



Sustracción de menores y detenciones ilegales

El caso de los bebés robados

AUTOR: Isabel María Rojo Cubí

TUTOR: Gabriel Garcias Planas

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	4
2.1. REGULACIÓN ANTERIOR AL CÓDIGO PENAL DE 1995	4
A. <i>Detenciones ilegales</i>	4
B. <i>Sustracción de menores</i>	6
C. <i>Suposición de parto y alteración del estado civil</i>	7
D. <i>Falsedad en documento público u oficial</i>	7
2.2. REGULACIÓN DE LOS DELITOS A PARTIR DEL CÓDIGO PENAL DE 1995	8
A. <i>Detenciones ilegales</i>	8
B. <i>Sustracción de menores</i>	12
C. <i>Suposición de parto y alteración del estado civil</i>	14
D. <i>Falsedad en documento público u oficial</i>	15
3. PROBLEMAS QUE ENCUENTRA EL TRIBUNAL A LA HORA DE ENJUICIAR LOS HECHOS.	16
3.1. LEY APLICABLE	16
3.2. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS.....	17
4. CRÍTICA JURÍDICA Y OPINIÓN PERSONAL	22
5. CONCLUSIONES.....	25
BIBLIOGRAFÍA	27

1. Introducción

Finalizada la guerra civil española, se originó, por razones exclusivamente políticas, lo que más tarde se convertiría en un negocio de compraventa de bebés, una trama con ánimo de enriquecimiento económico, al margen de cualquier ideología¹.

El modus operandi era sencillo: una mujer daba a luz y, sin más explicación, le comunicaban que su bebé había muerto y que era mejor no verlo porque podría causarle un trauma. Sin embargo, siempre disponían de un bebé congelado por si la madre insistía en ver a su hijo. Por otro lado, el personal sanitario se ofrecía a llevar a cabo todo el proceso y trámites de enterramiento. Ese menor era después entregado a otras personas, que lo inscribían en el Registro civil como propio. Existen otros casos en los que no hubo “robo de bebés”, sino que se daban en adopción: adopciones irregulares que se cubrían con supuestas obras de caridad, donde se incitaba, bajo la moral, a las madres jóvenes y/o solteras a ceder a sus bebés en adopción; adopciones de nuevo irregulares en las que se desvinculaba a los padres de los hijos borrando toda identidad².

No existe una unidad de criterio entre los Tribunales que conocen estos casos de cara a la calificación jurídica del supuesto de hecho y, a consecuencia de ésta, la prescripción o no de los delitos presuntamente cometidos. Por un lado, Tribunales como las Audiencias Provinciales de Vizcaya y la de Cádiz califican los delitos como detenciones ilegales. Por otro lado, aunque la Audiencia Provincial de Madrid también lo califica como detención ilegal, ésta alega que no se da la prescripción del delito, cosa que sí hacen las Audiencias de Vizcaya y Cádiz. Alejado de estas calificaciones jurídicas se encuentra el auto de la Audiencia Provincial de Huelva de 19 de noviembre de 2012, que declara que los hechos no son constitutivos de delito de detención ilegal, sino de delitos de suposición de parto, falsedad y usurpación del estado civil que han prescrito al ser de consumación instantánea.

A esto se debe añadir que la comisión de los delitos se inició durante la vigencia del Código Penal de 1944 y se prolongó tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, pasando por el texto revisado de 1963 y el texto refundido de 1973, provocando así un problema sobre qué leyes se deberían aplicar, si las vigentes en el momento de la comisión de los delitos o las vigentes en el momento del enjuiciamiento.

¹ VILA TORRES, Enrique J. *Historias Robadas. Un conmovedor relato sobre las adopciones falsas en la España del siglo XX*. Primera Edición. Madrid: Ediciones Temas de Hoy es un sello editorial de Ediciones Planeta Madrid S.A., 2011.

² Plataforma afectados clínicas de toda España Causa niños robados. La trama, ¿cómo actuaba? <http://www.plataformacausabebesrobados.hostinazo.com/index.php/la-trama/como-actuaba> [Consultado el 19/02/2014]

2. Evolución histórica

Se denuncian unas supuestas sustracciones de menores recién nacidos entre 1950 y 1990 llevadas a cabo por el personal sanitario del hospital. Éstos informaban a la madre de que el menor había fallecido y posteriormente entregaban al menor a otras personas que pasaban por alto todo el proceso legal para la adopción del niño.

Los hechos parecen encajar en la figura de sustracción de menores tal y como viene recogida en el art. 484 de los Códigos penales de 1944 a 1973, periodo en el que tuvieron lugar dichos hechos. Sin embargo, con el CP vigente de 1995 dicha figura ha sufrido un cambio respecto a los sujetos activos que hace que los hechos denunciados ya no estén tipificados.

Antes de determinar en base a qué Código se deben calificar los hechos pasaremos a analizar los posibles delitos de los que se podría tratar tanto antes como después del CP 1995, a saber: detenciones ilegales, sustracción de menores, suposición de parto, y falsedad documental.

2.1. Regulación anterior al Código Penal de 1995

A. Detenciones ilegales³

El delito de detención ilegal se recogía en los arts. 480 a 483 CP 1973⁴.

El bien jurídico protegido es la libertad de abandonar el lugar en que se encuentra el sujeto⁵.

a) Tipo básico

El primer párrafo del art. 480 establece que el particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión mayor.

Tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo pueden ser cualesquiera.

La acción consiste en privar a la víctima de la libertad de movimientos mediante el encierro o la detención, impidiéndole abandonar un lugar cerrado (encierro) o abierto (detención).

³ RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal Español: parte especial*. 16ª Edición. Madrid, 1993. Ed. Dykinson. Págs. 306 a 314.

⁴ De igual forma se hacía en el CP 1944 y 1963.

⁵ Se trata de una modalidad de la libertad de obrar.

La antijuridicidad se excluye por el consentimiento. Igualmente falta cuando el encierro o la detención vienen impuestos por un precepto legal: aislamiento de enfermos infecciosos o internamiento de enfermos mentales peligrosos.

El dolo requiere la voluntad consciente de impedir a alguien su libertad de movimientos mediante la fuerza física o la amenaza con el empleo de fuerza. La creencia equivocada de estar amparado por una causa de justificación excluye el dolo.

La consumación se produce en el mismo momento en que el sujeto pasivo se ve imposibilitado de actuar por voluntad propia y como la lesión del bien jurídico es susceptible de prolongarse por el agente, estamos ante un delito permanente en el que cabe una participación posterior a la consumación.

Puede concurrir la agravante de astucia o el fraude para llevar a la víctima al lugar donde es encerrada o detenida.

La relación con las coacciones y las amenazas es de consunción. Con las lesiones o daños habrá un concurso de delitos, lo mismo que cuando la detención ilegal sea medio coactivo de que se vale el sujeto para determinar a la víctima a la comisión de otro delito y éste se realice.

b) Tipos privilegiados

- Cuando el culpable diere libertad al encerrado o detenido dentro de los tres días de su detención, sin haber logrado el objeto que se propusiere, ni haberse comenzado el procedimiento (párrafo tercero del art. 480).
- Cuando un particular, fuera de los casos permitidos por la ley, aprehendiere a una persona para presentarla a la autoridad (art. 482).

c) Tipos cualificados

Se castigan con la pena de prisión mayor en su grado máximo a reclusión menor en su grado medio:

- Si se hubiere exigido rescate o impuesto cualquier otra condición o fuere consecutivo a un delito contra la propiedad.
- Si el encierro o detención hubiera durado más de quince días.
- Si se hubiere ejecutado con simulación de funciones públicas.

Éstos se establecen de forma alternativa, sin alterarse la calificación si se dan dos o más.

d) Los nuevos delitos introducidos por el art. 481 bis

- Construir o acondicionar lugares con el propósito de cometer el delito de detenciones ilegales o con el propósito de proporcionarlos a otros para la comisión de dicho delito.
- Tener por cualquier título a su disposición los lugares a que nos venimos refiriendo y no ponerlo en conocimiento de las autoridades en el término más breve posible desde el momento de su adquisición.

e) El art. 483

El art. 483 establece la pena de reclusión mayor al reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acredite haberla dejado en libertad.

B. Sustracción de menores⁶

a) Sustracción de menores de siete años

El art. 484 CP 1973⁷ castiga la sustracción de un menor de siete años con la pena de prisión mayor. Se trata de una detención ilegal cualificada.

El sujeto pasivo es el menor de siete años. Por lo que respecta al sujeto activo, es fundamental el menosprecio a la voluntad de aquel a quien está atribuida la custodia del menor por lo que quedan excluidos el padre, la madre, el tutor o el director del establecimiento benéfico que desempeñe la función tutelar.

La acción consiste en sustraer al menor de la custodia de aquellos que la tengan legalmente o de hecho. Se puede cometer reteniendo al menor que, por sí mismo o por la acción de un tercero, ha salido de la esfera de vigilancia de sus guardadores, consumándose así la acción.

Excluyen la antijuridicidad el ejercicio de un derecho y el estado de necesidad. El consentimiento del custodio legal excluye la tipicidad.

No existe ningún elemento subjetivo del injusto. Es necesario el dolo, que ha de captar la menor edad de siete años y la ausencia del consentimiento.

Son posibles las formas imperfectas de ejecución y la participación a título de coautor, inductor, auxiliador y encubridor.

En cuanto al concurso de leyes, es ley preferente respecto a las detenciones ilegales.

⁶ RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal Español: parte especial*. 16ª Edición. Madrid, 1993. Ed. Dykinson. Págs. 315 a 320

⁷ De igual forma se hacía en el CP 1944 y 1963.

b) Inducción a abandonar la casa

El art. 486 castiga al que indujere al menor de edad, pero mayor de siete años, a que abandone la casa de sus padres, tutores o encargados de su persona.

La acción de inducir debe ser directa y eficaz y quedan excluidos como sujetos activos los que tengan el derecho a retener al menor en su casa.

Caben tanto las formas imperfectas de ejecución como las relativas a la participación criminal. Cuando para inducir al menor a abandonar la casa concurra la violencia o la intimidación, habrá concurso de delitos con los de coacciones, amenazas o lesiones.

c) No devolución del menor

El que hallándose encargado de la persona de un menor no le presentare a sus padres o guardadores ni diera explicación satisfactoria de su desaparición, será castigado con la pena de reclusión menor (art. 485).

El núcleo de la conducta es la desaparición del menor, confiado a la custodia de una persona. La razón de la gravedad de la pena reside en la sospecha fundada de connivencia en la sustracción.

C. Suposición de parto y alteración del estado civil

Con el CP 1944 se castigaba con penas de presidio menor (de seis meses y un día a seis años) y multa, así como con la inhabilitación especial cuando el delito de suposición de parto y sustitución de un niño por otro se hubiera cometido por un facultativo o funcionario público abusando de su profesión o cargo.

Con el CP 1973 cambian las penas previstas para el delito. El art. 468 castigaba con penas de prisión mayor y multa la suposición de parto y la sustitución de un niño por otro. Las mismas penas se impondrán al que ocultare o expusiere a un hijo con ánimo de hacerle perder su estado civil. El art. 469 castigaba, además de las penas del art. 468, con la inhabilitación especial al facultativo o funcionario público que abusando de su profesión o cargo, cooperare a la ejecución de alguno de los delitos expresados en el artículo anterior.

D. Falsedad en documento público u oficial

El art. 302 CP 1973 castiga con las penas de prisión mayor y multa al funcionario público que, abusando de su oficio, cometiera falsedad:

1. Contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica.
2. Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido.

3. Atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho.
4. Faltando a la verdad en la narración de los hechos.
5. Alterando las fechas verdaderas.
6. Haciendo en documento verdadero cualquiera alteración o intercalación que varíe su sentido.
7. Dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto o manifestando en ella cosa contraria o diferente de la que contenga el verdadero.
8. Intercalando cualquiera escritura en un protocolo, registro o libro oficial.
9. Simulando un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

Será castigado también con la misma pena el ministro eclesiástico que incurriere en alguno de los delitos comprendidos en los números anteriores, respecto a actos y documentos que puedan producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil.

2.2 Regulación de los delitos a partir del Código Penal de 1995

A. Detenciones ilegales⁸

El bien jurídico protegido es la libertad ambulatoria, es decir, la capacidad del hombre de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico.

Sujetos pasivos de este delito pueden ser también los inimputables, menores, etc., en la medida en que tengan capacidad suficiente para poder trasladarse por sí mismos. Cuando se trate de menores o personas que carezcan de capacidad para decidir por sí mismos, la detención ilegal consiste en el quebrantamiento de la relación de custodia con la persona encargada legalmente de su guarda. En los casos de personas paralíticas que necesitan de medios auxiliares para trasladarse, existirán detenciones ilegales cuando se les prive de estos medios.

Sujeto activo puede ser sólo el particular o la autoridad o el funcionario público que actúa como particular, pero prevaliéndose de su función o cargo.

a) Tipo básico

El art. 163.1 CP establece que el particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de 4 a 6 años.

⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: parte especial*. 18ª edición. Valencia, 2010. Tirant lo Blanc. Pág. 167 a 177.

Sujeto pasivo será todo el que tenga voluntad abstracta o potencial de movimiento.

La acción consiste en la privación al sujeto pasivo de la posibilidad de determinar por sí mismo su situación en el espacio físico, con indiferencia de las proporciones de este último. Las modalidades típicas de la acción son encerrar (equivale a situar a una persona en un lugar no abierto, mueble o inmueble) y detener (equivale a la aprehensión de una persona a la que se le priva de la facultad de alejarse en un espacio abierto). En ambos casos el resultado es el mismo: privación de libertad ambulatoria, con cuya realización se consuma el delito, aunque esta consumación pueda prolongarse luego indefinidamente.

Es indiferente el tipo de medios utilizados para ello si se realizó por acción u omisión.

El dolo requiere la voluntad de impedir a alguien el empleo de su libertad ambulatoria y no se requiere ningún elemento subjetivo específico.

El consentimiento del sujeto pasivo justifica, en principio, la privación de libertad. De no mediar el consentimiento hay que recurrir al estado de necesidad. La observancia de estos preceptos, igual que el cumplimiento de los requisitos formales que autorizan a la detención por las Fuerzas de Orden público, excluyen la antijuridicidad de la detención.

En algunos casos está permitido al particular detener a otro particular. Estos casos vienen taxativamente regulados (arts. 760 y ss. LEC). Basta la creencia racional de que el detenido se encuentra en una de estas circunstancias.

El sujeto activo que cree erróneamente que su conducta se halla justificada por actuar en el ejercicio de un derecho o con consentimiento del sujeto pasivo, actúa en error sobre la antijuridicidad de su conducta (error de prohibición), pero cuando se trata de una creencia racional en la existencia de los presupuestos previstos en los arts. 490 y 491 LECrim, el hecho estará justificado, y en los casos de error vencible será directamente aplicable el art. 163.4 CP.

El delito se consuma cuando se ha producido el resultado de privación de libertad, pero como la detención ilegal es un estado que puede prolongarse en el tiempo, estamos ante un delito permanente, en el que cabe una participación después de consumarse el delito, y cuya duración puede tener incidencia en la gravedad de la pena. Cabe la tentativa.

El que proporcionare lugar destinado a la ejecución del delito responde como cooperador necesario, aunque si está ya previamente relacionado con los ejecutores de la detención puede ser considerado coautor. Cabe autoría mediata, incluso si se sirve de la autoridad como instrumento.

Los actos preparatorios son punibles, con pena inferior en uno o dos grados a la señalada al delito de que se trate.

b) Tipos privilegiados

Se atenúa la pena del tipo básico cuando:

- El culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto.
- El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad. Lo importante es que la intención del sujeto activo sea la de presentar a la autoridad la persona detenida. Esta intención es un especial elemento subjetivo del injusto que trasciende del simple dolo de la detención. En el caso de que no existiese, estaríamos en presencia de un delito de detenciones ilegales normal. Se trata de una causa de justificación incompleta porque, aunque se da el elemento subjetivo de actuar conforme a Derecho, no se da, en cambio, el objetivo. Puede estimarse como un caso específico de error de prohibición vencible. Díez Ripollés (en Comentarios I, p. 352) lo considera como un supuesto de exceso que entraña que el sujeto tiene conciencia de que actúa fuera de la legalidad, aunque sea con la finalidad de entregar el detenido a la autoridad, lo que difícilmente casa con el carácter privilegiado de esta figura.

c) Tipos cualificados

El legislador agrava la pena de las detenciones:

- Por la duración de la detención, si el encierro o detención ha durado más de 15 días.
- Por secuestro, cuando la detención va dirigida a la exigencia de alguna condición para poner en libertad a la persona secuestrada. La expresión “para ponerla en libertad” va referida a la exigencia del rescate que se está haciendo a la familia y lo que importa es que cree que el secuestrado se encuentra aún con vida. Se ha formado un delito complejo resultante de la unión de dos delitos (detenciones ilegales y amenazas condicionales), que pierden así su autonomía para integrarse en un nuevo delito distinto y autónomo de los que lo integran. La pena de secuestro es de prisión de 6 a 10 años, que se eleva a la superior en grado (10 a 15 años) si el secuestro hubiera durado más de 15 días. Se rebaja a la inferior en grado si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los 3 primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto propuesto. Si se obliga al secuestrado a suscribir algún documento, habrá el correspondiente concurso con el delito de extorsión. Cabe concurso entre secuestro y delitos contra la vida, integridad física o libertad sexual.

- Cualificaciones comunes a las anteriores. Se establecen penas en su mitad superior cuando la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o incapaz o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.
- Por desaparición del detenido o secuestrado (art. 166 CP). El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado, según los casos, con las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores de este capítulo, salvo que la haya dejado en libertad. En el CP anterior esta cualificación estaba redactada de manera que daba la impresión de que se trataba de un tipo de mera sospecha y prácticamente de la presunción de un asesinato, al asignársele una pena casi idéntica. Pero para castigar por homicidio o asesinato hay que demostrar que efectivamente este hecho se ha producido. Si en el juicio se prueba además que el desaparecido fue asesinado habrá el correspondiente concurso de delitos. El problema es que muchas veces, el desconocimiento del paradero de un detenido ilegalmente se debe a que tampoco se sabe quiénes son sus secuestradores o a que no se les puede detener; por lo que el precepto sólo puede aplicarse a los que, una vez detenidos, procesados y juzgados por un delito de detención ilegal, no dan razón del paradero del detenido, en la medida en que éste no haya aparecido. La aplicación del art. 166 tiene un límite, si antes de que se celebre el juicio contra un secuestrador en base a este precepto el desaparecido aparece.
- Detenciones cometidas por autoridad o funcionario público. Cuando la detención se lleva a cabo en el curso de una detención legal, pero sin cumplir los requisitos formales (plazos y demás garantías constitucionales o legales), el delito se transforma en un delito contra las garantías constitucionales previsto en el art. 530 CP. Pero cabe también que la autoridad o funcionario lleve a cabo una detención directamente ilegal con abuso de su cargo, fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito. El art. 167 dice en este caso que las penas previstas en los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior y, además, la de inhabilitación absoluta por tiempo de 8 a 12 años. Se trata de una agravación por razón de la cualidad y del abuso de su función llevado a cabo por el funcionario público, pero el delito es una detención ilegal común igual que cuando la comete un particular. Las diferencias son que en los delitos previstos en los arts. 529 y ss. se penaliza un ejercicio formalmente incorrecto de la facultad de privar de libertad a un ciudadano, mediando causa por delito, mientras que en el art. 167 se penaliza la detención arbitraria, sin que medie ninguna causa por delito, actuando como un simple particular aunque prevaliéndose de su función o cargo.

B. Sustracción de menores⁹

El CP 1995 no incluyó la sustracción de menores, lo que significó su despenalización y, por tanto, la imposibilidad de punición por ser ley penal más favorable. El legislador advirtió la omisión y por LO 9/2002 de 10 de diciembre se añadió al CP 1995 el art. 225 bis donde se recoge la sustracción de menores.

En este artículo, sin embargo, se restringe la autoría al progenitor, sus ascendientes y parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (delito especial propio)¹⁰ que no son titulares de la custodia del menor¹¹.

Existe una discusión doctrinal acerca del bien jurídico protegido. La doctrina mayoritaria defiende que este delito protege los intereses del menor. Sin embargo, entre los partidarios de esta tesis tampoco hay unanimidad, ya que se proponen tres bienes jurídicos diferentes: la seguridad del menor, la vulneración de los derechos inherentes a la patria potestad del menor y la libertad ambulatoria del menor. Otro sector doctrinal considera que con este nuevo delito se protegen los intereses del menor y también los de los progenitores y proponen varias tesis: se defiende la pertenencia a una familia y los derechos de los progenitores a tener al menor en su compañía y se considera que la comisión de este delito atenta a la integridad moral del menor y de los progenitores. Finalmente una tercera posición doctrinal considera que este delito defiende un bien jurídico plural, que se concreta en la protección de los intereses del menor y en el buen funcionamiento de la Administración, tesis principal defendida por la doctrina jurisprudencial¹².

No se trata de unas detenciones ilegales que, fuera de los casos previstos en el art. 225 bis, siguen siendo punibles en base a los arts. 163 y ss., sino más bien un delito de desobediencia a la decisión judicial respecto a la custodia y guardia de los hijos menores en caso de separación o divorcio de sus progenitores¹³.

⁹ BOIX REIG, Javier y LLORIA GARCÍA, Paz. *Derecho Penal: parte especial, Volumen II, Delitos contra las relaciones familiares, contra el patrimonio y el orden socioeconómico*. 1^o edición. 2012. Ed. Iustel. Págs. 45 a 66.

¹⁰ Al contrario que en la regulación anterior, en la que podría ser sujeto activo cualquiera que llevara a cabo la sustracción de un menor.

¹¹ Existe un sector doctrinal (entre ellos García Pérez y Lloria García) que entienden que también el progenitor custodio puede ser sujeto activo del delito en función de la conducta que lleve a cabo (en el mismo sentido, SJP Sevilla de 28 de diciembre de 2009). LLORIA GARCÍA, P. "La sustracción de menores por sus propios padres (comentario a la LO 9/2002 de 10 diciembre)". *Revista General de Derecho Penal* nº 3, 2005. Pág. 8.

¹² MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. "El delito de sustracción de un menor por sus progenitores". Colección delitos núm. 102. Valencia, 2014. Tirant lo Blanc. Págs. 23-31

¹³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: parte especial*. 18^a edición. Valencia, 2010. Tirant lo Blanc. Pág. 556.

El sujeto pasivo es el menor¹⁴. También se considera sujeto pasivo de este delito al padre o madre (o abuelos) que no pueden disfrutar de su derecho de custodia.

La conducta del tipo básico consiste en que uno de los padres (o parientes hasta segundo grado) sustrae al menor del ámbito de custodia del otro o de la custodia que detenta una institución, sin causa justificada. El legislador define sustracción como la retención del menor incumpliendo gravemente los deberes que se establecen en una resolución judicial o administrativa. La sustracción implica la realización de dos posibles conductas: el traslado del menor de su lugar de residencia habitual y su retención, lo que no debe interpretarse como encierro o detención propio del delito de detenciones ilegales, “sino más bien como no devolución del menor a su lugar de residencia habitual”¹⁵.

Se trata de un delito de naturaleza permanente, porque mientras dura el traslado o la retención se genera una situación antijurídica de continua lesión de la seguridad del menor¹⁶.

El tipo agravado se da cuando el menor es trasladado fuera de España o se exija alguna condición para su entrega.

Existe una excusa absolutoria en caso de que la restitución del menor se realice en el plazo de 24 horas o en ese mismo plazo se informe del lugar donde se encuentra el menor con el compromiso de restituirlo inmediatamente y que efectivamente se cumpla.

Es posible tanto la tentativa como la consumación. La consumación se producirá en el momento en que el menor sea separado de su círculo familiar con la intención de que rompa estos lazos definitivamente. No se castigan los actos preparatorios.

Surge la duda de si este delito puede entrar en concurso con el de detención ilegal. Este concurso no se produce, dado que las medidas previstas en los arts. 163 y ss. CP siempre implican una restricción de la libertad ambulatoria que se produce en contra del sujeto pasivo, cosa que en el art. 225 bis no se contempla. Además, si el menor accede a permanecer con su padre, madre, etc. no se produce ninguna detención ilegal.

¹⁴ El art. 225 bis entiende al menor de corta edad que no es capaz de decidir por sí mismo el lugar que quiere ocupar en el espacio.

¹⁵ TORRES ROSEL, N. Comentario del art. 225 bis en Quintero Olivares (Dir) y Morales Prats (coord.). Aranzadi (Tomson Reuters), 2011. Pág. 591.

¹⁶ AAP Zaragoza 31 de octubre de 2006 y SAP Madrid 11 de febrero de 2005.

C. Suposición de parto y alteración del estado civil¹⁷

Se trata de delitos contra las relaciones familiares, donde el bien jurídico protegido es el estado civil del niño (Muñoz Conde), añadiéndose a éste la seguridad de las personas en el ámbito de las relaciones familiares (Cugat).

La conducta de suposición de parto (art. 220.1 CP) se realiza por parte de quien se atribuye el parto, siendo cooperador necesario quien ha dado a luz entregándose directamente o a través de terceros.

Se trata de un delito doloso que se consuma con el hecho mismo de la suposición de parto.

Este delito lleva aparejada la realización de falsedades documentales. Doctrina mayoritaria y jurisprudencia apuntan a la existencia de un concurso de delitos entre ambos. Puede concluirse que las falsedades documentales posteriores a la suposición de parto serán actos posteriores copenados impunes respecto a los establecido en el art. 8.3º CP.

En el apartado segundo del art. 220 se castiga al que oculte o entregue a un tercero el menor, queriendo alterar o modificar su filiación. Es un delito doloso en el que el sujeto activo es el padre o la madre del menor, respondiendo cualquier otra persona interviniente a tenor de la conducta de cooperación que lleve a cabo y de la misma manera el tercero que recibe al hijo.

En el art. 221 se recoge el delito de compraventa de menores en el que se castiga a los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación. También se castiga a la persona que recibe al menor y al intermediario. Sujeto activo de este delito puede serlo, pues, cualquier persona.

El art. 222 castiga al educador, facultativo¹⁸, autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su profesión o cargo, realice las conductas descritas en los dos artículos anteriores. Éste incurrirá en la pena en ellos señalada y, además, en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años.

¹⁷ BOIX REIG, Javier y LLORIA GARCÍA, Paz. *Derecho Penal: parte especial, Volumen II, Delitos contra las relaciones familiares, contra el patrimonio y el orden socioeconómico*. 1º edición. 2012. Ed. Iustel. Págs. 24 a 32.

¹⁸ A los efectos de este artículo, el término facultativo comprende los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria.

D. Falsedad en documento público u oficial¹⁹

El bien jurídico protegido en la falsedad documental es, en general, la credibilidad en la fe pública, la credibilidad en el tráfico mercantil y el principio de buena fe.

El sujeto activo es la autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

A partir de 1995 se ratifican una serie de actividades. La conducta consiste en cometer una falsedad:

1. Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.
2. Simulando, es decir, crear un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.
3. Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.
4. Faltando a la verdad en la narración de los hechos.

Las tres primeras conductas pueden ser realizadas por particulares.

Lo importante en la falsificación pública es que existe la falsedad aun cuando no se produzca un perjuicio a nadie.

El dolo es falsario: querer alterar la verdad. Cabe la imprudencia grave porque se omite el deber de cuidado que le era exigible y, por tanto, el resultado era evitable.

El art. 390 CP castiga con penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, a la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad.

Se castiga con las mismas penas al responsable de cualquier confesión religiosa que incurra en alguna de las conductas descritas respecto de actos y documentos que puedan producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil.

El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

Al ser un delito con pena de 3 a 6 años prescribe a los 10 años.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: parte especial*. 18ª edición. Valencia, 2010. Tirant lo Blanc. Págs. 747-752.

3. Problemas que encuentra el Tribunal a la hora de enjuiciar los hechos.

3.1. Ley aplicable

Como se ha introducido, existen dos problemas principalmente frente al enjuiciamiento de estos hechos. El primero se refiere a qué leyes se deberían aplicar dado que los hechos supuestamente delictivos se cometieron durante la vigencia de un código penal diferente al vigente en el momento del enjuiciamiento.

El art. 7 CP establece que, a los efectos de determinar la Ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar. Parece entonces que en un principio la ley aplicable sería la del momento en el que se llevaran a cabo los hechos, por lo que se castigarían los hechos en base al art. 484 CP 1944. Sin embargo, el art. 2.2 CP dice que tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo.

Hemos visto en el apartado anterior como en el CP 1995 se suprime la figura de la sustracción de menores descrita en el art. 484 CP 1944 y, aunque dicha figura resurge con la LO 9/2002, de 10 de diciembre que añade el art. 225 bis, el nuevo tipo es más restrictivo, puesto que limita la autoría a los progenitores y a sus parientes consanguíneos o afines hasta segundo grado, por lo que, al serle más favorable al reo, se aplicaría el CP 1995, siendo solamente perseguibles las falsedades documentales, coacciones, amenazas, suposición de parto y demás delitos conexos a dicha sustracción de menores.

No conformes a lo que podría ser una destipificación de este tipo de conductas, el Ministerio Fiscal cree que la interpretación más favorable para permitir la investigación de los hechos sería la de considerar la sustracción de recién nacidos como delito de detención ilegal cometido por funcionario público. También en opinión del MF, teniendo en cuenta que la sustracción de un menor de siete años integra un delito permanente, se estará cometiendo durante todo el tiempo en que la situación antijurídica se mantenga, de modo que si el tracto comisivo perdura tras producirse una modificación legislativa, la ley aplicable será la última, aunque intensifique y agrave la respuesta penal, porque una parte de su tracto ejecutivo se ha producido bajo su efectiva vigencia. Por ello, en aquellos supuestos en que la víctima de la sustracción acaecida durante la vigencia del CP 1944 permanezca ignorante de su

origen tras la vigencia del CP 1995, las normas penales directamente aplicables a tal hecho serán las contenidas en este último Código²⁰.

3.2. Calificación jurídica de los hechos

Una vez resuelto el problema de la ley aplicable al caso surge un segundo problema que consiste en calificar jurídicamente los hechos delictivos. Desde el inicio de las investigaciones se han planteado divergencias en las vías de investigación tanto en la calificación de los hechos como en los plazos de prescripción aplicables. Las resoluciones que han ido dictando las Audiencias Provinciales confirman la ausencia de unidad de criterio²¹.

En un principio, con las primeras resoluciones, como el AAP Zaragoza secc.1ª 439/2011, de 8 de junio, se consideran los hechos como delitos de suposición de parto, de alteración del estado civil o de falsedad documental, que podrían considerarse delitos instantáneos de efectos permanentes, delitos que un sector doctrinal en algunas ocasiones ha asimilado a los delitos de estado. Ahora bien, el hecho de que los efectos del delito permanezcan en el tiempo no quiere decir que deje de ser instantáneo, y por tanto, ha de computarse como día inicial de la prescripción la fecha en que el delito quedó consumado, y no al final del período en que estuvo surtiendo efecto la ilicitud.

Posteriormente, con el AAP Vizcaya, Secc. 6ª, 764/2011, de 14 de octubre, se empiezan a apreciar los hechos como constitutivos del delito de detención ilegal²² de la mano del MF al amparo de lo establecido en el art. 132.1 CP, a cuyo tenor, en los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, los términos de la prescripción se computarán desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta. El delito de detención ilegal, conforme a la doctrina jurisprudencial, es un delito de carácter permanente en el que la privación de libertad se mantiene en tanto en cuanto el sujeto pasivo permanece detenido ilegalmente. La conclusión a la que llega el MF es que la situación ilícita permanece en la actualidad, por lo que no se ha iniciado el cómputo del plazo de prescripción. El Tribunal, sin embargo, aunque no está conforme con el MF²³, establece que, aun en el supuesto en que pudiera apreciarse la

²⁰ Opinión sostenida por la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2012 sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos, ap. 4.1.1 y 5.4.

²¹ Búsqueda cerrada a 23 de abril de 2014.

²² Delito recogido en los arts. 163 a 168 CP.

²³ La Sala está de acuerdo con el auto del Juzgado de Instrucción nº 4 de Barakaldo de 2 de junio de 2011 en el que se extingue la responsabilidad penal y procede al archivo del procedimiento en virtud de la prescripción de los delitos de suposición de parto, alteración de la paternidad, usurpación de estado civil y falsedad en documento oficial.

figura penal más grave de la detención ilegal, seguiría estando prescrito, dado que es necesario poner un límite en la situación de permanencia del delito y ese límite no puede ser otro que el de la mayoría de edad de la persona afectada. El Tribunal opina que en el momento en que se llega a esta mayoría de edad y la víctima cuenta con plena capacidad civil conforme al ordenamiento jurídico para la defensa de todos sus derechos, ha de entenderse que cesa la situación ilícita, la permanencia del delito y a partir de ahí comienza el cómputo del plazo para la prescripción²⁴, que en este caso notoriamente ha transcurrido.

En las resoluciones siguientes²⁵, el Tribunal ya considera los hechos como constitutivos de un delito de detención ilegal en el que el dies a quo del plazo de prescripción de este delito permanente habrá de entenderse desde la fecha de la mayoría de edad que, en el mejor de los casos, en el que se considerase una detención ilegal cometida por funcionario público, el plazo de prescripción sería de 15 años, plazo que ha transcurrido sobradamente a la fecha de la denuncia. La tesis que sostiene el MF frente a la posición del Tribunal es que nos encontraríamos ante un caso de detención ilegal sin haberse dado razón del paradero de la persona (art. 166 CP) y que por ello, al seguir cometándose el delito, no habría iniciado aún el cómputo del plazo prescriptivo. Frente a lo alegado por el MF, el Tribunal hace referencia a la STS (Sala de lo Penal) 101/2012 de 27 de febrero²⁶ que establece que "la argumentación sobre la permanencia del delito no deja de ser una ficción contraria a la lógica jurídica. No es razonable argumentar que un detenido ilegalmente en 1936, cuyos restos no han sido hallados en el 2006, pueda racionalmente pensarse que siguió detenido más allá del plazo de prescripción de 20 años, por señalar el plazo máximo. De hecho no se ha puesto de manifiesto ningún caso que avale esa posibilidad. Esa construcción supondría considerar que este delito se sustrae a las normas de prescripción previstas en el Código penal". La anterior cita es perfectamente trasladable al caso que ahora analizamos. No se ha puesto de manifiesto ni un solo caso en que uno de los llamados "bebés robados", tras alcanzar su mayoría de edad, haya seguido ilegalmente detenido.

El AAP Cádiz secc. 3ª auto núm. 180/2012 de 22 de mayo presenta novedades frente a los demás autos emitidos por la AP Cádiz hasta el momento. Se añade como novedad argumental que, junto al delito de detención ilegal, se han cometido otros delitos consecuencia de la inscripción falsa de fallecimiento, inscripción que por producir

²⁴ De acuerdo con el segundo párrafo del art. 132.1 CP.

²⁵ Todos ellos de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Cádiz: AAP Cádiz secc. 3ª auto núm. 74/2012 de 8 de marzo, AAP Cádiz secc. 3ª auto núm. 75/2012 de 9 de marzo, AAP Cádiz secc. 3ª auto núm. 83/2012 de 14 marzo, AAP Cádiz secc. 3ª auto núm. 85/2012 de 14 de marzo y AAP Cádiz secc. 3ª auto núm. 220/2012 de 29 de junio.

²⁶ Sentencia del TS en el que se absuelve al juez Garzón del delito de prevaricación judicial en el caso de los llamados "juicios de la verdad".

efectos permanentes, resultaría imprescriptible hasta que se subsanara, cosa con la que el Tribunal disiente, dado que se trataría de un delito de consumación instantánea y es el día en que se llevó a cabo la inscripción la fecha a partir de la cual empieza el cómputo del plazo. Finalmente también se alude al hecho de que se trata de un delito contra la humanidad y por tanto imprescriptible conforme al art. 131.4 CP. Vuelve el Tribunal a hacer referencia a la STS núm. 101/2012 de 27 de febrero donde en relación con la aplicación retroactiva de las reglas de imprescriptibilidad suscritas en determinados tratados internacionales expresa: "la declaración de imprescriptibilidad prevista en los Tratados Internacionales que han sido ratificados por España e incorporados a nuestro ordenamiento no pueden ser aplicados retroactivamente. Las disposiciones reguladoras de la prescripción, concretamente las reformas que señalan una modificación de los plazos o del señalamiento del día de inicio del cómputo, son normas de carácter sustantivo penal y, por lo tanto, afectan a la interdicción de su aplicación retroactiva (art. 9.3 CE), salvo que su contenido fuera más favorable²⁷".

El AAP Madrid secc.1ª núm. 699/2012 de 28 de septiembre supone un gran cambio en la concepción del cómputo del plazo de prescripción. En opinión de este Tribunal, la calificación jurídica más apropiada sería la de los arts. 163.1.3 y 165 y, dado que no se tiene conocimiento del paradero ni de la identidad actual del menor, se trataría de un delito de carácter permanente cuya pena en abstracto podría alcanzar los doce años de prisión, por lo que el plazo de prescripción sería de quince años (art. 131.1 CP). Sin embargo, la gran novedad que supone este Auto es que declara el delito como no prescrito y el Tribunal lo articula de la siguiente manera: "tratándose de un delito permanente, el dies a quo comenzaría cuando se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta. No se ha producido ninguna de estas circunstancias, pues no hay constancia de que en el momento presente la persona sustraída, ya mayor de edad, tenga conocimiento de su identidad biológica, y por ello estuviera en condiciones de decidir. Al no estar determinado ese día de inicio de la prescripción, no se puede hic et nunc establecer que el delito haya prescrito".

Establece el Tribunal que lo mismo ha de predicarse sobre los delitos de falsedad, suposición de parto y alteración de paternidad. Estos podrían considerarse delitos instrumentales del delito de detención ilegal, por lo tanto conexos al mismo como indica el art. 17.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Para llevar a cabo la sustracción del menor, dotándolo de una nueva identidad distinta de la biológica y poniéndolo bajo la custodia de una nueva familia distinta y ajena a la natural, se han podido realizar actuaciones, como falsificación de certificados y registros de nacimiento u defunción, atribución de parto a quien no lo ha tenido, y en definitiva

²⁷ En la misma dirección se encuentran las sentencias: STS 1064/2010 de 30 de noviembre, STS 1026/2009 de 16 de octubre, STS 719/2009 de 30 de junio y STS 149/2009 de 24 de febrero.

modificación de la realidad biológica, posibilitando con ello, el mantenimiento en el tiempo de la situación de detención legal, constituyéndose en instrumentos de ese delito principal.

En el caso de los delitos instrumentales la prescripción depende de la del delito de mayor gravedad, en este caso la detención ilegal. Si el delito principal por su gravedad no ha prescrito tampoco sucede esto con los delitos conexos, en este sentido se ha pronunciado el TS en sentencia de 9 de diciembre de 2011 al establecer que "es cierto que la doctrina de esta Sala, afirma que no debe operar la prescripción en supuestos en los que se condena por varios delitos conexos, ya que hay que considerarlo todo como una unidad, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones y por consiguiente no puede aplicarse la prescripción por separado cuando hay conexión natural entre ellos y mientras el delito más grave no prescriba tampoco puede prescribir el delito con el que está conectada, no cabiendo la prescripción autónoma por paralización de procedimiento".

El AAP Huelva secc. 1ª y 2ª de 19 de noviembre de 2012 supone un gran giro en la concepción que se tenía de los hechos en las anteriores sentencias, volviendo a la concepción inicial²⁸. Dice el Tribunal que ni siquiera con una interpretación muy extensiva (contraria al principio de legalidad) encuadra la conducta en el tipo penal de detenciones ilegales. La reiteración de las palabras encierro o detención lo impide²⁹. Al niño no se le encierra ni se le priva de movimientos ni es esa la intención o dolo del autor, sino que se le cambia de "madre", a diferencia de casos de padres que han tenido materialmente encerrados a algún hijo durante años. El Tribunal no comparte tal interpretación ya que la conducta encaja en otros tipos penales. No cabe presumir ni sospechar siquiera que el menor presuntamente sustraído hubiera estado encerrado, antes bien, esa persona llevaría a cabo una vida en libertad y ahora tendría más de cuarenta años de edad. El delito cometido podría ser el de suposición de parto, y su plazo de prescripción computa desde que se realiza la acción que consuma el resultado, con la entrega material del nacido y la ruptura de la relación filial auténtica. Se trata de un delito no permanente, de los de ejecución instantánea que causan estado³⁰, completamente diversos en su esencia y efectos de la detención ilegal. Son las acciones civiles de reclamación de filiación por quien esté legitimado las que no prescriben.

²⁸ Como la del AAP Zaragoza secc.1ª 439/2011, de 8 de junio.

²⁹ El art. 4.1 CP 1995 impide aplicar las leyes penales "a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas".

³⁰ Los delitos que causan estado no son permanentes, sino que se consuman en el momento en que se agota ese resultado y luego restan sus consecuencias, pero escapando ya del autor la aptitud de reponer la situación al estado anterior. El plazo prescriptivo comienza desde que se causa el estado ilegal.

Se invoca también la posible existencia de un delito de falsedad documental. Sin embargo, es notorio que estos otros delitos, más leves que la detención ilegal, y no permanentes, de haberse cometido, habrían también prescrito.

Aunque se pretende que se apoye la continuación del proceso en la posibilidad de no iniciar el cómputo de la prescripción hasta que la víctima menor de edad alcanzara la mayoría de edad, lo cierto es que esa norma se introdujo en nuestro ordenamiento penal después de cometidos los hechos y no puede aplicarse de manera retroactiva al ser favorecedora de una mayor punición y, en suma, perjudicial o desfavorable al reo. Aunque en este caso, además, incluso de aplicar dicha regla, habría pasado ya sobradamente el plazo de ejercicio de la acción penal.

4. Crítica jurídica y opinión personal

Personalmente estoy de acuerdo con el ya citado AAP Huelva de 19 de noviembre de 2012 en cuanto a que los hechos no constituyen un delito de detenciones ilegales.

Aunque en el CP 1995 no se recoja la figura de sustracción de menores del CP 1973, los hechos denunciados encajan en el delito recogido en el art. 220.2 del CP vigente.

En un principio, podría parecer que se trata del delito de entrega de menores a cambio de precio recogido en el art. 221 CP que castiga a los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación. Sin embargo, hemos visto que, aunque mediaba compensación económica, la finalidad que se perseguía era la de inscribir en el Registro Civil al recién nacido como propio, cambiándole así su filiación, por lo que sería de aplicación el art. 220 CP que, en su apartado segundo, castiga a aquellos que oculten o entreguen a terceros un hijo con la finalidad de alterar o modificar su filiación³¹.

Hemos visto que el sujeto activo de este delito sólo puede serlo el padre o la madre del menor que se entrega. Sin embargo, el art. 222 CP castiga además con una pena de inhabilitación especial para el educador, funcionario o persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria que perpetre cualquiera de las conductas recogidas en los arts. 220 y 221 CP.

Delito conexo a éste sería el de falsedad en documento público u oficial que, como hemos dicho, doctrina mayoritaria y jurisprudencia apuntan a la existencia de un concurso de delitos entre ambos en el que las falsedades documentales posteriores a la suposición de parto serán actos posteriores copenados impunes respecto a los establecido en el art. 8.3º CP.

El problema que supone esta calificación de los hechos es que dichos actos ya estarían prescritos³² dadas las reglas recogidas en el art. 131 CP. Es por esto que el MF se aferra a la posibilidad de calificar los hechos como constitutivos de un delito de detención ilegal, con la esperanza de que, al ser un delito de naturaleza permanente, aún no se

³¹ Sin embargo, la jurisprudencia no exige el requisito de que la finalidad no debe ser la de cambiar la filiación. El AAP Vizcaya 16/2005, de 13 de enero establece que los elementos del tipo vienen determinados por: a) una entrega del menor al margen de los cauces legales establecidos para la adopción; b) mediando dinero o cualquier contraprestación económica.

³² Se trata de un delito de ejecución instantánea cuyo plazo de prescripción computa desde que se realiza la acción que consuma el resultado.

haya cumplido el plazo prescriptivo. Sin embargo, como establece la AP Huelva³³, ni siquiera con una interpretación muy extensiva encuadra la conducta en el tipo penal de detenciones ilegales. El art. 4.1 CP impide aplicar las leyes penales a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas; al niño no se le encierra ni se le priva de movimientos ni es esa la intención o dolo del autor, sino el de cambiar su filiación (que no encuentra ni equivalencia ni justificación en la detención ilegal).

Aun en el caso de que finalmente se consideraran los hechos como constitutivos de un delito de detenciones ilegales, el resultado sería el mismo: la prescripción.

La prescripción es un instituto jurídico que hace derivar determinadas consecuencias del transcurso del tiempo sin ejercer los derechos. Tiene un carácter puramente automático y tiene como finalidad esencial salvaguardar el principio de la seguridad jurídica³⁴.

Considerar las conductas como constitutivas de un delito permanente cuyo inicio del cómputo del plazo prescriptivo comienza en la fecha de eliminación de la situación ilícita que, en este caso, aun no se habría producido dado que las víctimas no son conocedoras de los hechos acaecidos (cosa que defiende la AP Madrid en su auto núm. 699/2012), equivaldría a afirmar la imprescriptibilidad del delito, cosa que iría en contra de lo establecido en el CP y del principio de seguridad jurídica.

Aunque también se pretende que no se inicie el cómputo de la prescripción hasta que la víctima menor de edad alcance la mayoría de edad, esa norma se introdujo en nuestro ordenamiento penal después de cometidos los hechos y no puede aplicarse de manera retroactiva al ser favorecedora de una mayor punición y desfavorable al reo. Además, en este caso, incluso de aplicarse dicha regla, habría pasado ya sobradamente el plazo de ejercicio de la acción penal³⁵.

Sin embargo, con la prescripción no se acaba todo. Como dice la FGE en su Circular 2/2012, aun en los casos en que se produzca el decaimiento de la acción penal por prescripción, los daños irrogados por la acción ilícita podrían alcanzar la reparación mediante el ejercicio de las acciones civiles de reclamación de la filiación verdadera (arts. 131 y ss. CC), impugnación de la ficticia (arts. 136 y ss.) y compensación económica de los perjuicios morales irrogados en concepto de responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 CC).

La prescripción resulta ser una insatisfactoria respuesta ante determinado conflicto, que prácticamente a nadie complace. Sin embargo, esa institución jurídica es

³³ AAP Huelva secc. 1ª y 2ª de 19 de noviembre de 2012.

³⁴ AAP Madrid secc.1ª 699/2012, de 28 de septiembre.

³⁵ AAP Huelva secc. 1ª y 2ª de 19 de noviembre de 2012.

indiscutible; y particularmente en lo penal, por la necesidad de que la concreción del ius puniendi del Estado sea razonablemente cercana a los hechos cometidos, cosa que tiene justificaciones como la de permitir una mejor constatación y prueba de los hechos, la de favorecer la seguridad jurídica, y muchas otras³⁶.

El Derecho Penal no puede ser aplicado en un Estado de Derecho con la única finalidad de atender una serie de demandas por justas que sean si éstas pueden ser satisfechas por otros cauces legales y, sobre todo, si los hechos que motivan la tramitación de un asunto, no pueden alcanzar la fase de juicio. Hay otros derechos e intereses que también deben ser objeto de tutela por parte de los Jueces y Tribunales como el no someter a un proceso penal a determinadas personas cuya presunta responsabilidad no puede ser objeto de persecución por el transcurso del tiempo, o evitar un uso instrumentalista del Derecho Penal para alcanzar fines legítimos y tutelables, pero que se pueden alcanzar por otras vías³⁷.

Como dijo Montesquieu, “una cosa no es justa por el hecho de ser ley. Debe ser ley porque es justa”.

³⁶ AAP Huelva secc. 1ª y 2ª de 19 de noviembre de 2012.

³⁷ AAP Huelva secc. 1ª y 2ª de 19 de noviembre de 2012.

5. Conclusiones

1. Nos encontramos ante un supuesto en el que las conductas delictivas se cometieron durante la vigencia de un Código penal distinto al del momento del enjuiciamiento. Esto ha supuesto un cambio normativo que afecta directamente a la calificación de los hechos.
2. Aunque los hechos se cometieron bajo la vigencia de unos Códigos penales que ya no están vigentes, al ser el Código penal actual más favorable al reo será éste el que se debe aplicar para esclarecer los hechos acaecidos, de acuerdo con lo establecido en el art. 2.2 CP.
3. No existe unidad de criterio por parte de los Tribunales en la calificación jurídica de los hechos ni, a consecuencia de ello, en los plazos de prescripción aplicables. Con el CP 1995 se suprime la figura de sustracción de menores descrita en el art. 484 CP 1944, que parecía encajar con los hechos que se describen y, aunque dicha figura resurge con la LO 9/2002 de 10 de diciembre que añade el art. 225 bis al CP 95, el nuevo tipo es más restrictivo, puesto que limita la autoría a los progenitores y a sus parientes consanguíneos o afines hasta segundo grado. De momento, la teoría más extendida entre los Tribunales³⁸ es la de calificar los hechos como constitutivos de un delito de detenciones ilegales, opinión que comparte el MF. Sin embargo, la jurisprudencia más reciente³⁹ lo califica como un delito de suposición de parto en el que las falsedades documentales quedan como actos posteriores copenados impunes, justificándose en que el recién nacido no es detenido ni encerrado⁴⁰, ni es ese el dolo del autor.
4. Lo único en que los Tribunales parecen estar de acuerdo, a excepción de la secc. 1ª de la AP Madrid, es que, sea cual sea la calificación de los hechos, el resultado es el mismo: la prescripción. En opinión de los Tribunales, aunque se apreciara la figura penal más grave de la detención ilegal, el delito seguiría estando prescrito, dado que se debe imponer un límite a la situación de permanencia del delito. Con respecto a este límite, también existe disparidad. Algunos Tribunales consideran que el plazo de prescripción en el caso de que se tratara de unas detenciones ilegales comenzaría a contar a partir del cumplimiento de la mayoría de edad de la víctima, plazo que, sin embargo, también ha transcurrido. Otros⁴¹, por el contrario, consideran que, dado que la víctima es desconocedora de los hechos acaecidos, continúa la acción ilícita y, por tanto, el plazo de prescripción todavía no ha

³⁸ AP Vizcaya, AP Cádiz, AP Madrid entre ellas.

³⁹ Por ejemplo, el AAP Huelva, de 19 de noviembre de 2012.

⁴⁰ Conductas típicas del delito de detención ilegal (art. 163.1 CP).

⁴¹ AAP Madrid Secc. 1ª núm. 699/2012 de 28 de septiembre.

comenzado, opinión que comparte también el MF⁴². Los que opinan que el delito cometido es el de suposición de parto, establecen que el delito estaría también prescrito, ya que se trata de un delito de ejecución instantánea y el plazo de prescripción empieza a computar desde que se realiza la acción que consume el resultado.

5. Aun en los casos en que se produzca el decaimiento de la acción penal por prescripción, los daños irrogados por la acción ilícita podrían alcanzar la reparación mediante el ejercicio de las acciones civiles de reclamación de la filiación verdadera, impugnación de la ficticia y compensación económica de los perjuicios morales irrogados en concepto de responsabilidad civil extracontractual.
6. Como consecuencia de esta disparidad de opiniones, parece ser que habrá que esperar a que el TS se pronuncie sobre este tema para llegar a esclarecer de qué delito se trataría y si éste ha prescrito o no.

⁴² Conclusión 9ª de la Circular 2/2012 de la FGE sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos de 26 de diciembre de 2012.

Bibliografía

VILA TORRES, Enrique J. "Historias Robadas. Un conmovedor relato sobre las adopciones ilegales en la España del siglo XX". Primera edición. Madrid: Ediciones Temas de Hoy es un sello editorial de Ediciones Planeta Madrid S.A., 2011. Edición en libro electrónico ISBN 978-84-8460-964-3 (epub).

Plataforma afectados clínicas de toda España Causa niños robados. La trama, ¿cómo actuaba? <http://www.plataformacausabebesrobados.hostinazo.com/index.php/la-trama/como-actuaba> [Consultado el 19/02/2014].

RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. "Derecho Penal Español: parte especial". 16ª Edición. Madrid, 1993. Ed. Dykinson.

MUÑOZ CONDE, Francisco. "Derecho Penal: parte especial". 18ª edición. Valencia, 2010. Tirant lo Blanc.

BOIX REIG, Javier y LLORIA GARCÍA, Paz. "Derecho Penal: parte especial, Volumen II, Delitos contra las relaciones familiares, contra el patrimonio y el orden socioeconómico". 1ª edición. 2012. Ed. Iustel.

Circular 2/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos. Madrid, 26 de diciembre de 2012.

LLORIA GARCÍA, P. "La sustracción de menores por sus propios padres (comentario a la LO 9/2002 de 10 diciembre)". Revista General de Derecho Penal nº 3, 2005.

TORRES ROSEL, N. Comentario del art. 225 bis en Quintero Olivares (Dir) y Morales Prats (coord.). Aranzadi (Tomson Reuters), 2011.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. "El delito de sustracción de un menor por sus progenitores". Colección delitos núm. 102. Valencia, 2014. Tirant lo Blanc.