamparo y estaba siendo protegida y cuidada por la Sra. Kone. Además, desde el momento en el que la menor y la Sra. Kone se separan no se vuelve a producir ningún tipo de visita ni de contacto entre ambas, por lo que asumimos que las diligencias de investigación para la justificación de la reagrupación de la menor con la Sra. Kone se estaban llevando a cabo.

Respecto a las pruebas de ADN, la Sra. Kone no se negó a someterse a las mismas en ningún momento, por lo que no cabría la aplicación del apartado séptimo referido a la negativa a someterse a la prueba de ADN o cuando el resultado de la misma descarte el vínculo biológico paterno-materno filial, pero sí sostuvo que era su madre biológica porque era lo que realmente creía. La afirmación de la Sra. Kone no fue con intención de engañar a las autoridades españolas, sino simplemente era lo que había creído toda su vida. A pesar de ello, las circunstancias existentes tampoco mostraban que la menor se pudiera encontrar privada de la necesaria asistencia material o moral, ya que se encontraba junto a la persona que había ejercido sobre ella tutela de hecho toda su vida, que la protegía y que era el único vínculo familiar que tenía en España.

Por último, el apartado octavo referido a los menores acompañados por un guardador de hecho, es de gran importancia para el caso, puesto que dispone que:

“El Ministerio Fiscal interesará de la Entidad pública de protección de menores la asunción de la tutela urgente del menor, si de las circunstancias concurrentes se aprecia que el pariente o el adulto que acompaña al menor, no le garantiza la necesaria asistencia material o moral”.

Como hemos indicado anteriormente, de las circunstancias existentes no podía apreciarse que la Sra. Kone no le garantizara a la menor la necesaria asistencia material o moral, por lo que la decisión de la administración de separarlas y asumir la tutela de la menor no fue la correcta.



2.3. *Concepto de Menor en riesgo. Declaración de Desamparo. Actuación de la Administración Pública*

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia establece en su artículo 17 lo siguiente:

“Se considera situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias personales o familiares del menor, o por influencia del entorno, se ve perjudicado su desarrollo personal o social de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían la declaración de desamparo, sea precisa la intervención de la Administración pública”.

Debemos tener además en cuenta lo que expresa el artículo 17 LO 1/1996, de enero, de Protección Jurídica de la Menor

“(…) el hecho de entrar en España irregularmente, utilizando vías o medios peligrosos, sin documentación, sin seguir los cauces legales y sin arraigo, puede objetivamente considerarse ya de por sí para el menor afectado como situación de riesgo, que exige que los poderes públicos se preocupen de la situación del mismo y garanticen su seguridad y bienestar”.

También se debe tener en cuenta, tal y como dice el Dictamen 5/2014 *“que la valoración de riesgo se debe tomar en consideración de los primeros informes o estimaciones de la Policía Nacional o sus unidades especializadas, (...) así como las aportadas por las entidades que han acogido a la menor”.*

Por tanto, se debe considerar la posibilidad de que la menor hubiese estado en riesgo, lo que no significa que en desamparo. Ya que tal y cómo se demuestra en lo fundamentado en el informe del interés del menor relativo a la normativa de la LO 1/1996, la menor no estuvo en desamparado en ningún momento por parte de la Sr. Kone.

Este hecho de que la menor hubiese estado en riesgo, y no en desamparo, no explica la actuación de la Administración asumiendo la tutela institucional, porque tal hecho solo se puede fundamentar en la declaración de desamparo de la menor, la cual no se produce en ningún momento.

Si en el caso presente valoramos si procede la declaración de desamparo, y en base al art. 172 CC, citado en el apartado anterior, tendríamos que ver si producen en el presente caso la concurrencia de tres requisitos necesarios:

- El incumplimiento de los deberes de protección, establecidos en el art. 154CC.
- La falta de asistencia material o moral hacia el menor, como consecuencia de acciones u omisiones de los encargados de su protección.
- Y la unión de ambos hechos. Es decir, la concurrencia de ambas situaciones para que se dé el desamparo. El requisito causal del



incumplimiento o inadecuado ejercicio de la patria potestad y la falta de asistencia, son acumulativos, debiendo concurrir ambos para que tenga lugar el hecho que consiste en la situación de desamparo.

2.4. *Acogimiento institucional de la menor*

En cuanto a la valoración de la posible vulneración que se ha producido con el acogimiento institucional a la menor, debemos iniciar lo con el estudio del interés superior de la menor. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, hace referencia en su art. 3 al interés superior del menor, resaltando que las instituciones públicas deberán atender al interés superior del menor cuando tomen medidas concernientes a los mismo. Y además esta misma Convención, en su art. 9, señala que la reagrupación familiar debe ser la solución duradera prioritaria, excepto *“cuando las autoridades competentes determinen... que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”*.

Continuando en la esfera internacional, el TEDH recoge la posibilidad de que el menor permanezca en España si no se dan las condiciones para su efectiva reagrupación. En base a esto, el hecho de que la menor y la Sr. Kone tengan un lazo familiar, y que esta primera no se encuentre en desprotección con la Sr. Kone, tal y como se ha demostrado desde que ambas llegaron a España, hace posible la reagrupación familiar entre ambas.

Además, esta “no desprotección” hace que la Administración a través del acogimiento institucional de la menor haya podido vulnerar sus derechos, por la incorrecta aplicación del interés del menor, en base al art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño.

El acogimiento institucional busca la protección del menor cuando se haya producido una situación de desamparo. Atendiendo al art 172. 1CC (citado en el apartado anterior): la protección de acogimiento de la Entidad pública se da cuando hay una situación de desamparo, la cual no se ha dado. Unido a que el acogimiento va dirigido a un posterior retorno a su familia, siendo el único lazo familiar y seguro la Sr. Kone .

Por lo tanto, para blindar el derecho de interés superior de la menor, la Entidad debe otorgarle la protección más adecuada a la menor, que teniendo como base todo lo expuesto está junto a la Sr. Kone. De lo contrario, la no vuelta de la menor con la Sr. Kone, supondría una vulneración del interés superior de la menor por parte de la Administración Pública.

3. **Posibilidad de solicitud de asilo**

Nos planteamos ahora si la Sra. Kone tiene posibilidad de obtener asilo en España y su protección subsidiaria. Dicha cuestión jurídica ha de resolverse atendiendo a la normativa y jurisprudencia que procedemos a exponer:

1. Artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.



2. Artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.
3. Artículo 3 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos de 1950.
4. Artículos 32 y 38 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica.
5. Artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.
6. Artículos 2.1 y 6 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.
7. Artículo 3 de la Convención contra la tortura y otros castigos y tratos crueles, inhumanos o degradantes.
8. Artículo 2 de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, del 20 de diciembre de 1993.
9. Artículos 10, 13, 24.1 y 119 de la Constitución Española.
10. Artículos 2, 3, 4, 6.2, 8, 9, 11, 12, 21, 24, 25 y 29 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.
11. Artículos 10, 13 y 20 del Reglamento (CE) 343/2003, del Consejo.
12. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
13. Artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social y al Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (artículo 147 a 150)
14. Directrices sobre protección internacional N°1: Persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1ª (2) de la Convención de 1951 y su Protocolo relativo al estatuto de los refugiados de 1967, 7 de mayo de 2002, de UNHCR.
15. Recomendación General No.19: violencia contra las mujeres del Comité sobre la eliminación de la discriminación contra las mujeres de 1992.

III.1. Posibilidad de solicitud del derecho de asilo y de protección subsidiaria.

Consideramos que la Sra. Kone puede gozar de derecho de asilo en España, el cual viene regulado en el artículo 2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, entendiéndose por derecho de asilo:

“la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967.”

El **artículo 4** de la Ley 12/2009 establece en qué consiste el derecho a la protección subsidiaria:

“es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las



cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley.”

Queda consolidado así el derecho de asilo como un derecho humano básico al encontrarse recogido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 14.1:

“En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.”

En consecuencia, puede afirmarse que la Sra. Kone se encuentra legitimada, según la Ley 12/2019 y el artículo 13.4 de la Constitución Española para solicitar el derecho de asilo en España (al tratarse de su localización geográfica actual) y gozar de la protección internacional que el mismo derecho otorga. En relación con el artículo 13.4 de la Constitución Española, que afirma que la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España, ha de valorarse su acceso en calidad de extranjera a solicitar residencia y tener acceso a la condición de ciudadana.

La Sra. Kone puede acogerse a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social y en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (artículo 147 a 150). Según esto, la Sra. Kone puede solicitar la residencia y obtenerla puesto que su situación concuerda con uno de los supuestos que se contemplan: “ser apátrida, refugiado o beneficiario de protección subsidiaria, encontrarse en territorio español y haberle sido reconocido el respectivo estatuto en España”. En consecuencia, la Sra. Kone podría adquirir la nacionalidad española por residencia una vez hayan transcurrido cinco años desde la obtención de condición de refugiado. De esta manera, la Sra. Kone podría ser titular de derechos fundamentales y libertades públicas, en especial el derecho a la tutela judicial efectiva que recoge el artículo 24.1 de la Constitución Española y así poder reclamar sus derechos.

III.2. Solicitud de derecho de asilo

Las solicitudes de asilo podrán presentarse en un puesto fronterizo o una vez ya dentro del territorio español, lo cual conllevará que las mismas se tramiten con diferentes plazos según sea donde se presenten. En nuestro caso, la Sra. Kone ya se encuentra dentro del territorio español, residiendo en un centro de acogida en Sevilla, por lo cual, vamos a observar si se cumplen todos los requisitos para ser admitida a trámite la solicitud de asilo conforme al artículo 20, a contrario sensu, de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.



Respecto del requisito de competencia, la Ley 12/2009 se remite al Reglamento (CE) 343/2003, del Consejo, de 18 de febrero. Conforme a su artículo 10, el Estado español no sería competente. El mismo establece que cuando el solicitante de asilo ha cruzado la frontera de un Estado miembro de forma irregular por vía terrestre, marítima o aérea, procedente de un tercer país, el Estado miembro en el que haya entrado de tal forma será responsable del examen de la solicitud de asilo durante un periodo de 12 meses desde la fecha en la que se produjo el cruce irregular de fronteras. En consecuencia, en virtud de este artículo, si la Sra. Kone presenta la solicitud a día de hoy, 15 de abril de 2020, el Estado español no tendría competencia para tramitar la solicitud de asilo dado que la Sra. Kone llegó a España el 22 de noviembre de 2018, es decir, hace un año y cinco meses.

Sin embargo, este Reglamento establece una solución subsidiaria, en su artículo 13, disponiendo que en el caso de que conforme a los criterios enumerados en los artículos de su Capítulo III no pueda determinarse el Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo, será responsable del examen el primer Estado miembro ante el que se haya presentado la solicitud de asilo. Por consiguiente, el Estado español si será competente para examinar la solicitud de asilo de la Sra. Kone.

Respecto de los requisitos de la persona solicitante, el artículo 20, en su apartado c, establece que no se admitirá a trámite la solicitud de asilo de aquella persona que pueda ser readmitida en su tercer país de origen sin que corra peligro su vida o libertad. Respecto a este aspecto, la Sra. Kone no puede retornar a su país de origen sin que corra peligro su vida o libertad dado que como bien se indica en el informe del Defensor del Pueblo Andaluz, ha sido obligada a contraer matrimonio forzoso, así como víctima de violencia de género a manos de su marido y ha sufrido mutilación genital femenina, violando esta última acción una serie de derechos humanos de niñas y mujeres según el Comité sobre la eliminación de la discriminación contra las mujeres, Recomendación General No.19: violencia contra las mujeres 1992, entre ellos el derecho a la no discriminación (art. 2.1 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966), a la protección frente a la violencia física y mental (artículo 2 de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, del 20 de Diciembre de 1993) y, en los casos más extremos, al derecho a la vida (art.6 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), constituyéndose así como una tortura y tratamiento cruel, inhumano o degradante (art. 3 de la Convención contra la tortura y otros castigos y tratos crueles, inhumanos o degradantes).

Igualmente, su situación se encuentra respaldada por ACNUR y múltiple normativa europea e internacional, incluidas las Directrices sobre protección internacional N°1. La persecución por motivos de género se incluye en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951, como motivo para adquirir la condición de refugiada y admitir la solicitud de asilo, con la consiguiente concesión de la protección que este derecho implica. La situación de la Sra Kone se considera un supuesto de persecución por motivos de género, existiendo en consecuencia un temor fundado a sufrirla, lo que justifica que no pueda ser obligada a retornar a su país de origen.

Atendiendo a sus circunstancias particulares y conforme al apartado d) del art.20, la Sra. Kone no es nacional de un Estado Miembro de la Unión Europea y no proviene de un tercer



país seguro conforme al artículo 27 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo, dado que recibe un trato en el que su vida, su integridad y su libertad estén amenazadas por razón de género conforme a los hechos descritos anteriormente y establecidos en el informe del Defensor del Pueblo Andaluz. Así mismo, respecto al apartado e) de este artículo 20, es la primera solicitud de asilo que presenta y, por lo tanto, no existe una solicitud ya denegada en España ni en otro Estado Miembro.

En consecuencia, la solicitud de asilo de la Sra. Kone reúne todos los requisitos para ser admitida a trámite y solicitada la protección, no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida. La no admisión a trámite deberá notificarse en el plazo máximo de un mes contado a partir de la presentación de la solicitud y el transcurso de dicho plazo sin que se haya notificado la resolución a la persona interesada determinará la admisión a trámite de la solicitud y su permanencia provisional en territorio español.

III.3. Condición de refugiada

Para saber si la Sra. Kone cumple que los requisitos para adquirir la condición de refugiada y en consecuencia, la concesión de asilo, debemos de remitirnos al artículo 3 de la Ley 12/2009:

“La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9.”

Además, la Ley 12/2009 establece entre las condiciones para adquirir la condición de refugiado o refugiada en sus artículos 6 y 7 las mismas situaciones o circunstancias relatadas en su artículo 3, siendo estas, resumidamente:

- a) - actos de violencia física o psíquica, medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o que se apliquen de manera discriminatoria, procesamientos o penas que sean desproporcionados o discriminatorios, por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o por pertenencia a un grupo social, todas ellas lo suficientemente graves como para constituir una violación de los derechos fundamentales.

Conforme a lo articulado, la Sra. Kone **puede solicitar el reconocimiento de su condición de refugiada** con la consecuente protección que esta condición implica puesto que huye de su país natal no solo para evitar que la menor que la acompañaba sufriera mutilación genital, sino también por los numerosos episodios de violencia de género a manos de su



marido, que como afirma en el informe del Defensor del Pueblo Andaluz, ha tenido que sufrir por la única causa de ser mujer, constituyéndose esta situación como un acto de persecución por motivos de género.

La Sra. Kone, conforme a los hechos relatados antes y en el informe del Defensor del Pueblo andaluz, deja constancia de que se trata de una víctima de violencia de género, encontrándose así amparada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la cual establece en su art. 1 que violencia de género comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad ejercidas sobre las mujeres por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

Su condición de víctima también se encuentra amparada por el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul) ratificado por España en 2014, pues este regula de forma más amplia el concepto de violencia de género, al incluir el matrimonio forzoso y la mutilación genital femenina como es el caso de la Sra. Kone. En consecuencia, su matrimonio podría ser anulado sin suponer cargas económicas o administrativas para la Sra. Kone (art. 32 Convenio de Estambul) y el hecho de haber sido sometida a mutilación genital femenina debería de ser tipificada como delito (art. 38 Convenio de Estambul). La acreditación de la violencia de género ya no corresponde a la Sra. Kone, sino que se acreditarán mediante una sentencia condenatoria por un delito de violencia de género, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, o bien por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género. También podrán acreditarse las situaciones de violencia de género mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente; o por cualquier otro título (art. 23 LO 1/2004).

Como víctima de género tendrá derecho a la información y asesoramiento respecto de su situación personal, la asistencia social integral, la cual conlleva apoyo psicológico, social y laboral y la asistencia jurídica en todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida (arts. 17, 18, 19 y 20 LO 1/2004). Por consiguiente, con toda esta ayuda, la Sra. Kone podrá hacer reales y efectivos sus derechos constitucionales a la integridad física y moral, a la libertad y seguridad y a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, pudiendo así desarrollar libremente su responsabilidad mediante el ejercicio de sus derechos inviolables (art. 10 CE) y podrá obtener una tutela judicial efectiva sin producirse indefensión dado a que gracias a la protección que se ofrecen a las víctimas de violencia de género tendrá acceso a asistencia jurídica gratuita (art 119 CE en relación con el art.20 LO 1/2004).

Al tratarse de una víctima de violencia de género, la Sra. Kone es considerada parte de un colectivo prioritario para el acceso a una vivienda de protección (art. 28 LO 1/2004); y al



encontrarse en situación irregular en el Estado español podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género y no podrá ser expulsada del país hasta que no se produzca resolución judicial sobre el delito de violencia de género (art. 31 bis Ley 4/200).

Del mismo modo, resulta necesario destacar que la situación de la Sr. Kone no se engloba dentro de las causas de exclusión de la condición de refugiado o refugiada y de la denegación del derecho de asilo. Dichas causas se encuentran recogidas en los artículos 8 y 9 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

El artículo 8 regula las causas de exclusión de la condición de refugiado. En el caso de la Sr.Kone hay que subrayar:

“2. b) han cometido fuera del país de refugio antes de ser admitidas como refugiadas, es decir, antes de la expedición de una autorización de residencia basada en el reconocimiento de la condición de refugiado, un delito grave, entendiéndose por tal los que lo sean conforme al Código Penal español y que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas o el patrimonio, siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el apartado cuarto del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con los delitos enumerados”

El artículo 9 regula las causas de denegación del derecho de asilo. Conforme a este, se denegará a:

“a) las personas que constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España; b) las personas que, habiendo sido objeto de una condena firme por delito grave constituyan una amenaza para la comunidad.”

En relación con estos artículos, resultan relevantes el 8.2.b) así como el 9.b) respecto del objeto de este informe dado que atendiendo a lo descrito por dichos preceptos se podría afirmar que las circunstancias de la Sra. Kone no se encuentran subsumidas en los mismos. Esto es debido a que la Sra. Kone fue condenada por la comisión de un delito de suposición de parto castigado con una pena menos grave conforme a los artículos 13, 33 y 220.1 del Código Penal español. Por tanto, la Sra. Kone no podría ser excluida ni podría ver denegado su derecho de asilo puesto que no fue condenada por cometer un delito grave sino un delito menos grave.

En consonancia con la normativa e instrumentos jurídicos aplicables a la cuestión jurídica que nos ocupa, podemos concluir que la Sra. Kone ha de gozar de la condición de refugiada pues cumple con lo dispuesto sobre los requisitos para adquirir dicha condición; se vio en



la obligación de huir de su país de origen por haber sufrido mutilación genital femenina y para evitar dicha mutilación en la menor que la acompaña, constituyendo esta situación una violación del derecho a la integridad física, la salud sexual y reproductiva y, en consecuencia, al propio desarrollo de la personalidad, generando así el presupuesto básico de la condición de refugiada, el cual como se ha expuesto anteriormente, es la existencia de un temor de persecución, en concreto, por motivos de género.

4. Posibilidad de interponer recurso de revisión

1. Regulación del recurso

Debido a la firmeza de la sentencia, y con relación a los nuevos hechos, vemos coherente hacer uso del recurso de revisión regulado en el art. 954 LECrim, ya que tenemos motivos para ello según el punto 4 de dicho artículo: “Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de hechos o elementos de prueba, que, de haber sido aportados, hubieran determinado la absolución o una condena menos grave.” En relación con el art. 955 LECrim, la interposición del recurso la llevará a cabo Doña Binta ante el tribunal competente, que no es otro que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Para la interposición del mismo no existe plazo alguno y solamente en el supuesto o motivo del art.954.3 existe un plazo de un año desde la sentencia del TEDH. Una vez autorizada su interposición por el Tribunal Supremo tendríamos 15 días para su formalización como cualquier recurso de casación penal.

2. Argumentación de su aplicación al caso

Cadena de custodia de las pruebas de ADN Tras indagar en la posibilidad de promover el recurso de revisión, hemos concluido que el vídeo no sería prueba suficiente, por lo que descartamos la vía del recurso en las circunstancias actuales. Sin embargo, consideramos que la realización de la prueba de ADN cruzada nos permitiría solicitar dicho recurso con éxito, apoyando dicha prueba en el vídeo y la carta de nacimiento.

En el caso de querer realizar las pruebas de ADN cruzado entre Binta y su hermano tendríamos que acudir a la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, pues, actualmente, no existe ningún instrumento supraestatal aplicable a España y Guinea que regule la obtención de la prueba ni tampoco tenemos normas especiales relativas a esta cuestión en nuestro ordenamiento. Por lo tanto, empleamos la mencionada ley subsidiariamente y como indica el artículo 1.2 «Esta ley se aplica en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, incluyendo la responsabilidad civil derivada de delito y los contratos de trabajo».

Para completar este trámite estaremos a lo indicado en Capítulo Primero del Título Primero de la Ley 29/2015 con especial atención en el artículo 10. La autoridad central española a la que debe dirigirse esta solicitud de cooperación es, actualmente, la Subdirección General



de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia. Como se trata de la obtención de una prueba, debemos incluir también los requisitos exigidos en el artículo 30 del Capítulo IV de la mencionada Ley, a saber: la descripción de las diligencias de obtención de pruebas solicitadas; la indicación de si se solicita la práctica de la prueba conforme a un procedimiento previsto en la legislación española; la indicación de si se solicita el uso de medios tecnológicos de comunicación; y la solicitud de las partes interesadas, sus representantes o algún funcionario español, para asistir a la ejecución de la diligencia solicitada.

Después de haber investigado sobre los medios para acreditar ciertos documentos – la prueba de ADN cruzado en nuestro caso- descartamos la posibilidad de acudir a embajadas puesto que las únicas pruebas que viene admitiendo el Tribunal Supremo son las verificadas por órganos judiciales. A la hora de construir la cadena de custodia nos encontramos con una ausencia de armonización legislativa en todos los niveles al igual que ocurre con el tratamiento de cualquier dato relacionado con el ADN, desde pruebas hasta documentos que pudiera tener, por ejemplo, un cuerpo de seguridad del Estado. Ante este vacío legal, acudimos a la doctrina y vemos que gran parte de ella, entre los que se encuentra el profesor Gascón Inchausti, apunta a que lo relevante en estas situaciones es tener claras cuáles son las garantías esenciales que condicionan la eficacia de la prueba en el sistema español y actuar conforme a las mismas; de esta forma se asegura que el Tribunal Supremo admita la prueba. Sin embargo, tal ausencia legislativa es un arma de doble filo pudiendo ser más sencillo que la otra parte contradiga la prueba de ADN.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la solución más apropiada en esta situación es que el hermano de Binta viaje a España y se lleven a cabo todos los procesos pertinentes para obtener la prueba de ADN cruzado entre los hermanos. Para que el hermano de la Sra. Kone pueda acceder al estado español, a continuación, determinaremos el procedimiento a seguir:

- **PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA ENTRAR EN ESPAÑA DESDE GUINEA CONAKRY**

El hermano Kone debe cumplir una serie de requisitos para poder acceder a cualquier Estado miembro de la Unión Europea, en este caso a España. La condición principal es la de obtener un visado y de ésta se derivan una serie de obligaciones que vamos a exponer a continuación; se tratan de documentos que deben ser entregados en el Consulado de España en Guinea Conakry (sito en Plaza Almany Samory Touré, R2000, 6ª planta, Moussoudougou- Coléah, BP 706, Conakry) tres meses antes de que tenga lugar el viaje.

El visado que se corresponde con las actividades a realizar durante este viaje es el de turista, el cual tiene una vigencia de 90 días, y tiene que solicitarse por el hermano, el Sr. Kone, durante los tres meses anteriores a la fecha del vuelo de ida a España, como se ha expuesto en el párrafo anterior. Tal solicitud se materializa con el Anexo I del Reglamento (CE)



810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, cuyos requerimientos coinciden con las condiciones de entrada a países de la Unión Europea del artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016. Aplicados a nuestro caso, serían los siguientes:

- Invitación del Sr. Kone a España.
- Cita con los laboratorios donde se realizaría la prueba de ADN.
- Libro de familia o similar que demuestre que son hermanos.
- Justificante de alojamiento (reserva del lugar de estancia: hostel, Airbnb, casa de alguien que pudiera acogerlo por el tiempo que dure su estancia, etc.).
- Acreditar que dispone de medios para subsistir a diario en España (actualmente son, como mínimo, 95€/día).
- Además, tendrá que aportar una fotografía suya y un seguro médico de viaje acorde con las exigencias del artículo 15 del Reglamento (CE) 810/2009.
- Los vuelos (Conakry- Málaga y Málaga- Conakry) incluyen escalas por dos países de la UE que varían dependiendo de la ruta, pero el hermano Kone no necesitará el visado de tránsito aeroportuario al no ser Guinea uno de los países a los que se les exige tal documento. El precio de los billetes de ida y vuelta oscila entre los 990€ y los 1750€, según la compañía que se escoja y los horarios. Además, se ha de tener en cuenta el transporte oportuno hasta la ciudad donde se encuentre el alojamiento donde se hospedarán durante el viaje.

En el caso de ser necesaria más información, se puede acudir a la siguiente dirección web:

<http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/CONAKRY/es/InformacionParaExtranjeros/Paginas/RequisitosDeEntrada.aspx>

Sin embargo, existen razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España, que permiten la entrada de extranjeros sin el cumplimiento de los requisitos mencionados anteriormente. Para ello deberá obtener una autorización tras acreditar los motivos. Consideramos que en este caso podría tratarse de un asunto de interés público, puesto que nuestra cliente está ejerciendo su derecho a la tutela judicial efectiva, recogida en el artículo 24 de la Constitución Española.

Por último, es necesario comentar, que el legislador en nuestro país no ha abordado de un



modo directo esta materia en cuestión, provocando que el mundo jurídico tenga que enfrentarse a una gran cantidad de cuestiones no resueltas por la ley, siendo suplida por protocolos profesionales y científicos, pero sin que los mismos tengan carácter imperativo, no dando seguridad jurídica al procedimiento de control-garantía de las pruebas de ADN y que sí ofrecería la existencia de una norma específica de rango legal sobre la cadena de custodia, ya que, del correcto o incorrecto tratamiento de estas pruebas, pueden verse afectados derechos fundamentales como la intimidad, la dignidad de la persona, la integridad física, la salud, la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías y la libertad individual entre otros.

La importancia procesal y de garantía de los derechos fundamentales que podrían estar afectados, no es la única justificación para la regulación de la cadena de custodia de las pruebas de ADN, sino también porque así lo ordena la Constitución española a los poderes público, fundamentalmente al legislador como forma de conseguir los objetivos que esta norma suprema reconoce (art. 1 y 2 CE), otorgando al Estado como administración pública, la competencia exclusiva en legislación procesal (art. 149.2. 5ª CE), todo ello presidido por los principios generales de legalidad y seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE para las actuaciones que ejerzan todos los poderes públicos.

3. Redacción del recurso

(formulario modelo) A LA EXCMA. SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

D./Dña., procurador/a de los Tribunales, en nombre de Dña. Binta Kone , representación que acredito mediante escritura de poder que acompaño, ante la Excma. Sala comparezco y, como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Que, mediante el presente escrito y a tenor de preceptuado en los artículos 954 y siguientes de la LECrim, solicito la autorización necesaria prevista en el art. 957 de la mencionada Ley Procesal Penal, a los efectos de interponer recurso de revisión contra la sentencia dictada en fecha 7 de marzo de 2019, por la Audiencia Provincial de Teruel, en el procedimiento nº 11/2019 y, ello con base en los siguientes:

HECHOS

PRIMERO. - Mi representada, Dña. Binta Kone, fue condenada en el mencionado procedimiento por la comisión de un delito de suposición de parto, el día 10 de mayo de 2019, a la pena de seis meses de prisión, siendo firme la sentencia. Se acompaña testimonio de la mencionada sentencia, así como del Auto de firmeza de la misma.

SEGUNDO. - Que el día 12 de junio de 2019 llega a mi representada un vídeo de su hermano explicando que la menor que hasta ahora había creído que era su hija resulta ser su sobrina.



TERCERO. - Que el día 8 de enero de 2020 la hermana de mi representada le envía la carta de nacimiento donde figura la relación de filiación entre ella y la que hasta ahora consideraba que era su hija biológica, junto con unas fotografías tomadas días después del nacimiento de la menor.

CUARTO. - Que a la vista de los acontecimientos explicados deciden Dña. Pinta y su hermano someterse a pruebas de ADN para confirmar, como así resulta del análisis, que tienen ascendientes en común, es decir, que son hermanos biológicos. A tales hechos son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Mi representada se encuentra legitimada para la interposición del recurso de revisión a tenor de lo preceptuado en el artículo 955 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

SEGUNDO. - Es competente la Excma. Sala Segunda del Tribunal Supremo a la que me dirijo.

TERCERO. - Es causa de revisión la preceptuada en el artículo 954.1.d), LECrim «Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de hechos o de elementos de prueba que, de haber sido aportados, hubieran determinado la absolución o una condena menos grave» En su virtud,

SUPLICO A LA EXCMA. SALA SEGUNDA, tenga por presentado este escrito, con sus copias y los documentos que al mismo se acompañan, lo admita a trámite y tenga por solicitada la autorización para la interposición de recurso de revisión, y sin perjuicio de las diligencias de comprobación que por la Sala se acuerden se solicita se dicta auto, autorizando la interposición.

(Lugar y fecha)

(Firma del/de la Letrado/a y Procurador/a)

IV. CONCLUSIONES

En consonancia con la normativa e instrumentos jurídicos aplicables a los distintos planteamientos desarrollados, procederemos a la exposición de las premisas concluyentes de todas ellas, de forma individual para su efectiva comprensión:

1. En cuanto a la existencia de una relación familia

Podemos señalar varios aspectos:



- Basándonos en la interpretación que realiza TEDH del art 8 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, mantenemos que entre la Sra. Kone y la menor existe una relación familiar. El TEDH, no se limita a la consanguinidad para definir una relación familiar, sino que va mucho más allá, interpreta la "vida familiar" en base a la existencia práctica de vínculos personales, afectivos y estrechos entre las partes. Estos vínculos son innegables entre la menor y la Sra Kone . El cuidado desde su nacimiento, la manutención, la educación, el amor y la preocupación por sus intereses más profundos son proporcionales a una relación materno-filial de facto. A su vez la sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992 realiza una interpretación extensiva del concepto de familia, recordando que nuestro país al ser un estado social, acompaña a una sociedad que se encuentra constante transformación, debiendo así ser flexible con las nuevas realidades sociales y con las diversas formas de concepción de lo que es una relación familiar.
- El TEDH señala que el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales integra la necesaria acción por parte de los estados a realizar las medidas pertinentes para facilitar el contacto entre la menor y quien creyó de manera diligente que era su progenitor. Para ello obliga a los estados, para la correcta consecución de las mediadas, a realizar un equilibrio de intereses atendiendo al caso en concreto sin entrar en la generalización de la situación. En el caso Nazarenko, perfectamente aplicable al caso que nos atañe, el tribunal señala lo siguiente: una persona que ha criado durante tanto tiempo a un menor como propio no debe ser completamente excluido de la vida del niño después de que se haya revelado que no es el progenitor biológico. A la luz de lo anteriormente expuesto podemos determinar que las autoridades españolas no han entrado a examinar el caso concreto de la Sra. Kone y la menor, englobando su situación a los casos de inmigrantes irregulares acompañados de menores con fines instrumentales para garantizar su entrada a las costas españolas.
- Ante dicho prejuicio de generalizar las situaciones de los inmigrantes irregulares, las autoridades españolas no han facilitado ni adoptado medidas en base al equilibrio de intereses anteriormente mencionado, se ha obstaculizado y despojado de todo contacto y conexión a la Sra. Kone con respecto a la menor, la cual tenía el convencimiento firme y diligente de que era su hija biológica.

2. En cuanto al interes de la menor

- La menor no ha sufrido ninguna situación calificable de desamparo que la pusiera en peligro mientras estaba acompañada de la Sra. Kone , la cual ejerció una tutela de hecho efectiva sobre ella, por lo que no consideramos que la separación de ambas por parte de la administración sea necesaria ni beneficiosa para el interés de la menor.
- La menor no puede calificarse como MENA según los conceptos manejados a lo largo del estudio, ya que no llegó sola y estuvo atendida en todo momento.
- A la hora de aplicar el protocolo MENA, la administración asumió la tutela de la menor,



a pesar de que la Sra. Kone sí le proporcionara la asistencia moral y material requerida.

- Que la menor haya estado en riesgo, no es presupuesto para la separación de esta de la Sra. Kone. El único presupuesto es el desamparo de la menor, circunstancia que no se ha dado.
- Además de que la separación primera de la menor y la Sra. Kone haya de considerarse una vulneración del interés superior de la menor. La no vuelta de la menor con la Sra. Kone supone una clara vulneración del interés superior de la menor. Ya que el acogimiento institucional necesita un presupuesto, para su desarrollo, que no se da.

Por todo ello, concluimos que lo más indicado para la protección del interés de la menor podría pasar porque se proceda a la reagrupación familiar con la Sra. Kone, la persona que ha ejercido su tutela de hecho sobre la menor, cuidándola y protegiéndola desde que nació y con la que posee un vínculo afectivo y cultural.

3. En cuanto a la posibilidad de que la Sra. Kone solicite el derecho de asilo

Se concluye que la Sra. Kone puede solicitar la condición de refugiada pues cumple con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 12/2009 sobre los requisitos para adquirir dicha condición:

- Se vio en la obligación de huir de su país de origen para evitar la mutilación de la menor que la acompaña, constituyendo esta situación una violación del derecho a la integridad física, la salud sexual y reproductiva y, en consecuencia, al propio desarrollo de la personalidad, generando así el presupuesto básico de la condición de refugiada, el cual como se ha expuesto anteriormente, es la existencia de un temor de persecución, en concreto, por motivos de género.
- Fue víctima de un matrimonio forzoso a los 14 años, aparejado con constantes episodios de violencia machista por parte de su marido. Por lo que, entra dentro de lo dispuesto en el art 3 de la ley 12/2009, de 30 de octubre, sobre el derecho de asilo y protección subsidiaria, el Estatuto del refugiado En el sentido que pueden ser motivos de persecución basados en el género la violencia ejercida por la pareja o ex pareja y otras formas de violencia sobre la mujer, el matrimonio forzado, la violencia sexual o la trata de mujeres.
- Por consiguiente, la Sra. Kone debe ser beneficiaria de la protección del Estado español que implica el derecho de asilo el cual consiste en la no devolución ni expulsión de las personas a quienes se les haya reconocido. Si no adquiriese dicha protección se estaría incumpliendo el principio de *non-refoulement*, dado que la expulsión o hacer retornar a mujer a un país donde fue objeto de mutilación genital femenina y violencia machista podría, suponer una violación por parte del Estado español de sus obligaciones de conformidad con el Derecho internacional Público en materia de Derechos Humanos. Ello es debido a que dicho principio es considerado una norma absoluta, que no admite



excepción ni derogación, y como tal obligatoria para todos los Estados de la comunidad internacional, en base al artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, que tiene su precedente en los artículos 3.2. de la “Convención relativa al Estatuto Internacional de los Refugiados” de 28 de octubre de 1933.

4. En cuanto a la posibilidad de interponer un recurso extraordinario de revisión

Tras indagar en la posibilidad de promover la interposición de recurso de revisión en ámbito penal, hemos concluido la insuficiencia de promoverlo bajo el actual soporte probatorio que obra en poder la parte consistente en una prueba audiovisual sin más documentos que corroboren su autenticidad, por lo que podría tratarse de una prueba insuficiente, si no se corrobora con otras pruebas objetivas que le doten de mayor consistencia a fin de proceder a reabrir la vía penal, por lo que, provisionalmente descartamos del la procedencia de interponer dicho recurso en las circunstancias actuales.

Sin embargo, consideramos que, sería factible desarrollar otras líneas probatorias, tales como la posible realización de la prueba de ADN cruzada, que nos permitiría, una vez arroje un resultado positivo que corrobore la relación familiar y prenatal de ambas, proceder a reabrir a través del recurso una posible revisión del enjuiciamiento penal con ciertas posibilidades de éxito, en los que se relacionen las pruebas existentes conanterioridad con nuevas pruebas complementarias que apoyen el testimonio de la Sra. Kone y la realidad que la misma garantizando su inocencia.

El instrumento jurídico posible, para realizar dichas pruebas de ADN entre Binta y su hermano, sería posible al amparo de la Ley Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

Lugar y fecha:

Sevilla, 9 de abril de 2020

BIBLIOGRAFÍA Y MARCO NORMATIVO

En relación a la existencia de una relación familiar:

- Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos
- STEDH de 16 de octubre de 2015 n°39438/13 caso Nazarenco vs Rusia
- STC 222/1992
- 10 CE y 39 CE
- STS 625/2012
- STC 245/1991



- STC 26/2011

En relación al interés del menor :

- La Convención de los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de NNUU, 20 de noviembre de 1989
- Constitución española
- LO 1/1996
- Código Civil

En relación al derecho de asilo y condición de refugiadas

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, de 4 de octubre de 1967.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- Convención Europea sobre Derechos Humanos de 1950.
- Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.
- Convención contra la tortura y otros castigos y tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, del 20 de diciembre de 1993.
- Constitución Española.
- Directrices sobre protección internacional N°1: Persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1ª (2) de la Convención de 1951 y su Protocolo relativo al estatuto de los refugiados de 1967, 7 de mayo de 2002, de UNHCR.
- Recomendación General No.19: violencia contra las mujeres del Comité sobre la eliminación de la discriminación contra las mujeres de 1992.
- Informe del Relator Especial sobre la violencia contra las mujeres, sus causas y consecuencias: prácticas culturales en la familia que ejerce violencia contra la mujer, 31 de enero de 2002.
- <https://www.acnur.org/es-es/el-asilo-en-espana.html>
- https://www.policia.es/documentacion/asilo/refugio/as_re_no_admision_solic.html
- <https://www.cear.es/derecho-de-asilo/>
- <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7139.pdf>
- <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf>
- <https://boletinderechoshumanos.files.wordpress.com/2014/07/guinea-conakry-2013-violencia-intrafamiliar.pdf>
- http://www.violenciagenero.igualdad.gob.es/informacionUtil/derechos/docs/Guia_de_derechos_2016.pdf
- Emily Collins and Ashley Akaziebie v. Sweden, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Solicitud N°. 23944/05, 8 Marzo 2007.



En relación al recurso de revisión

• http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjSyMLtbLUouLM_DzbsMz01LySVADudVjHIAAAAAA==WKE

• GASCÓN INCHAUSTI, F., “Investigación transfronteriza, obtención de prueba penal en el extranjero y derechos fundamentales. (Reflexiones a la luz de la jurisprudencia española)”

• RODRÍGUEZ- MEDEL NIETO, C. "Prueba penal transfronteriza: su obtención y admisibilidad en España".

Firmado por el alumnado de la Clínica Legal en Derechos Fundamentales 2019-2020:

Sahara Ancín Ibarburu
Beatriz de Elejabeitia Ramírez
José Manuel Gálvez Heredia
Fátima González Kouiiiss
Pedro Hernández Cordero
Rafael José Jiménez Jiménez
Leticia Marco Torrecillas
Álvaro Martínez Jaramago
Ana Ortega Hermoso
Carolina Pineda Contreras
Carlos Ramírez Martínez-James
Nuria Rengifo Vioque
Antonio Jesús Rodríguez Rodríguez
Arturo Romero Cispiniano
Laura Viñuela Segovia



En