

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

Máster de acceso a la abogacía

**EL ROBO DE BEBÉS: ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA A LA LUZ DEL
DERECHO PENAL**

Iranzu Equísoain Azcona

DIRECTORA

Leticia Jericó Ojer

Pamplona

16 de enero de 2019

Resumen: Centro mi análisis en el estudio de la posible relevancia jurídico penal de las actuaciones que han dado lugar al denominado “robo de bebés” o “los casos de niños robados”. La práctica de sustraer a recién nacidos ha tenido lugar desde 1950 a 1990 y generó un entramado de adopciones ilegales que proporcionó enormes beneficios económicos a sectores afines al régimen franquista. Por ello, es necesario analizar y valorar tanto la normativa internacional como los derechos humanos que resultan vulnerados y realizar un análisis exhaustivo de estos casos a la luz del Derecho Penal, analizando tres perspectivas diferentes: las dificultades fácticas, las dificultades jurídicas por lo que respecta a la calificación jurídico penal de los hechos y, finalmente, la institución jurídica de la prescripción, dado que éste ha sido el argumento que condujo a la absolución en el primer caso juzgado de niños robados.

Palabras clave: Niños robados, identidad, detención y adopción ilegal, falsedad y prescripción.

Abstract: Center my analysis in the study of the possible legal relevance of the actions that have resulted in the so-called "theft of babies" or “cases of stolen children”. The practice of subtracting newborns has taken place from 1950 to 1990 and generated a network of illegal adoptions that provided enormous economic benefits to sectors related to the Franco regime. Therefore, it is necessary to analyze and evaluate both international and human rights violations and conduct a thorough analysis of these cases in the light of criminal law, analyzing three different perspectives: the factual difficulties, legal difficulties with regard to the legal qualification of the facts and, finally, the legal institution of the statute of limitations, since this has been the argument that led to acquittal in the first case of stolen children.

Key words: Stolen children, identity, detention and illegal adoption, falsehood and prescription.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

SIGLAS Y ABREVIATURAS.	1
I. CONTEXTUALIZACIÓN.	2
II. UNA PERSPECTIVA DE DERECHO INTERNACIONAL.	5
1. EL DERECHO A LA IDENTIDAD.	5
2. LA DESAPARICIÓN FORZADA.	8
III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.	14
1. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS HUMANOS QUE PUEDEN RESULTAR VULNERADOS.	15
1.1. <i>El Derecho a la dignidad humana (art. 10.1 CE).</i>	15
1.2. <i>La prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH) y el Derecho fundamental a la integridad moral (art. 15 CE).</i>	16
1.3. <i>El Derecho al respeto de la vida familiar (art. 8.1 CEDH) y Derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).</i>	18
2. LA DIMENSIÓN PROCESAL-CONSTITUCIONAL.	20
3. VALORACIÓN PERSONAL.	24
IV. LA EXISTENCIA DE DIFICULTADES FÁCTICAS EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS HECHOS.	26
1. LA NECESIDAD DE DESLINDAR EL FENÓMENO DE LOS NIÑOS ROBADOS DE OTRAS REALIDADES QUE COMPARTEN ELEMENTOS COMUNES.	28
2. LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DE ADN.	29
3. LOS PROBLEMAS DE ACCESO DE LOS AFECTADOS A HISTORIAS CLÍNICAS, EXPEDIENTES Y REGISTROS.....	35
4. EL DILEMA ÉTICO: LA INTERPOSICIÓN DE LA DENUNCIA DIRIGIDA A LOS PADRES ADOPTIVOS. ..	37
5. EL TRANSCURSO DEL TIEMPO.	39
6. CONCLUSIÓN.	40
V. LAS DIFICULTADES JURÍDICAS: ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES.	42
1. EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES DE 7 AÑOS.	43
2. EL DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL (ART. 163 Y SS.).....	46
2.1. <i>La propuesta de la FGE a los casos de bebés robados.</i>	48
2.2. <i>Análisis del delito de detención ilegal: obstáculos existentes a la aplicación de este delito a los hechos.</i>	50
2.2.1. El bien jurídico protegido en el delito de detención ilegal.	50
2.2.2. Los sujetos pasivos en el delito de detención ilegal.	51
2.2.3. La conducta típica en el delito de detención ilegal.....	57
2.2.4. La consumación en el delito de detención ilegal.	61
2.2.5. Aplicación del delito de detención ilegal al primer caso juzgado de niños robados: El caso doctor Vela.	65

2.2.6. Valoración personal.....	68
3. LOS DELITOS CONTRA LAS RELACIONES FAMILIARES.....	72
3.1. <i>El delito de suposición de parto (art. 220.1 CP)</i>	73
3.2. <i>El delito de ocultación o entrega de hijo (art. 220.2 CP)</i>	79
3.3. <i>El delito de adopción ilegal (art. 221 CP)</i>	81
3.3.1. Cuestiones relacionadas con el bien jurídico protegido y la autoría.....	81
3.3.2. Las conductas típicas.....	87
3.4. <i>El artículo 222 CP: La especial condicion de educador, facultativo, autoridad o funcionario público en el sujeto activo</i>	93
3.5. <i>Aplicación de los delitos de relaciones familiares al primer caso juzgado de niños robados: El Caso doctor Vela</i>	94
4. LOS DELITOS DE FALSEDADES.....	96
4.1. <i>Las falsedades documentales</i>	96
4.1.1. La falsedad de documento público u oficial (art. 390 CP y ss.).....	97
4.1.2. La falsedad de certificados (art. 397 y ss. CP).....	102
4.2. <i>La usurpación del estado civil (art. 401 CP)</i>	104
4.3. <i>Aplicación del delito de falsedad al primer caso juzgado de niños robados: El Caso doctor Vela</i>	106
5. EL DELITO DE LESA HUMANIDAD POR DESAPARICIÓN FORZADA (ART. 607 BIS CP).....	108
5.1. <i>Aplicación del delito de desaparicion forzada al primer caso juzgado de niños robados: El Caso doctor Vela</i>	110
VI. LA PROBLEMÁTICA DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO	111
1. EL ENCAJE PENAL DE LAS CONDUCTAS.....	112
2. LA CONEXIDAD DE LAS INFRACCIONES PENALES.....	112
3. APLICACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN AL PRIMER CASO JUZGADO DE NIÑOS ROBADOS: EL CASO DOCTOR VELA.....	116
4. VALORACIÓN PERSONAL.....	117
VII. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS AL MARGEN DEL DERECHO PENAL: LA IMPORTANCIA DE LA REPARACIÓN	119
VIII. CONCLUSIONES FINALES	123
IX. ANEXOS	128
X. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS CONSULTADAS	133
1. DOCTRINA.....	133
2. RESOLUCIONES JUDICIALES.....	141
3. RECURSOS DIGITALES.....	145

SIGLAS Y ABREVIATURAS.

- ADN: Ácido Desoxirribonucleico.
- AP: Audiencia Provincial.
- Art./s: Artículo/s.
- CC: Código Civil.
- CCAA: Comunidades Autónomas.
- CDN: Convención sobre los Derechos del Niño.
- CE: Constitución Española.
- CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- CIPPDF: Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas.
- CNUFADN: Comisión Nacional para el uso forense del ADN.
- COORD/ES: Coordinador/es.
- CP: Código Penal.
- DIR/ES: Director/es.
- DRAE: Diccionario de la Real Academia Española.
- DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos.
- EM: Exposición de motivos.
- EOMF: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- ETC: Especial Transcendencia Constitucional.
- FGE: Fiscalía General del Estado.
- INTCF: Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.
- LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- LF: Ley Foral.
- LO/LLOO: Ley/es Orgánica/s.
- Núm.: Número.
- Pág./s: Página/s.
- PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- RC: Registro Civil.
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- TC: Tribunal Constitucional.
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- TS: Tribunal Supremo.

I. CONTEXTUALIZACIÓN.

Existen abundantes investigaciones periodísticas e históricas que afirman que desde el fin de la Guerra Civil hasta los años 90, una de las prácticas más desarrolladas fue la separación de bebés y niños de sus padres para ser recolocados en instituciones y familias “*ad hoc*”. Muchos recién nacidos fueron dados por muertos y pasaron a otras manos, mediante pago o sin él, formando así un indudable negocio lucrativo que marcó a miles de personas. Sobre lo que sucedió durante dicha época hay muchas luces, pero también muchas sombras, largas y oscuras que merece la pena esclarecer. Una de estas es el paradero de los llamados “bebés robados”. El mercado de menores y, más concretamente el robo de bebés y su calificación jurídico penal, son el punto de partida para la realización de este Trabajo de Fin de Máster.

Estos hechos que tan explicable conmoción provocan comenzaron a despertar una conciencia social en nuestro país a partir de 2008. Los afectados, ante la falta de respuestas y gracias a los medios de comunicación que lograron sacar a la luz estos casos, se asociaron con la finalidad de obtener resultados en diferentes ámbitos: jurídicos, sociales y, primordialmente para lograr una reparación. Sin embargo, me gustaría adelantar ya en este punto, que la mayoría de las denuncias presentadas por la presunta comisión de delitos asociados al robo de niños han sido archivadas por considerar que tales delitos han prescrito en el tiempo.

Debido al gran alcance y amplitud de estos casos, considero conveniente realizar una aclaración para poder entender más concretamente los temas a tratar. En el mundo de los niños desaparecidos conviven dos realidades que es preciso delimitar, puesto que contienen elementos comunes, pero reciben un tratamiento jurídico penal diferenciado. Hago referencia así a la usual y frecuente distinción terminológica entre “niños perdidos” y “niños robados”.

Por “niños perdidos del franquismo” se entiende aquellos niños de mujeres republicanas presas en las cárceles que fueron separados brutalmente de sus propias familias por sectores cercanos al régimen franquista (1936-1950). La denominación genérica de “niños robados” identifica a cientos de niños que, supuestamente, no llegaron a conocer a sus padres o que, tras conocerlos, siguen luchando para volver a reencontrarse con ellos o siguen siendo buscados por sus familias (1950-1990). Sin embargo, dentro de

la categoría de “niños robados” conviven multitud de realidades, no siempre fáciles de identificar¹.

Quiero aclarar que, a lo largo de este estudio, no voy a abordar el análisis de ambos supuestos, sino que únicamente se analizan los casos de “niños robados”, dejando a un lado los “niños perdidos”. El objetivo de este trabajo es proporcionar una visión jurídica sobre la problemática de los “niños robados” y así concienciar a los lectores de la grave situación en la que se encuentran las víctimas y, sobre todo, la dificultad de lograr una posible solución por la vía penal.

Desde un plano internacional, se analiza el derecho a la identidad y el delito de desaparición forzada. Se hará referencia a normativa nacional e internacional donde se examinan aquellos derechos humanos que han sido vulnerados y la dimensión procesal-constitucional que han vivido estos supuestos. Principalmente, se estudian los problemas jurídicos que se plantean desde el Derecho Penal, con un análisis exhaustivo del delito de detención ilegal. Incidiré especialmente en las directrices elaboradas por la Circular de la FGE 2/2012 sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos (en adelante, Circular 2/2012). Este documento ha supuesto un gran avance por su contenido, ya que define el papel que debe desempeñar la Fiscalía en la persecución de estos hechos, las soluciones que se pueden ofrecer a las víctimas, las posibles calificaciones jurídicas de los hechos (con especial referencia al delito de detención ilegal) y la particular interpretación del plazo de prescripción del mismo, aspectos todos ellos que no han sido objeto de aceptación unánime por parte de la doctrina.

Por otra parte, se estudia el efecto de la convivencia de dos Códigos Penales, el de 1944/73 y el aprobado en el año 1995, aplicables *a priori* a unos hechos que ocurrieron bajo su vigencia, con especial atención al principio de irretroactividad de la ley penal. Asimismo, se estudia la prescripción de los presuntos delitos cometidos, que como analizaré a lo largo de toda la investigación, tiene una enorme relevancia en estos casos.

Por último, con la elaboración de este trabajo pretendo llamar la atención sobre esta realidad silenciada durante largo tiempo que supone un auténtico drama en la vida de las

¹ En este sentido, véase apartado núm. 1 “la necesidad de deslindar del fenómeno de los niños robados de otras realidades que comparten elementos comunes” en “existencia de dificultades fácticas e la investigación de los hechos”, pág. 28.

víctimas, ya que implica el más absoluto desprecio a algo tan elemental como es la filiación. Son muchos los afectados que buscan respuestas y solicitan colaboración y reparación, pues entre los años 1950 y 1990 fueron víctimas de la desaparición de sus familiares en hospitales, clínicas, casas cuna y residencias de todas las CCAA².

² <http://derechoperspectiva.es/los-bebes-robados-que-ocurre-con-ellos/>

II. UNA PERSPECTIVA DE DERECHO INTERNACIONAL.

1. EL DERECHO A LA IDENTIDAD.

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (en adelante, CDN) es el instrumento internacional más importante para promover y proteger los derechos de la infancia. Tras su publicación³, esta norma es directamente aplicable en España⁴ y, por tanto, el Estado español asume el deber de proteger los derechos reconocidos en dicho instrumento internacional.

Según establecen los arts. 2.1 y 4 de la CDN, los Estados Partes respetarán los derechos de la Convención, asegurarán su aplicabilidad a todos los niños de su jurisdicción, sin distinciones, y adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en ella⁵. Por su parte, el art. 3 CDN señala que se tendrá como consideración primordial el “interés superior del menor” en todas las medidas que se tomen concernientes a los niños⁶.

Entre los derechos regulados en la CDN se encuentra el derecho a la identidad, como concepto amplio donde se enmarcan el derecho a conocer los orígenes biológicos, el derecho a tener y conocer su propia historia, a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos siempre que esto sea posible⁷. Los Estados, en virtud del art. 9.1

³ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989. «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, págs. 38897 a 38904 (9 págs.) BOE-A-1990-31312.

⁴ Art. 96.1 CE: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

⁵ Art. 2.1 CDN: “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

Art. 4 CDN: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

⁶ Art. 3.1 CDN: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Véase: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

⁷ BELINTXON MARTÍN, U. “Derecho Internacional privado y niños robados: algunas cuestiones para la reflexión en torno a la protección del menor” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, pág. 104.

CDN, están obligados a velar porque “el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos”.

La preocupación por las desapariciones de niños se tradujo en un compromiso de los Estados Partes de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, nacionalidad, nombre y relaciones familiares frente a injerencias arbitrarias del poder público o de los particulares; de tal forma que cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno o todos los elementos de su identidad, los Estados deberán prestar la asistencia y protección apropiadas para restablecer rápidamente su identidad⁸. Por ello, el derecho de identidad debe proyectarse sobre normas nacionales que establezcan las medidas necesarias para que dicho derecho sea efectivo y para que, si se vulnera, existan mecanismos que permitan al menor acceder a su verdadera identidad.

La Constitución Española (en adelante, CE) no reconoce, propiamente, un derecho fundamental al restablecimiento de la identidad frente a intervenciones de los poderes públicos o de los particulares dirigidas a ocultarla⁹. Sin embargo, en España existen diversas normas que regulan, de forma más o menos garantista, el derecho a la identidad y el acceso a la información¹⁰. En general, el acceso a la información de la persona menor

Art. 7.1 CDN: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad, y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

⁸ Art. 8 CDN: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

ZOCO ZABALA C. “Niños robados en España e integridad moral: un estudio constitucional” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, págs. 126 y 144.

⁹ ZOCO ZABALA C. “Niños robados en España e integridad moral: un estudio constitucional” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, pág. 126.

¹⁰ La LO 1/1996, de 15 de enero sobre Protección del menor, modificada por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en su art. 22.1 bis establece que el menor en acogimiento tendrá derecho a “acceder a su expediente y conocer los datos sobre sus orígenes y parientes biológicos, una vez alcanzada la mayoría de edad” y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que modifica la Ley 54/2007 de Adopción Internacional, recoge en su artículo 12 el derecho a conocer los orígenes biológicos, cuando dispone que “las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad, o durante su minoría de edad, a través de sus representantes legales tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Pública”.

Se destaca la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección de la infancia y la adolescencia que en su art. 18 regula el derecho a la identidad y las actuaciones que la Comunidad Foral de Navarra debe realizar con respecto a los nacimientos que se produzcan con el fin de garantizar la inequívoca identificación del recién nacido y Ley vasca 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y a la adolescencia que recoge en su art. 11.1 el derecho a la identidad, al disponer que: “los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer su identidad, a tener un nombre y una nacionalidad, y deben ser registrados desde su nacimiento”.

de edad que quiera conocer su identidad y sus orígenes biológicos queda condicionado a que dicha persona tenga suficiente juicio y capacidad para comprender, exigiéndole la mayoría de edad para el acceso a la información. Estas restricciones condicionan el derecho del menor, reconocido en la norma internacional, a conocer su identidad y sus orígenes biológicos¹¹.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) se ha pronunciado reiteradamente sobre el derecho a la identidad y al desarrollo personal en aplicación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)¹², encuadrando dicho derecho en el derecho a la vida privada y familiar. La Comisión de Derechos Humanos, en la Sentencia *GASKIN* contra Reino Unido estableció que “el respeto de la vida privada exige que cada persona pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano y que en principio, las autoridades no le impidan conseguir información relevante, sin justificación alguna”¹³. El TEDH consideró que las personas que quieren tener acceso al conocimiento de los datos que estén en manos de las instituciones sobre su origen, infancia y adolescencia quedan protegidas por el CEDH para recibir la información necesaria y así conocer y poder comprender su vida¹⁴.

Según BELINTXON MARTÍN, “*Derecho Internacional privado y niños robados: algunas cuestiones para la reflexión en torno a la protección del menor*” en “*Niños desaparecidos, mujeres silenciadas*”, 2017, págs. 105-109: la primera de ellas no garantiza un derecho activo del menor a conocer su identidad, sino que ofrece una apariencia de declaración de intenciones sin contenido material y, por ello, sería aconsejable su modificación para definir y concretar que el menor es el protagonista y el sujeto del derecho, indicando, en su caso, los condicionantes para su ejercicio. Y, la segunda, señala que “los poderes públicos habrán de adoptar cuantas medidas sean necesarias para garantizar el ejercicio de este derecho y velar por el cumplimiento de las siguientes obligaciones: a) La identificación de la madre en el parte médico del nacimiento. b) la inscripción de la filiación materna en el Registro Civil y c) la facilitación del acceso a las personas adoptadas a la información de la que disponga cualquier administración pública sobre su filiación de origen. Además, el art. 84, establece con respecto al acceso a la información que las personas que presten servicios en las entidades públicas están obligadas a guardar secreto de los datos de filiación de los adoptados, pero sin perjuicio de ello y en garantía del derecho a conocer la identidad de sus padres biológicos, las administraciones públicas deben facilitar a las personas adoptadas los datos que tengan con respecto a su filiación biológica.

¹¹ BELINTXON MARTÍN, U. “*Derecho Internacional privado y niños robados: algunas cuestiones para la reflexión en torno a la protección del menor*” en “*Niños desaparecidos, mujeres silenciadas*”, 2017, pág. 109.

¹² https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

Art. 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.

¹³ STEDH (05/11/1981) núm. 7215/75: Caso *Gaskin* contra Reino Unido.

¹⁴ BELINTXON MARTÍN, U. “*Derecho Internacional privado y niños robados: algunas cuestiones para la reflexión en torno a la protección del menor*” en “*Niños desaparecidos, mujeres silenciadas*”, 2017, pág. 110.

En virtud de lo expuesto, la normativa internacional reconoce el derecho a la identidad. Los niños desaparecidos, actualmente adultos, tienen derecho a conocer su verdadera identidad como parte de su derecho fundamental al desarrollo de su personalidad y a su libertad personal, así como a conocer sus orígenes biológicos. Ambos derechos han sido vulnerados en los casos de “niños robados”. Además, los poderes públicos deben facilitar el acceso a la información teniendo la obligación de promover la recuperación de la identidad perdida.

2. LA DESAPARICIÓN FORZADA.

En el ámbito internacional, la sustracción y traslado de menores de edad podría calificarse, en primer lugar, como un crimen de genocidio de acuerdo al art. II de la Convención para la prevención y la Sanción del Delito de Genocidio¹⁵. Igualmente como crimen de lesa humanidad, de acuerdo al art. 7.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional¹⁶ si fuera un ataque masivo y sistemático contra la población civil con conocimiento por parte del autor de su participación en dicho ataque¹⁷ y finalmente, como crímenes de guerra en referencia a las normas propias del Derecho internacional humanitario, como infracciones graves de sus disposiciones.

Sin embargo, si nos referimos a la normativa internacional en el ámbito de los derechos humanos y, en concreto, a la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (en adelante, CIPPDF), las sustracciones y apropiaciones ilícitas de menores han sido calificadas jurídicamente como desapariciones forzadas.

La CIPPDF define en su art. 2 como “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la

¹⁵ Art. II de la Convención para la prevención y la Sanción del Delito de Genocidio: “Se entiende por genocidio los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

¹⁶ Art. 7.1 Estatuto de la Corte Penal Internacional: “Se entenderá como crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: i) Desaparición forzada de personas”.

¹⁷ Instrumento de Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1988. «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2002, páginas 18824 a 18860 (37 págs.). BOE-A-2002-10139. Art. 7.1 i) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: “1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: i) Desaparición forzada de personas”.

aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley¹⁸. La CIPPDF considera el delito de desaparición forzada de extrema gravedad y, por ello, insta a los Estados que forman parte de ella a establecer penas asociadas al tipo penal en consonancia con su trascendencia, con la potestad de incorporar como agravante el que la víctima sea menor de edad¹⁹.

El art. 25 CIPPDF es la disposición más importante con respecto a la protección de los niños frente a las desapariciones forzadas²⁰. En dicho precepto se insta a los Estados a adoptar las medidas necesarias para prevenir y sancionar penalmente la apropiación de niños sometidos a dichas desapariciones y la falsificación, ocultación o destrucción de documentos que prueben su verdadera identidad; a buscar e identificar a los niños por desaparición forzada y restituirlos a sus familias de origen, prestándose asistencia mutua entre los Estados para la búsqueda, identificación y localización de los menores.

Sin embargo, a pesar de la obligación que la CIPPDF establece para los Estados Partes, sus ordenamientos internos, en general, no reflejan específicamente los casos de sustracción de menores del art. 25. Por ello, la Convención ha creado un Comité de Desapariciones Forzadas (en adelante, CDF) estableciendo tres mecanismos de control: la elaboración de informes periódicos por parte de los Estados²¹, la presentación de

¹⁸ ONU, ASAMBLEA GENERAL, Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, A/RES/47/133, 18 de diciembre de 1992.

Véase <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/conventionced.aspx>

¹⁹ CHICHARRO LÁZARO, A. “Las desapariciones forzadas de niños a la luz de la Convención de las Naciones Unidas de 2006” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, pág. 50.

²⁰ Art. 25 CIPPDF: “1. Los Estados Partes tomarán las medidas necesarias para prevenir y sancionar penalmente: a) La apropiación de niños sometidos a desaparición forzada, o de niños cuyo padre, madre o representante legal son sometidos a una desaparición forzada, o de niños nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a una desaparición forzada; b) La falsificación, el ocultamiento o la destrucción de documentos que prueben la verdadera identidad de los niños mencionados en el inciso a) supra. 2. Los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para buscar e identificar a los niños mencionados en el inciso a) del párrafo 1 del presente artículo y restituirlos a sus familias de origen conforme a los procedimientos legales y a los acuerdos internacionales aplicables. 3. Los Estados Partes se prestarán asistencia mutua en la búsqueda, identificación y localización de los niños a los que hace referencia el inciso a) del párrafo 1 del presente artículo. 4. Teniendo en cuenta la necesidad de preservar el interés superior de los niños mencionados en el inciso a) del párrafo 1 del presente artículo y su derecho a preservar y recuperar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares reconocidas por la ley, deberán existir en los Estados Partes que reconocen el sistema de adopción u otra forma de colocación o guarda, procedimientos legales encaminados a revisar el procedimiento de adopción o de colocación o guarda de esos niños y, si procede, a anular toda adopción o colocación o guarda cuyo origen sea una desaparición forzada. 5. En toda circunstancia y, en particular, para todo lo que se refiere a este artículo, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial y el niño con capacidad de discernimiento tendrá derecho a expresar libremente su opinión, que será debidamente valorada en función de su edad y madurez”.

²¹ CHICHARRO LÁZARO, A. “Las desapariciones forzadas de niños a la luz de la Convención de las Naciones Unidas de 2006” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, págs. 54 y 61-63: El

comunicaciones de personas que aleguen ser víctimas de violaciones de la Convención por un Estado parte y la presentación de comunicaciones de un Estado parte con alegación de que otro Estado parte no cumple con las responsabilidades de la Convención.

España presentó su primer informe a la CIPPDF el 26 de diciembre de 2012²². Este informe fue cuestionado por diversas asociaciones²³ y contestado por parte del CDF emitiendo una serie de observaciones y recomendaciones al Estado español aclarando la competencia del Comité de acuerdo al art. 35.1 de la Convención²⁴, ya que España considera que los “niños robados” con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Convención, 23 de diciembre de 2010, no son competencia del Comité. Sin embargo, las desapariciones forzadas de personas son un delito continuado y, con independencia de cuando hubieran comenzado y mientras aquéllas no se esclarezcan, la Convención es aplicable a todas ellas. Es decir, que la Convención se aplica a las desapariciones forzadas que comenzaron antes de su entrada en vigor, incluso cuando en dicha fecha las personas ausentes no hubieran aparecido todavía²⁵.

CDF obliga a los Estados a incluir en sus informes datos sobre la legislación: penal, civil y administrativa aplicable a la apropiación de niños víctimas de desapariciones forzadas, sobre las disposiciones tomadas para la búsqueda e identificación de niños desaparecidos y sobre los procedimientos previstos para garantizar el derecho de los niños desaparecidos a recuperar su verdadera identidad. También deben incluir en dichos informes los procedimientos para garantizar a las familias el derecho a buscar a las víctimas y, si es necesario, anular la posible adopción que haya tenido lugar con origen en una desaparición forzada. Se podrán de manifiesto los procedimientos de colaboración con otros Estados y en todo momento se tendrá una consideración especial al interés superior del menor en todas las medidas concernientes a los niños garantizándoles el derecho a expresar su opinión libremente. Y, por último, el Comité exige a los Estados la presentación de datos estadísticos sobre casos de desapariciones forzadas desglosados por sexo, edad, origen étnico y ubicación geográfica, entre otros, junto con los textos legislativos puestos a disposición de las víctimas.

²² Art. 29 CIPPDF: Cada Estado Parte presentará al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe relativo a las medidas que hayan adoptado para cumplir con las obligaciones que han contraído en virtud de la presente Convención, dentro del plazo de dos años a contar desde la entrada en vigor de la Convención en el Estado Parte de que se trate.

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/SPReports/CED-C-ESP-1_sp.pdf

²³ En este sentido, véase:

https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CED/Shared%20Documents/ESP/INT_CED_NGO_ESP_15426_S.pdf

https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CED/Shared%20Documents/ESP/INT_CED_NGO_ESP_15421_S.pdf

²⁴ Art. 35 CIPPDF: 1. La competencia del Comité sólo se extiende a las desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Convención. 2. Si un Estado pasa a ser Parte de la presente Convención después de su entrada en vigor, sus obligaciones respecto al Comité sólo se extenderán a las desapariciones forzadas que hayan comenzado con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención para dicho Estado.

²⁵ CHICHARRO LÁZARO, A. “Las desapariciones forzadas de niños a la luz de la Convención de las Naciones Unidas de 2006” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, pág. 64.

Por otra parte, las entidades discordantes con el Estado español recuerdan que la Convención no crea nuevas figuras penales ni obligaciones, sino que codifica un crimen de Derecho Internacional y las obligaciones que de él se derivan y que, por ello, España tiene la obligación de investigar toda desaparición forzada de

Los Estados Partes tienen obligación de tipificar la desaparición forzada como delito en su legislación penal²⁶ y de sancionarlo con penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad²⁷. El CP español no tipifica la desaparición forzada como delito autónomo. España considera que los tipos penales de “detención ilegal” o “secuestro con desaparición”, tipificados actualmente en los arts. 163 a 167 y 530 CP²⁸,

personas, cualquiera que sea la fecha en que fue cometida; igualmente señalan que la desaparición forzada de personas es ciertamente un hecho ilícito continuado, que sigue cometiéndose desde su inicio y hasta que no cesa; y, por último, que la desaparición no cesa hasta que las autoridades competentes reconocen la atención y proporcionan información sobre la suerte o el paradero de las persona. En este sentido, véase: ONU, CONSEJO DE LOS DERECHOS HUMANOS, Informe del Grupo de trabajo sobre la desaparición forzada como delito continuado, A/HRC/16/48, 2011, pág. 11.

²⁶ Art. 4 CIPPDF: “Cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para que la desaparición forzada sea tipificada como delito en su legislación penal”.

²⁷ Art. 7 CIPPDF: “1. Los Estados Partes considerarán el delito de desaparición forzada punible con penas apropiadas, que tengan en cuenta su extrema gravedad. 2. Los Estados Partes podrán establecer: a) Circunstancias atenuantes, en particular para los que, habiendo sido partícipes en la comisión de una desaparición forzada, hayan contribuido efectivamente a la reaparición con vida de la persona desaparecida o hayan permitido esclarecer casos de desaparición forzada o identificar a los responsables de una desaparición forzada; b) Sin perjuicio de otros procedimientos penales, circunstancias agravantes, especialmente en caso de deceso de la persona desaparecida, o para quienes sean culpables de la desaparición forzada de mujeres embarazadas, menores, personas con discapacidades u otras personas particularmente vulnerables”.

²⁸ Art. 163 CP: 1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años. 2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado. 3. Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días. 4. El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses. Art. 164 CP: El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de seis a diez años. Si en el secuestro se hubiera dado la circunstancia del artículo 163.3, se impondrá la pena superior en grado, y la inferior en grado si se dieran las condiciones del artículo 163.2. Art. 165 CP: Las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección o funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Art. 166 CP: 1. El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado con una pena de prisión de diez a quince años, en el caso de la detención ilegal, y de quince a veinte años en el de secuestro. 2. El hecho será castigado con una pena de quince a veinte años de prisión, en el caso de detención ilegal, y de veinte a veinticinco años de prisión, en el de secuestro, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección. b) Que el autor hubiera llevado a cabo la detención ilegal o secuestro con la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad. Art. 167 CP: 1. La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en este Capítulo será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. 2. Con las mismas penas serán castigados: a) El funcionario público o autoridad que, mediando o no causa por delito, acordare, practicare o prolongare la privación de libertad de cualquiera y que no reconociese dicha privación de libertad o, de cualquier otro modo, ocultase la situación o paradero de esa persona privándola de sus derechos constitucionales o legales. b) El particular que hubiera llevado a cabo los hechos con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado o de sus autoridades. 3. En todos los casos en los que los hechos a que se refiere este artículo hubieran sido cometidos por autoridad o funcionario público, se les impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años. Art. 530 CP: La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás

serían suficientes para cumplir con la obligación establecida por el art. 4 de la Convención de tipificar la desaparición forzada como delito en la legislación penal²⁹.

El CDF ha recomendado a España aprobar una definición del delito de desaparición forzada como delito aislado que esté en conformidad con la del art. 2 CIPPDF y que evite alteraciones del texto con cambios en el orden de los elementos de la frase o la introducción de nuevas expresiones. También ha reiterado en numerosas ocasiones que no basta con la tipificación de figuras penales relativas a la privación de libertad, la tortura, la intimidación o, el uso excesivo de la violencia para cumplir con el art. 4 CIPPDF, sino que es imprescindible tipificar como delito separado el propio acto de desaparición forzada ya que la existencia de una pluralidad fragmentada de delitos no refleja la complejidad y el carácter particularmente grave de la desaparición forzada.

El CDF indica que la situación actual en España es que tipifica varios delitos que pueden formar parte de un tipo de desaparición forzada, pero ninguno de ellos es suficiente para abarcar todos los elementos constitutivos de esa figura delictiva, y en muchos casos no conllevan sanciones que tengan en cuenta la extrema gravedad de ese delito, por lo que no llegan a garantizar una protección completa.

El art. 5 CIPPDF³⁰ establece que la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad. Como he mencionado, el art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional entiende como delito de lesa humanidad todo ataque masivo y sistemático realizado contra la población civil y por tanto, para calificarlo como tal deben concurrir dos requisitos: la existencia de un ataque sistemático que supone una línea de conducta con el fin de promover una política de un Estado o de una organización y que dicho ataque sea realizado contra la población civil³¹.

España tipifica como delito la desaparición forzada cuando se produce en el contexto de un ataque generalizado contra la población civil, es decir, como delito de lesa

garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años.

²⁹ https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/SPReports/CED-C-ESP-1_sp.pdf págs. 13-15.

³⁰ Art. 5 CIPPDF: “La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable”.

³¹ CHICHARRO LÁZARO, A. “Las desapariciones forzadas de niños a la luz de la Convención de las Naciones Unidas de 2006” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, págs. 70-71.

humanidad por desaparición forzada (art. 607 bis CP³²). Por tanto, considero que no cumple con la obligación establecida en el art. 4 CIPPDF, porque tal y como está tipificado el delito no es posible aplicarlo cuando los hechos no son considerados como una trama organizada. Los casos de “niños robados” han sido calificados como hechos aislados. Si España hubiese tipificado el delito de desaparición forzada autónomamente y si consideramos que el Estado autorizó o apoyó estos hechos, podrían haberse calificado como delito de desaparición forzada. En dicho supuesto, como el delito de desaparición forzada es un delito permanente, el plazo de prescripción comenzaría a computarse cuando se elimina la situación ilícita. Por ello, nos encontraríamos con el obstáculo más evidente en estos casos: la prescripción.

Actualmente considero que los casos de “niños robados”, a nivel internacional, no pueden ser calificados como delito de lesa humanidad ya que han sido considerados como hechos aislados sin apreciar la existencia de una trama generalizada. Tampoco podrían ser calificados como delito de desaparición forzada ya que han sido realizados por personas, ajenas al Estado y sin haberse demostrado el apoyo del mismo.

³² Art 607 bis CP: “1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos: 1º Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional. 2º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen. 2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados: 6º Con la pena de prisión de doce a quince años la desaparición forzada de personas. Se entenderá por desaparición forzada la aprehensión, detención o el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la ley”.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.

En este apartado se analizan dos aspectos de la problemática de los “niños robados” desde una perspectiva constitucional. Por un lado, los derechos humanos que resultan vulnerados por la desaparición de niños realizando una delimitación constitucional: la vulneración del derecho a la dignidad humana (art. 10 CE), la vulneración del derecho fundamental a la integridad moral (art. 15 CE) y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH) y, por último, la vulneración al respeto de la vida familiar (art. 8.1 CEDH).

Por otro lado, se estudia la dimensión procesal-constitucional de los casos de los “niños robados”. En este punto, analizaré la inclusión del requisito de la Especial Transcendencia Constitucional (en adelante, ETC) para la admisión del recurso de amparo. Ello ha tenido repercusión en estos casos ya que muchos de los autos que archivaron las denuncias presentadas por los familiares han sido susceptibles de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) por vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) siendo todos ellos inadmitidos mediante providencia del TC por falta de ETC.

Una de las providencias, fue susceptible de recurso de súplica por el Ministerio Fiscal (en adelante, MF), dando lugar a un auto del TC. La recurrente alegó la vulneración del art. 24.1 CE por errónea interpretación judicial del instituto de la prescripción de los delitos relacionados con el robo de niños, que impide una decisión sobre el fondo del asunto. Sin embargo, el TC, inadmite la demanda basándose en la inexistencia de justificación de ETC, sin entrar a valorar si hubo lesión subjetiva de derecho fundamental. En este punto, se analiza el voto particular del magistrado VALDÉS DAL-RÉ que considera excesivo el formalismo que se origina del deber de argumentar, de modo expreso, la ETC del recurso.

1. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS HUMANOS QUE PUEDEN RESULTAR VULNERADOS.

1.1. EL DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA (ART. 10.1 CE).

La CE reconoce el derecho a la dignidad humana en su art. 10.1³³. Se entiende por dignidad humana una “característica propia e inseparable de toda persona en virtud de su racionalidad que se materializa en la realización, desarrollo y perfección de la propia personalidad a través del ejercicio de los derechos inviolables e irrenunciables que le son inherentes”³⁴. El TC se ha pronunciado sobre ella y la ha descrito como “valor espiritual y moral inherente a la persona”, de manera que la regla del art. 10.1 CE proyectada sobre los derechos individuales implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *mínimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar. De este modo, las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no deben conllevar un menoscabo para la estima que, en cuanto ser humano, merece la pena³⁵.

El derecho a la dignidad no tiene rango de derecho fundamental por no estar dentro de la sección específica que recoge los derechos fundamentales, aunque está en la base de ellos. Su vulneración no puede ser objeto autónomo de un recurso de amparo constitucional sino sólo “en la medida en la que tales derechos sean tutelares en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquéllos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser ésta tomada en consideración como referente. No, en cambio, de modo autónomo para estimar o desestimar las pretensiones de amparo que ante el TC se deduzcan” en virtud de los arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC que han configurado el recurso de amparo para la protección de los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 29 y 30 CE³⁶.

³³ Art. 10.1 CE: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

³⁴ GARCÍA GARCÍA, C. “*Dignidad, libertad, e igualdad como valores indisolubles de los derechos a la intimidad, honor e imagen: respeto a la persona*” en “*El Derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*”, 2003, pág. 58.

³⁵ En este sentido, véase: STC (11/04/1985) núm. 53/1985, STC (27/06/1990) núm. 120/1990 Y STC (28/02/1994) núm. 57/1994.

³⁶ En este sentido, véase: STC (27/06/1990) núm. 120/1990, STC 116/1999 de 17 de junio y STC (28/02/1994) núm. 57/1994.

La dignidad de la persona, así como todos los derechos que integran su contenido, en razón de ser cualidad inherente a todos los seres humanos, goza de titularidad universal. Ello significa que dichos derechos, no pueden ser alterados ni modulados en función, por ejemplo, de la ciudadanía o de la capacidad de obrar, cuál sería el caso de los menores y de los incapacitados³⁷.

La dignidad humana debe entenderse como garantía de la propia personalidad del ser humano y de su libertad moral: “al ser humano sólo se le puede asegurar el reconocimiento de su condición de tal y de su libertad si se le garantiza esa inviolabilidad, su tratamiento como “persona” y no como “cosa” como un “fin en sí mismo”; de ahí la interdicción de su consideración como un “puro o simple medio” para la consecución de determinados fines y, simultáneamente, su protección frente a toda clase de ataques ofensivos, humillantes, degradatorios o envilecedores”³⁸.

Como he mencionado, es un derecho inherente a la persona por el mero hecho de serlo y tanto los poderes públicos como las demás personas tienen el deber de respetarlo. En los casos de “niños robados”, indudablemente se ha vulnerado su derecho a la dignidad ya que han sido tratados como puro objeto, puras mercancías para conseguir un auténtico negocio, sin respeto alguno.

1.2. LA PROHIBICIÓN DE TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES (ART. 3 CEDH) Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTEGRIDAD MORAL (ART. 15 CE).

Analizaremos si la percepción de la sustracción del menor por el pariente próximo o percepción de la ocultación de la identidad de origen por el menor o el adulto “robado” es una vulneración del derecho fundamental a la integridad moral o psíquica de cualquiera de ellos (familiar o afectado por la ocultación de la identidad biológica)³⁹.

³⁷ PASCUAL LAGUNAS, E. “Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, 2009, pág. 106.

³⁸ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “El tráfico de niños para su «adopción ilegal». El delito del artículo 221 del Código Penal Español”, 2003, pág. 93. Se destaca la STC (30/03/2000) núm. 91/2000 que señala: “de los derechos humanos son titulares todas las personas que habitan este planeta y ¿qué derecho puede ser más humano que aquel que es “inherente” a toda persona, que es su cualidad intrínseca?”

³⁹ ZOCO ZABALA, C. “Niños robados en España e integridad moral: un estudio constitucional” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, pág. 140.

El TEDH ha determinado que la desaparición de niños constituye un trato inhumano y degradante prohibido en el art. 3 CEDH⁴⁰. Considera que el fenómeno de las desapariciones comporta una carga particular a los familiares por el mantenimiento en la ignorancia sobre lo ocurrido por parte del poder público y, en consecuencia, se les causa una angustia a los parientes próximos que los reclaman por tal incertidumbre. Es decir, la ausencia de información documental sobre el fallecimiento del recién nacido, o por la no devolución del cadáver, vulnera la prohibición de tratos inhumanos y degradantes. Señala que el fundamento de la violación reside en las reacciones y comportamiento de las autoridades ante la situación una vez que tienen conocimiento de ella, alertados por los familiares, añadiendo que la vulneración no se limita a aquellos casos en los que el Estado demandado es responsable de la desaparición (acción) sino también cuando pueda considerarse que se ha producido una falta de reacción de las autoridades a las solicitudes de información formuladas por los familiares en el momento de su desaparición o supuesto fallecimiento (omisión)⁴¹.

La CE protege en su art. 15 el derecho fundamental a la integridad física y moral, permitiendo a los individuos reaccionar frente a las injerencias de particulares o poderes públicos que supongan lesión, tanto en su cuerpo como en su dimensión psíquica o moral, prohibiendo que puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes⁴². CONDE PUMPIDO define la integridad como el derecho de toda persona a recibir un trato acorde con su condición de ser humano libre y digno, a ver respetadas su personalidad y voluntad y a no ser rebajado o degradado a una condición inferior a la de persona⁴³. Derecho que conlleva una exigencia de respeto por parte de todos y de un modo especial por parte de quienes actúan con la autoridad que proporciona la función pública.

La integridad moral protege la conciencia emotiva o la capacidad de percepción de lo inmaterial por parte del sujeto y garantiza la inviolabilidad de la persona en su dimensión psíquica o moral contra ataques dirigidos a lesionar que carezcan del consentimiento de su titular. Permite al individuo demandar frente a todas aquellas

⁴⁰ Art. 3 CEDH: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

⁴¹ ZOCO ZABALA, C. “Niños robados en España e integridad moral: un estudio constitucional” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, págs. 140-141.

⁴² Art. 15 CE: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

⁴³ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. “El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución Española: su tutela penal”, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-384, tomo 6, Editorial LA LEY, 12032/2001, pág. 2.

acciones encaminadas a lesionar o menoscabar su integridad psicológica; es decir, frente a todos aquellos actos u omisiones que le inflijan, o que estuvieran encaminados a infligirle, un daño psicológico⁴⁴.

Por lo tanto, la percepción por los familiares de la sustracción del recién nacido a consecuencia de la inexistencia de información que acredite el fallecimiento por parte de los poderes públicos supone la vulneración del derecho a la integridad moral y prohibición de tratos inhumanos o degradantes.

En cuanto a la percepción de la ocultación de la identidad de origen por el menor o el adulto “robado”, el TEDH no ha reconocido la condición de víctima de derechos humanos a los niños supuestamente robados o desaparecidos. Sin embargo, a través de CDN, se reconoce el derecho del niño a preservar su identidad, obligando a los Estados a proteger y garantizar el restablecimiento de la misma cuando un niño haya sido privado ilegalmente de ella.

La identidad que el niño o adulto “robado” percibe como oculta o encubierta es la identidad de origen. La CE no reconoce un derecho fundamental a la preservación de la identidad de origen, aunque su art. 39.2 reconoce el derecho de todo individuo a la investigación de la paternidad. Sin embargo, la identidad biológica no es solo filiación biológica, es atributo de la existencia individual, por lo que la percepción de su encubrimiento supone lesión del derecho fundamental a la integridad moral (art. 15 CE)⁴⁵.

1.3. EL DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR (ART. 8.1 CEDH) Y DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR (ART. 18.1 CE).

El art. 8.1 del CEDH establece que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”⁴⁶. El TEDH ha determinado que la desaparición de niños vulnera el derecho al respeto a la vida familiar. La razón estriba en que el disfrute de la mutua compañía entre familiares constituye un

⁴⁴ ZOCO ZABALA, C. “Niños robados en España e integridad moral: un estudio constitucional” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, pág. 142.

⁴⁵ ZOCO ZABALA, C. “Niños robados en España e integridad moral: un estudio constitucional” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, págs. 145-146.

⁴⁶ Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570 (7 págs.). BOE-A-1979-24010.

elemento fundamental de la vida familiar que obliga al poder público a hacer todo lo posible para procurarla; establece que si bien el objeto principal de este derecho es proteger a los individuos frente a las injerencias a su vida privada, también contiene obligaciones positivas adicionales como la efectividad de todo procedimiento de investigación relacionado con la vida familiar de un individuo⁴⁷. Sin embargo, la mayoría de las demandas interpuestas ante el TEDH por vulneración de derechos humanos como consecuencia de la sustracción de recién nacidos han sido inadmitidas⁴⁸.

El art. 18.1 CE garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar⁴⁹. La intimidad se define como “zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”. La expresión “vida privada” es un concepto más amplio y genérico que el de intimidad, en la medida en que contempla todo aquello que no es, o que no se quiere que sea, de general conocimiento, sin que necesariamente sea íntimo. Por tanto, la CE protege el derecho a no ser molestado y a mantener la vida privada sin interferencia de particulares o del poder público, incluyendo también un contenido positivo: obligar al Estado a garantizar el desarrollo de la vida privada y familiar que es expresión de la autonomía de la voluntad del individuo. Sin embargo, dicha obligación no ha sido interpretada pacíficamente entre los magistrados del TC que han recordado que no existe una similitud entre el contenido del art. 8.1 CEDH y el proclamado por el art. 18.1 CE⁵⁰ ya que el derecho a la vida familiar no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad personal y familiar⁵¹.

⁴⁷ ZOCO ZABALA, C. “Niños robados en España e integridad moral: un estudio constitucional” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, págs. 125 y 136.

⁴⁸ ZOCO ZABALA, C. “Niños robados en España e integridad moral: un estudio constitucional” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, pág. 135: “Sin embargo, en un supuesto similar ocurrido en los años 80 en la República de Serbia, el TEDH se ha pronunciado sobre el fondo, determinando que la evidencia por parte de los familiares, de la sustracción del recién nacido –y no de su fallecimiento–, derivada de la falta de pruebas del fallecimiento (ausencia de entrega del cuerpo, inexistencia del acta de defunción, o imposibilidad de enterrarlo e incinerarlo) vulnera, en realidad, el derecho a la vida familiar de los parientes que los reclaman (art. 8 CEDH)”.

⁴⁹ Art. 18.1 CE: Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

⁵⁰ ZOCO ZABALA, C. “Niños robados en España e integridad moral: un estudio constitucional” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, págs. 138-139.

⁵¹ Voto particular de la STC (01/02/2016) núm. 11/2016 1 por D. FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUELA dispone textualmente: “A mi modo de ver, el derecho a la intimidad proclamado en el art. 18.1 de nuestro texto constitucional se incluye “dentro del más genérico derecho ‘al respeto de la vida privada y familiar’ proclamado en el art. 8.1 del CEDH. Ahora bien, precisamente por la mayor amplitud de este último, los respectivos ámbitos de protección de uno y otro precepto no resultan totalmente coincidentes. Por lo que se refiere específicamente a la intimidad familiar, así lo ha declarado de manera expresa el TC en algunos de sus pronunciamientos, al afirmar que “nuestra Constitución no reconoce un ‘derecho a la vida familiar’ en los mismos términos en que la jurisprudencia del TEDH ha interpretado el art. 8.1 CEDH”, y que “es jurisprudencia constitucional reiterada... que el ‘derecho a la vida familiar’ derivado de los arts.

En virtud de lo expuesto, se afirma que las sospechas acerca de la sustracción de niños declarados fallecidos, derivadas de la falta de entrega del cuerpo, de la falta de información sobre su paradero, o de las irregularidades documentales que debían certificar su defunción no suponen, desde la perspectiva constitucional, una vulneración del derecho a la vida familiar de los parientes más próximos⁵².

2. LA DIMENSIÓN PROCESAL-CONSTITUCIONAL.

La LO 6/2007, de 24 de mayo⁵³, reformó la LOTC⁵⁴ modificando el art. 49.1⁵⁵ que determina que la admisión del recurso de amparo se condiciona a un nuevo requisito: la argumentación de ETC. Por lo tanto, actualmente, el recurso de amparo debe cumplir, no solamente con todos los requisitos procesales y la existencia de lesión de un derecho fundamental (parte subjetiva), sino que de él debe esgrimirse una ETC (parte objetiva)⁵⁶. En virtud del art. 50.1 b) LOTC⁵⁷, la ETC se aprecia atendiendo a su importancia para la interpretación de la CE, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales. Ante la inexistencia de este último requisito, la demanda será inadmitida sin posibilidad de subsanación⁵⁸.

Desde 2007 se generó cierta incertidumbre ya que el TC no ofreció pautas ni significado alguno sobre el sentido y alcance de la ETC. Por ello, en 2009, a través de la

8.1 CEDH y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar *ex art.* 18.1 CE”.

Véase: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24819>

⁵² ZOCO ZABALA, C. “Niños robados en España e integridad moral: un estudio constitucional” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, pág. 140.

⁵³ Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. «BOE» núm. 125, de 25 de mayo de 2007, páginas 22541 a 22547 (7 págs.). BOE-A-2007-10483.

⁵⁴ LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979. BOE-A-1979-23709.

⁵⁵ Art. 49.1 LOTC: “El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso”.

⁵⁶ En este sentido véase la STC (08/07/2013) núm. 140/2013.

⁵⁷ Art. 50.1 b) El recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos: Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

⁵⁸ En este sentido véase el ATC (21/07/2008) núm. 188/2008.

STC 155/2009 de 25 de junio, se establecieron una serie de supuestos individualizados de la ETC basándose en doctrina general.

Existe cierta discrepancia en cuanto a si la justificación de la ETC debe tener carácter expreso (justificación formal) o el recurrente no tiene necesidad de justificar, de modo expreso, la dimensión objetiva del recurso de amparo si de los argumentos se deduce, de modo implícito, la ETC (justificación material)⁵⁹.

Generalmente, las denuncias presentadas por los casos “niños robados” han sido archivadas por prescripción de los presuntos delitos cometidos⁶⁰. Algunos autos que archivaron dichas denuncias han sido susceptibles de recurso de amparo ante el TC, por lesión subjetiva de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y prohibición de indefensión del particular regulada en el art. 24.1 CE⁶¹. Todos ellos han sido inadmitidos mediante providencia del TC por falta de ETC⁶². Únicamente, una de dichas providencias ha sido recurrida en súplica por el MF, dando lugar a un auto motivado del TC⁶³, que inadmite la demanda alegando el incumplimiento de justificar en la demanda presentada la ETC, sin valorar si se produjo o no lesión subjetiva por vulneración del art. 24.1 CE⁶⁴.

En dicha demanda, la recurrente alegó la vulneración del art. 24.1 CE debido a la errónea interpretación judicial del instituto de la prescripción por ignorar que se trata de delitos contra la humanidad o de delitos permanentes, ya que se formula una tesis sobre la imprescriptibilidad de todos los delitos de sustracción de niños fundada en la intención de los autores del delito de que su acto perdure en el tiempo, en los efectos permanentes de esa conducta voluntaria y en la posibilidad de la paralización de esa situación ilícita que, sin embargo, no se produce. Se formula un problema claramente conectado con el

⁵⁹ El magistrado GAY MONTALVO realiza un voto particular en el ATC (22/09/2008) núm. 289/2008 y el magistrado VALDÉS DAL-RÉ, realiza un voto particular en el ATC (11/02/2013) núm. 28/2013. Ambos defienden la dimensión o justificación material de la ETC.

⁶⁰ Detención ilegal, suposición de parto y falsedad documental.

⁶¹ Art. 24.1 CE: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

⁶² Art. 50.3 LOTC: “Las providencias de inadmisión, adoptadas por las Secciones o las Salas, especificarán el requisito incumplido y se notificarán al demandante y al Ministerio Fiscal. Dichas providencias solamente podrán ser recurridas en súplica por el Ministerio Fiscal en el plazo de tres días. Este recurso se resolverá mediante auto, que no será susceptible de impugnación alguna”.

Son resoluciones que especifican el requisito incumplido, pero se trata de un tipo de decisión que no se publica ni precisa de motivación ni argumentación que exprese las razones de inexistencia de lesión de un derecho fundamental o de ausencia de ETC del recurso de amparo presentado.

⁶³ ATC (11/02/2013) núm. 28/2013.

⁶⁴ ZOCO ZABALA, C. “Niños robados en España e integridad moral: un estudio constitucional” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, pág. 124.

art. 24.1 CE, sobre el que no existe doctrina de TC de carácter objetivo, supraindividual y que desborda abiertamente la mera denuncia de la lesión⁶⁵.

El ATC 28/2013, de 11 de febrero, contiene el voto particular del magistrado VALDÉS DAL-RÉ. Comparte con la Sala que la noción de “trascendencia constitucional” cuando es utilizada por la recurrente, no se emplea con vistas a fundamentar la ETC, sino como cauce para argumentar la existencia de lesión de un derecho fundamental⁶⁶. Sin embargo, considera excesivo el formalismo que origina la inadmisión de la demanda por no argumentar, de modo expreso las razones de ETC. Entiende que debe darse por cumplida dicha exigencia, si del conjunto de los razonamientos de la demanda se infiere tal trascendencia objetiva, incluso cuando el recurso la desarrolle de forma asistemática (justificación material⁶⁷). Concluye su voto particular afirmando que resultaba procedente la admisión de la demanda por tres razones: porque permitía aclarar la doble dimensión formal y material de la carga de justificación de la ETC, porque el tema de fondo afectaba al acceso al proceso (art. 24.1 CE) en una vertiente, la del delito permanente y la prescripción, que no ha sido despejada hasta el momento por la jurisprudencia del TC y porque el caso, además, planteaba un tema jurídicamente relevante y de innegable atención social, consistente, en suma, en aclarar la posibilidad de acceder al proceso penal a fin de perseguir ciertos delitos, en los que es difícil obtener pruebas y en los que perviven en el tiempo los efectos sobre las personas afectadas.

Bajo mi punto de vista, sí podía haberse admitido la demanda por existencia de una lesión subjetiva del derecho fundamental de tutela judicial efectiva y por la justificación material de la ETC, aunque no formal ya que no se menciona concretamente un supuesto de ETC de la STC 155/2009. Se realiza una justificación material y además, se trata de una nueva faceta del TC, en relación al derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción basándose en la ausencia de jurisprudencia del TC sobre la prescripción de

⁶⁵ ZOCO ZABALA, C. “Niños robados en España e integridad moral: un estudio constitucional” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, pág. 130: “El ATC 28/2013 de 11 de febrero determina que no basta aducir sólo lesión subjetiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su manifestación del derecho de acceso a la jurisdicción con base en que la errónea interpretación del instituto de la prescripción impide el conocimiento del fondo de la pretensión. Tampoco es suficiente identificar la ETC del recurso de amparo con la “trascendencia constitucional” o entidad de la lesión originada por el desajuste o inadecuación entre el contenido del fallo o parte dispositiva de la resolución y las peticiones o pretensiones de las partes que el demandante aduce con posterioridad. Es preciso, además, esgrimir que el recurso trasciende en su razonamiento la mera justificación de la lesión subjetiva del derecho fundamental”.

⁶⁶ Indica que es común, invariable y constante en la doctrina del TC que este modo de proceder desemboca en la inobservancia del deber de justificación de ETC sin consentir la confusión entre vulneración del derecho fundamental invocado y ETC.

⁶⁷ En este sentido, véase la STC 143/2011, de 26 de septiembre.

los delitos permanentes o contrarios a la humanidad. Como afirma ZOCO ZABALA, también hubiera sido posible aducir la trascendencia social del robo de niños debido a la multitud de personas que se han visto afectadas por estos acontecimientos, pero corresponde al recurrente la argumentación de la trascendencia objetiva del recurso de amparo con base en los supuestos regulados en la STC 155/2009, (art. 49.1 in fine LOTC)⁶⁸.

Por último quiero destacar que VALDÉS DAL-RÉ en su voto particular antes mencionado, considera que en virtud del contenido del art. 53.2 CE⁶⁹, el TC debe garantizar primordialmente la cobertura y tutela de los derechos fundamentales (dimensión subjetiva) y dispone que “cualquier interpretación que soslaye esa función preferente de protección, haciendo prioritarias otras hasta convertir aquella en accesorias o por completo condicionada por la dimensión objetiva, se aleja del mandato constitucional”. Por ello, afirma que los intentos de dotar de una estricta objetivación al amparo, carece a su juicio, de acomodo en el artículo 53.2 CE y que tampoco encuentra una razonable explicación sistemática en el propio texto constitucional⁷⁰.

En virtud de lo expuesto, es preciso argumentar qué supuesto o supuestos de ETC de los expresados en la STC 155/2009 se coligen a partir de la lesión subjetiva del art. 24.1 CE. En España, no es posible admitir la demanda de amparo cuando la lesión de un derecho fundamental comporta un perjuicio subjetivo muy grave, ya que en el momento en que se tramitó la reforma de la LOTC no prosperó la enmienda núm. 27 que el Grupo Parlamentario Vasco presentó al proyecto de Ley de reforma de la LO 6/2007 y que pretendía introducir como supuesto alternativo al de la sola trascendencia objetiva del recurso el “perjuicio particularmente grave” que la negación de una decisión sobre el fondo pudiera producir al recurrente. Por tanto, si dicha enmienda hubiera sido aprobada, probablemente hubiese sido de aplicación a los casos “niños robados”. Poco a poco, se tiende a mantener una exigencia más flexible en relación a la apreciación de la ETC, pero

⁶⁸ ZOCO ZABALA, C. “Niños robados en España e integridad moral: un estudio constitucional” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, pág. 134.

⁶⁹ Art. 53.2 CE: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

⁷⁰ ATC (11/02/2013) núm. 28/2013.

el TC ha establecido que dicha flexibilización del deber de motivar no puede ser absoluta ni apreciar de oficio su concurrencia cuando no ha sido justificada⁷¹.

3. VALORACIÓN PERSONAL.

El derecho a la dignidad (art. 10.1 CE), pese a no ser derecho fundamental tiene gran importancia en los casos de “niños robados”. Es un derecho inherente a la persona y se entiende como garantía de la propia personalidad del ser humano y de su libertad moral. Dicho derecho se asegura garantizando su tratamiento como persona y en estos supuestos, los recién nacidos, han sido tratados como mercancías para la consecución de un fin claramente lucrativo, vulnerando por tanto dicho derecho a la dignidad.

La percepción de la sustracción del menor vulnera el derecho fundamental a la integridad moral (art. 15 CE) de los familiares a causa de la incertidumbre que sufren como consecuencia de la falta de información documental que acredite el fallecimiento del recién nacido presuntamente robado o la no devolución del cuerpo de éste. Aunque la CE no reconoce el derecho fundamental a la identidad de origen, la percepción de la ocultación de dicha identidad vulnera el derecho a la integridad moral del niño o actualmente, adulto robado.

La desaparición de los recién nacidos no vulnera el derecho al respeto de la vida familiar reconocido en la CE; a diferencia del CEDH, que establece que toda persona tiene derecho al respeto de su “vida privada y familiar” (art. 8.1), la CE no reconoce un derecho a la garantía de la “vida familiar”, sino que protege el derecho fundamental a la “intimidad personal y familiar” del individuo frente a las injerencias del poder público o de los particulares (art. 18.1 CE). Por lo tanto, a nivel internacional sí se produce vulneración del derecho a la vida familiar, no siendo así a nivel estatal ya que la CE no incluye la procura estatal de la “vida familiar”.

Desde la reforma de la LOTC, se separa completamente la lesión de la reparación del derecho fundamental. La exigencia de ETC como criterio de admisión de la demanda ha objetivado el recurso de amparo hasta convertirlo en un factor negativo cuando se produce la lesión de un concreto derecho fundamental. Así ha ocurrido en los casos de “niños robados” pues la mayoría de las demandas han sido inadmitidas por el

⁷¹ ZOCO ZABALA, C. “Niños robados en España e integridad moral: un estudio constitucional” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, págs. 131-133.

incumplimiento de justificar en la misma la ETC. Comparto la opinión manifestada por VALDÉS-DAL RÉ en el voto particular contenido en el ATC 28/2013, de 11 de febrero, que considera excesivo el formalismo para valorar la ETC. El recurso se interpuso por la lesión subjetiva de derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y prohibición de indefensión debido a la errónea interpretación judicial del instituto de la prescripción por ignorar que se trata de delitos contra la humanidad, o de delitos permanentes. Bajo mi punto de vista, el TC podría haber admitido dicha demanda ante la inexistencia de jurisprudencia sobre ese aspecto en concreto al tratarse de un caso novedoso teniendo la oportunidad de pronunciarse sobre el mismo, justificando así la parte objetiva del recurso de amparo. El problema es que no se justificó la ETC de modo expreso y la carga de argumentar la parte objetiva del recurso de amparo corresponde en todo caso al recurrente, pero podría haberse salvado este obstáculo entendiendo que el recurso contenía una justificación material de la ETC.

Por último, cabe destacar la importancia que tiene que no se aprobase la enmienda núm. 27 propuesta por el Grupo Parlamentario Vasco al Proyecto de Ley de reforma de la LO 6/2007 al querer introducir otra alternativa a la ETC; la admisión del recurso de amparo si la negación de decisión sobre el fondo del asunto produjese un perjuicio particularmente grave. Si actualmente, existiese dicha opción, seguramente hubiese sido de aplicación a los “niños robados” y las víctimas hubiesen obtenido una respuesta.

La problemática de los casos “niños robados” se plasma en tres perspectivas; en primer lugar, la prueba de los hechos ante las dificultades para el acceso a los registros y expedientes que contienen la información necesaria para poder determinar la identidad y origen biológico de los afectados. En segundo lugar, la calificación jurídica de los hechos y, por último, se plantea una cuestión sobre los plazos y términos para el cómputo de la prescripción de los delitos y, dada la evolución legislativa producida durante el periodo de comisión de estos hechos, hay que determinar qué normativa resulta aplicable en atención a las reglas para la aplicación de la ley penal en el tiempo.

IV. LA EXISTENCIA DE DIFICULTADES FÁCTICAS EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS HECHOS.

Las dificultades fácticas generan una enorme complejidad a la problemática de los “niños robados”. Son aspectos que, indiscutiblemente, condicionan las legítimas aspiraciones que las víctimas han depositado en la vía judicial.

En los juzgados españoles se han presentado alrededor de 2.000 denuncias, siendo la mayor parte de las mismas sobreeséadas o archivadas, por falta de pruebas, en algunos casos, o por entender que los delitos han prescrito, en otras.

Existen múltiples cuestiones de diverso orden que han impedido y que impiden en muchos casos la investigación de los hechos. Es en el ámbito de la obtención de la prueba de los hechos donde el significado de la expresión “obstáculo” resulta realmente pertinente para aquellas circunstancias que impedirán avanzar en las necesarias investigaciones⁷².

En primer lugar, debemos deslindar el fenómeno de “niños robados” de otras realidades que comparten elementos comunes, como pueden ser los casos reales de nacimientos de fetos y niños muertos, la inseguridad a la hora de tener un conocimiento exacto de la realidad del caso, las posibles coacciones hacia las madres para desprenderse de los recién nacidos o las entregas voluntarias de recién nacidos.

En segundo lugar, se han presentado dificultades en la localización de los restos necesarios para conseguir identificaciones, lo que supone un gran obstáculo para determinar la verdadera identidad de las víctimas. Ello se debe a la gran complejidad

⁷² BARBER BURUSCO S. “Niños desaparecidos en España: obstáculos a la investigación penal” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, pág. 193.

técnica que supone realizar las exhumaciones, recuperar ADN de los restos óseos y el consiguiente análisis de perfiles genéticos. Sin embargo, una investigación eficaz debe intentar conseguir restos que permitan las identificaciones sin pensar *a priori* su inexistencia o deterioro⁷³.

En tercer lugar, superar los problemas existentes para probar los hechos ante las dificultades de acceso a los registros y expedientes que contienen información necesaria para poder determinar la identidad y origen biológico de los afectados, es uno de los grandes problemas que se plantean en estos supuestos⁷⁴.

En cuarto lugar, nos encontramos ante un posible dilema ético, cuestión de gran importancia para las víctimas debido a la situación que genera tener que denunciar a sus padres adoptivos como cooperadores o incluso autores del delito para iniciar cualquier procedimiento.

Por otra parte, no es cuestión baladí el transcurso del tiempo. Es uno de los obstáculos más significativos ya que tras tantos años, solo contamos en la mayoría de los casos con la grave sospecha. Han desaparecido fuentes documentales, se han perdido o deteriorado documentos, libros, registros... y, muchos de los responsables o testigos han fallecido o no están en condiciones físicas o mentales adecuadas. Además, por lo general sólo podemos recabar testimonios de personas a los que les fueron arrebatados sus niños y de personas que sospechan del robo de niños y de adopciones o suposiciones de parto ilegales⁷⁵.

Por último, debemos señalar que hay investigaciones⁷⁶ que consideran la existencia de una organización, a nivel provincial o nacional, de personas con capacidad suficiente para establecer un sistema coordinado que permitió relacionar a madres en situaciones vulnerables o simplemente engañadas para dejar sus hijos en adopción, con matrimonios de esferas sociales superiores. La FGE, el 4 de febrero de 2011 consideró que todas las

⁷³ BARBER BURUSCO S. “Niños desaparecidos en España: obstáculos a la investigación penal” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, pág. 193.

⁷⁴ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. “La entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales sobre el llamado “robo de bebés”, Revista Europea de Derechos Fundamentales, ISSN 1699-1524 núm. 21/1er Semestre 2013, pág. 182.

⁷⁵ GIL GIL A. “La sustracción y alteración de la filiación de menores durante la Guerra Civil y el Franquismo: Aspectos Penales: Sobre “El caso de los niños perdidos del Franquismo. Crimen contra la humanidad” de Miguel Ángel Rodríguez Arias, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, en “El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho”, 1 (2009), pág. 55.

⁷⁶ Véase GONZÁLEZ DE TENA, F. *Nos encargamos de todo. Robo y tráfico de Niños en España*, 2014, págs. 137-167 y 179-220.

denuncias presentadas debían ser analizadas de manera aislada por no existir, a su entender, sustracciones de menores de forma concertada⁷⁷. Este hecho ha podido dificultar la posibilidad de disponer de elementos que acrediten la existencia de organizaciones que llevaron a cabo la sustracción de menores⁷⁸.

La FGE descarta la existencia de una trama organizada de carácter nacional que tuviera por objeto la sustracción y venta de bebés. Elimina esta posibilidad basándose en que los hechos investigados se sitúan en contextos espaciales y temporales muy diversos, con personas y centros hospitalarios múltiples, sin que se hayan detectado indicios de planificación común o conexión relevante entre ellos⁷⁹.

1. LA NECESIDAD DE DESLINDAR EL FENÓMENO DE LOS NIÑOS ROBADOS DE OTRAS REALIDADES QUE COMPARTEN ELEMENTOS COMUNES.

Los casos de “niños robados” son aquellos casos de sustracción de menores y suposición de parto en los que, según las denuncias, una mujer daba a luz a un niño maduro y sano y a los pocos días se le comunicaba que éste había muerto, atribuyendo el fallecimiento a diferentes causas.

Existen también otras realidades que, aun compartiendo elementos comunes con los casos de “niños robados”, no encajan propiamente dentro de esta problemática debiéndose deslindar dichas realidades de los supuestos de “niños robados”. Así, podemos referirnos a situaciones en las que las madres, en situación de vulnerabilidad extrema (mujeres solteras, jóvenes y generalmente primíparas) fueron sometidas a presiones y coacciones para que entregaran en adopción a sus hijos recién nacidos, a madres que entregaron al bebé de forma voluntaria, en algunas ocasiones acuciadas por la necesidad y en otras, para evitar que trascendiese el hecho del embarazo y el alumbramiento y que ahora desearían saber de él; casos reales de nacimientos de fetos muertos o niños que fallecían a las pocas horas de nacer y que, bajo la concepción paternalista de la relación médico-paciente imperante y con el objetivo de evitar

⁷⁷ Circular 2/2012, pág. 2.

⁷⁸ BONET ESTEVA, M. “*Los niños arrebatados por el franquismo a las mujeres. Constelaciones de casos, puntos de conexión y posibles abordajes jurídico penales*”, Universitat Autònoma de Barcelona - Grup de recerca Antígona, 2013, pág. 20; BARBER BURUSCO S. “*Niños desaparecidos en España: obstáculos a la investigación penal*” en “*Niños desaparecidos, mujeres silenciadas*”, 2017, pág. 194.

⁷⁹ MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “*Sustracción de menores recién nacidos*”, 2013, pág. 675.

sufrimientos a los padres, no se informaba de las circunstancias de su fallecimiento ni se les mostraba el cadáver. Actuaciones de este tipo, indudablemente rechazables, en muchos casos han generado dudas lógicas en las familias acerca de si el bebé sustraído todavía permanece con vida. También, nos referimos a aquellas denuncias que se limitan a expresar una vaga sospecha de la sustracción del menor (en algunos casos provenientes de informaciones proporcionadas por los medios de comunicación por coincidencia de fechas o de lugar de alumbramiento) pero que, no obstante, tras la investigación puede acreditarse el nacimiento y fallecimiento del menor y descartar la sospecha inicial, y, por último, casos reales de partos prematuros de criaturas abortivas⁸⁰.

Esto permite llegar a la conclusión de que, dada la amplitud de la casuística, no todos los supuestos relacionados con la muerte de bebés en el momento del parto deben ser reconducidos a lo que venimos entendiendo por “niños robados”. Lo que en estos casos no se puede negar es que, en general, los datos aportados por los padres resultan decisivos para determinar el origen biológico de los niños⁸¹.

2. LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DE ADN.

Sólo un análisis de ADN puede verificar la identidad de alguien que sospecha que las personas que creía que eran sus padres no lo son, aunque ello no sería prueba suficiente para determinar la comisión de un delito de su adopción. Y solo un contraste con el ADN de quien haya perdido un hijo o pariente en situación que le hiciera sospechar su robo, podría dar lugar a descubrir la verdadera filiación⁸².

⁸⁰ ÁLVAREZ TABOADA, L. “*Las denuncias en los casos de los “niños robados”*”. Perspectiva histórico-legal, en *Desapariciones forzadas de niños en Europa y Latinoamérica: del convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN*”, en M. Casado y J. J. López Ortega (Coords.), *Desapariciones forzadas de niños en Europa y Latinoamérica. Del convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2015, págs. 281-282; BARBER BURUSCO S. “*Niños desaparecidos en España: obstáculos a la investigación penal*” en “*Niños desaparecidos, mujeres silenciadas*”, 2017, págs. 162-163; JERICÓ OJER, L. “*La respuesta jurídico-penal a la sustracción de menores: especial referencia al caso de los niños robados durante el franquismo*” en “*Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas*”, 2017, págs. 208-209.

⁸¹ ÁLVAREZ TABOADA, L. “*Las denuncias en los casos de los “niños robados”*”. Perspectiva histórico-legal, en *Desapariciones forzadas de niños en Europa y Latinoamérica: del convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN*”, en M. Casado y J. J. López Ortega (Coords.), *Desapariciones forzadas de niños en Europa y Latinoamérica. Del convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2015, pág. 283; JERICÓ OJER, L. “*La respuesta jurídico-penal a la sustracción de menores: especial referencia al caso de los niños robados durante el franquismo*” en “*Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas*”, 2017, pág. 209.

⁸² GIL GIL A. “*La sustracción y alteración de la filiación de menores durante la Guerra Civil y el Franquismo: Aspectos Penales: Sobre “El caso de los niños perdidos del Franquismo. Crimen contra la humanidad”*” de Miguel Ángel Rodríguez Arias, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 1 (2009), pág. 55.

Un gran obstáculo que han encontrado los afectados para poder determinar su identidad o poder localizar a sus hijos han sido los problemas para practicar las exhumaciones⁸³, para obtener restos óseos, recuperar ADN y cotejar las muestras obtenidas con los perfiles genéticos de los familiares.

En muchos de los casos denunciados, la práctica de la prueba de ADN para determinar la relación biológica ha resultado imposible. Al margen de la complejidad técnica que requiere la exhumación de restos y su posterior investigación forense, no se ha logrado la recuperación de restos en todos los supuestos, lo que puede suponer la existencia de indicios de comisión de algún delito, pero también una posible destrucción de restos óseos⁸⁴. Seguramente, muchos restos que podrían aportar identificaciones útiles y certeras, o no habrán existido (porque el recién nacido no murió) o serán ilocalizables, mientras que otros estarán tan deteriorados que impedirán cualquier identificación⁸⁵.

Cuando a finales del año 2010, diversas asociaciones de afectados denunciaron ante la FGE cerca de 400 casos de sustracciones de recién nacidos y adopciones irregulares acaecidas en España entre las décadas de los años 50 y 90, se plantearon dos posibles escenarios. Por un lado, progenitores y hermanos que solicitaban una investigación de parentesco con restos óseos inhumados o con muestras clínicas: biopsias, preparaciones histológicas, etc. procedentes de un análisis *post mortem*. Y por otro lado, la búsqueda de compatibilidades entre afectados vivos, principalmente padres y madres, que buscaban a sus hijos biológicos e hijos adoptados que buscaban a sus padres biológicos⁸⁶. Con ello, pretendían hacer efectivo “el derecho más frecuentemente invocado por los afectados que es el derecho a la propia identidad, entendido como derecho a conocer la verdad de su origen biológico”⁸⁷.

⁸³ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. “La entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales sobre el llamado “robo de bebés”, Revista Europea de Derechos Fundamentales, ISSN 1699-1524 núm. 21/1er Semestre 2013, pág. 183.

⁸⁴ JERICÓ OJER, L. “La respuesta jurídico-penal a la sustracción de menores: especial referencia al caso de los niños robados durante el franquismo” en “Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas”, 2017, pág. 209.

⁸⁵ BARBER BURUSCO S. “Niños desaparecidos en España: obstáculos a la investigación penal” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, pág. 193.

⁸⁶ ALONSO ALONSO, A. “La prueba del ADN en la investigación de Adopciones Irregulares y Sustracción de sustracción de recién nacidos en España: experiencia en el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses”. La experiencia del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses” en Casado, J.J. López Ortega (Coords.), *Desapariciones forzadas de niños en Europa y Latinoamérica. Del convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN*, Universidad de Barcelona, 2015, pág. 1.

⁸⁷ MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Sustracción de menores recién nacidos”, 2013, pág. 666.

Por otra parte, según la Memoria 2013 de la FGE, el estudio genético de los restos óseos procedentes de exhumaciones o de muestras clínicas constituye una herramienta necesaria para poder dar respuesta a este tipo de casos y, de hecho las exhumaciones han constituido una de las diligencias de mayor peso probatorio⁸⁸. Sin embargo, existen algunas limitaciones que dificultan la realización de este estudio: el alto grado de deterioro y afectación de gran parte de los restos exhumados o de las muestras clínicas, lo que obliga al empleo de herramientas y estrategias de análisis que ofrezcan el máximo rendimiento, la escasez de restos exhumados de los que en algunas ocasiones se dispone y el tipo y grado de parentesco de los familiares disponibles para llevar a cabo la identificación genética⁸⁹.

Los Servicios de Biología del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (en adelante, INTCF) realizaron análisis de identificación mediante ADN de restos óseos de exhumación u otros tejidos *post-mortem* (biopsias) en 128 casos en los que existían indicios de la sustracción de un recién nacido, en respuesta a 76 solicitudes del MF y 52 solicitudes de Juzgados de Instrucción en el periodo 2011-2017⁹⁰.

Se solicitaron 122 diligencias de exhumaciones⁹¹ y 14 diligencias de investigación genética de biopsias *post-mortem* de recién nacidos aportadas por hospitales donde había tenido lugar el nacimiento de los bebés.

De los análisis genéticos de las muestras de restos óseos de recién nacidos obtenidos en las diligencias de exhumación se obtuvieron importantes resultados: éxito en la

⁸⁸ MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Sustracción de menores recién nacidos”, 2013, pág. 672. La FGE señala que las exhumaciones tienen gran peso probatorio, aunque en la práctica el número ha sido escaso, pues en los años de hechos los restos de recién nacidos y criaturas abortivas se solían depositar en fosas comunes y hoy día es imposible su exhumación para efectuar estudio comparativo de ADN. Por tanto, la investigación no puede prosperar y se suele acordar el archivo de las diligencias.

Para mayor información véase:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2013_cap_V_3_1.pdf?idFile=9a45ed0f-2454-411f-afaf-af35675299cb

⁸⁹ CRESPILO-MÁRQUEZ, M., PAREDES-HERRERA, M. R., BARRIO-CABALLERO, P. A., LUQUE-GUTIÉRREZ, J. A., CRESPO-ALONSO, S., VALVERDE-VILLARREAL, J. L., & VINGUT-LÓPEZ, A. “*La identificación genética como herramienta en la investigación de adopciones irregulares y sustracción de recién nacidos en España: experiencia en el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses*”. (Departamento de Barcelona) en Revista Española de Medicina Legal núm. 42, (Enero-Marzo de 2016), pág. 6.

⁹⁰ Informe de la actividad pericial y científica desarrollada por los Servicios de Biología del INTCF con respecto a la prueba de ADN en la investigación de adopciones irregulares y sustracción de recién nacidos en España. Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF). Madrid, 22-23 de mayo de 2017, pág. 2.

⁹¹ El número de exhumaciones es mayor porque en dos casos se recuperaron restos óseos de individuo adulto que se excluyeron de los análisis y en dos procesos judiciales del INTCF de Sevilla se recibieron 6 y 3 exhumaciones, respectivamente.

recuperación de restos óseos en 117 de las 120 (excluyendo 2 exhumaciones al tratarse de restos óseos de adultos) exhumaciones analizadas (97%) y éxito en la recuperación de ADN de dichos restos en 78 casos de 117 (67%). El estudio comparativo de los perfiles de ADN obtenidos de los restos óseos de los recién nacidos con los perfiles de ADN de las muestras de referencia de los progenitores denunciados, ofreció resultados de compatibilidad genética en 71 de los 78 (91%) recién nacidos en los que se obtuvo perfil de ADN⁹², (ver anexo 1).

Pero quizá el resultado más sorprendente se refiere al hecho de por qué no se encontraron restos óseos de recién nacido en tres de las exhumaciones realizadas. Aunque inicialmente podría valorarse la ausencia de restos óseos como un indicio de prueba del delito de sustracción⁹³, las características de los hallazgos encontrados, indicaban la posibilidad de una destrucción total de los restos debido a determinadas condiciones de los enterramientos. Un estudio posterior realizado por el Laboratorio de Antropología del Servicio de Criminalística del INTCF señaló “que el grado de representatividad esquelética y degradación ósea habían sido muy variables”, ratificando la destrucción total de los restos óseos⁹⁴. Dicho de otra manera, el INT admite la posibilidad de que, transcurrido un largo lapso de tiempo, el cadáver de un niño recién nacido puede destruirse completamente sin dejar rastros perceptibles⁹⁵.

Con respecto a las diligencias de investigación genética de biopsias *post-mortem* de recién nacidos aportadas por los hospitales en los que había tenido lugar el nacimiento de los bebés, 14 diligencias lo fueron a instancia del MF y 2 a instancia de los Juzgados de

⁹² Informe de la actividad pericial y científica desarrollada por los Servicios de Biología del INTCF con respecto a la prueba de ADN en la investigación de adopciones irregulares y sustracción de recién nacidos en España. Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF). Madrid, 22-23 de mayo de 2017, págs. 3-6.

⁹³ JERICÓ OJER, L. “*La respuesta jurídico-penal a la sustracción de menores: especial referencia al caso de los niños robados durante el franquismo*” en “*Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas*”, 2017, pág. 209.

⁹⁴ El informe técnico del Laboratorio de Antropología del Servicio de Criminalística del INTCF realizado a petición de la Fiscalía Provincial de Guipuzkoa vino a apoyar esta hipótesis al presentarse un estudio de una serie de 16 exhumaciones que permitió documentar que “el grado de representatividad esquelética y de degradación de los restos han sido muy variables, desde un recién nacido inhumado en el año 1972 que se conservó prácticamente íntegro por un proceso de momificación, hasta un individuo con una data similar y en el que macroscópicamente no se evidenciaba la presencia de restos óseos”. JERICÓ OJER, L. “*La respuesta jurídico-penal a la sustracción de menores: especial referencia al caso de los niños robados durante el franquismo*” en “*Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas*”, 2017, pág. 209.

⁹⁵ MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Sustracción de menores recién nacidos”, 2013, pág. 675.

Instrucción. Se recuperó ADN en 12⁹⁶ de los 14 casos analizados (86%) y la identificación en el cotejo con ADN de familiares fue positiva en 10 de los 12 casos cotejados (83%), (ver anexo 1).

Los resultados globales obtenidos, tanto de las investigaciones por exhumaciones como por biopsias, han sido de gran relevancia durante el proceso de instrucción ya que han permitido comprobar el fallecimiento del recién nacido supuestamente sustraído y decretar el archivo de las diligencias de investigación en los casos en que se ha podido llevar a cabo la prueba del ADN⁹⁷.

La experiencia forense en estas investigaciones y la complejidad técnica de la realización de las pruebas, puso de manifiesto la necesidad de establecer unos protocolos de actuación, tanto para garantizar la documentación, recuperación y preservación de todos los restos de exhumación, como para garantizar la calidad y la fiabilidad de los análisis de identificación genética y una correcta interpretación del peso probatorio de la prueba del ADN⁹⁸.

Así, en 2011 se puso en funcionamiento el “Protocolo de actuación de INTCF para la identificación genética en los casos de adopciones irregulares y sustracción de recién nacidos”⁹⁹. En 2012, la Comisión Nacional para el uso forense del ADN (en adelante, CNUFADN) aprobó las “Recomendaciones sobre los estudios de identificación genética en casos de adopciones irregulares y sustracción de recién nacidos”, para asegurar la calidad y la fiabilidad de los estudios de identificación genética, tanto en la búsqueda de compatibilidades entre individuos vivos mediante bases de datos de ADN, como en el

⁹⁶ En uno de los casos, los estudios del servicio de Anatomía Patológica corroboraron que el tipo de tejidos y características no se correspondían con los registros documentales, identificándose un error en la selección y envío de las muestras.

⁹⁷ Informe de la actividad pericial y científica desarrollada por los Servicios de Biología del INTCF con respecto a la prueba de ADN en la investigación de adopciones irregulares y sustracción de recién nacidos en España. Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF). Madrid, 22-23 de mayo de 2017, pág. 10.

⁹⁸ ALONSO, A., MARTÍN, P., GONZÁLEZ-ALBO, M., HEINRICHS, B., FERNÁNDEZ DE SIMÓN, L., ATIENZA, I., & VALLEJO, G. (2015). “*La Prueba del ADN en la Investigación de Adopciones Irregulares y Sustracción de Recién Nacidos en España. La Experiencia del Instituto Nacional de Toxicología*”. Barcelona: Observatorio de Bioética y Derecho. Universidad de Barcelona, pág. 17. Informe de la actividad pericial y científica desarrollada por los Servicios de Biología del INTCF con respecto a la prueba de ADN en la investigación de adopciones irregulares y sustracción de recién nacidos en España. Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF). Madrid, 22-23 de mayo de 2017, pág. 11.

⁹⁹ En este sentido, véase:

http://www.lamoncloa.gob.es/Documents/c43d-2ab8-protocolo_toma_de_muestras_adn_adopciones_irregula.pdf

análisis de identificación genética de restos de exhumación de recién nacidos¹⁰⁰. Por último y consecuencia del encuentro entre directores de Institutos de Medicina Legal, nació la “Guía de recomendaciones para la práctica de la exhumación en los casos de posible sustracción de recién nacidos”¹⁰¹.

Por último, quiero hacer referencia al contenido de la Circular 2/2012 de la FGE, que estableció el procedimiento general para llevar a cabo las exhumaciones y toma de muestras para análisis de ADN, con la obligación de comunicar al Instituto de Medicina Legal competente la diligencia de exhumación y al INTCF para la realización de la prueba del ADN¹⁰².

Durante el periodo 2011-2017, además de las investigaciones promovidas por los jueces instructores y la Fiscalía, se han llevado a cabo indagaciones extrajudiciales realizadas por particulares y asociaciones de afectados de presuntos casos de sustracción de recién nacidos, con la legítima pretensión de conocer su identidad genética y la de su familia biológica. Por ello, el Ministerio de Justicia, mediante la Orden JUS 2146/2012, de 1 de octubre¹⁰³, creó el Servicio de Orientación e Información a los afectados¹⁰⁴ sobre los datos y registros oficiales disponibles sobre la filiación natural y el fichero de perfiles de ADN de personas afectadas por la sustracción de recién nacidos. El objetivo de este fichero es la centralización de los perfiles de ADN de los afectados que están en bases de datos de laboratorios privados, en una única base de datos gestionada por la INTCF, y así poder verificar las compatibilidades genéticas de las que puedan revelarse indicios de relaciones familiares biológicas¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Las recomendaciones incluyen: la selección y obtención de muestras de referencia y la selección y obtención de muestras en exhumaciones de cadáveres de recién nacidos, los análisis genéticos y la acreditación de laboratorios, el registro y la búsqueda en bases de datos de ADN y los criterios de interpretación y comunicación de compatibilidades.

En este sentido, véase:

http://genomica.es/es/documents/RECOMENDACIONES_ANALISIS_GENETICO_ADOPCIONES_IR_REGULARES.pdf

¹⁰¹ Guía orientada a facilitar información a los Juzgados, al MF, a los institutos de Medicina Legal y a los forenses sobre el procedimiento técnico del envío de muestras al INTCF.

En este sentido, véase: http://www.todoslosnombres.org/sites/default/files/documento644_0.pdf

¹⁰² Circular 2/2012, pág. 8.

¹⁰³ Orden JUS/2146/2012, de 1 de octubre, por la que se crean determinados ficheros de datos de carácter personal relacionados con los supuestos de posible sustracción de recién nacidos y se aprueban los modelos oficiales de solicitud de información. BOE núm.244, de 10 de octubre de 2012, páginas 72317 a 72325 (9 págs.), BOE-A-2012-12648.

¹⁰⁴ Servicio de información y documentación administrativas a personas afectadas de una posible sustracción de recién nacidos ubicado en C/ Bolsa, núm. 8 de Madrid.

¹⁰⁵ Informe de la actividad pericial y científica desarrollada por los Servicios de Biología del INTCF con respecto a la prueba de ADN en la investigación de adopciones irregulares y sustracción de recién nacidos

La Orden JUS/2146/2012 establece la necesidad de un proceso de validación de los perfiles genéticos por parte del INTCF antes del registro en el fichero, así como un procedimiento de comprobación final de familiares candidatos compatibles mediante la realización de análisis de ADN complementarios¹⁰⁶. Es decir, si existe compatibilidad genética se requerirá de las personas afectadas una nueva toma de muestras de referencia, con el objeto de contrastar los resultados. En estos casos, será preciso realizar el abono según el precio público fijado.

Con fecha 20 de abril de 2017 el número total de perfiles registrados en el fichero de “Perfiles de ADN de personas afectadas por la sustracción de recién nacidos” es de 489 perfiles. De acuerdo al tipo de familiar que busca a su pariente biológico destacamos que 368 (75%) son progenitores que buscan a sus hijos biológicos, 58 (12%) son hermanos/as que buscan a sus hermanos/as, 62 (13%) son hijos/as en busca de sus padres biológicos y un abuelo. En las búsquedas realizadas en la base de datos no se ha confirmado ninguna compatibilidad genética entre madres, padres y hermanos que buscan a sus hijos o hermanos e hijos adoptivos que buscan a sus familiares biológicos¹⁰⁷.

3. LOS PROBLEMAS DE ACCESO DE LOS AFECTADOS A HISTORIAS CLÍNICAS, EXPEDIENTES Y REGISTROS.

La obtención de prueba documental que permita demostrar el cambio de identidad y origen biológico de los menores, así como la existencia de posibles adopciones irregulares requiere el cruce de datos entre historias clínicas y libros de Registro de nacimientos, libros de bautismo, defunciones, prohijamientos y adopciones en las instituciones, tanto parroquiales como de titularidad pública, que efectuaron los registros¹⁰⁸.

en España. Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF). Madrid, 22-23 de mayo de 2017, pág. 13.

¹⁰⁶ Informe de la actividad pericial y científica desarrollada por los Servicios de Biología del INTCF con respecto a la prueba de ADN en la investigación de adopciones irregulares y sustracción de recién nacidos en España. Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF). Madrid, 22-23 de mayo de 2017, pág. 14.

¹⁰⁷ Informe de la actividad pericial y científica desarrollada por los Servicios de Biología del INTCF con respecto a la prueba de ADN en la investigación de adopciones irregulares y sustracción de recién nacidos en España. Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF). Madrid, 22-23 de mayo de 2017, págs.15-16.

¹⁰⁸ BARBER BURUSCO S. “Niños desaparecidos en España: obstáculos a la investigación penal” en “Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”, 2017, pág. 194.

Los problemas de acceso a los documentos mencionados han generado graves obstáculos en el proceso de la investigación. Aspecto que ha sido señalado constantemente por los denunciantes y asociaciones de víctimas que aluden a las dificultades para obtener la información necesaria y hacen un llamamiento para que desde los poderes públicos se ordene el acceso a los archivos prioritarios e indispensables para conocer la identidad y origen biológico de los menores. Los poderes públicos, la Iglesia Católica¹⁰⁹, los titulares de los registros en cada caso, alegan la titularidad privada de dichos registros o cuestiones de protección de datos y derecho a la intimidad para no permitir el acceso a la información. Esta opacidad (y en ocasiones oposición) se ha erigido como una barrera prácticamente infranqueable al derecho de reclamar unos datos de los que son titulares los afectados y que son absolutamente prioritarios para iniciar un procedimiento legal¹¹⁰.

Como he mencionado, el derecho a la propia identidad, entendido como derecho a conocer la verdad de su origen biológico, es el derecho más invocado por los afectados¹¹¹.

El MF, a través del Grupo de Trabajo de Niños Robados, ofrece desde el 26 de febrero de 2013¹¹², un servicio de orientación e información a los afectados para facilitar la documentación acreditativa del nacimiento, parto o cualquier otro elemento que permita fundamentar las acciones civiles o penales o, en su caso, averiguar su procedencia biológica y localizar a su familia natural. Toda la información se gestiona a través de los ficheros de solicitudes de suministro de información y de perfiles de ADN creados por la Orden JUS 2146/2012, de 1 de octubre y por la Orden JUS 968/2016, de 25 de mayo¹¹³

¹⁰⁹ Hasta la entrada en vigor de la Ley de adopción de 1987, la Iglesia Católica tramitaba adopciones de menores abandonados a través de sus establecimientos de beneficencia.

¹¹⁰ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. “*La entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales sobre el llamado “robo de bebés”*” en Revista Europea de Derechos Fundamentales, ISSN 1699-1524 núm. 21/1er Semestre 2013, págs. 182; GONZÁLEZ DE TENA, F. “*Nos encargamos de todo. Robo y tráfico de Niños en España*”, 2014, págs. 31-32; BARBER BURUSCO S. “*Niños desaparecidos en España: obstáculos a la investigación penal*” en “*Niños desaparecidos, mujeres silenciadas*”, 2017, pág. 194; JERICÓ OJER, L. “*La respuesta jurídico-penal a la sustracción de menores: especial referencia al caso de los niños robados durante el franquismo*” en “*Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas*”, 2017, págs. 209-210.

¹¹¹ MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “*Sustracción de menores recién nacidos*”, 2013, pág. 666.

¹¹² Balance de Actuaciones del Ministerio de Justicia, 2014, pág. 7.

https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwixgp-OluHeAhXGDewKHfYyDDAQFjAAegQICBAC&url=http%3A%2F%2Fservicios.mpr.es%2FVisorPublicaciones%2Fvisordocumentosicopo.aspx%3FNIPO%3D051140112%26SUBNIPO%3D0001&usg=AOvVaw20disJafhfV9h6xA_jp_X1.

¹¹³ Orden JUS/968/2016, de 25 de mayo, por la que se modifica la Orden JUS/2146/2012, de 1 de octubre, por la que se crean determinados ficheros de datos de carácter personal relacionados con los supuestos de

que modifica y amplía la orden anterior para adaptar las solicitudes de información ante supuestos de sustracción de recién nacidos, a las nuevas vías de información disponibles que han ido surgiendo, tanto de instituciones públicas como privadas. El personal afectado puede aportar mediante comparecencia presencial la información que permita iniciar la investigación y debe prestar el consentimiento necesario para remitir al Ministerio de Sanidad los datos relativos al nacimiento o parto y así proceder al cruce con los que constan en la historia clínica o en cualquier otro documento en poder de los centros sanitarios. También se facilitarán los datos del Registro Civil, como nacimientos y posibles fallecimientos de recién nacidos anotados en los últimos 50 años¹¹⁴. El acceso a los datos y a la documentación se realizará de conformidad con los requisitos legales establecidos, pero ningún dato será recogido, directa o indirectamente del interesado, sin el consentimiento libre, específico e informado del mismo¹¹⁵.

4. EL DILEMA ÉTICO: LA INTERPOSICIÓN DE LA DENUNCIA DIRIGIDA A LOS PADRES ADOPTIVOS.

El éxito de las investigaciones se enfrenta a otra realidad. En la mayoría de los casos son los padres biológicos quienes interponen las denuncias ya que los hijos generalmente no son conscientes de su condición de “niños robados”¹¹⁶. La encuesta nacional realizada por el INTCF en diciembre de 2012 a todos los laboratorios privados que habían realizado análisis de ADN de personas afectadas por la sustracción de recién nacidos, reveló la existencia de un total de 2.286 perfiles de ADN distribuidos en 5 laboratorios distintos. El 72 % de estos perfiles de ADN se correspondían con madres o padres que buscan a sus hijos supuestamente sustraídos o adoptados irregularmente y sólo el 15 % correspondían

posible sustracción de recién nacidos y se aprueban los modelos oficiales de solicitud de información. «BOE» núm.146, de 17 de junio de 2016, páginas 41895 a 41905 (11págs.), BOE-A-2016-5919.

¹¹⁴ MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “*Sustracción de menores recién nacidos*”, 2013, págs. 666-668.

¹¹⁵ Balance de Actuaciones del Ministerio de Justicia, 2014, pág. 8.

¹¹⁶ ÁLVAREZ TABOADA, L. “*Las denuncias en los casos de los “niños robados”*”. Perspectiva histórico-legal, en *Desapariciones forzadas de niños en Europa y Latinoamérica: del convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN*”, en M. CASADO Y J. J. LÓPEZ ORTEGA (COORDS.), *Desapariciones forzadas de niños en Europa y Latinoamérica. Del convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN*”, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2015, pág. 283; JERICÓ OJER, L. “*La respuesta jurídico-penal a la sustracción de menores: especial referencia al caso de los niños robados durante el franquismo*” en “*Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas*”, 2017, pág. 210.

a hijos adoptivos que buscan a sus padres biológicos. Además, existían un 13% de perfiles de ADN de hermanos afectados por la sustracción de recién nacidos¹¹⁷.

En el caso de que la presentación de una denuncia por parte de los progenitores prospere, se realice una exhumación y, como resultado de la misma, la tumba aparezca vacía o, analizados los restos y realizada la correspondiente prueba de ADN, éstos no respondan al perfil biológico de los padres, se habrán obtenido indicios de la comisión del delito y de que el niño que años atrás fue entregado muerto a los supuestos padres no era su verdadero hijo o puede suceder también que el cadáver se hayan destruido completamente¹¹⁸. Ante ambas posibilidades, la primera de ellas puede mostrar indicios suficientes para continuar el procedimiento penal. No obstante, persiste la dificultad para localizar al “hijo verdadero”, ya que la inclusión de los datos genéticos en el fichero creado por la Orden JUS/2146/2012, de 10 de octubre, para su contraste, aunque es un paso adelante, sólo resultará efectiva si se produce una “feliz casualidad”, ya que las posibilidades de que tanto los progenitores como el hijo estén buscándose simultáneamente, son realmente mínimas¹¹⁹.

Por todo ello, aunque se inicie un procedimiento en la vía judicial por existencia de suficientes indicios con una prueba de ADN practicada, las posibilidades de encuentro son reducidas¹²⁰.

Como he mencionado anteriormente, fueron muy pocas las denuncias interpuestas por hijos cuyos padres llegaron a manifestarles que, a pesar de figurar inscritos como hijos biológicos, en realidad no lo eran. En algunos casos, los habían adquirido por precio y la que aparecía como madre biológica había fingido el embarazo y el parto para hacerlo pasar como su hijo biológico. Estas circunstancias hacen que los denunciados se enfrenten a un importante dilema que no debería pasar inadvertido. Los hijos, si quieren

¹¹⁷ ALONSO ALONSO, A. “Las bases de datos de ADN de uso forense”, *Facultativo del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses Servicio de Biología*, 2015, pág. 19. Informe de la actividad pericial y científica desarrollada por los Servicios de Biología del INTCF con respecto a la prueba de ADN en la investigación de adopciones irregulares y sustracción de recién nacidos en España. Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF). Madrid, 22-23 de mayo de 2017, pág. 14.

¹¹⁸ MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Sustracción de menores recién nacidos”, 2013, pág. 675.

¹¹⁹ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. “La entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales sobre el llamado “robo de bebés” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, ISSN 1699-1524 núm. 21/1er Semestre 2013, pág. 185.

¹²⁰ JERICÓ OJER, L. “La respuesta jurídico-penal a la sustracción de menores: especial referencia al caso de los niños robados durante el franquismo” en “*Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas*”, 2017, pág. 210.

llegar a conocer su verdadero origen se ven obligados a denunciar a sus padres adoptivos como cooperadores necesarios del delito de detención ilegal, a su madre como autora del delito de suposición de parto al simular el parto y la filiación y a su padre como cooperador necesario del mismo delito por dar cobertura a la mujer y presentar al niño como hijo propio. Este dilema ético merma notablemente la viabilidad, no sólo de un encuentro, sino también del esclarecimiento de los hechos¹²¹.

5. EL TRASCURSO DEL TIEMPO.

Un gran obstáculo para lograr conocer la verdad de los acontecimientos es el largo periodo de tiempo transcurrido desde los hechos hasta la presentación de las denuncias, lo que ha supuesto en la mayoría de los casos, la prescripción de los mismos y el fin de las investigaciones.

El transcurso del tiempo ha sido totalmente desfavorable para las aspiraciones de investigación de los hechos, ya que ha conducido a la desaparición de fuentes cruciales, principalmente documentales. Resulta muy difícil localizar historiales clínicos de las madres y de sus bebés de cierta antigüedad, los registros de los cementerios, las inscripciones de nacimientos y defunciones del Registro Civil, etc. En numerosos lugares se han perdido o deteriorado los documentos, libros, registros o certificaciones por unas malas condiciones de conservación o porque, sencillamente, se destruyeron¹²².

Se persigue la delimitación de responsabilidad penal por la comisión de hechos llevados a cabo entre los años 50 y 90 y, en virtud del paso del tiempo, lo lógico es pensar que sus responsables o bien han fallecido o no se encuentran actualmente en condiciones físicas o mentales para afrontar un juicio con las debidas mínimas garantías¹²³. Por idéntica razón, la posibilidad de contar con testimonios habrá disminuido notablemente o se ve imposibilitada, ya que muchas personas que asistieron a los partos o que estuvieron

¹²¹ ÁLVAREZ TABOADA, L. “*Las denuncias en los casos de los “niños robados”*”. Perspectiva histórico-legal, en *Desapariciones forzadas de niños en Europa y Latinoamérica: del convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN*”, en M. Casado y J. J. López Ortega (Coords.), *Desapariciones forzadas de niños en Europa y Latinoamérica. Del convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2015, pág. 283; JERICÓ OJER, L. “*La respuesta jurídico-penal a la sustracción de menores: especial referencia al caso de los niños robados durante el franquismo*” en “*Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas*”, 2017, pág. 210.

¹²² MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “*Sustracción de menores recién nacidos*”, 2013, pág. 671.

¹²³ JERICÓ OJER, L. “*La respuesta jurídico-penal a la sustracción de menores: especial referencia al caso de los niños robados durante el franquismo*” en “*Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas*”, 2017, págs. 210-211.

presentes en hospitales públicos, clínicas privadas, Tribunales tutelares de menores, registros civiles o cementerios cuando los hechos acaecían, y que podían haber suministrado un relato directo o referencial sumamente esclarecedor: personal facultativo, sanitario, asistencial, religioso, funerario, o incluso las propias víctimas y sus familiares y amigos, habrán muerto o padecen enfermedad invalidante. Pero no todas ni en todo caso, por lo que una investigación eficaz impone el intento de la localización de las mismas¹²⁴.

Como ya he comentado, el tiempo transcurrido ha originado, en ocasiones, la degradación de los restos óseos de tal manera que macroscópicamente no existía evidencia de presencia de los mismos, con la consecuente imposibilidad de obtención de ADN comparable y la búsqueda de compatibilidad genética.

6. CONCLUSIÓN.

Por todo lo expuesto, queda reflejado que existen importantes obstáculos, tanto en la investigación como en el desarrollo de la misma, que inciden en el ámbito de la prueba, aspecto indudablemente esencial en el procedimiento penal, y que conlleva, en numerosos casos, el archivo de numerosas denuncias.

El transcurso del tiempo desde que sucedieron los hechos es un importante hándicap para disponer de pruebas documentales y testificales, los documentos se han perdido, quemado o deteriorado y las personas cercanas a los sucesos han fallecido o se trata de personas mayores con posibles deterioros físicos o mentales. Que un hijo deba denunciar a sus padres adoptivos puede suponer un dilema ético, un inconveniente *a priori* necesario para iniciar una investigación. El acceso a la documentación y registros es imprescindible para poder determinar la identidad y el origen biológico de los afectados y no deben existir excusas ni trabas para obtener la información necesaria. La localización de los restos, la complejidad técnica para la realización de las exhumaciones o los análisis de compatibilidad genética son obstáculos que en ningún momento pueden paralizar o detener las investigaciones.

Según el MF, se ha realizado una intensa actividad para esclarecer las denuncias por sustracción de niños recién nacidos. Se designó una Fiscal como coordinadora

¹²⁴ MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Sustracción de menores recién nacidos”, 2013, pág. 672; BARBER BURUSCO, S. “Niños desaparecidos en España: obstáculos a la investigación penal” en “Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas”, 2017, pág. 193.

nacional y se nombraron Fiscales coordinadores en las fiscalías territoriales. La directriz ha sido la de agotar todas las líneas posibles de indagación material de los hechos, con el fin de satisfacer tanto la necesidad de perseguir criminalmente las conductas ilícitas, como las legítimas expectativas de los denunciantes de alcanzar un conocimiento cierto del paradero de los niños cuya sustracción denunciaron, o cuanto menos de disipar las dudas que hubieran podido abrigar en algún momento sobre tal sustracción. Se creó en 2012 el Grupo de Trabajo de Niños Robados cuyo objeto de estudio eran los problemas que se iban planteando en los casos de sustracción de menores¹²⁵.

El MF a través de la Circular 2/2012 pretende investigar el más amplio número de casos con el objetivo de dar la máxima protección a las víctimas¹²⁶. No cabe duda de que estas medidas pueden agilizar e incluso facilitar la prueba de los hechos, aunque no resuelven desde luego toda la problemática probatoria¹²⁷.

Es necesario mencionar que tanto las asociaciones como las víctimas, pese a las medidas expuestas, alegan “inoperatividad” por parte del Estado y poderes públicos, se quejan de “inacción” por parte de los tribunales, de la policía y las instituciones y solicitan agilizar las investigaciones mediante el establecimiento de unas medidas muy concretas: fiscalía especializada, unidad policial específica, banco de ADN fiable, gratuito y centralizado, acceso a los archivos del Estado y de la Iglesia y ayuda psicológica. Aspecto que se analizara más detalladamente en el apartado reparación de las víctimas.

¹²⁵ MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Sustracción de menores recién nacidos”, 2013, págs. 666-668.

¹²⁶ Circular 2/2012, pág. 3.

¹²⁷ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. “La entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales sobre el llamado “robo de bebés” en Revista Europea de Derechos Fundamentales, ISSN 1699-1524 núm. 21/1er Semestre 2013, pág. 185.

V. LAS DIFICULTADES JURÍDICAS: ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES.

A continuación, se realiza un análisis de los posibles tipos penales que serían encuadrables en los hechos.

Es necesario mencionar con carácter previo, que este gran problema se refiere a hechos cometidos hace muchos años, bajo la vigencia del CP 1944/73, por lo que nos encontramos ante un grave problema de prescripción y aplicación de los principios de irretroactividad y aplicación de la ley penal más favorable para el reo. En cada delito estudiado, se incluye una breve reseña indicando qué artículo y qué CP sería de aplicación. También, se indica si es un tipo de consumación instantánea o permanente para saber cuándo se fija el *dies a quo* y así, poder discernir si el delito está prescrito o no.

En primer lugar, se analiza el delito de sustracción de menores de siete años (art. 485) tipificado en el CP 1944/73 y, actualmente derogado porque es el tipo penal que encaja en la conducta de privar al recién nacido de sus padres biológicos y sería el que se aplicaría si los hechos hubiesen sido juzgados en su momento. Debido a dicha derogación y, aclarando que el art. 485 mencionado no guarda vinculación alguna con el actual art. 225 bis CP, a juicio de un sector doctrinal y de algunas resoluciones del TS, los hechos integran un delito de detención ilegal, puesto que alegan la vulneración de la libertad de los menores al quedar sustraídos del ámbito de tutela de sus progenitores. Sin embargo, la dificultad se encuentra en saber si los recién nacidos son sujetos pasivos del delito de detención ilegal y si los hechos encajan en la conducta típica de “encerrar y detener”, que será la cuestión principal en el estudio del delito de detención ilegal.

Posteriormente, se analizan los delitos contra las relaciones familiares porque en los casos “niños robados” se afecta a la filiación e identidad de los recién nacidos. En concreto, se estudia el delito de suposición de parto, la especial condición de educador, facultativo, autoridad o funcionario público en el sujeto activo, el delito de entrega u ocultación y el tráfico de menores. Este último delito adquiere gran importancia porque se introdujo en el CP 1995 para evitar el mercado de niños y encaja en todos aquellos casos de “niños robados” en los que medie compensación económica.

A continuación, se analizan los delitos contra las falsedades (documentales y personales) y, por último, el delito de desaparición forzada.

Debo mencionar que no se van a explicar todos y cada uno de los elementos del delito sino aquellos que considero más relevantes en relación al objeto de la investigación. Además, en algunos de ellos se analiza la aplicación del tipo penal al primer caso juzgado de “niños robados” por la Audiencia Provincial de Madrid: el caso doctor Vela¹²⁸.

1. EL DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES DE 7 AÑOS.

El origen de la punición de la sustracción de menores se encuentra en el CP de 1822, en el que se castigaba el rapto de niños impúberes¹²⁹, y el robo de menores sometidos a la patria potestad o tutela. Posteriormente, el CP de 1944 introdujo un tipo que sancionaba la sustracción de un menor de siete años, tipificando en el CP de 1973 la conducta en los arts. 484 y 485 CP¹³⁰. Cabe destacar que se castigaba la sustracción de menores de siete años con independencia del grado de su capacidad personal, que sería nula en el supuesto del recién nacido.

El vigente CP de 1995, aprobado por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, suprimió como delito la figura de la sustracción de menores de siete años descrita y penada en el mencionado art. 484 CP de 1973¹³¹. En su lugar, agravó la pena para los delitos de detención ilegal o secuestro cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz (art. 165 CP). Dicho tipo penal fue derogado porque el legislador lo consideró un delito superfluo, al entender que las conductas descritas en el mismo siempre podían subsumirse conforme al tipo de detención ilegal. En cambio, los numerosos y habituales incumplimientos de los regímenes de custodia o visitas establecidos judicialmente por alguno de los

¹²⁸ SAP (27/09/2018) núm. 640/2018.

¹²⁹ Art. 664 CP 1822: “Es raptor el que, para abusar de otra persona, o para hacerle algún daño, la lleva forzada contra su voluntad de una parte a otra, bien con violencia material, bien amenazándola o intimidándola de una manera suficiente para impedirle la resistencia, bien tomando el nombre o el carácter de autoridad legítima, o suponiendo una orden de esta. El que cometa este delito sufrirá la pena de cinco a nueve años de obras públicas; sin perjuicio de otra mayor que merezca si usare del engaño referido, o causare heridas u otro mal tratamiento de obra en la violencia. Entiéndase incurrir en la pena de este art. corno raptor con violencia el que roba niño ó niña que no hubiese llegado a la edad de la pubertad, aunque su ánimo no sea abusar de ellos o causarles algún daño”.

¹³⁰ Art. 484 CP 1973: “La sustracción de un menor de 7 años será castigado con la pena de presidio mayor”. Art. 485 CP 1973: “El que hallándose encargado de la persona de un menor no lo presentare a sus padres o guardadores ni diera explicación satisfactoria acerca de su desaparición, será castigado con la pena de reclusión mayor. Estos delitos se ubicaban dentro del título XII, “Delitos contra la libertad y seguridad de las personas”. Capítulo II, “De la sustracción de menores”.

¹³¹ LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. BOE-A-1995-25444.

progenitores pusieron de manifiesto la existencia de una insuficiencia penal en dichos casos¹³².

Como consecuencia de esto, se dictó la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación del CP y del CC sobre sustracción de menores¹³³, resucitando así el *nomen iuris* bajo la sustracción parental penada en el art. 225 bis CP¹³⁴. Se sancionaban diferentes conductas de sustracción de menores, haciendo especial hincapié en las

¹³² El Defensor del Pueblo, en su Recomendación 66/1999, de 17 de noviembre, sobre sustracción y secuestro internacional de menores por uno de sus progenitores propuso al Ministerio de Justicia las siguientes iniciativas: “que se promueva la inclusión en el Código Penal de un nuevo tipo penal que castigue de forma autónoma las conductas de los progenitores que sustraen a sus hijos y los trasladan a terceros países sin el consentimiento del otro, lo que facilitaría notablemente la expedición de órdenes de detención internacional y las peticiones de extradición. Al tiempo que tal reforma permitirá conocer con mayor certeza el número de casos que se producen”. Atendiendo a tal Recomendación, se presentó una Proposición de Ley tanto por el Grupo Socialista como por el Grupo Popular con fecha de 24 de abril de 2000 y 9 de junio de 2000, respectivamente. Dicha Proposición de Ley finalizó con un consenso entre todos los grupos políticos con representación parlamentaria. La actual tipificación penal se justifica, además de por el aumento de casos y causas de desobediencia, por un aumento de proteger los derechos del niño, primar el interés del menor debido al impacto y los perjuicios que ellos sufren sin olvidarnos tanto de la alarma que este tipo de situaciones genera en la sociedad como de la dificultad de resolución de estos conflictos en la vía civil y la presión ejercida por las asociaciones que defienden a los progenitores afectados. Veáse: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20de%20la%20Rosa%20Cortina,%20José%20Miguel.pdf?idFile=96c1c24f-8389-48d3-a09e-aac3d0a2dde7

¹³³ LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores. BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2002. BOE-A-2002-24044.

¹³⁴ Art. 225 bis CP: “1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años. 2. A los efectos de este art., se considera sustracción: 1.º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. 2.º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa. 3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior. 4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena. Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años. Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción. 5. Las penas señaladas en este art. se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.”

La Exposición de Motivos de la LO 9/2002 de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil señala en este sentido que “El CP de 1995, entre otras importantes novedades, procedió a suprimir como delito, con sustantividad propia, la sustracción de menores de siete años. En cambio, agravó la pena para los delitos de detención ilegal o secuestro cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz. No obstante, en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico”. Por tanto, la voluntad legislatoris de la reforma obedece a la necesidad de instituir una forma agravada de desobediencia.

Circular 2/2012, pág. 12: dispone que la reforma parece alejarla de la finalidad protectora de la libertad personal del menor centrándose en la defensa de los derechos del progenitor custodio y del cumplimiento de las resoluciones atributivas de tal custodia.

detenciones de menores y tráfico de los mismos. A su vez, se creó una forma específica de desobediencia por parte de los progenitores. El legislador procedió a suprimir el delito de sustracción de menores de siete años, dejando desamparados a los incapaces e incorporando el mencionado precepto 225 bis CP bajo la rúbrica “De la sustracción de menores”. Novedosamente se estableció que formaría parte de los delitos contra las relaciones familiares y no de los delitos contra la libertad y seguridad, como ocurría en el CP de 1973.

La Circular 2/2012 establece que podría pensarse que se ha producido con ello la destipificación de este tipo de conductas, lo que implicaría por aplicación retroactiva favorable la despenalización de conductas cometidas bajo la vigencia de la norma anterior¹³⁵. Además, sostiene que la no incorporación del delito de sustracción de menores de siete años al CP vigente da cierto margen para encajar los casos de “niños robados” en el delito de detención ilegal, ya que considera que no resulta comprensible que una conducta de tal gravedad haya quedado impune¹³⁶.

La doctrina considera que el anterior art. 484 CP 1973 no se corresponde con la actual figura de sustracción de menores tipificada en el art. 225 bis del CP de 1995¹³⁷. Este nuevo tipo penal es mucho más restrictivo, puesto que limita la autoría a los progenitores y sus parientes consanguíneos o afines dentro del segundo grado, y la acción a las conductas contraventoras de una previa resolución judicial o administrativa atributiva de la custodia al otro progenitor o a otra persona o institución¹³⁸. La Circular 2/2012 expone que cabría pensar que en el interregno se ha producido un vacío que puede ser interpretado como una “despenalización de las conductas de sustracción de menores

¹³⁵ Circular 2/2012, pág. 11.

¹³⁶ Como aspecto aclaratorio, gran parte de la doctrina considera innecesario la tipificación del delito de sustracción de menores en el CP 1995, puesto que tales conductas pueden ser subsumidas en el delito agravado de detenciones ilegales tipificado en el art. 165 CP. MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “*La detención legal del recién nacido*” La Ley Penal, núm. 101, Sección Legislación aplicada a la práctica, marzo-abril 2013, Editorial Wolters Kluwer, pág. 3: “El CP de 1995 se equivocó al considerar que el viejo delito de sustracción de menores era superfluo o debía incluirse entre los delitos contra los derechos y deberes familiares, cuando en realidad el anterior art. 484, que castigaba “la sustracción de un menor de siete años”, venía a completar los tipos de detención ilegal contruidos sobre el ataque a la voluntad personalísima de la víctima. Tanto es así que el nuevo art. 225 bis, único de la Sección creada por la LO 9/2002 sólo contempla la sustracción del menor por sus progenitores, ascendientes u otros parientes, lo que no basta para llenar la laguna penal existente”.

¹³⁷ Los nuevos tipos penales de secuestro parental se ubicaron en una rúbrica de nueva creación bajo la denominación “De la sustracción de menores”, que da nombre a la nueva Sección Segunda del Capítulo III sobre “Delitos contra los derechos y deberes familiares”, dentro del Título XII de “Delitos contra las relaciones familiares”.

¹³⁸ Circular 2/2012, pág. 11.

que resultarían perseguibles únicamente mediante la desvalorización de los medios empleados-falsedades documentales, coacciones, amenazas- o desde la perspectiva de la protección del estado civil del menor, entendido como bien de la personalidad desvinculado de su voluntad e independiente de toda idea de libertad personal –suposición de parto, entrega o sustitución de menores–, arts. 220 y ss. CP”¹³⁹.

Bajo mi punto de vista, la supresión del delito de sustracción de menores de siete años y la agravación del delito de detención ilegal genera una laguna legal, puesto que ambos constituyen tipos penales diferentes: el primero de ellos permitía aplicar el tipo a los recién nacidos carentes de capacidad deambulatoria, ante la ausencia de referencia a la libertad del menor. Por el contrario, y aunque esto es una cuestión discutida, en el delito de detención ilegal el bien jurídico protegido es la libertad deambulatoria, quedando excluidos los recién nacidos del ámbito de detención ilegal propiamente dicha, ya que no tienen capacidad de movimiento¹⁴⁰.

Como conclusión, considero que el CP vigente no tipifica un delito de sustracción de menores que no sea cometido por alguno de los progenitores. Centrándonos en los hechos que aquí nos interesan, no son los progenitores los autores de la supuesta sustracción de sus hijos, sino otras personas. Por ello, surge la imposibilidad de castigar los hechos de “bebés robados” por el derogado delito de sustracción de menores de siete años al no estar tipificado como tal en el actual CP de 1995, en aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal (art. 2 CP).

2. EL DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL (ART. 163 Y SS.).

El Libro II, Título VI “Delitos contra la Libertad”, Capítulo I “De las detenciones ilegales y secuestros” del vigente CP, recoge un conjunto de tipos delictivos que protegen como bien jurídico la libertad de las personas.

Se debe interpretar el concepto de libertad “como un atributo de la capacidad que tiene una persona para decidir lo que quiere o no quiere hacer y para trasladarse de un lugar a otro o situarse por sí mismo en el espacio, sin que su decisión se vea constreñida

¹³⁹ Circular 2/2002, pág. 12.

¹⁴⁰ El CP Alemán (art. 239 y 235 CP) y el Austriaco (art. 99 y 101 CP) tipifican tanto el delito de detención ilegal como el delito de sustracción de menores que castiga a “Quien sustraiga a una persona menor de 18 años, con engaños, amenaza o violencia, a sus padres, su tutor o cuidador, será castigado con prisión de hasta un año o multa”.

o mediatizada por otras personas”¹⁴¹. En opinión de MUÑOZ CONDE, la libertad es uno de los bienes jurídicos más relativos que existen dado que impone restricciones a las conductas de las personas¹⁴².

El tipo básico del delito de detención ilegal se encuentra tipificado en el art. 163.1 CP y sanciona lo siguiente: “El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años”. En consecuencia, tanto cuando se encierra como cuando se detiene a una persona, el resultado es el mismo: la privación de la libertad deambulatoria, con cuya realización se consuma el delito, aunque dicha consumación pueda prolongarse indefinidamente.

Como cuestión previa, creo que se debe aclarar que la calificación de los hechos que aquí estudiamos como delito de detención ilegal sólo resulta posible respecto a aquellas entregas de niños que han sido realizadas sin el consentimiento o conocimiento de sus padres. Cuando los titulares de la patria potestad son los que entregan al niño, autorizando su ubicación en otro entorno familiar, no cabe aludir a la existencia de privación ilegítima de la libertad, puesto que ésta ha sido autorizada por quienes tienen la capacidad para hacerlo. La dejación de las funciones inherentes a la patria potestad sólo puede reconducirse a las figuras de abandono de menores¹⁴³.

A continuación, abordaré el estudio de las cuestiones que me han parecido más interesantes: la propuesta de la FGE y los obstáculos existentes en la aplicación del delito de detención ilegal a los bebés robados.

¹⁴¹ MUÑOZ CONDE, F. “*Delitos contra la libertad*” en “*Derecho Penal. Parte Especial*”, 2017, pág. 133.

¹⁴² MUÑOZ CONDE, F. “*Delitos contra la libertad*” en “*Derecho Penal. Parte Especial*”, 2013, pág. 144: Según MUÑOZ CONDE, podemos estudiar la libertad desde tres puntos de vista: desde el punto de vista psicológico, político social y jurídico. Desde el punto de vista psicológico, la libertad es un atributo de la voluntad que se desarrolla en dos niveles: la libertad en la formación del acto voluntario y la libertad en la manifestación del acto voluntario ya formado. Ambos niveles pueden ser afectados por las conductas tipificadas en el Título VI (Delitos contra la libertad) que actúan bien impidiendo la libre formación de la voluntad (coacciones/amenazas), bien despreciando la voluntad manifestada (detenciones ilegales). La voluntad solo es genuina si está libremente formada; si se altera la libertad en la formación de la voluntad, ésta no será expresión de los reales deseos del sujeto, no será expresión ni de su personalidad ni de su esencia humana. Desde el punto de vista político-social, la libertad tiene que estar relacionada con la naturaleza del actuar humano; la coexistencia con los demás impone una serie de límites a la libertad derivada de las libertades ajenas. Y, desde el punto de vista jurídico, cada tipo delictivo protege un aspecto de la libertad. Sólo metafísicamente y por extensión podría hablarse de la libertad como bien jurídico. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. “*Delitos contra la libertad: detenciones ilegales y secuestros*” en “*Derecho Penal. Parte Especial*”, 2016, pág. 107.

¹⁴³ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. “*La entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales sobre el llamado “robo de bebés”*” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, ISSN 1699-1524 núm. 21/1er Semestre 2013, pág. 198.

2.1. LA PROPUESTA DE LA FGE A LOS CASOS DE BEBÉS ROBADOS.

Ante la imposibilidad de calificar los hechos en cuestión como delito de sustracción de menores de 7 años, la FGE propone calificarlos como delito de detención ilegal (art. 163.1 CP¹⁴⁴).

La Circular 2/2012 admite la dificultad de su propuesta y analiza dos cuestiones de sumo interés:

- 1º) Si los recién nacidos pueden ser sujetos pasivos del delito de detención ilegal, cuando lo que se protege es la libertad deambulatoria.
- 2º) Si el apoderamiento, la sustracción o el robo de un recién nacido de un hospital encaja en las conductas típicas de “encerrar” y “detener”.

En cuanto a la consideración de menores como sujetos pasivos del delito de detención ilegal, la FGE considera que es una cuestión problemática, ya que dicho tipo penal ha sido constituido para proteger la libertad deambulatoria y hablamos de menores que por su escaso o prácticamente nulo grado de desarrollo y maduración no son capaces todavía de formar y manifestar por sí mismos una voluntad independiente. Por otro lado, desde la perspectiva del principio de legalidad, en su modalidad de *lex stricta*, surge la dificultad de subsumir el apoderamiento subrepticio de un recién nacido incapaz de comprender los hechos y reaccionar ante los mismos en los verbos nucleares “detener y encerrar”, definitorios de la conducta típica del delito¹⁴⁵.

A pesar de ambos “obstáculos”, la FGE advierte que ello no implica que los recién nacidos no sean titulares de una libertad personal potencial, ya que ésta se ejerce vicarialmente a través de sus progenitores o representantes legales y, por tanto, es susceptible de recibir la protección penal establecida en el art. 163.1 CP.

¹⁴⁴ Art. 163 CP: “1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años. 2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado. 3. Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días. 4. El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses”.

¹⁴⁵ Circular 2/2002, pág. 13.

Para apoyar la propuesta de considerar las conductas constitutivas de un delito de detención ilegal, la FGE trae a colación numerosas sentencias del TS¹⁴⁶, incluso alude a jurisprudencia portuguesa¹⁴⁷ y a la aplicabilidad del tipo agravado¹⁴⁸.

La Circular 2/2012 establece como conclusión que “lo decisivo para la realización del tipo de detención ilegal no es que exista una oposición clara y expresa de la víctima, sino la ausencia de consentimiento expreso o tácito por lo que no es exigible un elemento positivo del tipo, la contrariedad de la voluntad, sino un elemento negativo, la ausencia de voluntad. Por ello, aunque el bien jurídico protegido por el delito de detención ilegal es la libertad deambulatoria en su modalidad de autonomía para desplazarse espacialmente de un punto a otro, pueden ser igualmente víctimas del delito aquellas personas carentes de capacidad de discernimiento para ejercer esa libertad, bien por su corta edad, bien por sufrir discapacidades psíquicas o intelectivas. En estos casos, el núcleo típico abarca en su esfera de protección el régimen de custodia de los legítimos representantes legales”¹⁴⁹.

La interpretación más favorable para permitir la investigación de los hechos, y que habrá de mantenerse por la Fiscalía, será la de considerar la sustracción de recién nacidos como delito de detención ilegal cometido por funcionario público, cuando por el lugar de comisión (dependencias de hospitales públicos etc.) o por cualquier otra circunstancia concurrente, pudiera racionalmente sospecharse que el presunto autor tenía tal cualidad. Evidentemente, dado que la casuística puede ser muy diversa, lo procedente ante estas situaciones es, en primer término, deslindar los supuestos en los que efectivamente pueda

¹⁴⁶ STS (19/05/2003) núm. 788/2003 declara que “El sujeto pasivo del delito puede ser una persona mayor o menor de edad. El hecho de que un menor de edad no pueda valerse por sí mismo y necesite para ello el auxilio de otra persona no implica que no sea titular del derecho a la libertad individual, aun cuando precise de un tercero para hacerla efectiva...la detención ilegal de un menor en esas condiciones se comete extrayéndolo del ámbito de influencia de quien hace efectivo su derecho a la libertad deambulatoria o bien deteniendo o encerrando a éste, en cuyo caso se le impide no solo el ejercicio de su propia libertad sino también de la del menor”, STS (07/06/2007) núm. 492/2007 ratifica literalmente la doctrina de la sentencia mencionada, STS (10/11/2010) núm. 1036/2010 “condena por detención ilegal en un supuesto en el que el acusado retira a una menor mediante engaños del centro docente donde se hallaba ubicada por decisión de sus padres”. En la misma línea, la STS (24/11/2004) 1339/2004 que declara que pueden ser sujetos pasivos del delito de detención ilegal “los que se hallan en situación de involuntariedad, así como los que adolecen de incapacidad de acción volitiva en el momento de la acción típica”.

¹⁴⁷ El Acuerdo de Portugal, STJ 5-5-93 considera que un recién nacido puede ser secuestrado, puesto que “su libertad deambulatoria para ir (o ser llevado) junto a sus padres, o hacia donde sus padres deseen que vaya, es coartada dolosamente por el agente”.

¹⁴⁸ La FGE dispone que, en estos casos, puede ser aplicable el subtipo agravado del art. 163.3 CP si efectivamente la situación se mantiene durante más de quince días, la agravación del art. 165 CP en base a la minoría de edad de la víctima y la penalidad específica prevista en el art. 167 CP para autoridades o funcionarios.

¹⁴⁹ Circular 2/2012, pág. 14.

mantenerse que se ha producido una sustracción de un recién nacido, de aquellos otros en los que aun habiéndose producido irregularidades en la adopción o en la inscripción de nacimiento, el hecho investigado tiene otra naturaleza y no es susceptible de incardinarse en los supuestos de detención ilegal¹⁵⁰.

2.2. ANÁLISIS DEL DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL: obstáculos existentes a la aplicación de este delito a los hechos.

2.2.1. El bien jurídico protegido en el delito de detención ilegal.

La correcta delimitación del bien jurídico protegido adquiere gran importancia en el delito de detención ilegal. Tal y como ha afirmado reiteradamente el TS, tanto el delito de detención ilegal como el delito de coacciones son delitos “contra la libertad”, siendo el bien jurídico protegido en ambos tipos penales la libertad individual. El delito de detención ilegal es una variante del delito de coacciones, con la diferencia de que no ataca la libertad de forma genérica, sino únicamente un aspecto de la misma, es decir, la libertad deambulatoria¹⁵¹.

Por ello, el bien jurídico protegido es la libertad deambulatoria, entendida dicha libertad como manifestación del derecho fundamental a la libertad (arts. 17.1 y 19 CE)¹⁵². La libertad deambulatoria se define como la capacidad de la persona de fijar por sí misma su situación en el espacio físico, es decir, ir de un lugar a otro, o quedarse en un sitio¹⁵³.

¹⁵⁰ Circular 2/2012, pág. 15.

¹⁵¹ A favor de considerar el delito de detenciones ilegales como variante del delito de coacciones ya que el primero de ellos sólo protege la libertad deambulatoria, véase: STS (06/10/1980) núm. 1010/1980, STS (06/03/1984) núm. 331/1984, STS (27/05/1999) núm. 655/1999, STS (09/01/2003) núm. 2/2003, ATS (29/09/2004) núm. 1236/2004, STS (24/06/2005) núm. 823/2005, STS (26/03/2006) núm. 371/2006, STS (07/05/2006) núm. 403/2006, STS (18/03/2011) núm. 192/2011, STS (21/12/2012) núm. 1010/2012 y STS (22/02/2013) núm. 188/2013.

¹⁵² Art. 17 CE: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”. Art. 19 CE: “1. Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. 2. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”.

¹⁵³ BUSTOS RAMÍREZ, J. “De las detenciones ilegales, la sustracción de menores y el rapto” en “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, 1991, pág. 104; MUÑOZ SÁNCHEZ, J. “El delito de detención ilegal”, 1992, pág. 51; MUÑOZ SÁNCHEZ, J. “Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el Código Penal de 1995”, en Varios “Delitos contra la libertad y la seguridad”, 1996, pág. 361; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J “Delitos contra la libertad. Detenciones ilegales y secuestros” en BAJO FERNÁNDEZ, M. “Compendio de Derecho Penal. Parte Especial”, 1998, pág. 42; MIRAT HERNÁNDEZ, Mª P. “Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal”, 2001, pág. 128; REBOLLO VARGAS, R. “Delitos contra la libertad. De las detenciones ilegales y secuestros” en “Comentarios al Código Penal. Parte Especial”, 2004, pág. 172; RAGUÉS I VALLÉS, R. “Delitos contra la libertad” en SILVA-SÁNCHEZ, J. Mª. (Dir.) “Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial”, 2015, pág. 96; RUBIO LARA, P.A. “Delitos contra la

2.2.2. Los sujetos pasivos en el delito de detención ilegal.

En este apartado, debemos analizar quienes son sujetos pasivos del delito de detención ilegal. Quiero recordar lo señalado por la FGE cuando afirma que se trata de una cuestión problemática ya que el delito de detención ilegal protege la libertad deambulatoria, pero no existe consenso a la hora de decidir si los recién nacidos tienen dicha capacidad deambulatoria.

En este sentido, puedo destacar diferentes interpretaciones en cuanto a la consideración de menores (recién nacidos) como sujetos pasivos del delito en cuestión. En primer lugar, se analizan las opiniones de los autores que consideran que los recién nacidos no son sujetos pasivos del delito de detención ilegal ya que carecen de libertad deambulatoria. En segundo lugar, se estudian las interpretaciones que realizan los autores que consideran que los recién nacidos sí son sujetos pasivos a través de dos posibilidades: a) por delegación o representación vicarial de sus padres o b) porque tendrían capacidad potencial de movimiento.

En primer lugar, hay autores que coinciden en considerar sujeto pasivo del delito de detención ilegal a “quien tiene la capacidad, según el sentido natural, de formar una voluntad de movimiento dirigida a cambiar su posición en el espacio”. Consideran que ni los recién nacidos ni las personas con discapacidad absoluta pueden ser sujetos de este delito porque carecen de la capacidad para poder determinar su situación en el espacio, entendida como la posibilidad de decisión y autonomía de movimiento. Hacen hincapié en que lo fundamental es la posibilidad de autonomía en el movimiento, sea ésta natural o de carácter instrumental, a través de medios auxiliares que permitan el desplazamiento¹⁵⁴.

libertad” en “Manual teórico de Derecho Penal II. Parte Especial de Derecho Penal”, 2017, pág. 33; MUÑOZ CONDE, F. “Delitos contra la libertad” en “Derecho Penal. Parte Especial”, 2017, pág. 151.

A favor de considerar el bien jurídico protegido la libertad personal, véase la STS (02/05/1984) núm. 627/1984 y STS (25/10/1983) núm. 1407/1983.

¹⁵⁴ MUÑOZ SÁNCHEZ, J. “El delito de detención ilegal”, 1992, pág. 69; Díez Ripollés, J.L. “Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad”, 1993; MUÑOZ SÁNCHEZ, J. “Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el Código Penal de 1995”, en Varios “Delitos contra la libertad y la seguridad”, 1996, págs. 362 y 366; MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La detención legal del recién nacido” La Ley Penal, núm. 101, Sección Legislación aplicada a la práctica, marzo-abril 2013, Editorial Wolters Kluwer, págs. 2-3: Rechaza la propuesta de la FGE puesto que considera que el bien jurídico protegido en el delito de detenciones legales es la libertad actual de movimiento y no la potencial. Así, manifiesta que se incurriría en el mismo si la conducta se dirige contra la voluntad real y manifestada de la víctima. Además, dispone que “la referencia a la libertad en el art. 163 no sólo se hace con un verbo en forma unipersonal «privándole de su libertad», sino que, atendiendo también a la ubicación

JERICÓ OJER argumenta su posición apoyándose en que los recién nacidos carecen de capacidad de movimiento, ni la pueden alcanzar a través de medios auxiliares dejando totalmente claro que los progenitores no se consideran un medio auxiliar. A su vez, también incide en la capacidad motriz que progresivamente desarrollan los recién nacidos, decidiendo mínimamente su situación espacial¹⁵⁵. Según la autora, la adopción de la Circular 2/2012 consiste en proteger la libertad deambulatoria del recién nacido a través de una traslación vicarial de la misma hacia la figura de sus progenitores o representantes legales, lo que supondría la creación de cierta ficción en donde se convierte al recién nacido en el sujeto pasivo de un delito contra la libertad; pero no porque se haya afectado directamente su libertad deambulatoria, sino porque es ejercida en su nombre por sus progenitores, pero sin que en ningún momento la de éstos se vea vulnerada¹⁵⁶. BUSTOS RAMÍREZ considera que el sujeto pasivo puede ser cualquiera, pero siempre que esté dotado de los procesos volitivos para su determinación psico-espacial ya que se trata de libertad deambulatoria y, los recién nacidos no tienen la capacidad de formar una voluntad de movimiento dirigida a cambiar su posición en el espacio. Por tanto, al carecer de dicha capacidad no podrán ser víctimas del delito¹⁵⁷.

MUÑOZ SÁNCHEZ afirma que no se puede considerar al recién nacido sujeto pasivo del delito de detención ilegal en virtud de la teoría de la representación ya que al representante del recién nacido no se le “encierra” ni se le “detiene”, es decir no se le

de gerundio en la frase, dicha privación de libertad debe entenderse como una consecuencia de la detención o el encierro y no como su antecedente. Esto abundaría en el sentido de que el detener y el encerrar atentan contra la voluntad real, presente o futura, de la víctima. El significado gramatical de ambas palabras concordaría así con el carácter positivo de la libertad de movimientos cuya privación se produce al conjugar dichos verbos”; SERRANO TÁRRAGA, M.ª D. “*Delitos contra la libertad*” en SERRANO GÓMEZ, A. (Dir.) “*Curso de Derecho Penal. Parte Especial*”, 2016, pág. 94.

¹⁵⁵ JERICÓ OJER, L. “*La respuesta jurídico-penal a la sustracción de menores: especial referencia al caso de los niños robados durante el franquismo*” en “*Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas*”, 2017, pág. 227: En base a ello, la autora menciona el art. 165 CP, dado que el menor puede ser sujeto pasivo del delito de detenciones ilegales, siempre y cuando alcance ciertas capacidades. “Por lo tanto, proteger la libertad deambulatoria significa constatar la posibilidad de autonomía en el movimiento, natural o potencial, pero siempre y cuando exista una capacidad de movimiento bien porque el propio sujeto autónomamente puede desplazarse o bien porque utiliza algún medio accesorio”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “*La detención legal del recién nacido*”, La Ley Penal, núm. 101, Sección Legislación aplicada a la práctica, marzo-abril 2013, Editorial Wolters Kluwer, pág. 3: “El subtipo agravado del art. 165, por ser la víctima menor de edad, presupone también la voluntad real o al menos la capacidad de voluntad necesaria para la libertad de movimientos, aunque no tan desarrollada como en los adultos, y no afecta a la problemática de un recién nacido, que carece por completo de aquéllas”.

¹⁵⁶ JERICÓ OJER, L. “*La respuesta jurídico-penal a la sustracción de menores: especial referencia al caso de los niños robados durante el franquismo*” en “*Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas*”, 2017, págs. 226-228.

¹⁵⁷ BUSTOS RAMÍREZ, J. “*De las detenciones ilegales, la sustracción de menores y el rapto*” en “*Manual de Derecho Penal. Parte Especial*”, 1991, págs. 104-105.

impide abandonar un lugar. Su voluntad no es una voluntad de abandono, sino que se le impide realizar una determinada acción¹⁵⁸. Así, muestra el siguiente ejemplo: “Piénsese en un recién nacido que es encerrado en una habitación, impidiéndole a la madre acceder a él. Aquí no se realiza el delito de detención ilegal, pues el recién nacido no tiene capacidad de formar una voluntad de movimiento, y la acción de impedir al representante legal acudir al lugar donde se encuentra el niño tampoco realiza el tipo, pues no se le impide abandonar el lugar, sino que sólo se le impide entrar en la habitación”¹⁵⁹.

En segundo lugar, nos encontramos con dos vías para entender si los menores son sujetos pasivos del delito de detención ilegal:

- a) El TS y un sector doctrinal considera que, en aplicación de la teoría de la representación, indirectamente los menores serían sujetos pasivos del delito de detención ilegal.

El TS interpreta que el hecho de que un menor de edad no pueda valerse por sí mismo y necesite para ello el auxilio de otra persona y que incluso no pueda manifestar su voluntad contraria a ser privado de libertad, no implica que no sea titular del derecho a la libertad individual, aun cuando precise de un tercero para hacerla efectiva. Según el TS, la detención ilegal de un menor que se encuentre en esas condiciones se comete extrayéndolo del ámbito de influencia de quien hace efectivo su derecho a la libertad deambulatoria, que serán ordinariamente sus padres. Por lo tanto, entiende, con carácter general, que la libertad coactada afecta a los padres¹⁶⁰.

¹⁵⁸ MUÑOZ SÁNCHEZ, J. “*El delito de detención ilegal*”, 1992, pág. 61; MUÑOZ SÁNCHEZ, J. “*Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el Código Penal de 1995*”, en *Varios “Delitos contra la libertad y la seguridad”*, 1996, pág. 364.

¹⁵⁹ MIRAT HERNÁNDEZ, M^a P. “*Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*”, 2001, pág. 148: Mirat Hernández comparte la opinión de Muñoz Sánchez reiterando que, aunque la voluntad del representante del menor se vea negada, a éste no se le impide el abandono de un lugar, por tanto, no puede ser considerado sujeto pasivo del delito de detención en lugar del representado, que es al que se le ha privado de libertad; MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “*La detención legal del recién nacido*” *La Ley Penal*, núm. 101, Sección Legislación aplicada a la práctica, marzo-abril 2013, Editorial Wolters Kluwer, pág. 3: En relación a esta interpretación, ciertos autores defienden la calificación de sujetos pasivos del tipo a los recién nacidos en virtud del tipo agravado del art. 165 CP. Dicho tipo penal “presupone también la voluntad real o al menos la capacidad de voluntad necesaria para la libertad de movimientos, aunque no tan desarrollada como en los adultos, y no afecta a la problemática de un recién nacido, que carece por completo de aquéllas”, por lo que no considero totalmente acertada la calificación mencionada en base a dicho precepto.

¹⁶⁰ En este sentido véase: STS (29/05/2003) núm. 788/2003, STS (07/05/2007) núm. 492/2007. Se destaca la STS (07/06/2007) núm. 492/2007 en la que se castiga a una mujer por delito de asesinato, delito de suposición de parto y delito de detención ilegal puesto que, con intención de apoderarse del hijo de una amiga y criarlo como propio, fingió estar embarazada y posteriormente mató a la madre biológica del menor integrando a éste en su familia. Respecto al delito de detención ilegal, el TS señala que tras establecer que el bien jurídico protegido es la libertad deambulatoria, “el sujeto pasivo del delito puede ser una persona

En este punto, hay un sector doctrinal que se posiciona favorablemente a la calificación de los menores, incluyendo a los recién nacidos, como sujetos pasivos del delito de detención ilegal basándose principalmente en la teoría de la representación. Consideran que será sujeto pasivo todo aquel que posea capacidad para fijar su situación en el espacio tanto si puede como si no puede ejercerla por sí mismo, haciendo referencia a la ayuda de medios mecánicos o personales. Así consideran sujetos pasivos tanto a los menores como a los inimputables en la medida en que no tengan capacidad suficiente para trasladarse por sí mismos, es decir, que carezcan de capacidad de decidir.

Si se trata de niños recién nacidos o de muy temprana edad, los que ejercen físicamente su libertad para fijar su posición en el espacio físico son sus padres o cuidadores, trasladándolos de un lugar a otro. Por tanto, la detención ilegal consistiría en el quebrantamiento de la relación de custodia con la persona encargada legalmente de la guarda ya que, si se impide a la persona que se encuentra al servicio de otra la ejecución de la voluntad de ésta, se estará cometiendo un delito de detención ilegal. La doctrina hace referencia a que no importa que a la libertad externa (libertad deambulatoria) no acompañe una libertad interna. Así, el hecho de que se trate de una libertad ejercida bajo la tutela de otro no significa que deje de ser un derecho del menor. Negar la libertad deambulatoria a los menores de edad sin capacidad de movimiento supondría reducir a dichos menores a la condición jurídica de cosas, negando su condición de personas como sujetos de derechos. Al igual que no se niega la libertad deambulatoria respecto de enfermos o personas impedidas que dependen de medios mecánicos o de terceras personas para desplazarse, tampoco es posible negar, la libertad deambulatoria del menor¹⁶¹. ESTRELLA RUIZ muestra su opinión favorable a dicha interpretación, puesto que

mayor o menor de edad, agravándose la pena en este supuesto, conforme al art. 165 CP. El hecho de que un menor de edad no pueda valerse por sí mismo y necesite para ello el auxilio de otra persona, y que incluso no pueda manifestar su voluntad contraria a ser privado de libertad, no implica que no sea titular del derecho a la libertad individual, aun cuando precise de un tercero para hacerla efectiva”. Sostiene el TS que se impide tanto el ejercicio de la libertad de los padres o representantes legales como la del menor. También se destaca la SAP (04/05/2012) núm. 30/2012 en la que se enjuicia un delito de detención ilegal en tentativa. Los acusados realizaron todos los actos dirigidos a privar la libertad deambulatoria, durante el espacio de tiempo mínimo relevante, de un menor de 23 meses de edad y no lograron este resultado debido a la intervención de la madre del niño. AAP Madrid (28/09/2012) núm. 699/2012 y STS (06/03/2018) núm. 108/2018.

¹⁶¹ CÓRDOBA RODA, J. “*El delito de detenciones ilegales en el CP Español*” Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 17, Fasc./Mes 3, 1964, págs. 390-391; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. “*La entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales sobre el llamado “robo de bebés”*” en Revista Europea de Derechos Fundamentales, ISSN 1699-1524 núm. 21/1er Semestre 2013, págs. 200-201; BLANCO CORDERO, I. “*De las detenciones ilegales y secuestros*” en GÓMEZ TOMILLO, M. (DIR.) “*Comentarios al Código Penal*”, 2010, pág. 636; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. “*Delitos contra la libertad: detenciones ilegales y*

valora que no es necesaria la oposición clara y expresa de la víctima para que se cometa el delito, sino la ausencia de consentimiento expreso o tácito. Considera que la extracción de un recién nacido del seno familiar simulando su muerte en el parto es un ejemplo claro de que se le ha privado por completo de su libertad más elemental que se materializa a través de sus padres dado que el núcleo típico de la esfera de protección abarca el régimen de custodia de los legítimos representantes legales¹⁶².

En relación con esta interpretación, hay ciertos autores que deducen que los menores pueden ser sujetos pasivos del delito de detención ilegal en base a la tipificación del tipo agravado del art. 165 CP¹⁶³ que establece una pena mayor cuando la detención ilegal se lleve a cabo sobre un menor de edad o incapaz y, entender que los menores de edad que aún no tienen capacidad para moverse, es decir, los recién nacidos, no pueden ser objeto del delito de detención ilegal por carecer de libertad deambulatoria, no sólo resultaría contrario a lo dispuesto expresamente en el art. 165 CP, sino que llevaría a la absurda consecuencia de entender que tales supuestos han quedado despenalizados, teniendo en cuenta la derogación en el CP de 1995 del tipo específico de sustracción de menores de siete años del antiguo art. 484 CP de 1944/73¹⁶⁴.

- b) Una segunda interpretación apoya al reconocimiento del recién nacido como sujeto pasivo directo del delito de detención ilegal al considerar que el bien jurídico protegido es la libertad potencial de movimiento.

Este sector doctrinal considera la libertad potencial de movimiento como la posibilidad teórica de formar la voluntad de movimiento. Defiende que para la realización del tipo no se exige el elemento positivo “contrariedad de la voluntad”, es decir una oposición clara y externa de la víctima, sino un elemento negativo “ausencia de voluntad”.

secuestros” en *“Derecho Penal. Parte Especial”*, 2016, pág. 111; MUÑOZ CONDE, F. *“Delitos contra la libertad”* en *“Derecho Penal. Parte Especial”*, 2017, pág. 151.

¹⁶² ESTRELLA RUIZ, M. *“Sustracción de menores recién nacidos”*, Revista de Jurisprudencia, 2013, págs. 7-8.

¹⁶³ Art. 165 CP “Las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección o funcionario público en el ejercicio de sus funciones”.

¹⁶⁴ MIRAT HERNÁNDEZ, M^a P. *“Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal”*, 2001, págs. 152-153; BLANCO CORDERO, I. *“De las detenciones ilegales y secuestros”* en GÓMEZ TOMILLO, M. (DIR.) *“Comentarios al Código Penal”*, 2010, pág. 636; ULZURRUN LLUCH, M. *“La entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales sobre el llamado “robo de bebés”* en Revista Europea de Derechos Fundamentales, ISSN 1699-1524 núm. 21/1er Semestre 2013, págs. 200-201.

Se trataría, por lo tanto, de la ausencia de un consentimiento expreso o tácito, coincidiendo con lo dispuesto por la FGE. De esta forma, serán sujetos pasivos del delito quienes dispongan de dicha capacidad teórica incluyendo tanto a los incapaces momentáneos de movimiento¹⁶⁵ como a los incapaces por largo tiempo o permanentes¹⁶⁶. En consecuencia, concluyen que los recién nacidos son sujetos pasivos del delito al ser considerados incapaces de movimiento por largo tiempo¹⁶⁷.

REBOLLO VARGAS considera titulares del bien jurídico protegido a los recién nacidos y, por consiguiente, sujetos pasivos del delito, en relación directa con la hipótesis de que lo protegido en el tipo de detención ilegal es la libertad potencial del sujeto. Ello lo justifica alegando que la descripción típica no excepciona en ningún caso su ámbito material y, por lo tanto, no cabe introducir ningún tipo de diferenciación o de

¹⁶⁵ Hace referencia a las personas dormidas, inconscientes, borrachos plenos...etc.

¹⁶⁶ Se refiere a recién nacidos, enfermos catatónicos o personas paralíticas que requieran de medios auxiliares para desplazarse en los que existirán detenciones ilegales cuando se les prive de tales medios.

¹⁶⁷ CÓRDOBA RODA, J. “*El delito de detenciones ilegales en el CP español*”. Anuario, ISSN 0210-3001, Tomo 17, Fasc./Mes 3, 1964, pág. 393; MUÑOZ SÁNCHEZ, J. “*El delito de detención ilegal*”, Trotta, Madrid, 1992, págs. 58-59; MUÑOZ SÁNCHEZ, J. “*Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el Código Penal de 1995*”, en *Varios “Delitos contra la libertad y la seguridad”*, 1996, págs. 364-365; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J “*Delitos contra la libertad. Detenciones ilegales y secuestros*” en BAJO FERNÁNDEZ, M. “*Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*”, 1998, pág. 42; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a P. “*Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*”, 2001, págs. 152-153; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. “*Delitos contra la libertad: detenciones ilegales y secuestros*” en “*Derecho Penal. Parte Especial*”, 2016, págs. 107-109; MUÑOZ CONDE, F. “*Delitos contra la libertad*” en “*Derecho Penal. Parte Especial*”, 2017, págs. 151-153.

En este sentido se destaca la STS (24/11/2004) núm. 1339/2004 en la que se resuelve un recurso interpuesto por los acusados del delito, entre otros, de detención ilegal. Los acusados golpearon a la víctima dejándole semiconsciente como consecuencia de los golpes recibidos y, posteriormente, con la finalidad de impedir que abandonara el lugar y asegurar su huida, lo tumbaron sobre una colchoneta atándolo fuertemente de pies y manos con unos cables eléctricos, momento en el que le propinaron un último golpe quedando totalmente inconsciente para, con ánimo de ilícito patrimonial, coger las llaves del vehículo y la cartera de la víctima. Alegan que los hechos probados no reúnen los elementos del tipo necesarios para entender cometido el delito de detención ilegal puesto que la víctima nunca se sintió privado de libertad al haber quedado totalmente inconsciente como consecuencia de los golpes y que, aun cuando la intención de la atadura hubiese sido limitar la libertad deambulatoria del sujeto pasivo, éste nunca llegó a sentirse privado de libertad al perder la consciencia de forma inmediata por efecto del último golpe recibido. Por tanto, alegan que falta el elemento fundamental del tipo, es decir que la libertad deambulatoria del sujeto pasivo sea constreñida, anulada o limitada y que éste sea consciente de ello. El TS dispone que dicho motivo de recurso deviene inaceptable puesto que “lo que se protege en el delito de detención es la libertad potencial de movimiento, y ésta se concibe como la posibilidad teórica que tiene el afectado de formar la voluntad de movimiento, de manera que el sujeto del delito será todo aquel que tenga tal capacidad teórica, entre la que se incluirá a los que transitoriamente están privados de esa capacidad. Se admite así el delito respecto de los incapaces momentáneos de movimiento como personas dormidas, inconscientes y embriagados plenos y respecto a los incapaces de movimiento por largo tiempo o de forma permanente, argumentándose a favor de esta posición que la libertad de movimiento es un bien jurídico especialmente importante, reconocido como derecho fundamental, lo que aconseja una interpretación extensiva del concepto de privación de libertad que permita incluir también a los incapaces de voluntad”. En definitiva, debe sostenerse que sujetos pasivos del presente delito pueden serlo “los que se hallan en situación de involuntariedad”, así como los que “adolecen de incapacidad de acción volitiva en el momento de la acción típica”. Y, finaliza estableciendo que “por tanto, aun cuando la detención haya de practicarse “contra o sin la voluntad de la víctima”, la ilegalidad de la detención en el presente caso no puede ser cuestionada”.

discriminación haciendo hincapié en que no debe olvidarse que la libertad deambulatoria es consustancial a toda persona humana y que se articula como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico¹⁶⁸.

Argumentan a favor de esta posición, que la libertad potencial de movimiento es un bien jurídico protegido especialmente importante ya que está reconocido constitucionalmente como derecho fundamental interpretando el concepto de privación de libertad de forma genérica, extensa¹⁶⁹. Afirman que, de no ser así, se llegaría a una interpretación contraria al sentido moral, pues una persona transitoriamente incapaz de actuación de voluntad podría ser encerrada o transportada arbitrariamente, como si fuera una cosa, impunemente. BONET ESTEVA establece que el TS dispone de doctrina asentada para no llegar a la absurda posición de tratar a los bebés como cosas pues no tienen libertad deambulatoria. Destaca que lo importante no es la contradicción de la voluntad de la víctima sino la ausencia de voluntad de ésta, concluyendo que los bebés sí pueden ser detenidos ilegalmente ya que a pesar de no tener libertad deambulatoria consolidada, sí son titulares de una libertad personal en potencia ejercida vicarialmente por sus padres¹⁷⁰.

2.2.3. La conducta típica en el delito de detención ilegal.

El art. 163.1 CP castiga al “particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad”. El delito de detención ilegal se configura como un tipo denominado genéricamente como “resultativo” o “prohibitivo de causación” puesto que se caracteriza porque el comportamiento típico (encerrar o detener) queda determinado exclusivamente por la lesión del bien jurídico plasmada en la producción de un resultado. Por ello, el análisis del tipo objetivo del mismo se encuentra condicionado y el precepto 163 CP sólo contiene el verbo típico que pone el énfasis en el resultado producido, sin aludir al comportamiento que da lugar al resultado. La naturaleza del delito nos obliga a delimitar los resultados típicos previamente para que, a partir de los mismos, preguntarnos cuales

¹⁶⁸ REBOLLO VARGAS, R. “*Delitos contra la libertad. De las detenciones ilegales y secuestros*” en “*Comentarios al Código Penal. Parte Especial*”, 2004, pág. 173.

¹⁶⁹ En este sentido, se destaca la STS 18/11/2008 núm. 728/2008 que establece que “en el delito de detención ilegal se produce un grave ataque contra el sujeto pasivo al que se le priva de uno de los más importantes derechos fundamentales”.

¹⁷⁰ BONET ESTEVA, M. “*Los niños arrebatados por el franquismo a las mujeres. Constelaciones de casos, puntos de conexión y posibles abordajes jurídico penales*”, Universitat Autònoma de Barcelona - Grup de recerca Antígona, 2013, pág. 15.

son los comportamientos que pueden dar lugar a ellos y, por consiguiente, se deben considerar típicos¹⁷¹.

Según el Diccionario de la Real Academia Española “detener” hace referencia a “impedir que algo o alguien sigan adelante”¹⁷² mientras que “encerrar” implica la acción de “meter a una persona o a un animal en lugar del que no pueda salir”¹⁷³.

La acción típica 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, privándole de la posibilidad de trasladarse de un lugar según su voluntad. Las dos únicas conductas típicas recogidas en el art. 163.1 CP son el encierro y la detención, que no son términos sinónimos y representan actos injustamente coactivos para una persona, realizados contra su voluntad. En ambos casos, se limita ostensiblemente el derecho a la deambulación en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana¹⁷⁴.

Por tanto, el delito de detención ilegal consiste en privar a una persona de su libertad deambulatoria mediante el encierro o detención¹⁷⁵. Cabe resaltar que resulta indiferente el tipo de medios utilizados para ello o si se realizó por acción u omisión, siempre que encaje en uno de los dos verbos típicos mencionados¹⁷⁶.

En primer lugar, analizaremos que se entiende por “detener”. Consiste en privar a alguien de la facultad de alejarse de un lugar en un espacio abierto sin necesidad de encierro, privándole su libertad¹⁷⁷. Este concepto también ha sido definido por el TS como

¹⁷¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. “*Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*”, 1993, pág. 330; MUÑOZ SÁNCHEZ, J. “*Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el Código Penal de 1995*”, en *Varios “Delitos contra la libertad y la seguridad”*, 1996, pág. 360.

¹⁷² Segunda acepción. <http://dle.rae.es/?id=DZpMxS1>

¹⁷³ Primera acepción. <http://dle.rae.es/?id=F4R96W1>

¹⁷⁴ En este sentido véase: STS (01/10/2009) núm. 923/2009, STS (05/03/2001) núm. 164/2001, STS (12/05/1999) núm. 801/1999.

¹⁷⁵ En este sentido véase: STS (21/12/2012) núm. 1010/2012, STS (09/05/2018) núm. 221/2018 y STS (12/05/1999) núm. 801/1999.

¹⁷⁶ MAQUEDA ABREU, M^a. L. “*Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*”, 1988, pág. 56. A favor de considerar irrelevantes los móviles del autor véase: STS (24/06/2005) núm. 823/2005, STS 403/2006 (07/05/2006) y STS (01/10/2009) núm. 923/2009.

A favor de considerar que en el delito de detenciones ilegales no es ineludible el uso de fuerza o intimidación para la privación al sujeto de su libertad deambulatoria a diferencia del delito de coacciones véase la STS (25/10/1983) núm. 1407/1983, STS (01/10/2009) núm. 923/2009, STS (18/03/2011) núm. 192/2011, STS (22/02/2013) núm. 188/2013 y STS (24/05/2017) núm. 376/2017.

¹⁷⁷ CÓRDOBA RODA, J. “*El delito de detenciones ilegales en el CP Español*” Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 17, Fasc./Mes 3, 1964, pág. 395; BUSTOS RAMÍREZ, J. “*De las detenciones ilegales, la sustracción de menores y el rapto*” en “*Manual de Derecho Penal. Parte Especial*”, 1991, pág. 105; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J “*Delitos contra la libertad. Detenciones ilegales*

“aprehender a una persona a la que se le priva de la posibilidad de alejarse, de transitar o de dirigirse a donde ella quiera”¹⁷⁸. Es decir, sin necesidad de encerrar materialmente a una persona, se obliga a la inmovilidad.

En segundo lugar, la mayoría de la doctrina española concibe el término “encerrar” como situar a una persona en un lugar cerrado sin posibilidad de que lo abandone por sus propios medios, sea dicho lugar inmueble (calabozo, habitación...) o mueble (automóvil, cofre, baúl o cajón...) ¹⁷⁹. Es decir, supone la privación de la libre deambulacion porque se tiene a la persona dentro de unos límites espaciales¹⁸⁰.

Así, podemos apreciar que la acción típica del delito de detención ilegal implica un acto material de encierro o detención que supone la privación al sujeto pasivo de la posibilidad de elegir él mismo la ubicación de su espacio físico¹⁸¹.

y secuestros” en BAJO FERNÁNDEZ, M. “Compendio de Derecho Penal. Parte Especial”, 1998, pág. 43; JERICÓ OJER, L. “La respuesta jurídico-penal a la sustracción de menores: especial referencia al caso de los niños robados durante el franquismo” en “Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas”, 2017, pág. 228.

En este sentido véase: ATS (23/09/2004) núm. 1375/2004, STS (24/11/2004) núm. 1339/2004, STS (30/11/2004) núm. 1411/2004, STS (24/06/2005) núm. 823/2005, STS (01/10/2009) núm. 923/2009, STS (18/03/2011) núm. 192/11, STS (21/12/2012) núm. 1010/2012, y STS (22/02/2013) núm. 188/2013.

¹⁷⁸ CÓRDOBA RODA, J. “El delito de detenciones ilegales en el CP Español” Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 17, Fasc./Mes 3, 1964, pág. 395; REBOLLO VARGAS, R. “Delitos contra la libertad. De las detenciones ilegales y secuestros” en “Comentarios al Código Penal. Parte Especial”, 2004, pág. 174: “En cuanto a detener, supone la privación de libertad de una persona en un lugar abierto, para lo que se emplea fuerza física, la intimidación o la violencia psíquica con el objeto de privarle de su libertad ambulatoria. Dicho aspecto hace difícil la diferenciación con las coacciones”.

En este sentido véase: STS (25/10/1983) núm. 1407/1983 y SAP Valencia (11/03/2005) núm. 156/2005.

¹⁷⁹ BUSTOS RAMÍREZ, J. “De las detenciones ilegales, la sustracción de menores y el rapto” en “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, 1991, pág. 105; MAQUEDA ABREU, M^a. L. “Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas”, 1988, pág. 59; MUÑOZ SÁNCHEZ, J. “El delito de detención ilegal”, 1992, pág. 110; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. “Delitos contra la libertad. Detenciones ilegales y secuestros” en BAJO FERNÁNDEZ, M. “Compendio de Derecho Penal. Parte Especial”, 1998, pág. 43; REBOLLO VARGAS, R. “Delitos contra la libertad. De las detenciones ilegales y secuestros” en “Comentarios al Código Penal. Parte Especial”, 2004, pág. 174; JERICÓ OJER, L. “La respuesta jurídico-penal a la sustracción de menores: especial referencia al caso de los niños robados durante el franquismo” en “Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas”, 2017, pág. 228.

En este sentido, véase la STS (25/10/1983) núm. 1407/1983, ATS (23/09/2004) núm. 1375/2004, STS (24/11/2004) núm. 1339/2004, SAP Valencia (11/03/2005) núm. 156/2005, STS (24/06/2005) núm. 823/2005, STS (01/10/2009) núm. 923/2009 y STS (21/12/2012) núm. 1010/2012.

¹⁸⁰ En este sentido, hay autores que establecen que para apreciar la existencia de un encierro no tiene por qué ser un lugar cerrado. Así, MUÑOZ SÁNCHEZ, J. “El delito de detención ilegal”, 1992, pág. 111: “Por ende, se requieren dos presupuestos para la existencia del encierro: -Situación al sujeto en un espacio delimitado; es indiferente que el sujeto sea colocado en un lugar abierto o cerrado. -Impedir el abandono de ese espacio mediante mecanismos exteriores; que el sujeto no pueda abandonar el lugar por impedirsele un dispositivo u obstáculo externo. Es decir, una persona se encuentra encerrada cuando objetivamente existe un obstáculo físico que le impide abandonar el lugar de paradero. A favor de esta posición, véase la STS (05/03/2001) núm. 164/2001.

¹⁸¹ En este sentido, se destaca la STS (22/12/2009) núm. 1306/2009 que establece que “La detención ilegal desplaza a las coacciones siempre que la forma comisiva encerrar o detener afecte al derecho de libertad deambulacion. La diferencia entre los delitos de detención ilegal y coacciones - ambos, infracciones lesivas

SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN reconoce los obstáculos existentes para subsumir el hecho de la sustracción de un recién nacido en las conductas de “detener” o “encerrar”. Sin embargo, en su opinión, estas dificultades pueden superarse entendiendo la lesión de la libertad del menor como quebrantamiento de la relación de custodia con la persona encargada de la guarda, de forma que la privación de libertad se produce con el apartamiento del menor del entorno familiar que es lo que determina la lesión de la libertad deambulatoria¹⁸².

Por el contrario, JERICÓ OJER considera muy dudosa la subsunción de la conducta de separación y apoderamiento furtivo del recién nacido con la consiguiente separación de su núcleo familiar biológico en la conducta típica de “detener” o “encerrar”. Entiende que la FGE desborda el significado de los verbos típicos descritos en el art. 163.1 CP con lo que la admisión de dicha subsunción significaría, bajo su opinión, una infracción del principio de legalidad y la aplicación de una analogía *in malam partem*, ya que se estaría extendiendo el tenor literal del precepto a supuestos que no están alcanzados por él¹⁸³.

Quiero destacar que, aunque los autores estudian exhaustivamente el bien jurídico protegido y el sujeto pasivo del delito de detención ilegal, no entran a analizar las conductas típicas del art. 163.1 CP que es, bajo mi parecer, un aspecto que dificulta gravemente la subsunción de los casos de “niños robados” en el delito de detención ilegal.

del bien jurídico constituido por la libertad personal- ha sido analizada y clasificada en múltiples ocasiones por la doctrina de esta Sala y según esta jurisprudencia el delito de coacciones es el género y el de detención ilegal la especie. Por lo tanto, es el principio de especialidad el que entra en juego cuando una u otra calificación se pueden proyectar sobre un mismo hecho. El delito de detención ilegal desplaza al de coacciones, siempre que la forma comisiva, representada por los verbos detener o encerrar, afecta no solo a la genérica libertad de hacer o no hacer sino al específico derecho, incluido naturalmente en aquella libertad, de moverse y deambular seguir a la persona le plazca, a lo que se suele incorporar, no sin reservas, un cierto factor temporal porque la restricción de la facultad deambulatoria, para que integre el delito de detención ilegal, ha de tener una mínima duración difícil de precisar «a priori» antes de ponderar el conjunto de circunstancias que en cada caso puedan concurrir”.

¹⁸² SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. “*La entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales sobre el llamado “robo de bebés”* en Revista Europea de Derechos Fundamentales, ISSN 1699-1524 núm. 21/1er Semestre 2013, pág. 204.

¹⁸³ JERICÓ OJER, L. “*La respuesta jurídico-penal a la sustracción de menores: especial referencia al caso de los niños robados durante el franquismo*” en “*Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas*”, 2017, pág. 228; MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “*La detención legal del recién nacido*” La Ley Penal, núm. 101, Sección Legislación aplicada a la práctica, marzo-abril 2013, Editorial Wolters Kluwer, pág. 3: Considera que “la única libertad contemplada en el tipo penal es la de la persona encerrada o detenida, puesto que el art. 163.1 CP se refiere a su libertad.

2.2.4. La consumación en el delito de detención ilegal.

A la hora de estudiar la naturaleza del presente delito, se cuestiona cuando el delito de detención ilegal estaría consumado. Es decir, si se trata de un delito instantáneo¹⁸⁴ o permanente¹⁸⁵ es un aspecto importante, pues ello tendrá implicaciones en el ámbito de la prescripción del mismo. En función de si se trata de un tipo penal instantáneo o permanente, el *dies a quo*, es decir, el momento en el que deberá comenzar a computarse la prescripción, será distinto. A pesar de que durante mucho tiempo tanto la doctrina como la jurisprudencia no han sido pacíficas, progresivamente se ha asentado una línea interpretativa plena de matices que muestra un importante acuerdo en cuanto a la estructura típica del delito.

Así, el delito de detención ilegal es un delito de carácter permanente¹⁸⁶. Cuando se encierra o se detiene a una persona, el resultado es el mismo: privación de la libertad deambulatoria. Con dicha privación de libertad se consuma el delito, pero dicha consumación sigue viva, es decir puede prolongarse indefinidamente puesto que hasta que la víctima no pueda liberarse o salir de su encierro, dicho delito seguirá consumiéndose poco a poco y no termina hasta que la privación llega a su fin¹⁸⁷. Además,

¹⁸⁴ Delitos cuya consumación se produce en cuanto se realiza el último acto o se produce el resultado, sin que se genere una situación antijurídica duradera.

¹⁸⁵ Delitos cuya consumación crea una situación antijurídica duradera que se mantiene o cesa por la conducta del autor.

¹⁸⁶ Por lo que respecta a la jurisprudencia favorable a considerar que el delito de detenciones ilegales es un delito permanente, véase: STS Madrid (25/10/1983) núm. 1407/1983, STS (27/12/2004) núm. 1548/2004, STS (03/03/2005) núm. 280/2005, STS (18/07/2005) núm. 981/2005, STS (31/10/2005) núm. 1257/2005, STS (21/03/2006) núm. 383/2006, ATS (21/05/2009) núm. 1196/2009, STS (28/09/2010) núm. 809/2010, STS (30/12/2011) núm. 1429/2011, STS (27/02/2012) núm. 101/2012, STS (14/10/2013) núm. 762/2013, STS (11/12/2013) núm. 927/2013, STS (28/06/2016) núm. 568/2016, ATS (25/02/2018) núm. 342/2018, STS (13/06/2018) núm. 286/2018 y ATS (19/07/2018) núm. 1049/2018.

¹⁸⁷ En este sentido, véase: <https://www.iberley.es/temas/tipos-delictivos-consumacion-delito-48391>

MUÑOZ SÁNCHEZ, J. “El delito de detención ilegal”, 1992, pág. 231; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. “Delitos contra la libertad. Detenciones ilegales y secuestros” en BAJO FERNÁNDEZ, M. “Compendio de Derecho Penal. Parte Especial”, 1998, pág. 44; BONET ESTEVA, M. “Los niños arrebatados por el franquismo a las mujeres. Constelaciones de casos, puntos de conexión y posibles abordajes jurídico penales”, Universitat Autònoma de Barcelona - Grup de recerca Antígona, 2013, pág. 15; RAGUÉS I VALLÉS, R. “Delitos contra la libertad” en SILVA-SÁNCHEZ, J. M^a. (Dir.) “Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial”, 4^a edición adaptada a la Ley orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal, Atelier, Barcelona, 2015, pág. 97; QUERALT JIMÉNEZ, JJ “Derecho Penal. Parte Especial”, 2015, pág. 212; SERRANO TÁRRAGA, M.^a D. “Delitos contra la libertad” en Serrano Gómez, A. (Dir.) “Curso de Derecho Penal. Parte Especial”, 2016, pág. 95.

En este sentido, se debe destacar que la doctrina ha sostenido que toda privación de libertad presupone el transcurso de un cierto espacio temporal, derivándose de esta exigencia la naturaleza permanente del delito. En cambio, en la jurisprudencia existe cierto debate en cuanto a la exigencia de un mínimo temporal para la consumación del delito de detención ilegal. Bajo mi punto de vista, es necesario una duración mínima para la consumación del tipo penal. A favor de dicha interpretación se destacan: STS (22/02/2013) núm. 188/2013, STS (18/03/2011) núm. 192/11 que establecen que “lo que se relaciona con el parámetro tiempo que, en la detención suele traducirse en una cierta persistencia de la privación de libertad, siendo más propio

no se admite la figura del delito continuado por atacar un bien eminentemente personal (art. 74.3 CP)¹⁸⁸.

Por lo tanto, el delito de detención ilegal tiene carácter permanente puesto que se consume en el momento en que se produce la privación de libertad, pero se trata de un estado que puede prolongarse en el tiempo y subsiste mientras continúa dicha privación y que no finaliza una vez consumado: cabe la participación después de consumarse el delito y cuya duración puede tener incidencia en la gravedad de la pena.

Ahora, debemos fijar el *dies a quo*. Los términos temporales de la prescripción del delito vienen establecidos expresamente en los arts. 131¹⁸⁹ y 132 CP¹⁹⁰. En el primero de ellos, se fijan los plazos de prescripción de cada infracción. El art. 132 CP indica que los plazos dispuestos en el art. 131 CP se computarán desde el día que se haya cometido la infracción punible y en caso de delito permanente, dichos plazos se computarán desde que se eliminó la situación ilícita. Pero, en el párrafo segundo del precepto 132 CP, se establece que en los delitos contra la libertad o cuando la víctima fuere menor de edad,

de la coacción su manifestación como actuación de efectos instantáneos. Siquiera aquél factor tampoco es ineludible en la detención ilegal, en cuanto se admite que es de consumación instantánea, diluyéndose entonces, en la práctica, la línea de separación entre ambas figuras delictivas. Por ello suele exigirse una duración que alcance el indeterminado canon de un mínimo relevante” y la STS (27/05/1999) núm. 655/1999 que dispone: “...Consumándose desde el momento en que se produce la privación de libertad ambulatoria, si bien la jurisprudencia suele exigir una cierta duración o permanencia, con independencia del propósito o finalidad perseguidos...”.

¹⁸⁸ Art. 74.3 CP: “Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva”.

¹⁸⁹ Art. 131 CP: “1. Los delitos prescriben: A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años. A los quince, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años. A los diez, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez. A los cinco, los demás delitos, excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año. 2. Cuando la pena señalada por la ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción. 3. Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso. Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona. 4. En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave”.

¹⁹⁰ Art. 132.1 CP: “Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta. En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, trata de seres humanos, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.

los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.

El delito de detención ilegal es un delito contra la libertad y, por lo tanto, el plazo de la prescripción empezará a computarse desde que la víctima alcance la mayoría de edad. En este punto, conviene puntualizar que han surgido discrepancias en cuanto a la fijación del *dies a quo* del delito de detención ilegal y ello, ha generado gran debate judicial en los casos “niños robados”.

La doctrina y la jurisprudencia han establecido que existen dos momentos distintos desde los que se empieza a computar el plazo de prescripción: la mayoría de edad o cuando se elimina la situación ilícita, es decir, desde que la víctima tenga conocimiento de que ha sido ilícitamente sustraída de su entorno familiar.

Existen resoluciones que defienden que el plazo de prescripción comenzaría a correr a partir del momento en el que el sujeto pasivo del delito hubiera alcanzado la mayoría de edad¹⁹¹. Partiendo de esta premisa y aceptando posible la calificación de los “niños robados” como delito de detención ilegal considerando que la libertad deambulatoria es ejercida a través de sus progenitores o representantes, se podría entender que este presupuesto fáctico “desaparece al alcanzarse la mayoría de edad”, de forma que una vez extinguida la patria potestad ya no hay un tercero que ejerza la libertad en nombre del niño sustraído¹⁹².

Pero también, hay quienes han considerado que, hasta que el sujeto pasivo de la detención ilegal no conozca haber sido víctima del delito no pueden comenzar a correr los plazos de prescripción ya que se mantendría la situación ilícita. Por tanto, conforme a esta interpretación, el *dies a quo* de inicio se anudaría al conocimiento de la verdadera filiación puesto que mientras la víctima no conoce su verdadera identidad, el delito sigue desplegando sus efectos¹⁹³. La FGE opta por esta última alternativa, que el *dies a quo* de

¹⁹¹ A favor de que el *dies a quo* del plazo de prescripción del delito de detención ilegales sea la fecha de la mayoría de edad del menor, véase: AAP Vizcaya (14/11/2011) núm. 827/2011, AAP Cádiz (15/02/2012) núm. 37/2012, AAP Cádiz (22/05/2012) núm. 180/2012, AAP Pontevedra (05/04/2017) núm. 226/2017, AAP Pontevedra (10/05/2017) núm. 328/2017.

¹⁹² Circular 2/2012, págs. 22. La FGE menciona el Acuerdo del Pleno de la Audiencia Provincial de Cádiz de 10 de febrero de 2012 que, considera que el *dies a quo* del plazo de prescripción del delito permanente de detención ilegal habrá de entenderse desde la fecha de la mayoría de edad del menor.

¹⁹³ Circular 2/2012, págs. 22-23. A favor de considerar el *dies a quo* de inicio de la prescripción cuando se tiene conocimiento de la verdadera filiación, véase AAP Madrid (28/09/2012) núm. 699/2012: “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

inicio de la prescripción se anudaría al conocimiento de la verdadera filiación¹⁹⁴, ya que considera que “mientras la víctima es mantenida en la ignorancia de su origen, aun cuando ya sea mayor de edad y capaz, sigue estando ilegítimamente desposeída de su genuino estado civil, con gravísimas consecuencias jurídicas y personales para él y su verdadera familia”¹⁹⁵.

La Circular 2/2012, establece literalmente que “en este contexto, tanto la coherencia y la prudencia como la protección de las víctimas aconsejan que mientras no exista una línea jurisprudencial consolidada en sentido contrario, los Sres. Fiscales defiendan la tesis de que, si los hechos pueden ser calificados conforme al delito de detención ilegal, no comenzarán a correr los plazos de prescripción en tanto el sujeto pasivo no haya venido en conocimiento de la alteración de su filiación. Este criterio puede ser jurídicamente discutible, pero debe ser el que se mantenga inicialmente por el MF, por ser el que más favorece la posibilidad de realizar una investigación efectiva, permitiendo, en definitiva, que los Tribunales puedan pronunciarse”¹⁹⁶.

En los supuestos de “niños robados”, en caso de calificarlos como delito de detención ilegal, permite ganar mucho tiempo ya que el plazo de la prescripción no empieza a computar desde el momento en que se “roba” a un niño sino desde la mayoría de edad. Por ello, la FGE afirma que la calificación de los hechos como delito de detención ilegal y que el *dies a quo* se fije cuando la víctima tenga conocimiento de la situación ilícita es una propuesta difícil pero posibilitadora de una investigación efectiva. La doctrina que ha estudiado estos casos, no apoya con carácter general el criterio de

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, y en este sentido se ha de revocar el pronunciamiento del Juez Instructor”.

¹⁹⁴ Para optar por una u otra alternativa, la Circular 2/2012 nos indica que deben tenerse en cuenta dos datos fundamentales: 1º) La FGE ya marcó una línea unificadora en la Junta de Fiscales Superiores celebrada en fecha 17 de junio de 2011, en la que se estableció el criterio de que el *dies a quo* de inicio de la prescripción se anudaría al conocimiento de la verdadera filiación. 2º) Alguna AP, a instancias del MF, ha asumido ya este criterio.

¹⁹⁵ Circular 2/2012, págs. 22-23. A favor de fijar el dies a quo cuando la víctima tenga conocimiento de la situación ilícita: BONET ESTEVA, M. “*Los niños arrebatados por el franquismo a las mujeres. Constelaciones de casos, puntos de conexión y posibles abordajes jurídico penales*”, Universitat Autònoma de Barcelona - Grup de recerca Antígona, 2013, pág. 16: Establece que la conclusión de que por mucho que las víctimas hayan cumplido la mayoría de edad, éstas no han visto resulta su “situación ilícita” en gran parte porque los bebés ya mayores no son conocedores de tal situación de irregularidad identitaria. Desde el punto de vista de la lógica y la justicia material un delito no podría prescribir antes de ser conocido por sus víctimas y, por tal motivo, en la circular se apoya la tesis de que el delito de detenciones ilegales acabará en el momento que la víctima conozca la ilicitud de su situación.

¹⁹⁶ Circular 2/2012, pág. 23.

prescripción de la FGE¹⁹⁷, ya que sostiene que si el bien jurídico que se protege en el delito de detención ilegal es la relación de custodia y la libertad potencial de los menores se ejerce por sus progenitores o representantes legales, cuando la víctima haya alcanzado la mayoría de edad desaparece ese ejercicio vicarial y la libertad para el menor, ahora adulto, sería plena. Optando, por tanto, por considerar que el *dies a quo* de inicio debe situarse cuando el afectado alcance la mayoría de edad y no cuando la víctima tenga conocimiento de la situación ilícita¹⁹⁸.

2.2.5. Aplicación del delito de detención ilegal al primer caso juzgado de niños robados: El caso doctor Vela.

La AP de Madrid¹⁹⁹ establece que los hechos probados son constitutivos de un delito de detención ilegal previsto y penado en los arts. 163.1 y 3 y 165 CP vigente, cuya aplicación retroactiva resulta obligada al ser la redacción del precepto más favorable al reo que la vigente a la fecha de comisión de los hechos. Los hechos ocurrieron desde el 4 de junio de 1969 hasta el 4 de junio de 1987 por lo que la legislación vigente era la determinada por el CP de 1944/73.

La AP de Madrid fue consciente de las dificultades que suponía la aplicación del delito de detención ilegal al caso del doctor Vela. Así, en su reciente pronunciamiento, señala que el primer problema a analizar es el relativo a la falta de regulación específica en el actual CP del delito de sustracción de menores y advierte que, en caso de entenderse, que la conducta regulada en el art. 484 CP de 1973 carece de tipificación en el CP de 1995, se debería considerar la misma impune con arreglo a la ley posterior.

¹⁹⁷ A favor de fijar el *dies a quo* cuando la víctima cumpla la mayoría de edad: ESTRELLA RUIZ, M. “Sustracción de menores recién nacidos”, Revista de Jurisprudencia, 2013, págs. 11-12; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. “La entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales sobre el llamado “robo de bebés” en Revista Europea de Derechos Fundamentales, ISSN 1699-1524 núm. 21/1er Semestre 2013, pág. 209; MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La detención legal del recién nacido” La Ley Penal, núm. 101, Sección Legislación aplicada a la práctica, marzo-abril 2013, Editorial Wolters Kluwer, págs. 6-7.

A favor de fijar el *dies a quo* cuando la víctima tenga conocimiento de la situación ilícita: BONET ESTEVA, M. “Los niños arrebatados por el franquismo a las mujeres. Constelaciones de casos, puntos de conexión y posibles abordajes jurídico penales”, Universitat Autònoma de Barcelona - Grup de recerca Antígona, 2013, págs. 16-17.

¹⁹⁸ JERICÓ OJER, L. “La respuesta jurídico-penal a la sustracción de menores: especial referencia al caso de los niños robados durante el franquismo” en “Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas”, 2017, pág. 240.

¹⁹⁹ SAP (27/09/2018) núm. 640/2018.

Apoyándose en la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS²⁰⁰, la AP considera que la antigua figura de la sustracción de un menor de siete años actualmente formaría parte del delito de detención ilegal.

En segundo lugar, la AP analiza si el menor puede ser titular del derecho a la libertad deambulatoria que es el bien jurídico protegido en el tipo penal de la detención ilegal, habida cuenta que el menor de siete años, y señaladamente el recién nacido, carece de capacidad de deambulación de modo autónomo, siendo absolutamente dependiente de las personas encargadas de su cuidado.

La Sala señala que, en el CP de 1973, ambas figuras delictivas, sustracción de menores y detención ilegal, estaban integradas como delitos contra la libertad y seguridad, por lo que el legislador ha querido integrarlo como delito contra la libertad. Por tanto, no puede afirmarse la existencia de una diferencia por lo que respecta al bien jurídico protegido en las figuras tipificadas, sin perjuicio de que en el caso del menor el ejercicio de la libertad deambulatoria responde a especiales características, habida cuenta su incapacidad física y psicológica para ejercitar su ámbito de libertad, sino que éste es ejercido provisionalmente por las personas encargadas de su guarda.

En definitiva, el bien jurídico protegido en la sustracción de menores del art. 484 CP de 1973 sí sería la libertad del recién nacido, en ese momento ejercitada por representación o “vicarialmente” por sus padres, tutores o guardadores²⁰¹. Por ello, la Sala entiende que la acción objeto del presente procedimiento y sancionable con arreglo al CP de 1973 como delito de sustracción de menores, tendría encaje en la actual figura de la detención ilegal considerando que sujetos pasivos del presente delito pueden serlo “los que se hallan en situación de involuntariedad”, así como los que “adolecen de incapacidad de acción volitiva en el momento de la acción típica”.

En tercer lugar, la Sala cita textualmente la definición de los verbos nucleares, encerrar y detener, obtenida por la STS 788/2003, de 29 de mayo, pero en la fundamentación de la sentencia establece que la acción del acusado consistió en “disponer” del recién nacido, sin analizar ni valorar exhaustivamente si los hechos acaecidos encajan en la conducta típica del delito de detención ilegal. Por tanto, es

²⁰⁰ STS (19/05/2003) núm. 788/2003, STS (07/06/2007) núm. 492/2007, STS (10/11/2010) núm. 1036/2010 y STS (24/11/2004) núm. 1339/2004.

²⁰¹ SAP (27/09/2018) núm. 640/2018, pág. 34.

confusa la delimitación de los verbos típicos con el encaje que se realiza en los hechos acaecidos ya que no es lo mismo encerrar o detener a una persona que poner a una persona en disposición de otra.

Y, por último, en relación a la prescripción, la AP analiza el problema anteriormente estudiado en cuanto a la fijación del *dies a quo* para el cómputo de la misma. Destaca las dos posturas que ha señalado la jurisprudencia para señalar *el dies a quo*: la mayoría de edad o el momento en el que la persona ilícitamente sustraída de su entorno familiar cobra conocimiento de los hechos. Dispone que dicho planteamiento se funda en el carácter del delito de detención ilegal como delito permanente, cuya consumación no se agota en el acto de la aprehensión, sino que continúa ejecutándose mientras se mantiene la situación de encierro o privación de libertad apoyándose para ello en la jurisprudencia del TS²⁰². Así, determina que es primordial determinar cuál es el momento en que debe entenderse cesada la situación de privación de libertad.

Apoyándose en la STS (07/06/2007), de 7 de junio²⁰³, la AP entiende que la limitación de libertad termina en el momento en que el menor alcanza la mayoría de edad, puesto que es a partir de ese momento cuando ya su libertad se ejercita de modo independiente, sin precisar del auxilio de sus tutores o guardadores. Termina así la ficción jurídica elaborada para determinar el contenido de la libertad deambulatoria del menor. Por tanto, el criterio para fijar el comienzo del plazo de prescripción debe ser el de la mayoría de edad.

La AP se muestra contraria a considerar que el inicio del cómputo de prescripción se fije en el momento en el que la víctima es consciente de la situación antijurídica ya que las acusaciones sostienen que, a partir del 15 de julio de 2010, la denunciante tomó conciencia de su situación de “niño robado”, solicitando la certificación literal de nacimiento y pruebas biológicas que acreditaban la falsedad de la maternidad. La AP establece que considerar dicha fecha para el inicio del cómputo de prescripción carece de fundamento jurídico puesto que podía ser esta fecha o cualquier otra en la que la

²⁰² ATS (15/12/2016), STS (11/12/2013) núm. 927/2013 y STS (31/12/2009) núm. 1323/2009.

²⁰³ STS (07/06/2007) núm. 492/07 :“...La detención ilegal de un menor que se encuentre en esas condiciones se comete extrayéndolo del ámbito de influencia de quien hace efectivo su derecho a la libertad deambulatoria, que serán ordinariamente sus padres, pero también otros representantes legales e incluso el guardador de hecho, o bien deteniendo o encerrando a aquél juntamente con el menor, siempre en contra o sin su voluntad, pues en esos casos se le impide no sólo el ejercicio de su propia libertad sino también de la del menor...”.

denunciante tomara conciencia de su posible situación, lo que afecta de modo importante al principio de seguridad jurídica.

Dispone que, además, en este caso, coinciden los momentos en los que la denunciante alcanza la mayoría de edad con la toma de conocimiento de la verdadera situación familiar ya que cuando la denunciante alcanzó la mayoría de edad, su madre le contó la verdad, relatándole que había sido adoptada. La Sala establece que evidentemente, a partir de ese momento, la denunciante pudo realizar las acciones convenientes ya que no dependía para el ejercicio de sus derechos de persona alguna, y su libertad, queda expedita.

La AP hace referencia al art. 132 CP y dispone que el hecho de alcanzar la mayoría de edad confiere plena autonomía que permite al sujeto pasivo iniciar las acciones pertinentes respecto de los hechos sufridos mientras duró la minoría de edad y por consiguiente la dependencia de las personas encargadas de su guarda.

El plazo de prescripción del delito de detención ilegal son diez años y en 1969 tuvo lugar el hecho objeto de enjuiciamiento. Como la víctima, en este caso la adoptada, era menor en el momento en el que ocurrieron los hechos, la AP considera que se debe computar el plazo de prescripción desde que la misma alcanzó la mayoría de edad. La denunciante alcanzó la mayoría de edad el 4 de junio de 1987, prescribiéndose el delito en 1997. La presentación de la denuncia tuvo lugar en abril de 2012 y, por tanto, los delitos denunciados estaban prescritos. En consecuencia y, sin perjuicio de que la AP haga un reconocimiento expreso de los hechos, se dicta sentencia absolutoria para el denunciado, el doctor Vela, por operar el instituto de la prescripción²⁰⁴.

2.2.6. Valoración personal.

El bien jurídico protegido del delito de detención ilegal es la capacidad del ser humano de fijar por sí mismo su situación en el espacio. Pero dicha capacidad está íntimamente ligada a las modalidades de privación de libertad típicas “encerrar y detener”. En base a ello, será sujeto pasivo quien tenga capacidad, según el sentido natural, de formar una voluntad de movimiento dirigida a abandonar el lugar donde se encuentra.

²⁰⁴ En este sentido, véase: <https://www.legalitas.com/actualidad/Cuando-prescriben-los-delitos>

En relación con el reconocimiento del recién nacido como sujeto pasivo del delito al considerar que el bien jurídico protegido es la libertad potencial de movimientos, debo resaltar que comparto la opinión manifestada por MUÑOZ SÁNCHEZ en cuanto a que, en primer lugar, esta posición doctrinal nos lleva a un “falseamiento del bien jurídico protegido”. Es totalmente contrario al sentido moral no proteger al incapaz de voluntad que ha sido encerrado o detenido, tratándole como si fuese una cosa, lesionando con dicho encierro o detención su personalidad. Sin embargo, el art. 163 CP, protege únicamente la libertad deambulatoria, pero no el sentido moral ni el respeto a la personalidad. En segundo lugar, esta interpretación supone eliminar del bien jurídico protegido el significado de la voluntad, ya que se acepta la realización del tipo aun cuando el sujeto pasivo no tenga capacidad de voluntad²⁰⁵. Considero que esta interpretación es dudosa en el Derecho Penal, fundamentalmente porque la extensión que se realiza sobre la libertad deambulatoria supone una mayor protección de la norma, es decir, mayor protección de lo que se dispone en el tipo penal.

El delito de detención ilegal únicamente protege las privaciones de libertad deambulatoria que resultan subsumibles en los verbos nucleares de “encerrar” o “detener”. En los hechos que nos ocupan, hay ciertas dificultades para calificar las conductas realizadas en dichos términos típicos, ya que el apoderamiento subrepticio de un recién nacido para su posterior entrega a otra familia no implica situar al mismo en un lugar cerrado ni tampoco supone su aprehensión privándole de la facultad de alejarse en un espacio abierto. Por ende, no se tutela frente a conductas en que se impide el acceso a un determinado lugar, o se compele a abandonar éste²⁰⁶. Por consiguiente, no toda modalidad de encierro o detención va a constituir un delito del art. 163.1 CP. Si aplicáramos este tipo penal a dichas conductas descritas se podría vulnerar el principio de legalidad.

²⁰⁵ MUÑOZ SÁNCHEZ, J. “*El delito de detención ilegal*”, 1992, pág. 61; MUÑOZ SÁNCHEZ, J. “*Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el Código Penal de 1995*”, en *Varios “Delitos contra la libertad y la seguridad”*, 1996, págs. 364-366.

²⁰⁶ MUÑOZ SÁNCHEZ, J. “*El delito de detención ilegal*”, 1992, pág. 54; Díez RIPOLLÉS, J.L. “*Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*”, 1993, pág. 326; MUÑOZ SÁNCHEZ, J. “*Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el Código Penal de 1995*”, en *Varios “Delitos contra la libertad y la seguridad”*, 1996, pág. 362; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a P. “*Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*”, 2001, pág. 129.

En este sentido, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J “*Delitos contra la libertad. Detenciones ilegales y secuestros*” en BAJO FERNÁNDEZ, M. “*Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*”, 1998, pág. 44: “No constituye comportamiento típico impedir la entrada en un determinado lugar u obligar al abandono de un cierto punto, comportamiento que a lo sumo integrarían delito de coacciones, ya que su inclusión en el delito de detención ilegal implicaría una interpretación extensiva prohibida en el ámbito jurídico penal”.

Por todo ello, bajo mi punto de vista, la consideración de los “niños robados” como sujetos pasivos del delito de detención ilegal es una interpretación dudosa aunque debo reconocer que existen ciertas posibilidades que podrían llegar al éxito superando por tanto, los obstáculos existentes²⁰⁷. Sin embargo, subsumir los hechos en las conductas de detener o encerrar es, bajo el principio de legalidad, cuestionable. Considero que la conducta de separar al recién nacido de sus progenitores no es subsumible en las conductas típicas descritas en el precepto penal. Como he mencionado, ello podría suponer la infracción del principio de legalidad (art. 25.1 CE²⁰⁸). A su vez, no se podría, en este caso, aplicar un supuesto de analogía *in malam partem*, puesto que se estaría extendiendo el tenor literal del precepto a supuestos que no están alcanzados por él²⁰⁹. Ello se debe a que el principio de legalidad se concreta bajo la forma de prohibición de analogía que implique consecuencias negativas en el Derecho Penal, es decir, prohibición de generalización. La prohibición de generalización significa, a la hora de determinar el contenido del Derecho Penal, que el caso juzgado se encuentra dentro del tipo de casos contenidos en la Ley penal, y que esta determinación de contenido no puede exceder de los términos que ofrece el texto de la Ley al definirlo²¹⁰. Por ende, el uso del lenguaje técnico jurídico es fundamental y sus límites no pueden sobrepasarse de ningún modo atendiendo a lo regulado en el apartado segundo del art. 3 del CP²¹¹.

²⁰⁷ MUÑOZ SÁNCHEZ, J. “Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el Código Penal de 1995”, en *Varios “Delitos contra la libertad y la seguridad”*, 1996, pág. 363: “Una primera conclusión de la nueva situación legal, en la que desaparece el delito de sustracción de menores, es que ahora sin suda, el menor de siete años puede ser sujeto pasivo del delito de detención y del delito de secuestro. El problema se plantea respecto a si la conducta de encerrar o detener a un recién nacido o a un incapacitado de voluntad crónico puede ser castigada también conforme a los arts. 163 y ss. del nuevo CP o cabe subsumirla en otros tipos penales”.

²⁰⁸ Art. 25.1 CE: “1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”

²⁰⁹ JERICÓ OJER, L. “La respuesta jurídico-penal a la sustracción de menores: especial referencia al caso de los niños robados durante el franquismo” en *“Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas”*, 2017, pág. 247.

En este sentido, la STS (21/01/2011) núm. 1066/2010, enjuicia una conducta consistente en la privación de libertad deambulatoria mediante encierro y detención de una mujer embarazada, por varios miembros de la familia de su marido, de etnia gitana y recientemente fallecido, con la finalidad de tenerla bajo su constante dominio para sustraerle el hijo que estaba esperando y la consiguiente conducta consistente en expulsarla del domicilio, sin permitirle llevarse al niño. Se rechaza la calificación de detención ilegal contra el bebé tras su nacimiento por ausencia de los elementos típicos del art. 163 CP ya que no hay intención de privar de libertad al recién nacido, sino que la acción de los familiares acusados respecto del niño consiste en separarlo antijurídicamente de su madre, sin encerrarlo ni detenerlo.

²¹⁰ PÉREZ DEL VALLE, C. “Principio de legalidad y ley penal” en *“Lecciones de Derecho Penal. Parte General”*, 2016, pág. 54.

²¹¹ Art. 3.2 CP: “Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su

Con carácter general, en el delito de detención ilegal, la situación ilícita cesa en el momento en que se produce la liberación de la víctima, pero en los casos “bebés robados” resulta, como hemos visto, más problemático determinar cuándo “cesa la situación ilícita”. En virtud de lo analizado, bajo mi parecer la fijación del *dies a quo* es el momento en que la víctima alcanza la mayoría de edad, no compartiendo por tanto la propuesta de la Circular 2/2012. Considero algo contradictorio lo expresado por la FGE, ya que si sostiene la calificación de los hechos como delito de detención ilegal realizando una interpretación amplia de la libertad deambulatoria como quebrantamiento de la relación de custodia con los progenitores o personas encargadas legalmente de la guarda de los menores, lo lógico sería entender que cuando la víctima haya alcanzado la mayoría de edad desaparece ese ejercicio vicarial, el bebé “robado” tendría plena libertad y se debería comenzar a contar la prescripción del delito de detención ilegal a partir de dicha fecha.

Además, la posibilidad de establecer el *dies a quo* cuando la víctima alcance la mayoría de edad coincide con lo dispuesto en el art. 132.1 CP ya que, el legislador ha querido alargar los plazos de prescripción en aquellos casos en que las víctimas fuesen menores de edad para que puedan afrontar el procedimiento cuando sea madura.

Por último, el hecho de que en su momento se suprimiera el delito de sustracción de menores de siete años al considerar el legislador que dichas conductas pueden ser subsumidas en delitos de detención ilegal da cierto margen a considerar sujetos pasivos a los “niños robados”. Sin embargo, tras el análisis realizado, concluyo que es difícil aplicar el delito de detención ilegal a los casos “bebés robados”²¹².

texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes.

²¹² MUÑOZ CONDE, F. “*Delitos contra las relaciones familiares*” en “*Derecho Penal. Parte Especial*”, 2017, pág. 279: En sentido contrario; MUÑOZ CONDE, considera que la sustracción de un niño recién nacido, diciéndole a la madre tras el parto que éste ha muerto da lugar a un delito de detenciones ilegales.

3. LOS DELITOS CONTRA LAS RELACIONES FAMILIARES.

El CP ubica la protección penal de la filiación en el Capítulo II, Título XII, Libro II, bajo la inclusión de una nueva rúbrica; “De la suposición de parto y la alteración de la paternidad, estado o condición del menor”, que responde al deseo de dar una sede única a todos aquellos delitos que, de una u otra forma, atañen aspectos relacionados con la institución familiar²¹³.

Las conductas que se sancionan en el mencionado Capítulo II son las siguientes: la suposición de parto (art. 220.1 CP), la ocultación y entrega de un hijo (art 220.2 CP), la sustitución de un niño por otro (art. 220.3 y 5 CP) y el tráfico de menores (art. 221 CP). Pese a que la denominación del Capítulo II es nueva, no sucede lo mismo con los delitos a los que da cobijo, ya que únicamente son nuevos los preceptos 220.3 y 221 CP, siendo los restantes artículos resultado de agrupar los distintos ilícitos con un nuevo criterio ordenador, que toma como punto de partida la significación jurídica de las relaciones. Todas las conductas mencionadas inciden sobre aspectos relacionados con la filiación, alterándola o modificándola²¹⁴, es decir, se caracterizan por constituir una alteración del estado civil de una persona derivado de la filiación, bien privándole del que le corresponde, bien atribuyéndole uno diferente²¹⁵.

La Circular 2/2012 considera que las conductas de los “niños robados”, además de su calificación como detención ilegal, pueden encajar en otros tipos penales, entre ellos los delitos contra las relaciones familiares, generalmente en relación concursal, siendo el delito de detención ilegal el delito más grave. Es decir, los hechos que abarcan los supuestos casos de “niños robados” van más allá de la infracción de la libertad deambulatoria.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que la doctrina ha planteado que lo que verdaderamente se afecta con las conductas de los “niños robados” no es tanto la libertad deambulatoria del recién nacido, sino el derecho a conocer su propia identidad²¹⁶.

²¹³ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “*El tráfico de niños para su «adopción ilegal»*. *El delito del art. 221 del Código Penal Español*”, 2003, pág. 75.

²¹⁴ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “*El tráfico de niños para su «adopción ilegal»*. *El delito del art. 221 del Código Penal Español*”, 2003, págs. 76-78: “Además, establece que dicha agrupación supone un cambio del enfoque del CP vigente mediante el cual se supera el individualismo característico de los Códigos que le precedieron para reconocer a la familia el valor de su insustituible función como núcleo de socialización”.

²¹⁵ MUÑOZ CONDE, F. “*Delitos contra las relaciones familiares*” en “*Derecho Penal. Parte Especial*”, 2017, pág. 279.

²¹⁶ TAMARIT SUMALLA, J. “*Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español*”, *Revista Política Criminal* Vol. 7, núm. 13 (Julio 2012), Art. 2, pág. 90; BONET ESTEVA, M. “Los niños

3.1. EL DELITO DE SUPOSICIÓN DE PARTO (ART. 220.1 CP).

Como he mencionado con anterioridad, los casos de sustracción de bebés se produjeron mayoritariamente entre los años 1950 y 1990, estando vigentes durante este periodo el CP de 1944/73 y el de 1995. Por un lado, el CP de 1944/73 en su art. 468 tipificaba el delito de suposición de parto²¹⁷. Igualmente, el CP de 1995 tipifica el delito de suposición de parto en el art. 220.1²¹⁸, de aplicación retroactiva por ser más favorable que el precepto vigente a la fecha de los hechos.

La doctrina mayoritaria identifica el bien jurídico protegido con la filiación que surge como consecuencia del nacimiento. Es decir, se protege no tanto el derecho de cada uno a saber quiénes son sus progenitores y descendientes, sino el poder saber que quién figura como padre, madre, hijo o hija, lo es biológicamente²¹⁹.

Una minoría doctrinal vincula el bien jurídico al estado civil derivado de la filiación²²⁰. VILLACAMPA ESTIARTE afirma que se protege el derecho del menor a conocer

arrebataados por el franquismo a las mujeres. Constelaciones de casos, puntos de conexión y posibles abordajes jurídico penales”, Universitat Autònoma de Barcelona - Grup de recerca Antígona, 2013, págs. 20-21; JERICÓ OJER, L. “Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas”, 2017, pág. 230.

²¹⁷ Art. 468 CP 1944: “La suposición de parto y la sustitución de un niño por otro serán castigadas con las penas de presidio menor y multa de 5.000 y 50.000 pesetas. Las mismas penas se impondrán al que ocultare o expusiere un hijo legítimo, con ánimo de hacerle perder su estado civil”.

²¹⁸ Art. 220.1 CP: “La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años”.

²¹⁹ CORTES BECHIARELLI, E. “Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores”, 1996, pág. 50: afirma que lo que se protege en el delito de suposición de parto es el derecho que todos tienen a conocer a los verdaderos progenitores; “entendemos que debe pensarse cualquier maniobra por la que se consigue alterar la filiación biológica del niño; es decir, la realización de cualesquiera actos materiales dirigidos a impedir que éste conozca la identidad de sus verdaderos progenitores”; GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra las relaciones familiares (III)” en COBO DEL ROSAL, M (Coord.) “Derecho Penal Español, Parte Especial”, 2005, pág. 421; refiriéndose a las relaciones de filiación como adscripción del sujeto a una familia; “las conductas sancionadas, en realidad, lo que hacen es alterar el contexto o la adscripción familiar de la que normalmente parten las inferencias sociales que llevan a relacionar al sujeto con una cierta familia, haciendo surgir, por tanto, relaciones de filiación y atribuciones de estado civil aparentes, pero que no existen jurídicamente, puesto que la relación de filiación y el estado civil de los hijos surgen con el nacimiento “real” y sólo son modificables por las vías jurídicamente reconocidas”; CARRASCO ANDRINO, M. “Protección Penal de la filiación” Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2010, núm. 12-06, ISSN 1695-0194, pág. 3; QUERALT JIMÉNEZ, J.J. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Derecho Penal. Parte Especial”, 2015, pág. 402.

²²⁰ MUÑOZ CONDE, F. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Derecho Penal. Parte Especial”, 2013, pág. 291; CASTIÑEIRA PALOU, M^a T Y MONTANER FERNÁNDEZ, R. “Delitos contra las relaciones familiares” en SILVA-SÁNCHEZ, J. M^a. (Dir.) “Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial”, 2015, pág. 205.

la propia identidad, como aspecto de la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad²²¹.

Otros consideran que lo que se protege es la normativa civil reguladora de la adopción, protegiéndose solo mediatamente la filiación. Según CARRASCO ANDRINO toda suposición de parto implica necesariamente eludir la normativa que regula el proceso de adopción y que una conducta que se dirige a presentar al niño como hijo biológico de la madre supuesta está dirigida a falsear la filiación por nacimiento y no la filiación por adopción²²².

Hay diversidad doctrinal a la hora de delimitar la conducta típica del delito, bien el fingimiento físico de un embarazo o nacimiento²²³ o simplemente la presentación de un niño como fruto de un alumbramiento que no ha tenido lugar. La doctrina mayoritaria interpreta que no es necesario ni que se simule un embarazo, ni tampoco que se simule fisiológicamente un parto, sino que basta con presentar un niño como fruto del alumbramiento de una mujer que no es su madre natural²²⁴. En cambio, la jurisprudencia ha venido exigiendo la realización de actos materiales dirigidos a dotar de realidad el

²²¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C. “La protección penal del derecho del menor a conocer la propia identidad: análisis del denominado delito de “Tráfico de menores”, Revista de Derecho y Proceso Penal, 2001, núm. 5, pág. 86; CARRASCO ANDRINO se muestra disconforme con ello puesto que afirma que los convenios internacionales sobre los que se construye el derecho a la identidad le otorgan un contenido más amplio (incluyendo el art. 8 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 dentro de la identidad, la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares). En cambio, el derecho a la identidad no comprende el de investigar la maternidad o paternidad biológica, sino la procedencia familiar determinada por el nacimiento o adopción (filiación legal); JERICÓ OJER, L. “Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas”, 2017, págs. 230-231.

²²² CARRASCO ANDRINO, M. “Protección Penal de la filiación”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2010, núm. 12-06, ISSN 1695-0194, págs. 3-4.

²²³ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. “Delitos contra las relaciones familiares” en BAJO FERNÁNDEZ, M. “Compendio de Derecho Penal. Parte Especial”, 1998, pág. 312; MUÑOZ CONDE, F. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Derecho Penal. Parte Especial”, 2017, pág. 279: “La acción consiste en simular haber dado a luz a un niño vivo. No solo basta para este delito la mera ficción de dar a luz sin realidad concreta”.

²²⁴ GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra las relaciones familiares (III)” en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.) “Derecho Penal Español, Parte Especial”, 2005, pág. 422; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. “La entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales sobre el llamado “robo de bebés”, Revista Europea de Derechos Fundamentales, ISSN 1699-1524 núm. 21/1er Semestre 2013, pág. 191; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. “Delitos contra las relaciones familiares” en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.) “Delitos. La parte especial del Derecho penal”, 2016, pág. 270.

En este sentido, véase la SAP La Coruña (16/10/2002) núm. 24/2002, en la que se considera cometido el delito de suposición de parto con la presentación de la solicitud de inscripción al Registro Civil y la SAP Las Palmas (09/07/1999) núm. 114/1999 en la que también se considera cometido el delito de suposición de parto cuando la madre natural se hace pasar por su hermana (madre supuesta) en el hospital donde tiene lugar el nacimiento del bebé.

parto fingido aunque la más reciente ha seguido el sentido afirmado por la doctrina²²⁵. Por ello, el tipo penal castiga tanto la presentación de un niño como consecuencia de un alumbramiento ficticio como la realización de una serie de actos físicos o falsarios para simular el nacimiento de un bebé²²⁶. Se consideran atípicas la simulación de embarazo y la de parto sin que exista un niño vivo²²⁷. Como consecuencia y como afirma GONZÁLEZ RUS, el delito consiste en simular haber dado a luz un niño vivo²²⁸.

En cuanto a la autoría del delito, el precepto no establece quien puede ser el sujeto activo; se castiga un hecho sin indicar quién es su autor²²⁹. Además de ese detalle y como consecuencia de la interpretación de la conducta típica del delito, nos encontramos con una discusión doctrinal en cuanto a la limitación del sujeto activo únicamente a la supuesta madre. La doctrina mayoritaria considera que se trata de un delito especial propio cuyo sujeto activo, sería la mujer que finge el parto²³⁰. En cambio, otros amplían la autoría a cualquier otra persona que contribuya a acreditar la falsa filiación del niño,

²²⁵ CARRASCO ANDRINO, M. “Protección Penal de la filiación” Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2010, núm. 12-06, ISSN 1695-0194, págs. 6-7. En este sentido, véase la SAP Ourense (09/06/2004) núm. 7/2004 que establece que “no basta con fingir o simular un parto o embarazo, que es lo que hizo la acusada, sino que es preciso que se presente un niño como fruto de un alumbramiento”.

²²⁶ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, 2015, pág. 371.

En este sentido, véase la STS (06/06/1980) en la que se condena por delito de suposición de parto, cuando lo que se produce es una manifestación de su existencia en un documento (certificado de haber dado a luz y de haber asistido al parto la procesada), que le ofrecía como constitutiva del delito de falsedad.

²²⁷ En este sentido véase la SAP Ourense (09/06/2004) núm. 7/2004 que condenó por detenciones ilegales y no por suposición de parto puesto que la acusada sustrajo a un bebé de tres meses en el local de su progenitor cuando el mismo se descuidó, con intención de apropiárselo de forma definitiva simulando un embarazado previo, pero sin haber tenido tiempo de presentarlo como fruto del alumbramiento ante su compañero sentimental.

²²⁸ GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra las relaciones familiares (III)” en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.) “Derecho Penal Español, Parte Especial”, 2005, pág. 422.

²²⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Derecho Penal. Parte Especial”, 2015, pág. 403.

²³⁰ MORETÓN TOQUERO, M^a A. “La suposición de parto, la ocultación y sustitución de niños, y el tráfico de menores”, 2001, pág. 10; CARRASCO ANDRINO, M. “Protección Penal de la filiación”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2010, núm. 12-06, ISSN 1695-0194, pág. 6; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. “La entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales sobre el llamado “robo de bebés”, Revista Europea de Derechos Fundamentales, ISSN 1699-1524 núm. 21/1er Semestre 2013, pie de pág. núm. 26 en pág. 191; QUERALT JIMÉNEZ, J.J. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Derecho Penal. Parte Especial”, 2015, pág. 403; CASTIÑEIRA PALOU, M^a T Y MONTANER FERNÁNDEZ, R. “Delitos contra las relaciones familiares” en SILVA-SÁNCHEZ, J. M^a. (Dir.) “Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial”, 2015, pág. 205; CARBONELL MATEU, J.C. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Derecho Penal. Parte Especial”, 2016, pág. 282; MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor”. Doctrina del libro “Comentarios al Código Penal”, edición núm. 1, Editorial LA LEY, 3299/2016, Madrid, pág. 1; MUÑOZ CONDE, F. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Derecho Penal. Parte Especial”, 2017, pág. 281; RUBIO LARA, P.A. “Delitos contra la libertad” en “Manual teórico de Derecho Penal II. Parte Especial de Derecho Penal”, 2017, pág. 34.

extendiéndose por tanto al padre, que hace creer públicamente serlo, como a cualquier persona que, siempre con la aparición en escena de la mujer que da verosimilitud al alumbramiento, ejecutan los actos falsarios que se quiera imaginar²³¹. El sujeto pasivo es el niño cuyo estado civil o filiación se altera²³², suponiéndolo hijo de una mujer que no es su madre²³³.

En relación a los elementos subjetivos del tipo, se requiere dolo directo; es decir conocimiento de la suposición de parto o, adscripción del niño a una madre que no es la

²³¹ CORTES BECHIARELLI, E. “Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores”, 1996, pág. 56; GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra las relaciones familiares (III)” en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.) “Derecho Penal Español, Parte Especial”, 2005, pág. 422; CARRASCO ANDRINO, M. “Protección Penal de la filiación”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2010, núm. 12-06, ISSN 1695-0194, págs. 5-6: establece que el marido de la madre supuesta, al igual que el facultativo que certifica un alumbramiento inexistente o un nacimiento atribuyendo una filiación que no es la verdadera, serán autores de este delito y dispone que “por su parte, la Jurisprudencia tradicional se inclinaba por restringir la posibilidad de ser sujeto activo a la mujer, si bien la más reciente ha considerado autora de una suposición de parto a la abuela biológica que se hace pasar por la madre del niño presentando un parte facultativo inauténtico al Registro Civil (SAP, La Coruña, 1ª, 24/2002, 16-10); sin embargo, en otro caso se ha calificado como cooperación necesaria dar cobertura familiar a la apariencia de la filiación del menor por la madre, el padre y el marido de la acusada, sabiendo que ésta no había dado a luz al niño (STS 492/2007, 7-6)”; SERRANO GÓMEZ, A Y SERRANO MAÍLLO, A. “Delitos contra las relaciones familiares” en SERRANO GÓMEZ, A. (Dir.) “Curso de Derecho Penal. Parte Especial”, 2016, pág. 240; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. “Delitos contra las relaciones familiares” en LAMARCA PÉREZ, C.(Coord.) “Delitos. La parte especial del Derecho penal”, 2016, pág. 270.

En este sentido en la STS Madrid (07/06/2007) núm. 492/2007 se condena a la acusada de delito de suposición de parto puesto que presentaba al bebé como propio públicamente y dispone textualmente: “en lo que respecta al delito de suposición de parto, la Audiencia se refiere a los testigos que han declarado que Begoña había manifestado estar embarazada y que cuando apareció con el niño afirmaba públicamente que era hijo suyo. Ello es coincidente con la conducta de la recurrente, orientada a mantener al menor en su compañía como si fuera hijo propio”.

²³² CORTES BECHIARELLI, E. “Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores”, 1996, pág. 55; GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra las relaciones familiares (III)” en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.) “Derecho Penal Español, Parte Especial”, 2004, pág. 423; ULZURRUN LLUCH, M. “La entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales sobre el llamado “robo de bebés” en Revista Europea de Derechos Fundamentales, ISSN 1699-1524 núm. 21/1er Semestre 2013, pág. 192; QUERALT JIMÉNEZ, J.J. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Derecho Penal. Parte Especial”, 2015, pág. 403; SERRANO GÓMEZ, A Y SERRANO MAÍLLO, A. “Delitos contra las relaciones familiares” en SERRANO GÓMEZ, A. (Dir.) “Curso de Derecho Penal. Parte Especial”, 2016, pág. 240.

²³³ MUÑOZ CONDE, F. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Derecho Penal. Parte Especial”, 2017, pág. 280.

En este sentido en la SAP Las Palmas de Gran Canaria (09/07/1999) núm. 144/1999 se condena a dos hermanas por delito de suposición de parto. Una de ellas sin estar embarazada ni haber dado a luz se hizo pasar por la gestante, y luego parturienta, al facilitar a su hermana su documentación identificativa para inscribirse en la Clínica de maternidad. La verdadera madre biológica dio a luz un hijo, ocultó su maternidad haciéndose pasar por su hermana y entregó posteriormente el hijo que alumbró a su hermana y el marido de ésta. Además, ambas hermanas más el marido de una de ellas fueron condenadas por delito de falsedad documental por la realización de un cuestionario destinado a la inscripción en el Registro Civil del bebé haciéndose constar como madre biológica, la hermana de ésta con conocimiento y consentimiento de la misma, siendo dicho cuestionario presentado en el mencionado organismo público.

suya²³⁴. En este punto, la doctrina exige un elemento subjetivo consistente en el ánimo tendencial de alterar el estado civil de menor²³⁵. Sin embargo, CARRASCO ANDRINO rechaza dicha exigencia puesto que afirma que, si la conducta típica se interpreta de forma amplia, como la adscripción de un niño a una madre que no es la suya, el dolo del sujeto comprende ya la alteración de la filiación de menor, con independencia de cuál sea el móvil o la finalidad del delincuente.

La Circular 2/2012 establece que para apreciar la concurrencia de este delito se deben cumplir los siguientes requisitos: en primer lugar, la existencia de actos reales destinados a crear la apariencia del fenómeno biológico del parto. En segundo lugar, junto con la exigencia de dolo, debe demostrarse un plus subjetivo dirigido a modificar el estado civil del bebé. Y, por último, que el juicio valorativo sobre la antijuridicidad, se determine, no solamente con el sentir general del grupo, de acuerdo con la norma social de la convivencia humana, sino también con el relativo a la filiación y elementos específicos que caracterizan la existencia del parto en sí²³⁶.

La naturaleza de este delito, en relación con el tiempo de duración, es de consumación instantánea. Dicha consumación se produce en el momento en que concluye la conducta de simulación de parto; es decir cuando se presenta como propio el supuesto hijo, sin que sea precisa la inscripción del niño en el Registro Civil²³⁷. Por lo tanto, el *dies*

²³⁴ CARRASCO ANDRINO, M. “Protección Penal de la filiación” Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2010, núm. 12-06, ISSN 1695-0194, pág. 7; CARBONELL MATEU, J.C. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Derecho Penal. Parte Especial”, 2016, pág. 282.

²³⁵ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, 2015, pág. 371.

²³⁶ Circular 2/2012, pág. 16; BONET ESTEVA, M. “Los niños arrebatados por el franquismo a las mujeres. Constelaciones de casos, puntos de conexión y posibles abordajes jurídico penales”, Universitat Autònoma de Barcelona - Grup de recerca Antígona, 2013, pág. 18. Dispone en relación al tercer requisito exigido que “tras esta enrevesada redacción puede vislumbrarse el criterio de Protección del fin de la norma, cuando se remarca que la conducta objeto de desvalor esté relacionada con la existencia de la filiación”.

En este sentido, véase la STS (06/06/1980) y SAP Madrid (27/09/2018) núm. 640/2018.

²³⁷ MORETÓN TOQUERO, M^a A. “La suposición de parto, la ocultación y sustitución de niños, y el tráfico de menores”, 2001, pág. 10; BONET ESTEVA, M. “Los niños arrebatados por el franquismo a las mujeres. Constelaciones de casos, puntos de conexión y posibles abordajes jurídico penales”, Universitat Autònoma de Barcelona - Grup de recerca Antígona, 2013, pág. 18; MUÑOZ CONDE, F. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Derecho Penal. Parte Especial”, 2017, pág. 280; GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra las relaciones familiares (III)” en COBO DEL ROSAL, M (Coord.) “Derecho Penal Español, Parte Especial”, 2005, pág. 423; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. “Delitos contra las relaciones familiares” en LAMARCA PÉREZ, C.(Coord.) “Delitos. La parte especial del Derecho penal”, 2016, pág. 270; JERICÓ OJER, L “Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas”, 2017, pág. 232.

En este sentido, véase la STS de 8 de octubre de 1966 que establece que atribuir falsamente la maternidad a una persona en el Registro civil no constituye el delito de suposición de parto, pero sí puede constituir un delito de falsedad documental y, por lo tanto, la mera ficción de un embarazo inexistente es un hecho atípico.

a quo se fija cuando se haya cometido la infracción punible (art. 132 CP). En virtud del art. 131 CP²³⁸, el delito de suposición de parto prescribe a los cinco años²³⁹.

Como conclusión de lo expuesto, la supuesta madre que finge un embarazo a través de una serie de actos ficticios o presentando públicamente un bebé como propio, estará cometiendo un delito de suposición de parto²⁴⁰. En cuanto al médico, podría ser condenado como cooperador necesario únicamente en aquellos supuestos de niños robados en los que la madre finge un alumbramiento²⁴¹. El padre podría ser igualmente condenado como cooperador necesario al ayudar a dar cobertura a la mujer que finge el alumbramiento²⁴². En los casos que abarcamos, no cabe duda que en muchos de ellos,

Como he mencionado el delito se consuma cuando concluye la conducta de simulación, no siendo necesaria la inscripción en el Registro Civil para la consumación del tipo, aunque puede ser el medio falsario elegido por el autor. Se trata de un delito de resultado en el que, por tanto, es admisible la tentativa. Así, lo han establecido: CARRASCO ANDRINO, M. *“Protección Penal de la filiación”* Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2010, núm. 12-06, ISSN 1695-0194, pág. 8; QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *“Delitos contra las relaciones familiares”* en *“Derecho Penal. Parte Especial”*, 2015, pág. 403; MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *“De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor”*. Doctrina del libro *“Comentarios al Código Penal”*, edición núm. 1, Editorial LA LEY, 3299/2016, Madrid, pág. 2; SERRANO GÓMEZ, A Y SERRANO MAÍLLO, A. *“Delitos contra las relaciones familiares”* en SERRANO GÓMEZ, A. (Dir.) *“Curso de Derecho Penal. Parte Especial”*, 3ª edición, 2016, pág. 240.

²³⁸ Véase nota de pie de página núm. 189.

²³⁹ En este sentido, la SAP Madrid, (23/10/2009) núm. 116/2009 declara en relación con un delito de suposición de parto que deberá computarse desde el día en que se haya cometido la infracción punible.

²⁴⁰ En este sentido se destaca la SAP Las Palmas de Gran Canaria (09/07/1999) núm. 144/1999 que establece que: “por lo que respecta al delito de suposición de parto del art. 220.1 del CP (“suposición de un parto”), concurre en la conducta de doña Mari Luz, pues sin estar embarazada ni haber dado a luz se hizo pasar por la gestante, y luego parturienta, al facilitar a su hermana, doña Remedios, su documentación identificativa para inscribirse en la Clínica de maternidad”.

CARRASCO ANDRINO, M. *“Protección Penal de la filiación”*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2010, núm. 12-06, ISSN 1695-0194, pág. 8: se debe aclarar que el deseo patológico de ser padre o madre no constituye causa alguna de justificación de responsabilidad criminal, pero podría llegar a una exención completa o incompleta o una atenuación de la pena por la vía de la alteración o anomalía psíquica (art. 20.1 o 21.1 CP) o del arrebato u obcecación (art 21.3 CP) o de una atenuante analógica (Art 21.7 CP). Este punto es importante de cara hacia aquellos casos en los que “niños robados” tienen que denunciar a sus falsos padres; QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *“Delitos contra las relaciones familiares”* en *“Derecho Penal. Parte Especial”*, 2015, pág. 403. En sentido contrario, establece que “el ansia de ver colmada una maternidad o paternidad frustradas no es causa de justificación alguna; todo, lo más pudiera, en atención al caso concreto, hablarse de una atenuante analógica”.

²⁴¹ MORETÓN TOQUERO, M^a A. *“La suposición de parto, la ocultación y sustitución de niños, y el tráfico de menores”*, 2001, pág. 11.

²⁴² La STS (07/06/2007) núm. 492/2007 apoya el criterio de considerar autora únicamente a la mujer que finge el parto ya que, según las declaraciones de los testigos, la acusada había manifestado estar embarazada y cuando apareció con el niño afirmaba públicamente que era hijo suyo, además que de su conducta estaba orientada a mantener al menor en su compañía como si fuera hijo propio. Castiga como cooperadores necesarios del delito de suposición de parto a la madre padre y marido que dan cobertura a la conducta de la autora aparentando una relación familiar. Respecto a la madre, los testigos declararon que tanto ella como la autora llevaban consigo al niño y lo trataban como hijo y nieto y además la supuesta abuela reconoció que sabía que su hija no era la madre del bebé. También acondicionó el cobertizo de la finca donde vivía para poder tender la ropa del niño sin que el barro o los animales de la granja lo ensuciasen. En relación con el padre de la autora, dio cobertura con su conducta al planteamiento de su hija para hacer aparecer al niño como hijo suyo, después de haber afirmado públicamente que estaba embarazada cuidando en todo momento del bebé siendo plenamente consciente de que no tenía ningún parentesco con él. Además,

interpretando que se aplica el delito de detención ilegal concurrirá con él, el delito de suposición de parto siendo el primero de ellos el más grave²⁴³. Debemos tener en cuenta que, dentro de los supuestos de hechos objeto de esta investigación, lo más seguro es que el delito de suposición de parto esté prescrito, ya que como he mencionado el plazo de prescripción del mismo es de cinco años.

3.2. EL DELITO DE OCULTACIÓN O ENTREGA DE HIJO (ART. 220.2 CP).

La Circular 2/2012 no ha analizado la posible aplicación de este tipo penal²⁴⁴ en concreto, pero considero que merece cierta aclaración un aspecto del mismo: la consideración de sujeto activo, atendiendo a las divergencias doctrinales y jurisprudenciales.

Un sector doctrinal considera que puede ser sujeto activo de este delito cualquier persona, sin reducir por tanto la comisión del tipo al padre o madre afirmando que la previsión legal del art. 222 CP²⁴⁵ para el educador, facultativo, autoridad o funcionario público avala que este delito pueda ser cometido por cualquiera²⁴⁶. Según QUERALT JIMÉNEZ, la dicción del precepto 222 CP no viene referida a la participación sino a la

mantuvo una actitud activa preparando el lugar para la permanencia del menor en el ámbito de la falsa familia como si perteneciera a la misma por lo tanto su aportación a la simulación de la falsa filiación del menor resulta evidente. Y, por último, el marido de la autora colaboró activamente para mantener la maternidad de su mujer mientras el bebé permanecía alejado de su auténtica familia, actuando como padre del niño hasta el punto de trasladarse con ella y el menor a otra vivienda. Así, se desprende el elemento subjetivo del delito de suposición de parto ya que colabora públicamente a su presentación como hijo físico de su mujer. La STS (28/06/2016) núm. 568/2016 establece que “en efecto en relación a su participación como cooperadora necesaria en el delito de detención ilegal debemos recordar que la participación adhesiva o sucesiva se produce cuando alguien suma su comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por este”. Véase también el AAP Madrid (28/09/2012) núm. 699/2012.

²⁴³ A favor de admitir la compatibilidad entre el delito de detención ilegal y suposición de parto, véase la STS (07/06/2007) núm. 492/2007 y SAP Madrid (27/09/2018) núm. 640/2018.

²⁴⁴ Art. 220.2 CP: “La misma pena (del apartado uno del mismo art. seis meses a dos años) se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación”.

²⁴⁵ Art. 222 CP: “El educador, facultativo, autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su profesión o cargo, realice las conductas descritas en los dos arts. anteriores, incurrirá en la pena en ellos señalada y, además, en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años”. “El término facultativo comprende los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria”.

²⁴⁶ CORTES BECHIARELLI, E. “*Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores*”, 1996, pág. 82: Critica al legislador ya que la previsión del tipo penal vincula, en principio, al interprete, que sólo puede concluir que serán sujetos activos exclusivamente los padres. Por tanto, afirma que bien haría el legislador en suprimir la referencia al *hijo* puesto que no clarifica, *per se*, la figura del sujeto pasivo y, además, introduce un elemento de distorsión para la fijación del activo que, desde nuestro punto de vista, puede ser cualquier persona que oculte o entregue a tercero a un menor considerando el bien jurídico en este tipo trata de proteger (filiación) desprovisto en gran medida de cobertura si se reduce la posibilidad de comisión a los padres; QUERALT JIMÉNEZ, J.J. “*Delitos contra las relaciones familiares*” en “*Derecho Penal. Parte Especial*”, 2015, pág. 403.

realización de las conductas descritas en los arts. 220 y 221 CP²⁴⁷. En el mismo sentido, el TS admite que el sujeto activo pueda serlo un tercero distinto de la madre²⁴⁸.

En cambio, la mayoría doctrinal afirma que únicamente son sujetos activos del delito de ocultación o entrega de hijo los padres biológicos, convirtiendo al delito en especial propio²⁴⁹, puesto que exige una especial condición en el sujeto activo y no cuenta con una figura paralela de delito común, resultando atípica la entrega realizada por cualquier tercero en virtud del principio de legalidad, siendo éste una garantía de la persona y un límite del poder penal del Estado²⁵⁰. En relación a lo mencionado por un sector minoritario de la doctrina, considero que no es posible ampliar la consideración de sujeto activo a cualquier persona basándose en la previsión tipificada en el art. 222 CP ya que no es un tipo penal de aplicación automática, dado que siempre exige que personal sanitario, educador o funcionarios públicos sean idóneos para cometer las conductas típicas de los arts. 220 y 221 como autores.

Aplicando lo expuesto a los hechos que aquí estudiamos, considero que en los numerosos casos de “bebés robados”, no han sido los progenitores quienes han entregado a sus propios hijos²⁵¹, sino el facultativo. Bajo mi punto de vista, se excluye la aplicabilidad del delito de ocultación o entrega de hijo para aquellas personas distintas de

²⁴⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Derecho Penal. Parte Especial”, 2015, pág. 404: “por ejemplo una comadrona puede cometer este delito; normalmente se tratará de una coautoría pero la coautoría es autoría y no participación”.

²⁴⁸ En este sentido, véase la STS Madrid (24/06/1992) núm. 1509/1992.

²⁴⁹ MORETÓN TOQUERO, M^a A. “La suposición de parto, la ocultación y sustitución de niños, y el tráfico de menores”, 2001, pág. 14; GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra las relaciones familiares (III)” en COBO DEL ROSAL, M (Coord.) “Derecho Penal Español, Parte Especial”, 2005, pág. 423; CARRASCO ANDRINO, M. “Protección Penal de la filiación”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2010, núm. 12-06, ISSN 1695-0194, pág. 10; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. “La entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales sobre el llamado “robo de bebés”, Revista Europea de Derechos Fundamentales, ISSN 1699-1524 núm. 21/1er Semestre 2013, pág. 191; CASTIÑEIRA PALOU, M^a T. Y MONTANER FERNÁNDEZ, R “Delitos contra las relaciones familiares” en SILVA-SÁNCHEZ, J. M^a. (Dir.) “Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial”, 2015, pág. 206; CARBONELL MATEU, J.C. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Derecho Penal. Parte Especial”, 2016, pág. 282; RUBIO LARA, P.A. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Manual teórico de Derecho Penal II. Parte Especial de Derecho Penal”, 2017, pág. 90; MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor”. Doctrina del libro “Comentarios al Código Penal”, edición núm. 1, Editorial La Ley, 3299/2016, Madrid, pág. 3; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. “Delitos contra las relaciones familiares” en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.) “Delitos. La parte especial del Derecho penal”, 2016, pág. 272; MUÑOZ CONDE, F. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Derecho Penal. Parte Especial”, 2017, pág. 280.

²⁵⁰ PÉREZ DEL VALLE, C. “Principio de legalidad y ley penal” en “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”, 2016, pág. 51.

²⁵¹ CORTES BECHIARELLI, E. “Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores”, 1996, pág. 80: “Se trataría pues, de una donación de hijo, que pasaría así a formar parte de un núcleo familiar distinto del que le corresponde por naturaleza”.

padre o madre ya que el apartado segundo a diferencia del tercero del art. 220 CP menciona al “hijo”, y no al “niño” o “menor”²⁵². Por ende, el facultativo no podrá ser condenado como autor por este delito, ni tampoco como cooperador necesario en virtud del art. 65.3 CP²⁵³ puesto que en estos casos el médico no ayuda a los padres biológicos a ocultar ni a entregar un hijo a terceros, sino que entrega un bebé a terceros sin conocimiento de los padres biológicos. Es decir, el médico no ayuda a entregar u ocultar el hijo a los padres biológicos.

3.3. EL DELITO DE ADOPCIÓN ILEGAL (ART. 221 CP).

3.3.1. Cuestiones relacionadas con el bien jurídico protegido y la autoría.

El CP de 1995 incluyó en su artículo 221²⁵⁴ una novedosa figura, el delito de compra-venta de niños para la adopción ilegal, suprimiendo así la laguna penal existente²⁵⁵. Tal y como menciona MORETÓN TOQUERO, la introducción de este delito respondió a la necesidad de dar respuesta jurídica expresa al fenómeno del llamado

²⁵² CARRASCO ANDRINO, M. “Protección Penal de la filiación” Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2010, núm. 12-06, ISSN 1695-0194, pág. 11.

²⁵³ Art. 65.3 CP: “Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”.

²⁵⁴ Art. 221 CP: “1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurren relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años. 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero. 3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años”.

²⁵⁵ CARRASCO ANDRINO, M. “Protección Penal de la filiación” Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2010, núm. 12-06, ISSN 1695-0194, pág. 19: Dicha incorporación se realizó en cumplimiento de normas internacionales asumidas por el Estado Español. Entre ellas; Convenio europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores (20/05/1980), la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (20/11/1989), el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (29/05/1993). Y, el Protocolo facultativo sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía que, en su art. 3.1, a) ii) ordena a los Estados miembros, en relación con la venta de niños, la sanción penal de la inducción, en calidad de intermediario, a alguien que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción (Resolución de la Asamblea General 54/263 de 25/5/2000, entrada en vigor el 18/1/2002 y ratificado por España 18/12/2001). GONZÁLEZ RUS, J.J. “*Delitos contra las relaciones familiares (III)*” en COBO DEL ROSAL, M (Coord.) “*Derecho Penal Español, Parte Especial*”, 2005, pág. 424.

En este sentido, se destaca el AAP Vizcaya (13/01/2005) núm. 16/2005 que establece que lo que trata el legislador es que el menor no sea tratado como una mercancía, susceptible de ser comprado y vendido.

“tráfico de menores” o “venta de niños” que se venía produciendo de manera relativamente frecuente²⁵⁶.

El párrafo primero del art. 221 CP castiga a quien entrega, intermedie o reciba un hijo, descendiente o menor, aunque no medie relación de parentesco, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción, siempre y cuando medie una compensación económica²⁵⁷. El elemento de elusión refleja que el componente de protección personal de los menores se vea realzado en el CP actual²⁵⁸. El segundo párrafo del precepto mencionado castiga con la misma pena al receptor y al intermediario.

Nos encontramos ante un delito pluriofensivo puesto que afecta a más de un bien jurídico. En primer lugar, de la conducta “la entrega de un menor para establecer una relación análoga a la de la filiación” se deriva la privación de la filiación que le corresponde al menor conforme al ordenamiento jurídico. Por ello, podemos observar que se ataca la filiación legal siendo, por tanto, el bien jurídico protegido. La entrega de los “bebés robados” a una familia no biológica produce un estado de hecho discordante con la filiación que legalmente les corresponde, ya que aparece de hecho como hijo de quienes no son sus verdaderos padres, alterando con ello el estado civil del menor²⁵⁹. CORTES

²⁵⁶ MORETÓN TOQUERO, M^a A. “La suposición de parto, la ocultación y sustitución de niños, y el tráfico de menores”, 2001, pág. 19.

²⁵⁷ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “El tráfico de niños para su «adopción ilegal». El delito del art. 221 del Código Penal Español”, 2003, págs. 81-82: “La incorporación del delito de compraventa de niños al capítulo de delitos relacionados con la filiación, con su matiz de elusión de los procedimientos legales para la protección de menores, nos sitúa de plano ante la carga obligacional del vínculo paterno filial y desplaza el ámbito de protección de esa norma hacia el aspecto personal de la relación jurídica de filiación, en orden a la formación integral de los menores, como fin social que trasciende al ejercicio de la patria potestad, y que puede quedar defraudado si quien “adquiere” al menor no ofrece garantías de poder asumir la responsabilidad que implica la llegada de un niño a una familia”; GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra las relaciones familiares (III)” en COBO DEL ROSAL, M (Coord.) “Derecho Penal Español, Parte Especial”, 2005, pág. 424; MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor”, Doctrina del libro “Comentarios al Código Penal”, edición núm. 1, Editorial LA LEY, 3299/2016, Madrid, págs. 3-4; RUBIO LARA, P.A. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Manual teórico de Derecho Penal II. Parte Especial de Derecho Penal”, 2017, pág. 91; JERICÓ OJER, L. “Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas”, 2017, pág. 233.

²⁵⁸ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “El tráfico de niños para su «adopción ilegal». El delito del art. 221 del Código Penal Español”, 2003, pág. 83; MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor”, Doctrina del libro “Comentarios al Código Penal”, edición núm. 1, Editorial LA LEY, 3299/2016, Madrid, pág. 1.

²⁵⁹ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “El tráfico de niños para su «adopción ilegal». El delito del art. 221 del Código Penal Español”, 2003, págs. 85-86: “Por ende, la realización de la conducta típica de este delito implica una modificación aparente del estado civil ya que jurídicamente no existe ninguna nueva relación puesto que únicamente surgen dos formas legales de determinar la filiación; por naturaleza o por adopción (art. 108 CC). Cabe destacar que el acceso del cambio de adscripción familiar operado de hecho al Registro Civil llevaría también de hecho a la efectiva alteración del estado civil dado que las actas del Registro son prueba del estado civil según el artículo 327 CC”.

BECHIARELLI establece que el bien jurídico protegido es la filiación biológica entendida como el derecho a tener como progenitores a quienes realmente lo son, excluyendo de esta forma a los adoptados²⁶⁰.

Las personas que obtienen la custodia de hecho de un niño eludiendo los mecanismos legales de protección de menores, evitan y rehúyen la tramitación del procedimiento. Ello supone la separación de un menor de su familia de origen frustrando los fines que se persiguen y que pueden reconducirse a la primacía del interés del menor. La elusión de dicho procedimiento implica la inobservancia de requisitos formales en su constitución, garantías necesarias para la seguridad jurídica y la posibilidad de que el adoptado en un futuro pueda investigar su filiación biológica como aspecto del libre desarrollo de su personalidad, defraudando el fin social que cumplen las instituciones de protección en orden al bienestar de los menores²⁶¹. Por tanto, el bien jurídico protegido es la relación legal de filiación haciendo hincapié en las garantías del interés del menor en la constitución del vínculo jurídico en la filiación adoptiva como aspecto relevante de la misma.

En segundo lugar, el injusto del art. 221 CP se define por la entrega del menor “mediando compensación económica”. Esta es la razón por la que se ha denominado al delito “venta o tráfico de niños”, dado que se trata de una compraventa²⁶². En este punto, se protege la dignidad del niño, que debe ser respetada en todo proceso o decisión que implique la separación del menor de su ambiente familiar, y que resulta excluida al ser

²⁶⁰ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “*El tráfico de niños para su «adopción ilegal»*. *El delito del art. 221 del Código Penal Español*”, 2003, págs. 86-88: critica la opinión de CORTES BECHIARELLI ya que indica que la consideración del bien jurídico como la filiación legal permite incluir bajo el ámbito de protección del precepto sus distintas clases, es decir, la que tiene lugar por nacimiento como la adquirida por adopción de acuerdo con el reconocimiento de la igualdad de todos los hijos en el artículo 39.2 CE.

²⁶¹ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “*El tráfico de niños para su «adopción ilegal»*. *El delito del art. 221 del Código Penal Español*”, 2003, págs. 89-91: “No quedará constancia del origen biológico del niño en los casos de compraventa de menores, pues quienes así obtengan su custodia, lo presentaran en el registro civil como hijo biológico para no descubrir la entrega ilícita, con lo que faltará toda referencia de la auténtica filiación biológica, que permita al menor conocer en el futuro su origen y todos los aspectos vinculados a él que son de relevante interés para el adoptado; por ejemplo para poder acceder al conocimiento de su herencia genética, o la posibilidad de poder delimitar respecto a qué personas existe impedimento para contraer matrimonio, que subsiste con determinados parientes por consanguinidad, pese a la ruptura de vínculos jurídicos con su familia por naturaleza, como se deduce de los arts. 47 y 178 CC”. “La razón de su protección penal hay que buscarla no sólo en la gran trascendencia que la relación de filiación tiene en la seguridad en las relaciones jurídicas, sino en la función insustituible de la relación de filiación en la formación de la identidad y el desarrollo personal del individuo, que se cumple mediante el adecuado ejercicio de la patria potestad por los padres, y muy en especial, en su espectro de deberes de contenido personal”.

²⁶² RUBIO LARA, P.A. “*Delitos contra las relaciones familiares*” en “*Manual teórico de Derecho Penal II. Parte Especial de Derecho Penal*”, 2017, pág. 91; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. “*Delitos contra las relaciones familiares*” en “*Manual de Derecho Penal. Parte Especial*”, 2015, pág. 373.

tratado como una simple mercancía. No hay duda que la dignidad puede ser bien jurídico protegido ya que por su carácter de valor fundamental se convierte en un interés constitucional merecedor de tutela penal en estos casos²⁶³.

La entrega de un menor cuyo fin es la obtención de un beneficio económico convierte la entrega en un puro intercambio económico, reduciendo al menor a un objeto de mercado privándosele del valor y trato que le corresponde como persona. Ello supone un acto de agresión a la dignidad, puesto que conlleva la instrumentación de una persona para la obtención de un fin. Considero que, en los casos de los recién nacidos, se atenta gravemente a su dignidad humana, ya que no pueden reclamar por sí mismos su valor y respeto como personas. Está justificada la sanción penal para una adecuada protección del interés superior del menor en aquellas actuaciones que implican de hecho la separación de su entorno familiar²⁶⁴.

Por todo ello, los bienes jurídicos protegidos en este delito son la tutela de la filiación legal o adoptiva o del sistema legal de guarda, acogimiento y adopción y la dignidad del niño que se ve afectada al ser objeto de comercio y, por tanto, tratado como una cosa o mercancía²⁶⁵. Se trata por tanto de un delito que persigue la práctica ilegal de la adopción, en el que no es necesario que se produzcan perjuicios para el menor, por lo que el delito cabe incluso cuando el menor se vea beneficiado²⁶⁶.

Se trata también de un delito plurisubjetivo, dado que la lesión de los bienes jurídicos: la filiación legal y la dignidad personal del menor, no se completa sin la

²⁶³ MORETÓN TOQUERO, M^a A. “*La suposición de parto, la ocultación y sustitución de niños, y el tráfico de menores*”, 2001, pág. 20; TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “*El tráfico de niños para su «adopción ilegal»*. *El delito del art. 221 del Código Penal Español*”, 2003, págs. 91-92; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. “*Delitos contra las relaciones familiares*” en “*Manual de Derecho Penal. Parte Especial*”, 2015, pág. 373; CARBONELL MATEU, J.C. “*Delitos contra las relaciones familiares*” en “*Derecho Penal. Parte Especial*”, 2016, pág. 283.

²⁶⁴ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “*El tráfico de niños para su «adopción ilegal»*. *El delito del art. 221 del Código Penal Español*”, 2003, págs. 97-98: “Parece justificado el recurso a la sanción penal de esas conductas, pues la actuación desde otros sectores del ordenamiento jurídico, como puede ser el derecho administrativo sancionador, no permite la privación de libertad, mientras que la imposición de sanciones pecuniarias no tendría apenas efecto disuasorio de la realización de conductas, que no son sino tráficos ilegales, que suponen una lucrativa fuente de ingresos, en los que la sanción pecuniaria se incorporaría como un costo más de los necesarios para lograr la conclusión del negocio”.

²⁶⁵ CARRASCO ANDRINO, M. “*Protección Penal de la filiación*”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2010, núm. 12-06, ISSN 1695-0194, pág. 20; CARBONELL MATEU, J.C. “*Delitos contra las relaciones familiares*” en “*Derecho Penal. Parte Especial*”. 2016, pág. 283; GONZÁLEZ RUS, J.J. “*Delitos contra las relaciones familiares (III)*” en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.) “*Derecho Penal Español, Parte Especial*”, 2005, pág. 424.

²⁶⁶ RUBIO LARA, P.A. “*Delitos contra las relaciones familiares*” en “*Manual teórico de Derecho Penal II. Parte Especial de Derecho Penal*”, 2017, pág. 91; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. “*Delitos contra las relaciones familiares*” en “*Manual de Derecho Penal. Parte Especial*”, 2015, pág. 373.

conurrencia de la conducta de quien entrega al menor, vendiéndolo y la de quien lo recibe, comprándolo²⁶⁷.

Como he mencionado, el primer párrafo del precepto 221 CP castiga la entrega del menor mientras que el segundo tipifica la conducta de quien lo recibe, así como la del intermediario. Por ende, existen tres sujetos activos: el que entrega, el receptor y el intermediario. Son responsables del delito de tráfico de menores quienes realicen la entrega del menor, al margen de los procedimientos legales a cambio de la contraprestación económica, quienes paguen el precio para recibirlo, guiados por el fin de establecer una relación análoga a la de filiación y el posible intermediario, en su caso.

La acción típica del delito es entregar a otra persona un hijo, descendiente o menor. De la redacción del primer párrafo del art. 221 CP se desprende que únicamente la persona que entrega un hijo realiza el hecho típico y merece la consideración de autor. El segundo párrafo del art. 221 CP castiga con la misma pena a la persona que reciba al menor y al intermediario, que se considerarán cooperadores necesarios.

En este punto, existe diversidad doctrinal. Por un lado, TORRES FERNÁNDEZ afirma que no se trata únicamente de una equiparación punitiva puesto que también supone hacer penalmente responsable a quien adquiere al menor en calidad de autor. Por tanto, equipara el tratamiento penal de dichos sujetos a la de autor. Establece que puede deducirse que la intervención de quienes actúan de la manera descrita en el tipo para los dos sujetos activos, quien entrega y quien recibe, conforma un particular supuesto de coautoría (art 28.1 CP²⁶⁸), puesto que cada uno de ellos realiza parcialmente los elementos del tipo, poniendo en obra la totalidad del tipo penal. La única particularidad de los coautores de las conductas del art. 221 CP es que su intervención viene exigida por el propio tipo penal, por lo que la concurrencia de dos personas en el hecho no es contingente, sino necesaria. En este sentido, se declara la responsabilidad en calidad de autores de un delito de tráfico de menores para la adopción ilegal, tanto a quien entrega como quien recibe al menor,

²⁶⁷ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. *“El tráfico de niños para su «adopción ilegal». El delito del art. 221 del Código Penal Español”*, 2003, págs. 100-101.

²⁶⁸ Art. 28.1 CP: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”.

que serán, por tanto, coautores. La ausencia de una de esas conductas impide apreciar la tipicidad de este delito por faltar parte de sus elementos²⁶⁹.

En relación al intermediario, TORRES FERNÁNDEZ indica que también se le castiga con la misma pena que al autor sin prestar atención a cuál sea la entidad de su contribución material al hecho. La mención del intermediario en el tipo penal tiene como finalidad sustraer la actividad de mediación en la venta de niños a las reglas generales que rigen la participación, equiparando punitivamente al hecho del autor cualquier acto de mediación con independencia de qué clase de participación constituya, necesaria o no, y de la intensidad con la que contribuya a la lesión del bien jurídico²⁷⁰.

Por último, establece que la equiparación punitiva de quien recibe al menor a la de quien lo entrega, tiene pleno sentido ya que con sus conductas se ataca con igual intensidad a los bienes jurídicos protegidos. Critica TORRES FERNÁNDEZ la técnica utilizada para realizar dicha equiparación ya que con la expresión “con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario” induce a pensar que se extiende la penalidad prevista para el autor en el párrafo primero a sujetos que en realidad no lo son. Bajo su parecer, la mención “la persona que lo reciba” implica la descripción legal de una conducta típica cuya realización implica responsabilidad penal. Señala que para evitar toda esta confusión hubiera sido más adecuado incluir ese inciso legal en el número primero del art. 221 CP y no en el segundo²⁷¹.

Por el contrario, CORTES BECHIARELLI puntualiza que el legislador no considera al receptor y al intermediario autores en sentido estricto, puesto que autor solamente es quien entrega al menor ya que realiza la conducta típica. Establece que el CP impone la misma pena para los tres sujetos activos porque, sin duda alguna, quien recibe e intermedia, son *strictu sensu*, cooperadores necesarios. En relación a la redacción del tipo, establece que el legislador incluye a éstos dos últimos en un párrafo separado del que

²⁶⁹ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “El tráfico de niños para su «adopción ilegal». El delito del art. 221 del Código Penal Español”, 2003, págs. 130-133.

²⁷⁰ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “El tráfico de niños para su «adopción ilegal». El delito del art. 221 del Código Penal Español”, 2003, págs. 134-135: Dispone que es cuestionable la imposición de la misma pena al intermediario que al autor ya que la intervención del primero de ellos puede revestir distintas formas que no alcanzan la misma entidad lesiva del bien jurídico y que por ello, no merecen la equiparación automática con la mesa del autor. Además, establece que su tratamiento más adecuado hubiera sido el de la cooperación, por la vía de los preceptos que regulan las formas de participación en sus distintas modalidades, lo que permite graduar su responsabilidad en atención a la actuación de mediación realizada y sobre la base de su eficacia para la lesión del bien jurídico.

²⁷¹ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “El tráfico de niños para su «adopción ilegal». El delito del art. 221 del Código Penal Español”, 2003, pág. 133.

regula el tipo básico para declarar *ex lege* su condición de cooperadores necesarios para el caso de que no hubieran verificado los actos propios de la entrega, recibiendo idéntica pena que el autor principal²⁷².

En definitiva, el legislador equipara legalmente a efectos punitivos las conductas de autoría y otras que estructuralmente serían de participación, al establecerse la misma pena para quien entrega el niño y para quien lo recibe o hace de intermediario. Por tanto, los que intervienen en un proceso de compraventa de niños (el que entrega, el receptor y el intermediario), serán castigados con la misma pena, pretendiendo el precepto penalizar el tráfico de niños. Bajo mi parecer, no tiene especial trascendencia el debate doctrinal expuesto ya que el CP castiga al cooperador necesario, en este caso, receptor e intermediario, con la misma pena que al autor, el que entrega.

Dentro de la categoría de delitos plurisubjetivos, se trata de un delito de conducta bilateral o de encuentro, entendiendo por tales, los delitos en los que son necesarias conductas distintas, con un sentido recíproco, de cuya confluencia o encuentro surge el tipo. El que entrega al menor lo hace movido por la obtención de una utilidad o ventaja económica, el que lo recibe y paga por el niño para establecer, de hecho, una relación semejante a la de filiación²⁷³.

3.3.2. Las conductas típicas.

La acción delictiva requiere la presencia de cuatro elementos acumulativos²⁷⁴. La ausencia de cualquiera de ellos determinará la atipicidad de la conducta²⁷⁵:

- a) La entrega de un hijo, descendiente o cualquier menor, aunque no concorra relación de filiación o parentesco.

La descripción de la acción típica como “entregar” implica en manos o en poder de otro a una persona. Ello fija el marco de lo penalmente relevante en la conducta de dar u

²⁷² CORTES BECHIARELLI, E. “Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores”, 1996, pág. 103; MORETÓN TOQUERO, M^a A. “La suposición de parto, la ocultación y sustitución de niños, y el tráfico de menores”, 2001, pág. 21; QUERALT JIMÉNEZ, J.J. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Derecho Penal. Parte Especial”, 2015, pág. 410.

²⁷³ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “El tráfico de niños para su «adopción ilegal». El delito del art. 221 del Código Penal Español”, 2003, págs. 100-102; MORETÓN TOQUERO, M^a A. “La suposición de parto, la ocultación y sustitución de niños, y el tráfico de menores”, 2001, pág. 21.

²⁷⁴ MORETÓN TOQUERO, M^a A. “La suposición de parto, la ocultación y sustitución de niños, y el tráfico de menores”, 2001, págs. 20-21.

²⁷⁵ CARBONELL MATEU, J.C. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Derecho Penal. Parte Especial”, 2016, pág. 283.

ofrecer al menor²⁷⁶. Lo que se debe entregar ha de ser un hijo, descendiente o cualquier menor, aunque no concurra relación de filiación o parentesco. Esta expresión permite establecer quienes son los sujetos tanto activos como pasivos.

El sujeto activo puede ser cualquiera que entrega/venda al hijo, descendiente o menor para obtener la contraprestación económica²⁷⁷. Según TORRES FERNÁNDEZ, el círculo de sujetos activos no se completa con la sola mención de quien entrega, sino que es necesario ponerla en relación con la referencia a la persona que recibe al menor, configurándose así como el otro sujeto de carácter necesario para realizar el tipo penal y que también puede ser cualquiera, dada la falta de cualificación del texto legal²⁷⁸.

El sujeto pasivo es el menor, es decir, todos aquellos que tengan menos de 18 años²⁷⁹ y para cierta parte de la doctrina también será la persona que ostente la patria potestad, la paternidad u otro vínculo afectivo análogo cuando la entrega se haga sin su consentimiento, si no interviene en la operación como en los casos de los “bebés robados”²⁸⁰.

b) La presencia del tercero que lo recibe para establecer con él una relación análoga a la filiación.

La “recepción del menor” consiste en recibir, esto es, tomar o hacerse uno cargo de lo que le dan, en este caso un menor.

²⁷⁶ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “El tráfico de niños para su «adopción ilegal». El delito del art. 221 del Código Penal Español”, 2003, pág. 108.

²⁷⁷ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “El tráfico de niños para su «adopción ilegal». El delito del art. 221 del Código Penal Español”, 2003, pág. 105; GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra las relaciones familiares (III)” en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.) “Derecho Penal Español, Parte Especial”, 2005, pág. 424; QUERALT JIMÉNEZ, J.J. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Derecho Penal. Parte Especial”, 2015, pág. 409; MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor”, Doctrina del libro “Comentarios al Código Penal”, edición núm. 1, Editorial La Ley, Madrid, 3299/2016, pág. 4; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, 2015, pág. 373.

²⁷⁸ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “El tráfico de niños para su «adopción ilegal». El delito del art. 221 del Código Penal Español”, 2003, pág. 105.

²⁷⁹ GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra las relaciones familiares (III)” en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.) “Derecho Penal Español, Parte Especial”, 2005, pág. 424; QUERALT JIMÉNEZ, J.J. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Derecho Penal. Parte Especial”, 2015, pág. 410; MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor”, Doctrina del libro “Comentarios al Código Penal”, edición núm. 1, Editorial La Ley, Madrid, 3299/2016, pág. 4.

²⁸⁰ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “El tráfico de niños para su «adopción ilegal». El delito del art. 221 del Código Penal Español”, 2003, págs. 105-106.

El tipo incluye un elemento subjetivo del injusto sólo conciliable con la comisión dolosa, consistente en la finalidad de establecer una relación análoga a la filiación. Existen críticas doctrinales ya que es difícil determinar a qué quiere referirse el legislador cuando alude a “relación análoga a la de filiación”. El término filiación hace referencia a una relación jurídica, pero también a un hecho natural o biológico ya que la relación jurídica de filiación puede nacer por naturaleza o por adopción. De este modo, no se entiende qué debe interpretarse por relación análoga a la misma, pues la adopción crea relación de filiación. Por tanto, y en base a que la doctrina ha señalado que la filiación no admite relación análoga, ha de entenderse que con dicha expresión el precepto ha querido indicar que es una relación de filiación ficticia, en el sentido que se produce una apariencia de filiación que no se sustenta jurídicamente, al igual que ocurre en los tipos del art. 220 CP²⁸¹.

La finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación determina que no sea necesaria la efectiva adopción, ni formalización de ningún tipo: basta con que se tenga al niño como si fuera un hijo²⁸². Dicha finalidad guía la realización de las conductas tanto de entrega como de recepción del menor. Nos encontramos con divergencia doctrinal, ya que por un lado hay autores que consideran que dicha finalidad únicamente está presente en el sujeto que recibe al niño, ya que es quien pretende establecer con el menor una relación en la que asume los deberes de contenido personal característicos de la patria potestad²⁸³, pero no en el que lo entrega, ya que se guía por la finalidad de obtener un beneficio económico. Por el contrario, autores como CARRASCO ANDRINO consideran que ésta finalidad debe estar presente en ambos sujetos²⁸⁴.

Es un delito de resultado cortado, ya que no es necesario que se logre establecer efectivamente esa apariencia de filiación. La exigencia de esta finalidad hace que el delito

²⁸¹ MORETÓN TOQUERO, M^a A. “La suposición de parto, la ocultación y sustitución de niños, y el tráfico de menores”, 2001, págs. 21-22; CARRASCO ANDRINO, M. “Protección Penal de la filiación”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2010, núm. 12-06, ISSN 1695-0194, pág. 24.

²⁸² CARBONELL MATEU, J.C. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Derecho Penal. Parte Especial”, 2016, pág. 282.

²⁸³ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “El tráfico de niños para su «adopción ilegal». El delito del art. 221 del Código Penal Español”, 2003, pág. 116.

²⁸⁴ CARRASCO ANDRINO, M. “Protección Penal de la filiación”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2010, núm. 12-06, ISSN 1695-0194, pág. 24.

sólo admita el dolo directo, debiendo abarcar el conocimiento del beneficio económico y de la elusión de los procedimientos legales²⁸⁵.

c) La compensación económica.

Para evitar consecuencias absurdas, debe entenderse la referencia «mediando compensación económica» en el sentido de que en la entrega o en el recibimiento del menor ha sido determinante el estímulo económico. Esto sirve de punto de enlace entre la conducta de los dos sujetos activos, la de quien entrega el niño motivado por el fin de conseguir un beneficio económico y la de quien paga para adquirirlo²⁸⁶.

La expresión “mediando compensación económica” pone de manifiesto la necesidad lucrativa y puede consistir en dinero o en cualquier otra ventaja de naturaleza económica. En cambio, la doctrina minoritaria considera que basta con la promesa económica o concesión de algo que sea cuantificable económicamente para que se consuma el delito²⁸⁷.

Es un elemento esencial en este tipo penal pues caracteriza el modo de realización de la conducta típica. Es decir, la compensación económica se configura como elemento objetivo del tipo que expresa el móvil o la razón de la entrega y recepción del menor. Supone la mercantilización de la entrega, convirtiéndola en un intercambio económico, que conlleva la degradación del valor humano del niño al de mero objeto. Por tanto, no es una mera circunstancia, sino que delimita de qué manera esa conducta es antijurídica, ya que de ese modo se define una forma de ataque a la dignidad humana que toda persona tiene por serlo²⁸⁸.

Por tanto, si la entrega se efectúa a título gratuito será aplicable el art. 220.2 CP, siempre que el sujeto activo sean los padres, en otro caso, la conducta es atípica.

²⁸⁵ CARRASCO ANDRINO, M. “Protección Penal de la filiación”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2010, núm. 12-06, ISSN 1695-0194, pág. 24.

²⁸⁶ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “El tráfico de niños para su «adopción ilegal». El delito del art. 221 del Código Penal Español”, 2003, pág. 110; GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra las relaciones familiares (III)” en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.) “Derecho Penal Español, Parte Especial”, 2005, pág. 425.

²⁸⁷ CORTES BECHIARELLI, E. “Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores”, 1996, pág. 97; CARRASCO ANDRINO, M. “Protección Penal de la filiación”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2010, núm. 12-06, ISSN 1695-0194, págs. 23 y 25-26; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. “Delitos contra las relaciones familiares” en “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, 2015, pág. 374.

²⁸⁸ CARRASCO ANDRINO, M. “Protección Penal de la filiación”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2010, núm. 12-06, ISSN 1695-0194, pág. 23; TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “El tráfico de niños para su «adopción ilegal». El delito del art. 221 del Código Penal Español”, 2003, pág. 112.

d) La elusión de los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción.

El tipo penal exige el requisito de que la entrega se efectuó “eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción”. Supone el conocimiento de que se actúa al margen de la legislación vigente para constituir legalmente una adopción.

Se ha criticado por la doctrina la dicción legal, al equiparar la adopción a la guarda o al acogimiento, cuando de ellas sólo la figura del acogimiento familiar puede llegar a conformar una situación semejante, capaz de modificar de facto la adscripción familiar del niño²⁸⁹. En consecuencia, la entrega efectuada mediando compensación económica, pero respetando la normativa sobre adopción resulta atípica, aunque, como indica TORRES FERNÁNDEZ, ello ya representaría un incumplimiento de dicha normativa²⁹⁰.

Por tanto, teniendo en consideración el precepto y el bien jurídico protegido en el mismo, esto nos permite concluir que se requiere la omisión absoluta del procedimiento legalmente previsto, es decir que se establezca una apariencia de filiación al margen del procedimiento legalmente establecido para la adopción.

En relación a la consumación del delito, la doctrina mayoritaria requiere que se produzca la entrega del menor y la contraprestación económica, de modo que se apreciará tentativa cuando únicamente haya tenido lugar la entrega o bien exclusivamente la compensación económica²⁹¹. La caracterización del precio como un medio comisivo “mediando” exige su efectiva concurrencia para apreciar el tipo, de manera que cuando

²⁸⁹ CORTES BECHIARELLI, E. “Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores”, 1996, págs. 97-101: establece que se omite la referencia a la tutela, el órgano de guarda que más genuina y ampliamente cumple la función genérica de suplir a la patria potestad y que representa en la práctica gran similitud con las instituciones de guarda, acogimiento y adopción propuestos por el legislador penal; CARRASCO ANDRINO, M. “Protección Penal de la filiación”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2010, núm. 12-06, ISSN 1695-0194, págs. 23-24; TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “El tráfico de niños para su «adopción ilegal». El delito del art. 221 del Código Penal Español”, 2003, págs. 112-114.

²⁹⁰ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “El tráfico de niños para su «adopción ilegal». El delito del art. 221 del Código Penal Español”, 2003, págs. 114-116.

²⁹¹ MORETÓN TOQUERO, M^a A. “La suposición de parto, la ocultación y sustitución de niños, y el tráfico de menores”, 2001, pág. 21; GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra las relaciones familiares (III)” en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.) “Derecho Penal Español, Parte Especial”, 2005, pág. 425: “La consumación se produce con la entrega del menor, siendo posible la tentativa”.

En este sentido, véase la SAP (30/09/2011) núm. 372/2011, en la que se desestiman los recursos de apelación interpuestos contra la Sentencia dictada en el Juicio Rápido núm. 226/11 ante el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Murcia en la que se condenó a los progenitores como responsables de un delito de alteración de paternidad, estado o condición del menor en grado de tentativa del art. 221.1 CP.

concurran los restantes elementos, pero no el pago del precio sólo cabrá apreciar la tentativa²⁹². En cambio, como he mencionado, la doctrina minoritaria considera que basta con la promesa económica o concesión de algo que sea cuantificable económicamente para que se consuma el delito, es decir es suficiente con que la entrega se realice una vez acordado el precio sin necesidad de que se haya pagado²⁹³.

Por tanto, la consumación se alcanza con la entrega del menor y la contraprestación económica, con el paso de la custodia del menor de quien lo da a quien lo recibe, integrándose siquiera mínimamente en un nuevo núcleo familiar. La consumación es instantánea, no requiriéndose legalmente ningún elemento adicional de acreditación documental de nueva filiación. Por lo tanto, el *dies a quo* se fija cuando se haya cometido la infracción punible (art. 132 CP). En virtud del art. 131 CP²⁹⁴, el delito de adopción ilegal prescribe a los cinco años.

Por lo que respecta al caso de los “niños robados”, la Circular 2/2012 afirma que los hechos pueden ser eventualmente calificados como delito de adopción ilegal, sin realizar ningún análisis o valoración sobre dicho delito²⁹⁵.

Aplicando lo expuesto a los hechos, no cabe duda alguna que este delito se podría aplicar a los casos de los niños robados que sucedieron a partir del año 1995; los recién nacidos que fueron sustraídos a sus madres biológicas y posteriormente entregados a terceros a cambio de un precio, estableciendo una relación análoga a la filiación, desvinculándolos de la familia a la que legalmente pertenecen, eludiendo los procedimientos legales de adopción. En todos esos casos, se castigaría como autores, al médico, matrona o persona que entregara al recién nacido y como cooperador necesario a los padres no biológicos que lo recibieran y al intermediario, en su caso. La conducta de los mismos contribuye a convertir a los menores en meros objetos, tratándoles como una simple mercancía, sin atender a su condición de persona, atacando con igual intensidad los bienes jurídicos protegidos en el tipo y contribuyendo, además, a la alteración de la filiación que legalmente corresponda al menor.

²⁹² TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “El tráfico de niños para su «adopción ilegal». El delito del art. 221 del Código Penal Español”, 2003, pág. 129.

²⁹³ Véase nota de pie de página núm. 287.

²⁹⁴ Véase nota de pie de página núm. 189.

²⁹⁵ Circular 2/2012, pág. 17.

Sin embargo, la mayoría de los casos de “niños robados” sucedieron entre los años 1950 y 1990, por lo que no es posible la aplicación de este tipo penal a dichos casos en función de los principios de irretroactividad y aplicabilidad de la ley penal más favorable para el reo.

3.4. EL ARTÍCULO 222 CP: LA ESPECIAL CONDICIÓN DE EDUCADOR, FACULTATIVO, AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL SUJETO ACTIVO.

Como he señalado anteriormente, el CP 1944/73, era la legislación penal vigente en el momento en el que se produjeron la inmensa mayoría de los casos de “niños robados”. El art. 469 de dicho CP, tipificaba la inhabilitación especial para facultativo o funcionario público que cooperase a la ejecución del delito de suposición de parto²⁹⁶. Al ser más favorable la legislación actual por la mayor levedad de la sanción aparejada a la conducta, se aplicaría con carácter retroactivo el art. 222 CP²⁹⁷ vigente.

Este precepto contiene un delito especial que prevé una agravación (pena de inhabilitación especial) de las diversas conductas tipificadas en los arts. 220 y 221 CP por la concurrencia en el autor de la condición de facultativo. Se entiende por tal a los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una

²⁹⁶ Art. 469 CP 1944: “El 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, incurrirá en las penas del mismo y, además, en la de inhabilitación especial”.

²⁹⁷ Art. 222 CP: “El educador, facultativo, autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su profesión o cargo, realice las conductas descritas en los dos artículos anteriores, incurrirá en la pena en ellos señalada y, además, en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años. 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”.

actividad sanitaria o socio-sanitaria²⁹⁸. Por dicha actividad se refiere, sin duda, a la capacidad para intervenir y asistir a los partos²⁹⁹.

Por lo tanto, en los hechos estudiados en el presente trabajo podría ser de aplicación este tipo penal a aquellos médicos u otro personal sanitario que sustrajeron o entregaron a los recién nacidos, no siendo aplicable si se actuara como particular. En caso de que se aplicase, tendrían que concurrir los delitos de referencia que, en mi opinión es realmente difícil por las razones expuestas.

3.5. APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE RELACIONES FAMILIARES AL PRIMER CASO JUZGADO DE NIÑOS ROBADOS: El Caso doctor Vela.

La AP de Madrid establece que los hechos probados son constitutivos de un delito de suposición de parto cometido por facultativo, del art. 220.1 y 222 CP, que se aplica con carácter retroactivo por ser más favorable que el precepto vigente a la fecha de los hechos, el 468 y 469 CP 1944/73.

La AP apoya su calificación en jurisprudencia del TS³⁰⁰ y concluye que en este caso, concurren los requisitos del delito ya que el acusado, al firmar la certificación del facultativo, estableció la existencia de un parto que no había tenido lugar.

Por lo que se refiere a la prescripción del delito de suposición de parto, considera que no se plantea discusión al tratarse de un delito de consumación instantánea, aun cuando sus efectos sean permanentes, por lo que la fecha de su consumación es la fecha

²⁹⁸ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. “*Delitos contra las relaciones familiares*” en “*Manual de Derecho Penal. Parte Especial*”, 2015, pág. 375: “Según la doctrina mayoritaria, el término facultativo se define normativamente con una fórmula muy amplia que permite incluir en su seno a cualquier persona que desempeñe funciones que faciliten la comisión del delito por la existencia de un especial contacto con el menor, con independencia de sus conocimientos o competencias en materia de salud”.; MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “*De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor*”, Doctrina del libro “*Comentarios al Código Penal*”, edición núm. 1, Editorial La Ley, Madrid, 3299/2016, pág. 5: establece que el art. 222 CP reproduce el texto del art. 214 del Proyecto de 1994 y que mejora la redacción de su antecedente (art. 469 CP: «el 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») ya que se detallan mejor los destinatarios de la agravación, a la vez que el abuso de la profesión o cargo se sustituye por su mero ejercicio y, lo que es muy importante, se prescinde la vieja referencia a la cooperación que excluía a los autores. El paralelismo entre este art. 222 y el apartado 3 del art. 221 es evidente, si bien en esta ocasión no haya imprevisión alguna al señalar la penalidad. «Además» de en las penas señaladas en los arts. 220 y 221, se incurrirá en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años.

²⁹⁹ TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “*El tráfico de niños para su «adopción ilegal»*. *El delito del art. 221 del Código Penal Español*”, 2003, pág. 110.

³⁰⁰ STS (06/06/1990), STS (07/06/2007) núm. 492/2007 y SAP La Coruña (16/10/2002) núm. 24/2002.

del inicio del cómputo para la prescripción³⁰¹. La AP considera prescrito el delito de suposición de parto, aspecto que se analizará en el apartado correspondiente a la prescripción.

Por último, la AP considera que el delito de adopción ilegal no se aplica a los hechos por dos motivos: por no estar vigente dicho delito en la fecha de la ocurrencia de los hechos, y por no concurrir los requisitos señalados en el tipo, ya que no consta la existencia de prestación económica alguna en la acción realizada³⁰².

³⁰¹ SAP (27/09/2018) núm. 640/2018, pág. 56.

³⁰² SAP (27/09/2018) núm. 640/2018, pág. 48.

4. LOS DELITOS DE FALSEDADES.

La FGE en la Circular 2/2012 indica brevemente que, para perpetuar la alteración del estado civil de los recién nacidos, las sustracciones de los bebés en muchos casos pueden ir acompañadas de las correspondientes falsedades instrumentales³⁰³. El CP comprende en el Título XVIII, bajo la rúbrica “De las falsedades”, cinco Capítulos de los que se van a analizar el Capítulo II, correspondiente a las falsedades documentales (falsedad de documento público u oficial y falsedad de certificado) y el Capítulo IV, que recoge las falsedades personales (usurpación del estado civil)³⁰⁴.

4.1. LAS FALSEDADES DOCUMENTALES.

Las figuras contenidas en el Capítulo II mencionado, se caracterizan por tener como objeto común el documento definido genéricamente en el art. 26 CP³⁰⁵.

El bien jurídico protegido en las distintas modalidades del delito de falsedad documental tiene por objeto la protección de la fe pública y la seguridad en el tráfico jurídico. El primero de ellos se define como la confianza que la sociedad pone en los objetos, en los signos y en las formas externas, monedas, emblemas o documentos, a los que el Derecho, privado o público, atribuye un valor probatorio, así como la buena fe y los créditos de los ciudadanos en las relaciones de la vida comercial e industrial³⁰⁶.

El TS, en numerosas ocasiones, cita precisamente la seguridad del tráfico como bien jurídico protegido. El bien jurídico protegido en el delito de falsedad en documentos públicos, oficiales o de comercio, es principalmente la veracidad y seguridad del tráfico jurídico, sin requerir la acusación de perjuicios³⁰⁷. Se protege la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos como reflejo verdadero de lo que contienen³⁰⁸, por su importancia para la seguridad y fiabilidad de las transacciones

³⁰³ Circular 2/2012, pág. 16.

³⁰⁴ Los cinco Capítulos dedicados a las falsedades son: la falsificación de moneda y efectos timbrados (Capítulo I), las falsedades documentales (Capítulo II), una Disposición General común a los capítulos anteriores (Capítulo III), y falsedades personales: usurpación del estado civil y usurpación de funciones públicas e intrusismo (Capítulo IV y V, respectivamente).

³⁰⁵ Art. 26 CP: “A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”

³⁰⁶ BONÉ PINA, J.F. / SOTERAS ESCARTÍN, R. “*Las falsedades documentales*” en “De las Falsedades. Comentario a los artículos 386 al 403 del Código Penal de 1995”, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 147.

³⁰⁷ Véase la STS (30/04/1988). Se destaca la STS (11/12/1991) que establece que “el bien jurídico protegido por los delitos de falsedad documental lo constituye fundamentalmente la defensa de la veracidad y seguridad del tráfico y, en último término, la confianza de la sociedad en el valor probatorio de los documentos”.

³⁰⁸ AAP Madrid (24/10/2016) núm. 1189/2016.

jurídicas. El tráfico jurídico ha sido entendido entre la doctrina penalista como “el conjunto de condiciones que facilitan la comunicación entre los individuos y sus relaciones de derecho”³⁰⁹.

Por tanto, el bien jurídico protegido con la punición de las falsedades no es tanto la verdad, sino los instrumentos, es decir los documentos con los que en las relaciones sociales se pretende acreditar esa verdad³¹⁰.

4.1.1. La falsedad de documento público u oficial (Art. 390 CP y ss.).

Como he señalado anteriormente, los casos de “niños robados” tuvieron lugar entre 1950 y 1990. Con arreglo a la redacción vigente a la fecha de ocurrir los hechos, el CP de 1944/73, los hechos serían constitutivos de un delito de falsedad en documento oficial de los arts. 302 y ss. CP. El CP vigente tipifica igualmente el delito de falsedad en documento oficial en los arts. 390.1 y ss³¹¹. que, al igual que en los delitos anteriormente analizados, es más favorable por ser más leves las penas a imponer.

El binomio “documento público-documento oficial” continúa planteando en la actualidad problemas de interpretación ya que el CP no los define y porque no es fácil hallar la nota diferenciadora entre documento público y oficial y, además, tienen el mismo tratamiento penológico. Esa difícil diferenciación entre los documentos públicos y los

³⁰⁹ BONÉ PINA, J.F. / SOTERAS ESCARTÍN, R. “Las falsedades documentales” en “De las Falsedades. Comentario a los artículos 386 al 403 del Código Penal de 1995”, 2000, pág. 148.

³¹⁰ Véase la STS (26/02/1998).

³¹¹ Art. 390 CP: “1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: 1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial. 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. 3.º 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.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos. 2. Será castigado con las mismas penas a las señaladas en el apartado anterior el responsable de cualquier confesión religiosa que incurra en alguna de las conductas descritas en los números anteriores, respecto de actos y documentos que puedan producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil.

Art. 392 CP: “1. El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Las mismas penas se impondrán al que, sin haber intervenido en la falsificación, traficare de cualquier modo con un documento de identidad falso. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a un año y multa de tres a seis meses al que hiciere uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso. Esta disposición es aplicable aun cuando el documento de identidad falso aparezca como perteneciente a otro Estado de la Unión Europea o a un tercer Estado o haya sido falsificado o adquirido en otro Estado de la Unión Europea o en un tercer Estado si es utilizado o se trafica con él en España.

oficiales ha producido un auténtico aluvión de sentencias del TS que han pretendido establecer una nítida separación entre ambas categorías³¹².

Una de las sentencias que, con más precisión ha querido diferenciar ambas modalidades, es la STS de 12 de enero de 2004³¹³ que establece que el art. 26 CP recoge una definición de documento, pero no contiene una definición auténtica de lo que debe entenderse por las distintas clases de documentos (públicos, oficiales, mercantiles, certificados, etc.) dando lugar a serios problemas. Por ello, la jurisprudencia ha declarado que debe entenderse por documentos públicos los relacionados en el art. 1216 CC³¹⁴ y en el art. 317 LEC³¹⁵. De este modo, son documentos públicos aquellos autorizados por un notario o funcionario público competente, así como los que provienen de las entidades públicas en el desempeño de sus funciones o fines, siempre que hayan sido confeccionados con las solemnidades requeridas por la ley. Por tanto, no basta con que el documento emane de un funcionario público, sino que, además, es indispensable que la confección de dicho documento se incardine en el área de las funciones propias de ese funcionario en cuanto tal y haciendo uso de ellas³¹⁶.

En caso de los servidores públicos, la jurisprudencia destaca que para la aplicación de esta modalidad, no basta con esa condición en el autor de hecho, sino que es exigible además que éste actúe en la forma injusta precisamente en el área de sus funciones específicas, vulnerando el deber específico ínsito al cargo o función que desempeña, de hacer que los documentos que elabora o utiliza acomoden su contenido a la verdad que deben reflejar³¹⁷.

³¹² GOYENA HUERTA, J. “*Las falsedades documentales*”, 2007, pág. 17.

³¹³ Véase la STS (12/01/2004) núm. 1/2004.

³¹⁴ Art. 1216 CC: “Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley”.

³¹⁵ Art. 317 LEC: “A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos: 1. Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Letrados de la Administración de Justicia. 2. Los autorizados por notario con arreglo a derecho. 3. Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a derecho. 4. Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales. 5. Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones. 6. Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades”.

³¹⁶ GOYENA HUERTA, J. “*Las falsedades documentales*”, 2007, pág. 15.

³¹⁷ ALONSO DE ESCAMILLA, A. / MESTRE DELGADO, E. “*Falsedades*” en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.) “*Delitos. La parte especial del Derecho penal*”, 2016, pág. 790.

Naturalmente, el requisito de que los documentos públicos deban ser confeccionados por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones no impide que el delito de falsedad de documento público pueda ser cometido por un particular (art. 392 CP). Dicho de otro modo, la intervención del funcionario público sería exigible para que el documento fuese verdadero y produjese efectos en el tráfico jurídico; el hecho de que el documento público en cuestión haya sido elaborado por un particular es lo que lo convierte en un documento falso³¹⁸.

Se entiende por documentos oficiales aquellos que provienen de las Administraciones Públicas para satisfacer las necesidades del servicio o función pública y de los demás entes o personas jurídico-públicas para cumplir sus fines institucionales³¹⁹. Se trata de documentos confeccionados por un particular que tiene, desde el instante mismo en que elabora dicho documento, el decidido propósito de que éste provoque efectos en su relación con la administración o con cualquier organismo oficial. Es decir, documentos que son elaborados por un particular con la finalidad de originar un acto administrativo, considerándose por tanto, documentos oficiales³²⁰.

El delito de falsedad documental es un delito de consumación instantánea. Como he mencionado anteriormente, si el bien jurídico protegido en este tipo penal es el tráfico jurídico derivado de la confianza pública en los documentos que contienen un contenido veraz, es razonable entender, como ha hecho la jurisprudencia, siguiendo un criterio uniforme, que el delito queda consumado cuando se materializa la alteración o mutación de dicha verdad a través de la confección o la manipulación del documento falso en

³¹⁸ GOYENA HUERTA, J. “*Las falsedades documentales*”, 2007, pág. 16.

Este es el supuesto que se analiza en la STS (10/09/1992) en la que un abogado en ejercicio confecciona (creó) un documento público como es una resolución judicial (extendida en papel de oficio, con el timbre del Estado y bajo el rótulo de sentencia, absolutamente inexistente) que contiene los resultandos, considerandos y una parte dispositiva en la que se estima la demanda a favor de su cliente a quien pretendía dar satisfacción suponiendo un perjuicio para el mismo ya que no presentó la correspondiente demanda encargada. Le hizo creer que preparaba y presentaba la demanda y le aseguró que había recaído sentencia favorable a sus intereses, firme y por tanto, irrecorrible. Por ello, existen tanto el presupuesto real u objetivo del delito y también el elemento subjetivo ya que intencionadamente se hizo nacer, aunque con engaño, a la vida un documento inexistente, que en ello consiste el dolo específico llamado falsario.

³¹⁹ GOYENA HUERTA, J. “*Las falsedades documentales*”, 2007, pág. 17.

En este sentido, véase: STS (12/01/2004) núm. 1/2004 y STS (06/11/2003) núm. 1443/2003.

³²⁰ GOYENA HUERTA, J. “*Las falsedades documentales*”, 2007, pág. 21. Además, en la pág. 18, establece que “desde el punto de vista penal, los documentos oficiales constituyen un subtipo de los documentos públicos. En dicho subtipo se incluyen todos aquellos documentos públicos que no sean ni notariales ni judiciales. En definitiva, y sólo a efectos del derecho penal, los documentos oficiales son los emanados de cualesquiera organismos públicos dependientes de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas (en adelante, CC.AA.) o Entidades Locales (EE.LL.), así como de cualesquiera otros entes con personalidad jurídica pública”.

condiciones de idoneidad para inducir a error acerca de alguna de las particularidades relevantes de la actividad documentada, aun en el caso de que el autor no hubiera llegado a obtener el fin perseguido. Para entender consumado el delito, no sería suficiente que el sujeto activo haya alterado un documento si dicho documento permanece en su esfera posesoria, sin posibilidad ninguna de introducirse en el tráfico jurídico³²¹.

Por lo tanto, al ser un delito de naturaleza instantánea, el *dies a quo* se fija cuando se haya cometido la infracción punible (art. 132 CP). En virtud del art. 131 CP³²², el delito de falsedad de documento público u oficial prescribe a los cinco años si es cometido por particular y a los diez años si es cometido por funcionario público. Por ello, al igual que en el delito de suposición de parto, en la mayoría de los casos de “niños robados”, el delito de falsedad documental estaría prescrito.

El art. 390 CP pormenoriza las 4 modalidades falsarias constitutivas de delito de falsedad documental y son, exclusivamente, por exigencia del principio de legalidad, las siguientes³²³:

- a) Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial. Esta conducta supone la alteración física, química o mecánica de un documento real preexistente, sobre el que se realiza la actuación manipuladora.
- b) Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. La jurisprudencia entiende que “simular” es representar una cosa fingiendo o imitando lo que no es³²⁴ e incluye en esta modalidad tanto las alteraciones de la verdad de algunos extremos consignados en el documento como los supuestos en que se confecciona deliberadamente un documento con la finalidad

³²¹ GOYENA HUERTA, J. “Las falsedades documentales”, 2007, pág. 61-62. ALONSO DE ESCAMILLA, A. / MESTRE DELGADO, E. “Falsedades” en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.) “Delitos. La parte especial del Derecho penal”, 2016, pág. 800.

En este sentido, véase: STS (09/06/2005) núm. 724/2005, STS (06/10/2009) 946/2009 y STS (22/12/2009) núm. 1316/2009. Se destaca la STS (28/11/2000) núm. 1831/2000 que afirma que “el delito de falsedad documental se consuma y perfecciona en el momento en que se ejecuta la falsificación con tal de que la intención del falsificador sea hacer uso fraudulento del documento o, lo que es igual, en el momento en que el documento sale del ámbito reservado en que normalmente se realiza la *mutatio varietatis* y se pone de relieve que su finalidad era que el documento entrase en el tráfico jurídico”.

³²² Véase nota de pie de página núm. 189.

³²³ ALONSO DE ESCAMILLA, A. / MESTRE DELGADO, E. “Falsedades” en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.) “Delitos. La parte especial del Derecho penal”, 2016, págs. 792-793.

³²⁴ En este sentido, véase: STS (13/06/1997), STS (25/11/1997), STS (29/03/2004) núm. 398/2004.

de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente, cuya realidad se pretende simular o aparentar³²⁵.

- c) 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.
- d) Faltando a la verdad en la narración de los hechos. Más conocida como falsedad ideológica que únicamente se aplica a los funcionarios públicos, estando despenalizada para los particulares. Este aspecto es el que permite diferenciar esta modalidad de la recogida en la letra b)³²⁶.

Dichas *modalidades* constituyen un *numerus clausus* de forma que cualquier comisión que no resulte subsumible en alguna de esas cuatro modalidades falsarias, no será constitutiva de delito de falsedad. Paralelamente, esas modalidades falsarias no son excluyentes entre sí, de manera que una misma conducta falsaria puede ser subsumida en uno o varios de los supuestos descritos en el art. 390.1 CP³²⁷. En los casos que en este trabajo analizamos, por lo general, se da la concurrencia de varias de las modalidades descritas y más concretamente las recogidas en las letras b) y c).

En los casos de “niños robados”, si el médico y en el ejercicio de sus funciones, falsifica el documento en el que consta el nacimiento de un bebé, se considerará falsedad de documento público. En cambio, si el médico no actúa en el ejercicio de sus funciones o trabaja en centro sanitario privado, será considerará falsedad de documento oficial. También se pueden cometer otras falsedades, como por ejemplo la inscripción del recién nacido en el Registro Civil, inscribiéndolo como hijo propio cuando no lo es. Como he mencionado en el análisis del delito de suposición de parto, dicha inscripción no supone la consumación del delito de suposición de parto, pero sí constituye un delito de falsedad de documento oficial³²⁸.

³²⁵ Véase la STS (12/04/2012) núm. 309/2012.

³²⁶ Véase la STS (29/03/2004) núm. 398/2004.

³²⁷ La STS (03/03/2000) núm. 361/2000 establece: “Sin embargo, cuando se analiza el delito de falsedad y sus diversas modalidades comisivas, no puede dejar de subrayarse que éstas no constituyen compartimentos estancos, por cuanto es perfectamente posible que un mismo hecho sea susceptible de ser incardinado en más de una de las modalidades típicas recogidas en el art. 390 CP, como que una misma actividad puede integrarse tanto en la suposición de la intervención de persona que no la ha tenido, como en la simulación total o parcial del documento que prevén los apartados 3 y 2 del citado precepto, respectivamente”.

³²⁸ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor”. Doctrina del libro “Comentarios al Código Penal”, edición núm. 1, Editorial LA LEY, Madrid, 3299/2016, pág. 2.

En este sentido, véase la STS (04/12/1998) que estima el carácter oficial de los asientos del Registro Civil.

4.1.2. La falsedad de certificados (Art. 397 y ss. CP).

Junto a la falta de una definición de lo que debe entenderse por certificado a efectos jurídico penales, el CP vigente³²⁹ ha prescindido de la enumeración contenida en los arts. 311, 312 y 313 CP de 1973³³⁰.

Certificar es, según la RAE, “asegurar, afirmar, dar por cierto algo”³³¹, pero más específicamente, desde un punto de vista jurídico, es “declarar cierta una cosa por un funcionario con autoridad para ello, en un documento oficial”. Y, jurisprudencialmente, se ha definido como “hacer cierta una cosa por medio de instrumento público”³³². También es garantizar la autenticidad de una cosa por lo que el funcionario que certifica compromete su responsabilidad asegurando que el certificado responde a una realidad que él conoce y que refleja en el certificado³³³. En realidad, el certificado es un documento dentro del género de documentos públicos u oficiales, no siendo distinto a los documentos analizados anteriormente.

La única consecuencia relevante que se deriva de la regulación penal de la falsedad de certificados es que es un tipo penal privilegiado, ya que el legislador ha querido rebajar el reproche antijurídico del hecho, sancionando con penas notablemente inferiores la expedición de certificados falsos de las falsedades en documentos oficiales, pero no existen diferencias tajantes entre los mismos. El criterio determinante y restrictivo para aplicar este tipo privilegiado y, que se ha tomado en consideración para señalar si nos

³²⁹ Art. 397 CP: “El facultativo que librare certificado falso será castigado con la pena de multa de tres a doce meses”. Art. 398 CP: “La autoridad o funcionario público que librare certificación falsa con escasa trascendencia en el tráfico jurídico será castigado con la pena de suspensión de seis meses a dos años. Este precepto no será aplicable a los certificados relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública”. Art. 399 CP: “1. El particular que falsificare una certificación de las designadas en los artículos anteriores será castigado con la pena de multa de tres a seis meses. 2. La misma pena se impondrá al que hiciere uso, a sabiendas, de la certificación, así como al que, sin haber intervenido en su falsificación, traficare con ella de cualquier modo. 3. Esta disposición es aplicable aun cuando el certificado aparezca como perteneciente a otro Estado de la Unión Europea o a un tercer Estado o haya sido falsificado o adquirido en otro Estado de la Unión Europea o en un tercer Estado si es utilizado en España”.

³³⁰ Art. 311 CP 1973: “El facultativo que librare certificado falso de enfermedad o lesión con el fin de eximir a una persona de algún servicio público será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 5.000 a 18:000 pesetas”. Art. 312 CP 1973: “El funcionario público que librare certificación falsa de méritos o servicios, de buena conducta de pobreza o de otras circunstancias análogas, será castigado con las penas de suspensión y multa de 5.000 a 25.000 pesetas”. Art. 313 CP 1973: “El particular que falsificare una certificación de las clases designadas en los artículos anteriores será castigado con la pena de arresto mayor. Esta disposición es aplicable al que hiciere uso, a sabiendas, de la certificación falsa”.

³³¹ <http://dle.rae.es/?id=8OVdkYW>

³³² Véase la STS (19/03/2004) núm. 357/2004.

³³³ Véase la STS (27/12/2000) núm. 2001/2000.

encontramos ante una falsedad documental o de certificado es la gravedad o trascendencia de la alteración del instrumento documental de que se trate³³⁴.

Por ello, la jurisprudencia considera que por respeto al principio de proporcionalidad de las penas, a la hora de considerar un determinado documento como certificado o como documento público u oficial, no basta con atender a si dicho documento refleja “méritos, servicios, buena conducta, pobreza u otras circunstancias análogas”, sino también a la importancia o trascendencia de esta certificación³³⁵. Por tanto, se considera que los certificados son documentos que dan fe o acreditan cosas o hechos de escasa trascendencia³³⁶.

De la jurisprudencia se deduce que en los casos en que la certificación falsa ha sido confeccionada por un funcionario público, nos encontraremos ante un certificado falso y no ante un documento público u oficial, siempre que concurren tres requisitos y, la no concurrencia de alguno de los mismos da lugar a que el documento en cuestión deje de ser un certificado para convertirse en un documento público u oficial falsificado³³⁷:

- a) Que el documento declare cierta una cosa o un hecho.
- b) Que dicho documento haya sido elaborado, precisamente, por el funcionario público que tiene competencia para afirmar esa certeza o para autenticarla.
- c) Que la falsedad sea de escasa gravedad y trascendencia.

En los casos de “niños robados”, no hay duda alguna de la aplicación de este tipo penal a los hechos. La falsificación de los documentos constata, generalmente, el nacimiento de un bebé de un parto inexistente, se recogen datos relativos a la identidad de los progenitores propios del recién nacido, lugar, hora de nacimiento y el facultativo

³³⁴ GOYENA HUERTA, J. “*Las falsedades documentales*”, 2007, pág. 37.

En este sentido, véase: STS (27/12/2000) núm. 2001/2000 y STS (12/01/2004) núm. 1/2004.

³³⁵ GOYENA HUERTA, J. “*Las falsedades documentales*”, 2007, págs. 37-38.

³³⁶ En este sentido, véase la STS (27/12/2000) núm. 2001/2000: “Ello es porque no encajaría dentro del principio de proporcionalidad, que la libranza de un certificado falso por los funcionarios responsables de los Registros de la Propiedad o Mercantil se castigara con una pena cuasi simbólica de suspensión de seis meses a dos años, mientras que sí se considera como falsedad la pena sea de dos a seis años de prisión, además de la correspondiente y de la subsiguiente inhabilitación”. Y la STS (03/02/2003) núm. 112/2004 que establece: “Como ya hemos expresado el objeto material del delito de falsedad enjuiciado no consistía en una mera certificación, sino en un documento oficial compuesto integrado conjuntamente tanto por el impreso oficial de autorización de la intervención, firmado por el recurrente y por otro de los acusados, como por la factura emitida por la clínica, que se acompaña para acreditar la realización de la intervención y su coste, y, en fin, por la certificación emitida por ambos funcionarios públicos de que la factura se correspondía con la intervención efectivamente realizada, comprobada a través de la aceptación de los pacientes y los informes de alta”.

³³⁷ GOYENA HUERTA, J. “*Las falsedades documentales*”, 2007, págs. 38-39.

que participó en el parto y en la elaboración del certificado médico que sirvió de antecedente para la inscripción del recién nacido en el Registro Civil. Bajo mi parecer, no deben calificarse dichos documentos como certificados falsos ya que solo cumplen la función de advenir o acreditar hechos sin otras finalidades; en los documentos rellenos y firmados en los casos de “niños robados” se recogen datos que constituyen bienes jurídicos de gran importancia, lo que permite calificar de especial gravedad la falsificación de este tipo de documentos. Por ello, por lo general, nos encontramos ante falsedades de documento público u oficial y no ante la falsedad de certificados.

4.2. LA USURPACIÓN DE ESTADO CIVIL (ART. 401 CP).

El art. 401 CP³³⁸ castiga a “el que usurpare el estado civil de otro”. La conducta típica consiste en “usurpar” siendo el objeto de usurpación el estado civil de otro. Por “usurpar” hemos de entender la acción de atribuirse algo que no es propio o quitar a uno lo suyo; arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro, esto es fingir su personalidad para usar de los derechos que le pertenecen. Por “estado civil”, debemos entender el conjunto de circunstancias que determinan la identificación jurídica de una persona dentro de la comunidad (nombre, nacimiento, filiación, nacionalidad...). Y, “usurpar el estado civil de una persona” es fingir ser ella misma para usar de sus derechos, es suplantar su filiación, su paternidad, sus derechos conyugales, es la falsedad aplicada a la persona y con el ánimo de sustituirse por otra real y verdadera. Lo decisivo es, en todo caso, que se produzca una cierta suplantación de personalidad³³⁹. Y, por último, el precepto menciona “de otro” que, según la RAE, significa “dicho de una persona distinta de aquella de que se habla”³⁴⁰.

Aplicando lo expuesto al estudio de los casos de “niños robados”, este último aspecto es esencial ya que como afirma la FGE en la Circular 2/2012, con las actuaciones llevadas a cabo nadie estaría actuando con el estado civil de otra persona, sino que la persona sustraída siendo menor estaría en posesión de un estado civil distinto del propio, pero no de un tercero. Además, la propia FGE establece que la pretensión de aplicar este delito a la sustracción de menores infringiría el principio de legalidad y exigencia de *lex*

³³⁸ Art. 401 CP: “El que usurpare el estado civil de otro será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años”.

³³⁹ DE LA FUENTE HONRUBIA, F. “*La usurpación de estado civil*”, en Diario La Ley, Sección doctrina, 2000, Ref. VII, pág. 145, tomo 1, Editorial LA LEY, 2797/2001, pág. 3. MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “*De la usurpación del estado civil*”, en Diario La Ley, doctrina que forma parte del libro “Comentarios al Código Penal”, Edición núm.1, Editorial LA LEY, 3258/2016, Madrid, pág. 1.

En este sentido véase la STS (23/05/1986).

³⁴⁰ <http://dle.rae.es/?id=RLQQxGn>

stricta (art. 25.1 CE), pues sólo sería posible extendiendo analógicamente el tenor literal del texto a supuestos de hecho que evidentemente no están alcanzados por él³⁴¹.

Ello implica la improbabilidad, como menciona la FGE, de aplicar el delito de usurpación de estado civil (art. 401 CP 1995 o art. 470 CP 1944³⁴², cuya redacción es idéntica)³⁴³.

La doctrina considera inviable la calificación de la conducta como delito de usurpación de estado civil, coincidiendo con lo reflejado por la Circular 2/2012. Se alude a que el tipo penal sanciona a quien finge ser una persona distinta de la que es, con el ánimo de usar sus derechos, lo que exige no solo arrogarse una personalidad ajena, sino que tal comportamiento se realice con la finalidad de usar los derechos y acciones de la persona suplantada. Efectivamente, en los casos de los “niños robados” no existe un sujeto que actúe bajo el estado civil de otra persona, sino que en estos casos lo que sucede es que la persona sustraída estaría en posición de un estado civil distinto al propio, pero que en ningún caso es de un tercero. Faltando a su vez, el elemento subjetivo de intención de utilizar indebidamente derechos y acciones de otra persona³⁴⁴.

Tanto la FGE como la doctrina se apoyan en dos sentencias del TS para considerar inviable la calificación de los hechos en el delito de usurpación de estado civil³⁴⁵. Dicha jurisprudencia señala que usurpar el estado civil de otro lleva siempre consigo el uso del nombre y apellidos de ese otro, pero el delito lo conforma la ficción del agente de ser una persona ajena con ánimo de usar sus derechos. Por ello, no es bastante para la existencia de tal delito arrogarse una personalidad ajena asumiendo el nombre de otro, sino que

³⁴¹ Circular 2/2012, pág. 9.

³⁴² Art. 470 CP 1944: “El que usurpare el estado civil de otro será castigado con las penas de presidio menor y multa de 1.000 a 10.000 pesetas”.

³⁴³ DE LA FUENTE HONRUBIA, F. “*La usurpación de estado civil*”, en Diario La Ley, Sección doctrina, 2000, Ref. VII, pág. 145, tomo 1, Editorial LA LEY, 2797/2001, pág. 1; MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “*De la usurpación del estado civil*”, en Diario La Ley, doctrina que forma parte del libro “Comentarios al Código Penal”, Edición núm.1, Editorial LA LEY, 3258/2016, Madrid, pág. 1: “En el CP de 1944/73 se mantiene la regulación tradicional entre los delitos contra el estado civil de las personas regulándose en el art. 470 junto con la suposición de parto. En el CP de 1995 se retoma la ubicación sistemática del precepto dentro de las falsedades configurándose un capítulo autónomo para su regulación (Cap. IV, Tít. XVIII, Libro II)”.

³⁴⁴ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. “*La entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales sobre el llamado “robo de bebés”*” en Revista Europea de Derechos Fundamentales, ISSN 1699-1524 núm. 21/1er Semestre 2013, págs. 185-186; ESTRELLA RUIZ, M. “*Sustracción de menores recién nacidos*”, Revista de Jurisprudencia, 2013, pág. 4; JERICÓ OJER, L. “*La respuesta jurídico-penal a la sustracción de menores: especial referencia al caso de los niños robados durante el franquismo*” en “*Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas*”, 2017, pág. 236.

³⁴⁵ STS (26/03/1991) y STS (15/06/2009) núm. 635/2009.

evidentemente se requiere algo más siendo condición precisa que la sustitución de persona se lleve a cabo para hacer algo que solo puede hacer esa persona por las facultades, derechos, acciones u obligaciones que a ella solo corresponden³⁴⁶. Por tanto, se afirma que el tipo penal exige un elemento subjetivo del injusto; el propósito de ejercitar derechos y acciones de la persona suplantada.

4.3. APLICACIÓN DEL DELITO DE FALSEDAD AL PRIMER CASO JUZGADO DE NIÑOS ROBADOS: El Caso doctor Vela.

La AP establece que los hechos son constitutivos de un delito de falsedad en documento oficial del art. 392 y 390.1, apartados 2º y 3º CP, que se aplican con carácter retroactivo por ser más leves las penas a imponer que con arreglo a la legislación vigente a la fecha de ocurrir los hechos, arts. 301 y 302 CP 1944/73. Establece la existencia de un concurso medial entre el delito de falsedad y el delito de suposición de parto (art. 77.1 y 3 CP) al constituir el primero el medio para cometer el segundo. Entiende que ambos delitos gozan de sustantividad propia, sin que sea integrar el primero como parte de la acción constitutiva del segundo, sino de medio para su eficaz comisión.

La AP señala que no hay duda de que la acción realizada por el doctor Vela integra un delito de falsedad en documento público u oficial cometido por facultativo al hacer constar el nacimiento del recién nacido y su intervención en el parto, apoyándose en jurisprudencia tanto del TS³⁴⁷ como de las AP³⁴⁸.

³⁴⁶ Como puede ser el cobrar como si uno fuera otro para cobrar un dinero que es de este, o actuar en una reclamación judicial haciéndose pasar por otra persona, o simular ser la viuda de alguien para ejercitar un derecho en tal condición, o por aproximarnos al caso presente, hacerse pasar por un determinado periodista para publicar algún artículo o intervenir en un medio de comunicación.

³⁴⁷ Véase la STS (06/06/1980) en la que se condena a una profesora que suscribió parte facultativo y que motivó la inscripción correspondiente de filiación en el Registro Civil al ser presentado en este organismo público. En dicho parte facultativo, se hacía constar que había asistido a un parto, del que había nacido una determinada persona, no habiendo sido realidad. Por tanto, al recoger contenido falsario, y presentarlo ante funcionario de organismo público, adquiere el carácter de documento oficial.

³⁴⁸ Véase la SAP Salamanca (05/09/2008) que establece que “el recurso se ha de desestimar, por cuanto resulta fácil comprender a tenor del art. 44 de la Ley del Registro Civil y los arts. 167 y 168 de su Reglamento, que para la inscripción de nacimiento resulta necesario el certificado facultativo, que acredita el nacimiento de una persona, y también, el cuestionario que se ha de rellenar, pues en el mismo han de constar todos los datos necesarios que han de configurar la identidad del mismo, en cuanto a paternidad, maternidad y filiación. Como, además, el certificado facultativo, a efectos identificadores de la persona que ha dado a luz, se cubre previa comprobación de los datos que constan en el Libro registro del hospital, todo ello supone una unidad documental que refleja la interdependencia de lo que se hace constar en el parte facultativo y en el cuestionario. Si se ha alterado la identidad del ingreso de la persona que ha de dar a luz y verificado el parto, al nacido se la manipula su identidad, mediante la constancia de datos falsos en el Registro de admisión, en base a cuyos datos se ha extendido el certificado médico, para, finalmente, tergiversar los datos del cuestionario, con la finalidad de desviar la maternidad hacia persona que no ha dado a luz, es evidente que la falsedad se ha operado en los términos que ha expuesto la sentencia apelada”.

La AP establece que el doctor Vela deberá responder como autor del delito de falsificación de documento oficial o certificado. Establece que no es dudoso que hay falsedad en el parte facultativo, que recoge la intervención de personas que no lo han tenido, con las consecuencias que se han descrito; ahora bien, el examen del documento falsificado, sujeto a modelo oficial integrado en el mismo impreso que el cuestionario para la declaración, muestra que se trata de un certificado y, por consiguiente, el tipo aplicable podría ser el del art. 399, en relación con el 397 CP³⁴⁹.

La AP establece que el delito de falsedad es un delito de consumación instantánea con efectos permanentes. Sin embargo, las acusaciones argumentan que la falsedad afecta al estado civil y el hecho de que siga constando en el Registro la falaz filiación de la denunciante, permite considerar que el delito se sigue cometiendo hasta tanto se pueda proceder a determinar la auténtica filiación de la perjudicada.

La AP, apoyándose en cierta jurisprudencia³⁵⁰, no comparte dicha tesis ya que entiende que la consumación del delito de falsedad es instantánea, sin perjuicio de que sus efectos se perpetúen en el tiempo. Dispone que la Jurisprudencia del TS es unánime al considerar que toda falsedad documental, se consuma en el instante mismo de la alteración, ocultación o mutación de la verdad, cualesquiera que sean los propósitos ulteriores. La fecha de consumación de este ilícito es por tanto incuestionable ya que se trata de un delito instantáneo que queda consumado cuando se materializa la acción falsaria sobre el soporte del documento. Y ello sucede a partir de que éste se confecciona y consta configurado con una virtualidad o idoneidad suficiente para que pueda surtir efecto en cualquier momento en el tráfico jurídico. No se exige, por tanto, ninguna continuidad o permanencia en el tiempo de la actividad ilícita para que el delito resulte consumado³⁵¹. La AP considera prescrito el delito de falsedad documental, aspecto que se analizará en el apartado correspondiente a la prescripción.

Por tanto, La AP establece que se trata de un documento oficial por destino siendo preciso que la falsedad produzca o pueda producir una efectiva lesión de las funciones que en el tráfico jurídico cumple el documento falseado. En virtud del art. 44 de la Ley del Registro Civil y los 167 y 168 de su Reglamento, no basta para practicar la inscripción la declaración, ya que se requiere el parte del médico o comadrona coincidente con ella en los datos correlativos o en otro caso la comprobación del hecho por los procedimientos reglamentarios, con lo que lo decisivo es la falsedad del referido parte.

³⁴⁹ SAP (27/09/2018) núm. 640/2018, pág. 47.

³⁵⁰ SAP Madrid (20/02/2007) núm. 69/2007, STS (19/05/2009) núm. 607/2009 y STS (11/04/2018) núm. 166/2018.

³⁵¹ SAP (27/09/2018) núm. 640/2018, págs. 56-57.

5. EL DELITO DE LESA HUMANIDAD POR DESAPARICIÓN FORZADA (ART. 607 BIS CP).

El art. 607 bis CP establece que “son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos: 1º Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional. 2º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen”.

En los casos de “niños robados” no podemos afirmar que existiera un ataque generalizado contra la población civil o contra una parte de ella. En estos casos se alude a dos cuestiones; a la inexistencia de una finalidad consistente en la eliminación de la disidencia política, y la finalidad directa de erradicación de un grupo. Resulta evidente que sin el clima social de miedo, represión moral y corrupción económica creado y mantenido por la dictadura franquista estas prácticas de tráfico de bebés no hubieran podido dilatarse tanto en el tiempo. La finalidad de las separaciones de los recién nacidos de sus familias de origen no era la de destruir la propia identidad del sujeto, sino más bien se trata del aprovechamiento económico de las circunstancias de determinadas familias y el empoderamiento de una estructura que ya funcionaba por sí misma desde la más inmediata post-guerra justificado por la idea de dar una vida mejor al recién nacido en un ambiente católico y próximo al régimen tal y como se han recogido en algunos trabajos periodísticos. Es decir, el propósito sería de naturaleza económica justificado bajo la falaz idea de otorgar una vida mejor al recién nacido³⁵².

El párrafo segundo del art. 607 bis establece las penas con las que serán castigados los reos del delito de lesa humanidad. El apartado seis fue modificado por la LO 1/2015,

³⁵² BONET ESTEVA, M. “Los niños arrebatados por el franquismo a las mujeres. Constelaciones de casos, puntos de conexión y posibles abordajes jurídico penales”, Universitat Autònoma de Barcelona - Grup de recerca Antígona, 2013, pág. 8. JERICÓ OJER, L. “La respuesta jurídico-penal a la sustracción de menores: especial referencia al caso de los niños robados durante el franquismo” en “Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas”, 2017, págs. 236-237.

de 30 de marzo³⁵³ y se tipificó el delito de desaparición forzada. La actual redacción de dicho apartado establece que “los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados: con la pena de prisión de doce a quince años la desaparición forzada de personas. Se entenderá por desaparición forzada la aprehensión, detención o el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la ley”. Los casos de “niños robados” tuvieron lugar entre los años 50 y 90 y, el delito de desaparición forzada únicamente se puede aplicar a aquellos hechos que sucedieron a partir del 2015, por lo que nos encontramos ante dificultades para su aplicación a estos supuestos debido a la irretroactividad de las leyes penales.

Por otra parte, quiero destacar la opinión de SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN que considera no descartable la aplicación del delito de desapariciones forzadas de personas (art. 166 CP³⁵⁴) en los casos, por ejemplo, en los que la entrega del niño a terceros se realiza por el personal de hospitales encargados de la custodia del recién nacido que, tras descubrirse los hechos, no desvelan la identidad de las personas a las que entregaron el niño³⁵⁵. En virtud del art. 607 bis, bajo mi parecer, los hechos no encajan dentro de las conductas típicas recogidas en el delito, ya que resulta complicado interpretar que la sustracción de un recién nacido y la alteración de su identidad, se pueda subsumir en la aprehensión, detención o secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad.

La Circular 2/2012, no se pronuncia sobre la calificación de los hechos como delito de desaparición forzada, pero establece que las sustracciones realizadas en los distintos hospitales españoles fueron realizadas con idéntico *modus operandi* que “consistía básicamente en que se informaba a la madre y familiares que un menor recién nacido

³⁵³ LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal., BOE núm. 77 de 31/03/2015, BOE-A-2015-3439.

³⁵⁴ Art. 166 CP: “1. El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado con una pena de prisión de diez a quince años, en el caso de la detención ilegal, y de quince a veinte años en el de secuestro. 2. El hecho será castigado con una pena de quince a veinte años de prisión, en el caso de detención ilegal, y de veinte a veinticinco años de prisión, en el de secuestro, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección. b) Que el autor hubiera llevado a cabo la detención ilegal o secuestro con la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad.

³⁵⁵ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. “La entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales sobre el llamado “robo de bebés” en Revista Europea de Derechos Fundamentales, ISSN 1699-1524 núm. 21/1er Semestre 2013, pág. 203.

había fallecido, ofreciéndose el centro hospitalario a hacerse cargo de los restos. Ese menor era entregado a otras personas. En algunos casos, a requerimiento de los progenitores, les era exhibido un menor fallecido, sospechando la familia que se trataba de un cadáver no correspondiente a su hijo”³⁵⁶. En este punto cabe destacar la crítica de BONET ESTEVA ya que considera que resulta claramente contradictorio que la FGE reconozca el idéntico *modus operandi* de las redes de sustracción y adopción de bebés, como redes que se extienden por el territorio español y, en cambio, disgregue por todo el territorio español, en los respectivos tribunales de instrucción, con lo cual se dispersa la investigación de estas posibles causas penales con el riesgo de perder una visión de conjunto de este fenómeno delictivo”³⁵⁷.

5.1. APLICACIÓN DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA AL PRIMER CASO JUZGADO DE NIÑOS ROBADOS: El Caso doctor Vela.

La AP es consciente del desgarramiento que las conductas enjuiciadas ocasionan a las víctimas de los mismos. Sin embargo, aun cuando los Tratados Internacionales sobre la materia fijaran la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, esa exigencia tiene una aplicación de futuro y no es procedente otorgarle una interpretación retroactiva por impedirlo la seguridad jurídica y el art. 9.3 CE y arts. 1 y 2 CP. Dicho razonamiento supone una ficción jurídica contraria a los arts. 1.1º CP³⁵⁸ y art. 4.1º CP³⁵⁹. En consecuencia no puede pretenderse, aun con la finalidad de obtener respuesta a situaciones jurídicas merecedoras de tutela, ampliarse el ámbito propio del Derecho Penal; de aplicación necesariamente restrictiva³⁶⁰.

³⁵⁶ Circular 2/2012, pág. 2.

³⁵⁷ BONET ESTEVA, M. “*Los niños arrebatados por el franquismo a las mujeres. Constelaciones de casos, puntos de conexión y posibles abordajes jurídico penales*”, Universitat Autònoma de Barcelona - Grup de recerca Antígona, 2013, pág. 20.

³⁵⁸ Art. 1. 1º CP: “No será castigada ninguna acción u omisión que no esté prevista como delito o falta al tiempo de su comisión”.

³⁵⁹ Art. 4. 1º CP: “Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”.

³⁶⁰ SAP (27/09/2018) núm. 640/2018, págs. 58-59.

VI. LA PROBLEMÁTICA DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO.

La institución de la prescripción del delito es una de las instituciones más importantes en el Derecho Penal, como figura que extingue la responsabilidad penal de un sujeto, por el transcurso del tiempo sin iniciar el procedimiento penal o cuando éste se haya paralizado. Se define como la institución jurídico penal que, en mérito del transcurso del tiempo y espacio, busca la extinción de la función castigadora del Estado. Es decir, se trata de una autolimitación o renuncia del Estado al *ius puniendi*, en razón a una ausencia de necesidad de pena, seguridad jurídica y economía procesal. Se pone de relieve el derecho del presunto inculpaado a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal³⁶¹.

El delito prescribe cuando transcurren los plazos indicados en el art. 131 CP³⁶², en función de la pena que el delito tenga asignada, siendo el plazo mínimo de prescripción de cinco años, excepto los delitos leves y las injurias y calumnias, que prescriben al año. Los delitos de lesa humanidad, genocidio y contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado no prescriben, así como los delitos de terrorismo que hayan causado la muerte de una persona. Por otra parte, debe señalarse que la regulación de la prescripción en nuestro país no tiene plazos absolutos o plazos de caducidad como ocurre en otros sistemas. Mientras un presunto culpable siga vivo, dependiendo de cuáles hayan sido las actuaciones procesales realizadas, se pueden mantener indefinidamente vivos los procedimientos penales. Por lo que, al transcurso del tiempo, en nuestro sistema debe añadirse otra circunstancia: la inactividad de los órganos encargados de la persecución penal.

Teniendo en cuenta que los hechos estudiados tuvieron lugar entre 1950 y 1990, existen altas probabilidades de que todos los delitos posiblemente aplicables, estén prescritos o que los responsables de los mismos hayan fallecido y que, por tanto, se extinga la responsabilidad criminal de acuerdo con el art. 130.1 1º y 6º CP³⁶³. En este punto, debemos recordar la conclusión 5ª de la Circular 2/2012 que establece: “no procede hacer pronunciamiento alguno sobre si concurre o no la prescripción de los hechos

³⁶¹ GONZÁLEZ TAPIA, Mª I. “La prescripción en el Derecho penal”, 2003, págs. 25-29; MARTÍNEZ PARDO, V.J. “La prescripción del delito”, Revista Internauta de Práctica Jurídica núm. 27, 2011, pág. 127.

³⁶² Véase nota de pie de página núm. 189.

³⁶³ Art. 130.1, 1º y 6º CP: “1. La responsabilidad criminal se extingue: 1.º Por la muerte del reo. 6.º Por la prescripción del delito.”

imputados sino hasta que, agotada la investigación, se hayan fijado con un mínimo de nitidez los contornos del delito que ha podido ser cometido”.

En el estudio de la prescripción resulta necesario, en mi opinión, abordar en primer lugar el posible encaje penal de las conductas y analizar, como acontece en los casos de los “niños robados”, la probable conexidad de las infracciones penales cometidas.

1. EL ENCAJE PENAL DE LAS CONDUCTAS.

Como he señalado a lo largo de toda esta investigación, en los casos de los “niños robados” podrían ser de aplicación los delitos de suposición de parto, de adopción ilegal, de falsedad documental. Por el contrario, existen evidentes dificultades en la aplicación de los delitos de sustracción de menores de siete años, detención ilegal, usurpación de estado civil y desaparición forzada de personas, por los motivos expuestos.

El delito de detención ilegal es el más complejo en este punto, ya que como he mencionado en el apartado correspondiente, tanto la doctrina como la jurisprudencia analizan detalladamente la posibilidad de que los recién nacidos puedan ser sujetos pasivos del delito, pero no estudian si los hechos concretos encajan con la conducta típica “detener” o “encerrar”.

Si se lograra superar el obstáculo de la legalidad, básicamente todos los delitos estarían prescritos salvo que alguno de los mismos sea de carácter permanente. El único que tiene carácter permanente es el delito de detención ilegal, siendo los restantes de consumación instantánea. Bajo mi punto de vista, resulta difícil la aplicación del delito de detención ilegal, pero para estudiar la prescripción, interpretaremos que se aplicaría dicho delito como delito principal y los delitos de suposición de parto y falsedad documental como delitos subordinados.

2. LA CONEXIDAD DE LAS INFRACCIONES PENALES.

En cuanto a la posible operatividad de la prescripción, debemos recordar que cuando a un acusado se le imputan varias infracciones penales, no concurren las circunstancias que sirven de presupuesto a la prescripción, ya que mientras el delito principal no prescriba, no pueden entenderse prescritos los delitos subordinados (art. 17

LECrím³⁶⁴)³⁶⁵. Se trata de casos en los que se condena por varios delitos conexos y que deben considerarse todo como una unidad al tratarse, en definitiva, de un propósito único que se proyecta penalmente hacia varias direcciones y, por consiguiente, no procede aplicar la prescripción por separado, ya que hay una conexión natural e íntima entre los tipos penales en juego³⁶⁶.

Esto es lo que ocurre en los supuestos que examinamos, ya que no se trata de un supuesto de mera conexidad procesal en el que no hay obstáculo para apreciar separadamente la prescripción de los delitos que se enjuician en un único proceso, sino que la misma se asienta en los aspectos materiales o sustantivos del hecho, puesto que los delitos en juego forman parte de una realidad delictiva global proyectada por el autor y la consideración conjunta de ella resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo en su totalidad³⁶⁷.

Por ello, la prescripción en los delitos instrumentales depende de la prescripción del delito de mayor gravedad. Así, el art. 131.4 CP establece que en los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponde al delito más grave, en este caso, la detención ilegal. Por tanto, los delitos de

³⁶⁴ Art. 17 LECrím: “1. Cada delito dará lugar a la formación de una única causa. No obstante, los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso. 2. A los efectos de la atribución de jurisdicción y de la distribución de la competencia se consideran delitos conexos: 1.º Los cometidos por dos o más personas reunidas. 2.º Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello. 3.º Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución. 4.º Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos. 5.º Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente. 6.º Los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos. 3. Los delitos que no sean conexos, pero hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí, cuando sean de la competencia del mismo órgano judicial, podrán ser enjuiciados en la misma causa, a instancia del Ministerio Fiscal, si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

³⁶⁵ En este sentido, véase: STS (06/11/1991), STS (18/05/1995) núm. 686/95, STS (19/11/2003) núm. 1559/2003, STS (25/01/2006) núm. 37/2006, STS (11/09/2007) núm. 600/2007 y STS (27/02/2012) núm. 101/2012.

³⁶⁶ En este sentido, véase: STS (06/11/1991), STS (18/05/1995) núm. 686/95, STS (10/11/1997), STS (19/11/2003) núm. 1559/2003.

³⁶⁷ La jurisprudencia del TS ha estimado que, en supuestos de unidad delictiva, la prescripción debe entenderse de modo conjunto y no cabe apreciar aisladamente la del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal. En estos casos no concurren los fundamentos en que se apoya la prescripción, ni el transcurso del tiempo puede excluir la necesidad de la aplicación de la pena a un único segmento subordinado de la conducta cuando subsiste para la acción delictiva principal, ni, por otro lado, en el ámbito procesal, puede mantenerse la subsistencia de dificultades probatorias suscitadas por el transcurso del tiempo que sólo afecta a una parte de la acción y no a la conducta delictiva en su conjunto. En este sentido, véase: STS (21/12/1999) núm. 1493/1999, STS (16/04/2002) núm. 630/2002, STS (25/01/2006) núm. 37/2006, STS (11/09/2007) núm. 600/2007 y STS (27/02/2012) núm. 101/2012.

suposición de parto y falsedad documental (delitos subordinados) no prescriben hasta que no prescribe el delito de detención ilegal (delito principal).

De conformidad con lo expuesto, se debería estudiar el plazo de prescripción del delito de detención ilegal, que tiene señalada una pena de prisión de cinco a ocho años (en caso de que el encierro o detención dure más de 15 días) y que debe ser impuesta en su mitad superior al ser las víctimas menores de edad, siendo el plazo de prescripción de diez años. En este punto, nos encontramos con la dificultad ya mencionada de la fijación del *dies a quo*. Me reitero de forma simplificada a que en virtud del art. 132.1 CP, el plazo de prescripción se computa desde el día que se haya cometido la infracción punible. En caso de delito permanente, dichos plazos se computarán desde que se eliminó la situación ilícita y, en el párrafo segundo del mismo precepto se señala que en los delitos contra la libertad o cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.

Por tanto, al ser el delito de detención ilegal un delito contra la libertad y en este caso, las víctimas son menores de edad, el *dies a quo* se fija cuando la víctima alcanza la mayoría de edad. En este punto, existe cierta controversia ya que hay dos momentos distintos para fijar el *dies a quo*: mayoría de edad o cuando se elimina la situación ilícita, es decir, desde que la víctima tenga conocimiento de que ha sido ilícitamente sustraída de su entorno familiar, que es el criterio sostenido por la FGE.

La proposición de la aplicación del inicio del plazo de prescripción sea la fecha en que la víctima adquiere la mayoría de edad se ha realizado en base a dos clases de argumentos: el primero, parte de considerar que el bien jurídico protegido del delito de detención ilegal es la libertad deambulatoria, admitiendo la posibilidad de que los recién nacidos son sujetos pasivos del delito puesto que ejercen dicha libertad a través de sus legítimos padres o representantes o guardadores de hecho y por tanto, pueden ser detenidos ilegalmente. Ello tiene como consecuencia que dicho presupuesto fáctico desaparece al alcanzarse la mayoría de edad, de forma que ya no hay un tercero que ejerza la libertad en nombre del niño sustraído. El segundo, desde la afirmación de que el criterio de la mayoría de edad se deriva de las previsiones del art. 132.1 segundo párrafo del CP. Así, si el menor es víctima de un conjunto de delitos, entre los que se incluyen los delitos contra la libertad, se prevé que los términos de prescripción se computarán a partir de que

la víctima alcance la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento³⁶⁸.

He de mencionar que el segundo de los argumentos no podría emplearse para los casos de “niños robados” ya que tuvieron lugar entre los años 50 y 90 y el cómputo específico previsto para los casos de víctimas de determinados delitos de menores de edad se introduce en el CP mediante LO 11/1999, de 25 de junio, y no puede aplicarse de manera retroactiva al ser favorecedora de una mayor punición y, en suma, perjudicial o desfavorable al reo³⁶⁹.

Ante la falta de jurisprudencia uniforme en relación al momento en que debe iniciarse el cómputo de la prescripción, la FGE afirma que la calificación de los hechos como delito de detención ilegal es una propuesta difícil pero posibilitadora de una investigación efectiva, permitiendo así que los Tribunales puedan pronunciarse³⁷⁰. También indica que los fiscales, si los hechos pueden ser calificados como detención ilegal, deberán seguir este criterio entendiendo que los plazos de prescripción no comenzarán a correr en tanto el sujeto pasivo no haya tenido conocimiento de la alteración de su filiación³⁷¹.

La doctrina no apoya con carácter general el criterio de prescripción de la FGE³⁷², ya que sostiene que si el bien jurídico que se protege en el delito de detención ilegal es la

³⁶⁸ BARBER BURUSCO, S. “Niños desaparecidos en España: obstáculos a la investigación penal” en “Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas”, 2017, págs. 190-191.

³⁶⁹ BARBER BURUSCO, S. “Niños desaparecidos en España: obstáculos a la investigación penal” en “Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas”, 2017, pág. 191.

En este sentido, véase AAP Huelva (19/11/2012) núm. 434/2012.

³⁷⁰ A favor de fijar el *dies a quo* cuando la víctima tenga conocimiento de la situación ilícita, véase el AAP Madrid (28/09/2012) núm. 699/2012 en el que se estima el recurso de apelación contra el auto que acordaba el archivo de la causa: “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, y en este sentido se ha de revocar el pronunciamiento del Juez Instructor”.

³⁷¹ Circular 2/2012, pág 11.

³⁷² A favor de fijar el *dies a quo* cuando la víctima cumpla la mayoría de edad: ESTRELLA RUIZ, M. “Sustracción de menores recién nacidos”, Revista de Jurisprudencia, 2013, págs. 11-12; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. “La entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales sobre el llamado “robo de bebés” en Revista Europea de Derechos Fundamentales, ISSN 1699-1524 núm. 21/1er Semestre 2013, pág. 209; MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La detención legal del recién nacido” La Ley Penal, núm. 101, Sección Legislación aplicada a la práctica, marzo-abril 2013, Editorial Wolters Kluwer, págs. 6-7.

A favor de fijar el *dies a quo* cuando la víctima tenga conocimiento de la situación ilícita: BONET ESTEVA, M. “Los niños arrebatados por el franquismo a las mujeres. Constelaciones de casos, puntos de conexión

relación de custodia y la libertad potencial de los menores que se ejerce por sus progenitores o representantes legales, en los casos en los que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad, desaparecería ese ejercicio vicarial y la libertad para el menor, ahora adulto, sería plena. Así, se considera que el *dies a quo* debe situarse cuando la víctima alcance la mayoría de edad y no cuando tenga conocimiento de la situación ilícita³⁷³. Gran parte de la jurisprudencia también se ha inclinado en el mismo sentido que la doctrina, interpretando que el *dies a quo* se debe de fijar en el momento en que la víctima adquiere la mayoría de edad³⁷⁴, (ver anexo 2).

3. APLICACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN AL PRIMER CASO JUZGADO DE NIÑOS ROBADOS: El Caso doctor Vela.

La AP de Madrid, en el caso del doctor Vela, analiza la concurrencia del instituto de la prescripción. Indica, apoyándose en jurisprudencia del TS y del TC³⁷⁵, que el TS tiene declarado reiteradamente que el instituto de la prescripción tiene un carácter automático, por ser de orden público y tener como finalidad esencial salvaguardar la seguridad jurídica, siendo por ello indiferente cuál haya sido la causa inmediatamente productiva del transcurso del plazo que la Ley señala. Además, indica que el TC declara que la prescripción, como causa extintiva de la responsabilidad criminal, supone una autolimitación del Estado en la persecución de delitos o faltas en los supuestos en los que se produce una paralización de las actuaciones procesales por causas sólo imputables al órgano jurisdiccional. También recuerda que el TS ha reconocido, la naturaleza sustantiva de la prescripción y la posibilidad de ser apreciada de oficio en cualquier instancia de la causa en cuanto se manifiesten con claridad los requisitos que la definen y condicionan.

La AP considera que los tres delitos de los que se ha considerado autor al acusado (detención ilegal, suposición de parto y falsedad documental) constituyen un conjunto punitivo, en estrecha relación de conexión. Así, mientras el delito principal no prescriba,

y posibles abordajes jurídico penales”, Universitat Autònoma de Barcelona - Grup de recerca Antígona, 2013, págs. 16-17.

³⁷³ JERICÓ OJER, L. “La respuesta jurídico-penal a la sustracción de menores: especial referencia al caso de los niños robados durante el franquismo” en “Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas”, 2017, pág. 240.

³⁷⁴ A favor de fijar el *dies a quo* cuando la víctima adquiere la mayoría de edad, véase: AAP Vizcaya (21/10/2011) núm. 772/2011, AAP Cádiz (15/02/2012) núm. 37/2012, STS (04/07/2013) núm. 589/2013 y AAP Pontevedra (10/05/2017) núm. 328/2017.

³⁷⁵ STS (10/05/1989), STC (10/05/1989) núm. 83/89, STS (12/02/2002) núm. 224/2002, STS (30/02/2004) núm. 421/2004.

no pueden entenderse prescritos los delitos subordinados³⁷⁶. Indica que en el caso de los delitos instrumentales la prescripción depende de la del delito de mayor gravedad, en este caso la detención ilegal y si el delito principal por su gravedad no ha prescrito, tampoco habrán prescrito los delitos conexos³⁷⁷. Por último, señala que dicho criterio jurisprudencial es confirmado por el art. 131.4 CP, que señala que en los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponde al delito más grave.

Así pues, y de conformidad con tal criterio, el plazo de prescripción será el correspondiente al delito más grave, que es el de detención ilegal (arts. 163, 1 y 3 y 165 CP) tiene señalada pena de prisión de cinco a ocho años y que debe ser impuesta en su mitad superior, por lo que el plazo de prescripción será el de diez años (art. 131 CP³⁷⁸).

En cuanto a la fijación del *dies a quo* me remito a lo analizado en el delito de detención ilegal, concretamente en el apartado de aplicación del mismo al primer caso juzgado de bebés robados³⁷⁹.

En este caso, en 1969 tuvo lugar el hecho objeto de enjuiciamiento. Como la víctima, en este caso la adoptada, era menor en el momento en el que ocurrieron los hechos, la AP considera que se debe computar el plazo de prescripción desde que la misma alcanzó la mayoría de edad. La denunciante alcanzó la mayoría de edad el 4 de junio de 1987, prescribiéndose el delito en 1997. La presentación de la denuncia tuvo lugar en abril de 2012 y, por tanto, los delitos denunciados estaban prescritos. En consecuencia y, sin perjuicio de que la AP haga un reconocimiento expreso de los hechos, se dicta sentencia absolutoria para el denunciado, el Dr. Vela, por operar el instituto de la prescripción.

4. VALORACIÓN PERSONAL.

La prescripción en el ámbito del Derecho Penal, es una institución incuestionable.

³⁷⁶ Se apoya en jurisprudencia del TS: STS (18/05/1995) núm. 686/95 y STS (09/12/2002) núm. 2040/2002.

³⁷⁷ Se apoya en jurisprudencia del TS: STS (12/05/1999) núm. 758/99, STS (14/02/2000) núm. 242/2000, STS (12/01/2002) núm. 54/2002, STS (12/09/2005) núm. 1016/2005, STS (22/05/2009) núm. 480/2009, STS (11/10/2010) núm. 912/2010, STS (27/10/2011) núm. 1100/2011 y STS (09/12/2011) núm. 1320/2011.

³⁷⁸ Véase nota de pie de página núm. 189.

³⁷⁹ Véase págs. 67-68.

Bajo mi punto de vista, en los casos de los “niños robados”, existen abundantes dificultades para considerar los mismos no prescritos. Sin embargo, la prescripción suele ser una respuesta insatisfactoria para las víctimas ante la existencia de un determinado conflicto, pero es un aspecto indispensable y esencial, particularmente en lo penal, por lo que debe respetarse. Ello se fundamenta en la necesidad de que la concreción, restricción y limitación del *ius puniendi* sea razonablemente cercana a los hechos cometidos, ya que ello tiene varias justificaciones: mejor constelación y prueba de los hechos, porque el tiempo diluye su fiabilidad, el posible castigo se desdibuja, la corrección y resocialización de los encausados debe ser en un momento útil para ellos y, por último, favorece la seguridad jurídica.

Nos encontramos con un camino difícil ya que, en primer lugar, debe lograrse superar el obstáculo de legalidad y, posteriormente, a simple vista, entendemos que todos los delitos estarían prescritos salvo que alguno de ellos sea un delito de carácter permanente, como lo es el de detención ilegal, en cuyo caso el *dies a quo* se fijaría en el momento en que cesa la situación ilícita, es decir, momento en que la víctima adquiere la mayoría de edad. La aplicación del delito de detención ilegal, permite ganar mucho tiempo ya que el plazo de la prescripción no empieza a computar desde el momento en que se “roba” a un niño sino desde la mayoría de edad. La opción propuesta por la FGE, fijar el *dies a quo* cuando la víctima tenga conocimiento de que ha sido sustraída ilegalmente, bajo mi parecer, es un intento de ofrecer una solución para poder alargar el plazo de prescripción y así, lograr ofrecer a las víctimas una respuesta ante esta grave situación. Con independencia de la calificación jurídica que se aplique, lo habitual será que no se inicien procedimientos penales para perseguir los casos de “niños robados” o, una vez iniciados, se dicte la prescripción de los mismos.

Teniendo en cuenta que los casos de “niños robados” sucedieron entre 1950 y 1990, la opción de fijar el *dies a quo* la mayoría de edad de las víctimas implica que casi todos ellos, estarían prescritos al haber transcurrido más de diez años desde que las víctimas alcanzaron la mayoría de edad.

VII. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS AL MARGEN DEL DERECHO PENAL: LA IMPORTANCIA DE LA REPARACIÓN.

Al margen de las dificultades para obtener una solución satisfactoria para las víctimas en un procedimiento penal en los casos de “niños robados”, es necesario reparar el daño causado a las mismas. Es de vital importancia que el Estado y las instituciones que de él dependen atiendan a las víctimas y sus asociaciones, con la finalidad de que sean escuchadas por las diferentes instancias de la administración para poder obtener una justa reparación³⁸⁰.

Se podría restituir a las víctimas con las siguientes medidas: una fiscalía especializada, una unidad policial específica³⁸¹, un banco de ADN fiable, gratuito y centralizado³⁸², acceso a los archivos del Estado y de la Iglesia y por último, ayuda psicológica³⁸³.

El primer paso es el reconocimiento de la condición de víctimas, en todo su significado, para que las familias puedan restablecer su situación personal, familiar y social, anterior a los hechos cometidos³⁸⁴. La Ley de Memoria Histórica y Democrática andaluza aprobada en 2017³⁸⁵, reconoce en su art. 5. 2. d) como víctimas a los niños y niñas recién nacidos sustraídos y los adoptados sin autorización de los progenitores, con el objetivo de que dicha condición garantice a las víctimas la protección de sus derechos y fácil acceso a los procesos³⁸⁶; En Navarra, a través de la Ley Foral 11/2017, de 3 de

³⁸⁰ ROIG PRUÑONOSA, N. “No llores que vas a ser feliz. El tráfico de bebés en España: de la represión al negocio (1938-1996)”, 2018, pág. 343.

³⁸¹ ROIG PRUÑONOSA, N. “No llores que vas a ser feliz. El tráfico de bebés en España: de la represión al negocio (1938-1996)”, 2018, pág. 343: “creo que el Reino Unido, con su conducta de encargar a su policía la localización de estos niños, está marcando el camino a seguir para encontrar a los “niños robados”. Si el Cuerpo Nacional de Policía recibiera esta orden del Gobierno, quedaría todo aclarado en pocos meses”.

³⁸² Ello se debe a que, como he mencionado en el apartado de las dificultades fácticas, la prueba de compatibilidad genética es gratuita, pero en caso de que su resultado sea positivo, se realiza una segunda prueba que no lo es.

³⁸³ <http://www.la-politica.com/bebes-robados/>

³⁸⁴ ROIG PRUÑONOSA, N. “No llores que vas a ser feliz. El tráfico de bebés en España: de la represión al negocio (1938-1996)”, 2018, pág. 346.

³⁸⁵ Ley 2/2017, de 28 de marzo, de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía. «BOE» núm. 95, de 21 de abril de 2017. BOE-A-2017-4348.

³⁸⁶ ROIG PRUÑONOSA, N. “No llores que vas a ser feliz. El tráfico de bebés en España: de la represión al negocio (1938-1996)”, 2018, págs. 343-344.

julio³⁸⁷ se han incluido como víctimas del régimen franquista a los “niños robados”, su familia o quien busque su identidad biológica.

La LF reconoce: que las víctimas de bebés robados, tendrán los mismos derechos en el caso de que en el proceso de esclarecimiento y búsqueda sea necesaria la apertura de algún enterramiento (art. 3), el apoyo a las víctimas de los robos de bebés causados por la represión de la dictadura franquista, tanto a sus familias como a las personas que buscan su identidad biológica (art. 4), la posibilidad de toma de muestras biológicas para secuenciar su perfil genético y compararlas con los datos que se almacenen en el Banco de ADN (art. 8). También se reconoce su derecho a solicitar los historiales médicos sobre nacimientos producidos en Navarra desde el 18 de julio de 1936 hasta el año 1978 (art. 13)³⁸⁸.

Los grupos parlamentarios de Podemos han presentado al Estado español una proposición de Ley sobre “bebés robados” el 5 de octubre de 2018 que tiene por objeto proporcionar los instrumentos normativos y recursos necesarios para el reconocimiento y efectividad del derecho a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición de las víctimas del denominado robo de bebés³⁸⁹.

Además de la importancia de lograr una restitución psicológica, es muy importante la restitución jurídica que conlleva la pérdida de la identidad verdadera. El hecho de que actualmente las víctimas sigan desconociendo sus orígenes biológicos, genera una situación de impotencia e indefensión en ellas, sin poder llegar más allá por las abundantes trabas existentes en el camino. Por tanto, es necesaria la ayuda y colaboración de cuantos medios puedan ponerse a disposición de las víctimas con especial mención de los poderes públicos con el objetivo de facilitarles la búsqueda de su verdadera identidad

³⁸⁷ Ley Foral 11/2017, de 3 de julio, por la que se modifica la Ley Foral 33/2013, de 26 de noviembre, de reconocimiento y reparación moral de las ciudadanas y ciudadanos navarros asesinados y víctimas de la represión a raíz del golpe militar de 1936. BON N.º 137 de 17 de julio de 2017.

³⁸⁸ En especial se señalan las Disposiciones Adicionales 2ª, 3ª y 4ª en las que se establece lo siguiente: “El Gobierno de Navarra solicitará al Estado español las modificaciones legales necesarias para esclarecer estos hechos y dar respuesta a las demandas de las personas afectadas. En especial, la atención a las peticiones que tienen que ver con la investigación de estas prácticas, con el acceso a los archivos, la creación de una fiscalía especializada, la creación de un banco de ADN estatal y con la modificación del CP, con el objetivo de que estos delitos sean imprescriptibles por ser delitos de lesa humanidad”; se reconoce el derecho de las víctimas a recibir asistencia jurídica gratuita; y, “las víctimas de la práctica del robo de bebés producida entre los años 1979 y 1990 se acogerán a los beneficios de esta LF en el caso en que se acredite que el robo se ajusta a los supuestos establecidos en la presente norma”.

³⁸⁹ En este sentido, véase: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-314-1.PDF

además de todas las medidas mencionadas. La administración debe cooperar de forma efectiva para poder acceder a todos los datos que puedan darse a conocer³⁹⁰.

El hecho de que, por razón de falta de pruebas, dificultad de obtenerlas u otras consideraciones, se hayan frustrado por ahora las expectativas de las víctimas en el orden penal, no significa ni mucho menos que se cierren las posibilidades de llegar a la verdad y a la reparación³⁹¹. Al margen de que la AP de Madrid, en el caso Vela, consideró probado que se entregó a una niña “fuera de los cauces legales”, sí que es cierto que el pronunciamiento absolutorio ha supuesto un duro golpe para todas las víctimas, sintiéndose totalmente desamparadas³⁹². Las víctimas de los delitos demandan del sistema de Justicia y de la sociedad en general, antes que una reparación reivindicatoria, ser oídas, atendidas, que se les explique qué ocurrió y por qué y cuáles pueden ser las soluciones. Que se les trate con respeto y con empatía³⁹³.

Con el estudio realizado, probablemente la institución de la prescripción no sea la respuesta más satisfactoria a la resolución de los conflictos de naturaleza penal y muy especialmente en el caso que nos ocupa. Resulta entendible que las víctimas sientan que no son atendidas sus pretensiones y perciban la prescripción como una falta de respuesta al problema planteado sin que se entre a valorar el núcleo del problema³⁹⁴. Sin embargo, es importante ofrecer medidas de reparación a los afectados y buscar la justicia, la memoria y el resarcimiento³⁹⁵.

Dado que las víctimas son titulares del derecho a conocer sus orígenes biológicos, la Circular 2/2012 recuerda que pese a que se produzca el decaimiento de la acción penal por prescripción, se podría alcanzar una reparación por los daños producidos mediante el

³⁹⁰ JERICÓ OJER, L. “La respuesta jurídico-penal a la sustracción de menores: especial referencia al caso de los niños robados durante el franquismo” en “Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas”, 2017, pág. 243; ROIG PRUÑONOSA, N. “No llores que vas a ser feliz. El tráfico de bebés en España: de la represión al negocio (1938-1996)”, 2018, pág. 343.

³⁹¹

<http://izquierda-unida.es/sites/default/files/doc/Informe%20oficial%20de%20la%20mision%20de%20investigaci%C3%B3n%20sobre%20beb%C3%A9s%20robados.pdf> pág. 14.

³⁹² <http://www.la-politica.com/bebes-robados/>

³⁹³ AAP Huelva (19/11/2012) núm. 434/2012.

³⁹⁴ JERICÓ OJER, L. “La respuesta jurídico-penal a la sustracción de menores: especial referencia al caso de los niños robados durante el franquismo” en “Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas”, 2017, pág. 242.

³⁹⁵

<http://izquierda-unida.es/sites/default/files/doc/Informe%20oficial%20de%20la%20mision%20de%20investigaci%C3%B3n%20sobre%20beb%C3%A9s%20robados.pdf> pág. 23.

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.). También, se establece la obligación de la Fiscalía de proporcionar a los interesados, si éstos lo solicitan, una copia del historial clínico obrante en las actuaciones³⁹⁶.

³⁹⁶ Circular 2/2012, pág. 13; JERICÓ OJER, L. *“La respuesta jurídico-penal a la sustracción de menores: especial referencia al caso de los niños robados durante el franquismo”* en *“Niños Desaparecidos, Mujeres Silenciadas”*, 2017, págs. 242-243.

VIII. CONCLUSIONES FINALES.

A lo largo del trabajo, he analizado cuestiones sociales y jurídicas que inciden en los casos de “niños robados”. A continuación, expondré las conclusiones generales:

- I. La desaparición de niños entre 1936 y 1990 supone uno de los sucesos más siniestros de la historia de España. Lo que comenzó siendo durante la época franquista, un crimen ideológico para terminar con la disidencia política, se convirtió en un negocio lucrativo de compraventa de recién nacidos, surgiendo así la denominación de “niños robados”.
- II. La normativa internacional reconoce el derecho a la identidad que debe proyectarse sobre normas nacionales que establezcan las medidas necesarias para que sea efectivo y prever los mecanismos que permitan la recuperación de la identidad perdida. El TEDH considera que las personas que quieren tener acceso al conocimiento de los datos que estén en manos de las instituciones sobre su origen, infancia y adolescencia quedan protegidas por el CEDH para recibir la información necesaria y así conocer y poder comprender su vida. Por lo tanto, los poderes públicos deben facilitar el acceso a la información.
- III. España no tipifica como delito autónomo la desaparición forzada de personas tal como indica CIPPDF. A nivel internacional, los casos “niños robados” no pueden ser calificados como delito de lesa humanidad ya que han sido considerados como hechos aislados sin apreciar la existencia de una trama generalizada. Tampoco podrían ser calificados como delito de desaparición forzada ya que han sido realizados por personas, ajenas al Estado y sin haberse demostrado el apoyo del mismo.
- IV. La desaparición de niños vulnera el derecho a la dignidad del niño robado (art. 10.1 CE) y a la integridad moral (art. 15 CE) de sus familiares. Aunque la CE no reconoce el derecho fundamental a la identidad de origen, la percepción de la ocultación de la identidad vulnera el derecho a la integridad moral del niño. Por último, se ha vulnerado el derecho a la “vida privada y familiar” a nivel internacional (art. 8.1 CEDH).

- V.** La falta de justificación de ETC en las demandas de “niños robados”, unido al excesivo formalismo aplicado por el TC para apreciarla, ha provocado que la mayoría de ellas hayan sido inadmitidas por dicho Tribunal. Si el TC hubiese considerado justificada la ETC del conjunto del recurso de amparo, se hubiera analizado la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), derecho demandado en los recursos.
- VI.** Existen dificultades fácticas que condicionan indiscutiblemente las legítimas aspiraciones que las víctimas han depositado en la vía judicial. Entre ellas destaca la dificultad de deslindar el fenómeno de “niños robados” de otras realidades que comparten elementos comunes; la práctica de la prueba de ADN de los restos óseos y el consiguiente análisis de perfiles genéticos; los problemas existentes para probar los hechos ante las dificultades de acceso a los registros y expedientes que contienen información necesaria para poder determinar la identidad y origen biológico de los afectados; el posible dilema ético debido a la situación que genera tener que denunciar a los padres adoptivos para iniciar cualquier procedimiento; y por último, el transcurso del tiempo, ya que tras tantos años, han desaparecido o deteriorado fuentes documentales y muchos de los responsables o testigos han fallecido o no están en condiciones físicas o mentales adecuadas.
- VII.** El hecho de que la FGE considere que las denuncias presentadas deben ser tratadas de manera aislada por no existir, a su entender, sustracciones de menores de forma concertada, descartando la existencia de una trama organizada, ha podido dificultar la posibilidad de disponer de elementos que acrediten la existencia de organizaciones que llevaron a cabo la sustracción de menores.
- VIII.** Existen dificultades jurídicas para la persecución de estos casos en relación, principalmente, con la calificación jurídica de los hechos, con la determinación de la aplicación de la ley penal más favorable y con la prescripción de los delitos.
- IX.** La conducta de privar al recién nacido de sus padres biológicos encajaría en el delito de sustracción de menores de 7 años (art. 484 CP 1944/73) pero su aplicación es inviable en la actualidad ya que dicho tipo penal se derogó y no sería posible su persecución en virtud de la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable (art. 2.2 CP).

- X.** La calificación de los hechos en el delito de detención ilegal (art. 163 CP), como propone la FGE, plantea muchos problemas. Considero que la FGE realiza una interpretación que va más allá del significado literal de “detener y encerrar” vulnerando el principio de legalidad y aplicando al caso una analogía *in malam partem*, dado que se estaría extendiendo el tenor literal del precepto a supuestos que no están alcanzados. En mi opinión, el obstáculo de considerar o no a los recién nacidos sujetos pasivos del delito es un obstáculo salvable, pero resulta verdaderamente problemática la posible subsunción de los hechos en la conducta típica de “detener y encerrar”.
- XI.** Comete delito de suposición de parto (art. 220.1 CP), la supuesta madre que finge un embarazo a través de una serie de actos ficticios o presentando públicamente un bebé como propio, siendo únicamente la mujer que finge el parto sujeto activo del tipo penal. Por tanto, el médico, supuesto padre o cualquier otra persona, podrían ser condenados como cooperadores necesarios al ayudar a dar cobertura a la mujer que finge el alumbramiento en estos supuestos de “niños robados”. Está castigado tanto en el CP 1944/73 como en el CP de 1995 y, en virtud de la ley penal más favorable, sería de aplicación la regulación contemplada en el CP de 1995, dada su menor penalidad.
- XII.** Se excluye la aplicabilidad del delito de ocultación o entrega de hijo (art. 220.2 CP) ya que el tipo penal exige que los autores sean los padres biológicos. Ello resulta incompatible con el *modus operandi* de los casos de “niños robados” ya que no han sido los progenitores quienes han entregado a sus propios hijos a otra familia, sino el facultativo u otro personal sanitario.
- XIII.** El delito de adopción ilegal incorporado en el CP de 1995 podría aplicarse a los casos de “niños robados” ya que los recién nacidos fueron sustraídos a sus madres biológicas y entregados a terceros a cambio de un precio, estableciendo una relación análoga a la filiación y eludiendo los procedimientos legales de adopción. Sin embargo, en virtud de los principios de irretroactividad y aplicabilidad de la ley penal más favorable para el reo no se aplicaría a los hechos ocurridos con anterioridad a 1995, dejando fuera la mayor parte de los casos ya que sucedieron entre los años 1950 y 1990.

- XIV.** Es posible la comisión del delito de falsedad en documento público u oficial, castigado tanto en el CP 1944/1943 como en el CP de 1995. En virtud de la ley penal más favorable, sería de aplicación lo contemplado en el CP de 1995, dada su menor penalidad.
- XV.** Es inviable la incriminación de los casos de “niños robados” en el delito de usurpación del estado civil (art. 401 CP) tal como afirma la FGE, ya que en las actuaciones llevadas a cabo nadie estaría actuando con el estado civil de otra persona, sino que la persona sustraída siendo menor estaría en posesión de un estado civil distinto del propio, pero no de un tercero. Su aplicación infringiría el principio de legalidad y exigencia de *lex stricta* (art. 25.1 CE), pues sólo sería posible extendiendo analógicamente el tenor literal del texto a supuestos de hecho que evidentemente no están alcanzados por él.
- XVI.** Tampoco es posible la aplicación del delito de lesa humanidad por desaparición forzada (art. 607 bis CP) ya que no podemos afirmar que existiera un ataque generalizado contra la población civil o contra una parte de ella, debido a la inexistencia de una finalidad consistente en la eliminación de la disidencia política y la finalidad directa de erradicación de un grupo. La finalidad de las separaciones de los recién nacidos de sus familias de origen no era la de destruir la propia identidad del sujeto, sino más bien se trataba de un propósito de naturaleza económica justificado bajo la falaz idea de otorgar una vida mejor al recién nacido.
- XVII.** Los hechos tampoco encajan dentro de las conductas típicas recogidas en el delito de desaparición forzada, ya que resulta complicado interpretar que la sustracción de un recién nacido y la alteración de su identidad, se pueda subsumir en la aprehensión, detención, secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad. Además, este delito fue tipificado en el CP por la LO 1/2015, de 30 de marzo y los casos de “niños robados” tuvieron lugar entre los años 50 y 90. Debido a la irretroactividad de las leyes penales, no sería posible la aplicación de este delito a estos supuestos ya que únicamente se puede aplicar a aquellos casos que sucedieron a partir del 2015.
- XVIII.** La FGE no se pronuncia sobre la calificación de los hechos como delito de desaparición forzada, pero establece que las sustracciones realizadas en los distintos hospitales españoles fueron realizadas con idéntico *modus operandi*. Resulta claramente contradictorio que la FGE reconozca el idéntico *modus operandi* de las

redes de sustracción y adopción de bebés, como redes que se extienden por el territorio español y, en cambio, disgregue por todo el territorio español, en los respectivos tribunales de instrucción, con lo cual se dispersa la investigación de estas posibles causas penales con el riesgo de perder una visión de conjunto de este fenómeno delictivo.

XIX. La propuesta presentada en la Circular 2/2012 sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos, dibuja un paisaje de luces y sombras ya que establece la necesidad de incoar diligencias de investigación y la posibilidad de que la Fiscalía acuerde las prácticas de diligencias de análisis de ADN sin autorización judicial, siempre y cuando exista consentimiento de los interesados. La interpretación de los tipos penales plantea una propuesta “jurídicamente discutible” pero posibilitadora de la realización de “una investigación efectiva”. Dicha interpretación se ha realizado con la finalidad de favorecer la persecución penal de unos hechos que, bajo mi parecer y en virtud de todos los obstáculos expuestos, está destinada a fracasar.

XX. Resulta difícil superar el obstáculo de la legalidad, pero si ello fuese posible, básicamente todos los delitos estarían prescritos. Todos ellos, son de consumación instantánea excepto el delito de detención ilegal que tiene carácter permanente. Bajo mi parecer, no es adecuado el criterio establecido por la FGE para fijar el *dies a quo* del delito de detención ilegal, inicio del procedimiento cuando el afectado tenga conocimiento de la situación, sino que el cómputo debe comenzar cuando haya alcanzado la mayoría de edad. Independientemente de la calificación jurídica que se aplique, lo habitual será la imposibilidad de lograr una sentencia condenatoria en un procedimiento penal por los casos de los “niños robados” al haber prescrito todos los delitos. Así, la prescripción ha sido el argumento que ha originado la sentencia absolutoria del primer caso juzgado de “niños robados” en España, el caso Vela.

XXI. Dadas las dificultades existentes en el Derecho Penal, no parece ser el ámbito más adecuado para resolver problemas sociales y cuestiones tan fundamentales como la recuperación de la verdadera identidad; no repara de forma plena los intereses de los afectados. Por ello, resulta imprescindible ofrecer a las víctimas el respaldo institucional necesario para conseguir su reparación ya que se enfrentan con una justicia que, bajo su perspectiva, es impasible y un obstáculo insalvable en la consecución de sus legítimas pretensiones.

IX. ANEXOS.

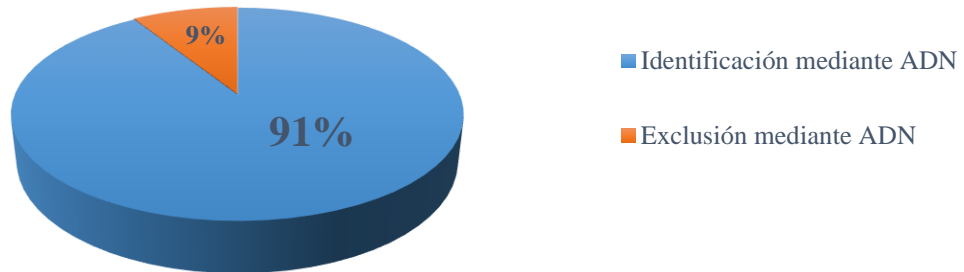
Anexo 1:

TABLA ACLARATORIA		
PROCEDIMIENTOS A SOLICITUD DEL MF	PROCEDIMIENTOS A SOLICITUD DE LOS JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN	TOTAL PROCEDIMIENTOS
76	52	128
DILIGENCIAS DE EXHUMACIONES	DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN GENÉTICA DE BIOPSIAS <i>POST-MORTEM</i> DE RECIÉN NACIDOS	TOTAL DILIGENCIAS
122	14	136

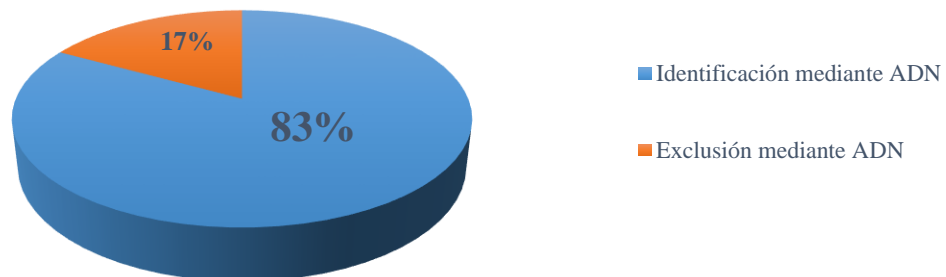
DILIGENCIAS DE EXHUMACIONES		
TOTAL	122	*Se excluyen 2 debido a que pertenecen a restos óseos adultos
ÉXITO EN LA RECUPERACIÓN DE RESTOS ÓSEOS	117/120*	97%
ÉXITO EN LA RECUPERACIÓN DE ADN DE DICHOS RESTOS ÓSEOS	78/117	67%
COMPATIBILIDAD GENÉTICA	71/78	91%

DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN GENÉTICA DE BIOPSIAS <i>POST-MORTEM</i> DE RECIÉN NACIDOS		
TOTAL	16	*Se excluyen 2 debido a que no fueron analizados
ÉXITO EN LA RECUPERACIÓN DE ADN EN LOS CASOS ANALIZADOS	12/14*	86%
COMPATIBILIDAD GENÉTICA	10/12	83%

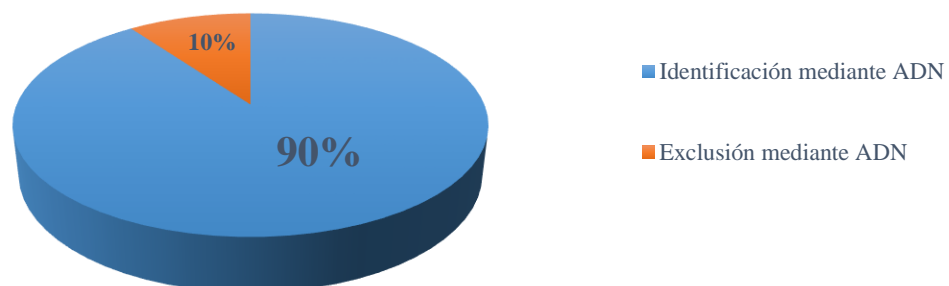
Porcentaje de identificaciones y exclusiones mediante estudio comparativo de ADN con familiares en 78 diligencias de exhumación



Porcentaje de identificaciones y exclusiones mediante estudio comparativo de ADN con familiares en 12 diligencias de biopsias hospitalarias de recién nacidos

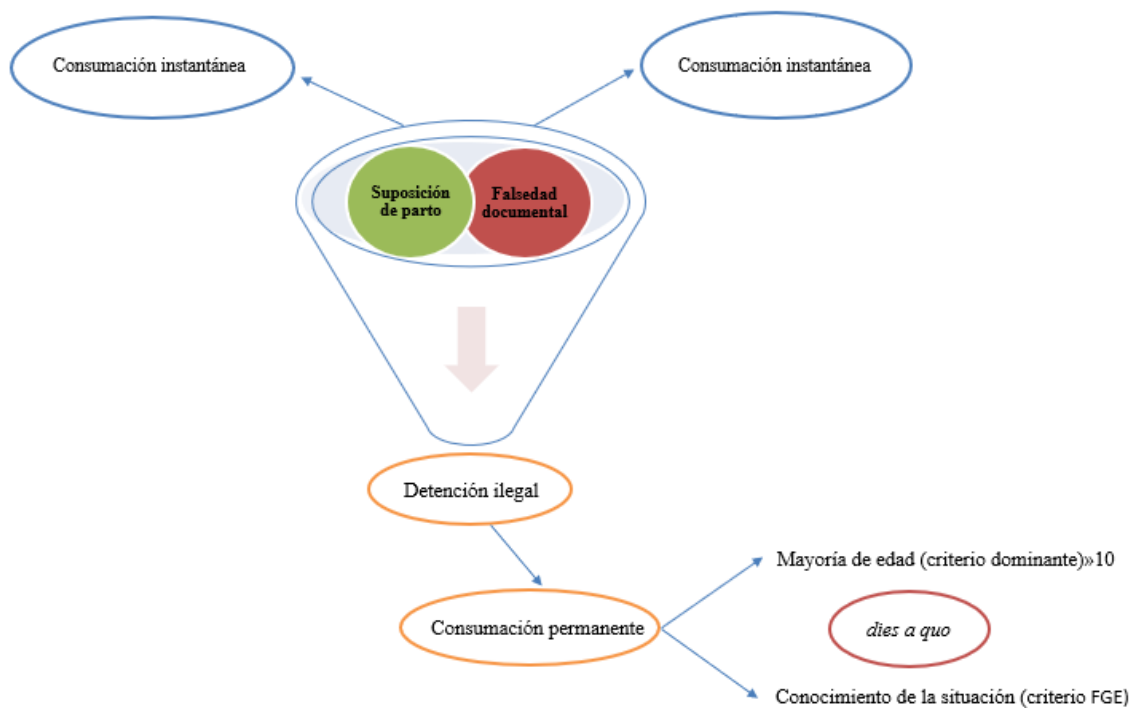


Porcentaje de identificaciones y exclusiones mediante estudio comparativo de ADN con familiares en 90 diligencias de investigación (Exhumaciones y Biopsias)



Anexo 2:

DELITOS	NATURALEZA	APLICACIÓN	PLAZO PRESCRIPCIÓN
SUPOSICIÓN DE PARTO	INSTANTÁNEA	CP 1995 al llevar aparejada menor pena	5 años
DELITO DE ADOPCIÓN ILEGAL	INSTANTÁNEA	Aplicación a hechos posteriores a 1995	5 años
FALSEDAD DOCUMENTAL	INSTANTÁNEA	CP 1995 al llevar aparejada menor pena	5/10 años
DETENCIÓN ILEGAL	PERMANENTE	CP 1995 al llevar aparejada menor pena	A contar desde la mayoría de edad o conocimiento de la verdadera filiación. 10 años



Anexo 3:

CALIFICACIÓN JURÍDICO PENAL DE LA CONDUCTA DE SUSTRAR A UN RECIÉN NACIDO SEGÚN LA CIRCULAR 2/2012			
	DELITOS	CP 1944/73	CP 1995
1°	Sustracción de menores de siete años	Castigada con pena de presidio mayor.	DESPENALIZADO
	Detención ilegal	Castigada con pena de presidio mayor.	Art. 163: -Los bebés robados SÍ son sujetos pasivos del delito de detención ilegal. -El apoderamiento subrepticio, la sustracción o el robo de un recién nacido de un hospital SÍ encaja en las conductas típicas de “encerrar” y “detener”. Art. 165: -Víctima es menor de edad.
<p>Motivos:</p> <ul style="list-style-type: none"> -El delito de sustracción de menores de 7 años tenía una pena idéntica al de detención ilegal, manteniéndose la misma desde CP 1870 hasta CP 1944/73. -La NO incorporación del delito de sustracción de menores al CP actual hace entender que la conducta típica de dicho delito quede subsumida en el tipo de detención ilegal puesto que afirma que no es concebible que la pretensión del legislador hubiese sido que conductas de gravedad equivalente a la detención ilegal quedasen totalmente impunes -Afirma que los recién nacidos son titulares de una libertad personal potencial ya que esta se ejerce vicarialmente a través de sus progenitores o representantes legales y, por tanto, es susceptible de recibir la protección penal establecida en el art. 163.1 CP -Lo decisivo para la realización del delito de detención ilegal no es que exista un elemento positivo (oposición clara y expresa de la víctima), sino un elemento negativo (ausencia de voluntad). 			
2°	Suposición de parto	Art. 468: Castigada con las penas de presidio menor y multa, y además inhabilitación especial para el funcionario público.	Art. 220 (menor pena): Concurrencia de tres requisitos: -Existencia de actos reales destinados a crear apariencia del fenómeno biológico del parto. -Que el agente no solamente tenga conciencia y voluntad de la misma, sino que vaya acompañada del ánimo tendencial de modificar el estado civil del nacido. -Que el juicio valorativo sobre la antijuridicidad, se determine, no solamente con el sentir general del grupo, de acuerdo con la norma social de la convivencia humana, sino también con el relativo a la filiación y elementos específicos que caracterizan la existencia del parto en sí.

3º	Adopción ilegal	NO TIPIFICADO	Art. 221: (Nueva creación) Afirma que los hechos pueden ser eventualmente calificados como delito de adopción ilegal, sin más explicación.
4º	Falsedad de documento público u oficial	Arts. 302 y ss. Pena de presidio mayor y multa para funcionarios y presidio menor y multa para particulares.	Arts. 390 y ss. (menor pena) Indica que para alterar el estado civil de los recién nacidos, las sustracciones en muchos casos irán acompañadas de las correspondientes falsedades documentales.
5º	<p>Usurpación del estado civil (art. 470 CP 1944 o art. 401 CP 1995)</p> <p>La Circular establece que es técnicamente inviable la calificación de los hechos como usurpación de estado civil ya que el tipo sanciona al que usurpare el estado civil de otro y en estos casos nadie estaría actuando con el estado civil de otra persona, sino que la persona sustraída siendo menor estaría en posesión de un estado civil distinto del propio, pero no de un tercero.</p> <p>Indica que, si se aplicara este tipo penal, ello supondría una infracción del principio de legalidad (art. 25.1 CE), pues sólo sería posible extendiendo analógicamente el tenor literal del texto a supuestos de hecho que evidentemente no están alcanzados por él.</p> <p>Se apoya en jurisprudencia del TS que señala que usurpar el estado civil de otro lleva siempre consigo el uso del nombre y apellidos de ese otro pero el delito lo conforma la ficción del agente de ser una persona ajena con ánimo de usar de sus derechos, y que, por ello, no es bastante para la existencia de tal delito arrogarse una personalidad ajena asumiendo el nombre de otro, sino que evidentemente se requiere algo más siendo condición precisa que la sustitución de persona se lleve a cabo para hacer algo que solo puede hacer esa persona por las facultades, derechos, acciones u obligaciones que a ella solo corresponden. Por tanto, afirma que el tipo penal exige un elemento subjetivo del injusto; el propósito de ejercitar derechos y acciones de la persona suplantada.</p>		

X. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS CONSULTADAS.

1. DOCTRINA.

ALONSO ALONSO, A. “*Las bases de datos de ADN de uso forense*”, *Facultativo del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses Servicio de Biología*, 2015, págs. 14-21.

ALONSO ALONSO, A. “*La prueba del ADN en la investigación de Adopciones Irregulares y Sustracción de recién nacidos en España: experiencia en el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. La experiencia del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses*” en CASADO, J.J. LÓPEZ ORTEGA (COORDS.), “*Desapariciones forzadas de niños en Europa y Latinoamérica. Del convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN*”, Universidad de Barcelona, 2015, págs. 1-13.

ALONSO DE ESCAMILLA, A. / MESTRE DELGADO, E. “*Falsedades*” en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.) / ALONSO DE ESCAMILLA, A. / MESTRE DELGADO, E. / RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A “*Delitos. La parte especial del Derecho penal*”, Dykinson, S.L., Madrid, 2016, págs. 789-804.

ÁLVAREZ TABOADA, L. “*Las denuncias en los casos de los “niños robados”*. Perspectiva histórico-legal, en *Desapariciones forzadas de niños en Europa y Latinoamérica: del convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN*”, en M. Casado y J. J. López Ortega (Coords.), *Desapariciones forzadas de niños en Europa y Latinoamérica. Del convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2015, págs. 279-298.

BALANCE DE ACTUACIONES DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, 2014, págs. 1-32.

BARBER BURUSCO, S. “*Niños desaparecidos en España: obstáculos a la investigación penal*” en “*Niños desaparecidos, mujeres silenciadas*” BARBER BURUSCO, S. / JIMENO ARANGUREN, R. (EDITORES) / CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. / CHICHARRO LÁZARO, A. / BELINTXON MARTÍN, U. / ZOCO ZABALA, C. / JERICÓ OJER, L. / SIERRA HERNÁIZ, E. / FRANCÉS LECUMBERRI, P., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 155-201.

BELINTXON MARTÍN, U. “*Derecho internacional privado y niños robados: algunas cuestiones para la reflexión en torno a la protección del menor*” en “*Niños*

- desaparecidos, mujeres silenciadas*” BARBER BURUSCO, S. / JIMENO ARANGUREN, R. (EDITORES) / CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. / CHICHARRO LÁZARO, A. / ZOCO ZABALA, C. / JERICÓ OJER, L. / SIERRA HERNÁIZ, E. / FRANCÉS LECUMBERRI, P., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 85-119.
- BLANCO CORDERO, I. “*De las detenciones ilegales y secuestros*” en GÓMEZ TOMILLO, M. (DIR.) “*Comentarios al Código Penal*”, LEX NOVA, Madrid, 2010, págs. 635-653.
- BONÉ PINA, J.F. / SOTERAS ESCARTÍN, R. “*Las falsedades documentales*” en “*De las Falsedades. Comentario a los artículos 386 al 403 del Código Penal de 1995*”, Bosch, Barcelona, 2000, págs. 145-491.
- BONET ESTEVA, M. “*Los niños arrebatados por el franquismo a las mujeres. Constelaciones de casos, puntos de conexión y posibles abordajes jurídico penales*”, 2013, Universitat Autònoma de Barcelona - Grup de recerca Antígona. Comunicación presentada en el VIII Encuentro internacional de Investigadores del franquismo. Barcelona, 21 y 22 de noviembre de 2013, págs. 1-25.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. “*De las detenciones ilegales, la sustracción de menores y el rapto*” en “*Manual de Derecho Penal. Parte Especial*”. 2ª edición aumentada, corregida y puesta al día., Ariel S.A. Barcelona, 1991, págs. 104-111.
- CARBONELL MATEU, J. C. “*Delitos contra las relaciones familiares*” en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L (COORD.) en VIVES ANTÓN, T. S. / ORTS BERENGUER E./ CARBONELL MATEU J.C. /MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ C. / CUERDA ARNAU Mª. L. / BORJA JIMÉNEZ E./ GONZÁLEZ CUSSAC J. L., “*Derecho Penal. Parte Especial*”. 5ª edición revisada y actualizada a la LO 1/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs.278-292.
- CARRASCO ANDRINO, M. “*Protección Penal de la filiación*”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2010, núm. 12-06, ISSN 1695-0194, págs. 2-28.
- CASTIÑEIRA PALOU, Mª T. “*Delitos contra las relaciones familiares*” en SILVA-SÁNCHEZ, J. Mª. (Dir.) / RAGUÉS I VALLÉS, R. (COORD.) / CASTIÑEIRA PALOU, Mª T. / FELIP I SABORIT, D. / BENLLOCH PETIT, G / ROBLES PLANAS, R. / PASTOR MUÑOZ, N. / ORTIZ DE URBINA FERNÁNDEZ, I. / MONTANER FERNÁNDEZ R. / LLOBET ANGLÍ, M / ESTRADA I CUADRAS, A. / COCA VILA “*Lecciones de Derecho Penal. Parte*

Especial”, 4ª edición adaptada a la Ley orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal, Atelier, Barcelona, 2015, págs. 205-207.

CHICHARRO LÁZARO, A. “*Las desapariciones forzadas de niños a la luz de la Convención de las Naciones Unidas de 2006*” en “*Niños desaparecidos, mujeres silenciadas*” BARBER BURUSCO, S. / JIMENO ARANGUREN, R. (EDITORES) / CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. / ZOCO ZABALA, C. / JERICÓ OJER, L. / SIERRA HERNÁIZ, E. / FRANCÉS LECUMBERRI, P., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 44-84.

CIRCULAR 2/2012, de 26 de diciembre, sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos, págs. 1-29.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. “*El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución Española: su tutela penal*”, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-384, tomo 6, Editorial LA LEY, 12032/2001, págs. 1-6.

CÓRDOBA RODA, J. “*El delito de detenciones ilegales en el CP Español*” en Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 17, Fasc./Mes 3, 1964, págs. 383-404.

CORTES BECHIARELLI, E. “*Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores*”, Edersa, Madrid, 1996, págs. 43-106.

CRESPILO-MÁRQUEZ, M., PAREDES-HERRERA, M. R., BARRIO-CABALLERO, P. A., LUQUE-GUTIÉRREZ, J. A., CRESPO-ALONSO, S., VALVERDE-VILLARREAL, J. L., & VINGUT-LÓPEZ, A. “*La identificación genética como herramienta en la investigación de adopciones irregulares y sustracción de recién nacidos en España: experiencia en el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses*”, (Departamento de Barcelona) en Revista Española de Medicina Legal núm. 42, (Enero-Marzo de 2016), págs. 4-9.

DE LA FUENTE HONRUBIA, F. “*La usurpación de estado civil*”, en Diario La Ley, Sección doctrina, 2000, Ref. VII, pág. 145, tomo 1, Editorial LA LEY, 2797/2001, págs. 1-15.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. “*Delitos contra la libertad. Detenciones ilegales y secuestros*” en BAJO FERNÁNDEZ, M. (DIR.) / DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. /

- ECHANO BASALDUA, J.I. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / LOZANO MIRALLES, J. / MENDOZA BUERGO, B. / MOLINA FERNÁNDEZ, F. / PÉREZ MANZANO, M. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “*Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*”, Colección Ceura, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1998. Volumen II, págs. 39-55.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. “*Delitos contra las relaciones familiares*” en BAJO FERNÁNDEZ, M. (DIR.) / DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. / ECHANO BASALDUA, J.I. / LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. / LOZANO MIRALLES, J. / MENDOZA BUERGO, B. / MOLINA FERNÁNDEZ, F. / PÉREZ MANZANO, M. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “*Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*”, Colección Ceura, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1998. Volumen II, págs. 307-337.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. / GRACIA MARTÍN, L. “*Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, págs. 324-364.
- ESTRELLA RUIZ, M. “*Sustracción de menores recién nacidos*” en Revista de Jurisprudencia, (20/06/2013), págs. 1-13.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. “*Delitos contra las relaciones familiares*” en CORCOY BIDASOLO, M (DIR.) / VERA SÁNCHEZ, J.S. (COORD.) / BOLEA BARDÓN, C. / CARDENAL MONTRAVETA, S. / GALLEGO SOLER, J.I. / GÓMEZ MARTÍN, V. / SANTANA VEGA, D. / CARPIO BRIZ, D. / DÍAZ MORGADO, C. / VALIENTE IVAÑEZ, V. / CASTELLVÍ MONSERRAT, C., en “*Manual de Derecho Penal. Parte Especial*”, Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, Tomo I, actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 357-375.
- GARCÍA GARCÍA, C. “*Dignidad, libertad, e igualdad como valores indisociables de los derechos a la intimidad, honor e imagen: respeto a la persona*” en “*El Derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*”, Universidad de Murcia, Servicio de publicaciones, 2003, pág 58, C. “*El Derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*”, Universidad de Murcia, Servicio de publicaciones, 2003, págs. 29-100.
- GIL GIL A. “*La sustracción y alteración de la filiación de menores durante la Guerra Civil y el Franquismo: Aspectos Penales: Sobre “El caso de los niños perdidos del*

Franquismo. Crimen contra la humanidad” en *“El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho”*, de Miguel Ángel Rodríguez Arias, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 1 (2009), págs. 54-63.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *“Delitos contra la libertad: detenciones ilegales y secuestros”* en VIVES ANTÓN, T. S. / ORTS BERENGUER E./ CARBONELL MATEU J.C. /MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ C. / CUERDA ARNAU M^a. L. / BORJA JIMÉNEZ E./ GONZÁLEZ CUSSAC J. L., *“Derecho Penal. Parte Especial”* 5^a edición revisada y actualizada a la LO 1/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 106-124.

GONZÁLEZ DE TENA, F. *“Nos encargamos de todo”*, Robo y tráfico de Niños en España. Clave Intelectual, Madrid, 2014, págs. 137-167 y 179-220.

GONZÁLEZ RUS, J.J. *“Delitos contra las relaciones familiares (I)”* en COBO DEL ROSAL, M. (COORD.) en *“Derecho Penal Español, Parte Especial”*, 2^o Edición, Dykinson, S.L., Madrid, 2005, págs. 421-426.

GONZÁLEZ TAPIA, M^a I. *“La prescripción en el Derecho penal”*, Dykinson S.L., Madrid, 2003, págs. 25-29.

GOYENA HUERTA, J. *“Clases de documentos”* en *“Las falsedades documentales”*, Jurisprudencia comentada. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 15-39.

GOYENA HUERTA, J. *“Bien jurídico protegido y finalidad del documento”* en *“Las falsedades documentales”*, Jurisprudencia comentada. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 41-47.

GOYENA HUERTA, J. *“Grados de ejecución del delito de falsedad documental”* en *“Las falsedades documentales”*, Jurisprudencia comentada. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 61-64.

INFORME de la actividad pericial y científica desarrollada por los Servicios de Biología del INTCF con respecto a la prueba de ADN en la investigación de adopciones irregulares y sustracción de recién nacidos en España. Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF). Madrid, 22-23 de mayo de 2017, págs. 1-18.

- JERICÓ OJER, L. *“La respuesta jurídico-penal a la sustracción de menores: especial referencia al caso de los niños robados durante el franquismo”* en *“Niños desaparecidos, mujeres silenciadas”*, BARBER BURUSCO, S. / JIMENO ARANGUREN, R. (EDITORES) / CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. / CHICHARRO LÁZARO, A. / BELINTXON MARTÍN, U. / ZOCO ZABALA, C. / SIERRA HERNÁIZ, E. / FRANCÉS LECUMBERRI, P., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 203-251.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *“De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor”*, Doctrina del libro *“Comentarios al Código Penal”*, edición núm. 1, Editorial LA LEY, 3299/2016, Madrid, págs. 1-6.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *“De la usurpación del estado civil”*, en Diario La Ley, doctrina que forma parte del libro *“Comentarios al Código Penal”*, Edición núm.1, Editorial LA LEY, 3258/2016, Madrid, págs. 1-3.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *“La detención legal del recién nacido”* La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, núm. 101, Sección Legislación aplicada a la práctica, marzo-abril 2013, Editorial Wolters Kluwer, págs. 108-115.
- MAQUEDA ABREU, M^a. L. *“Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas”*, Universidad de Granada: publicaciones del Departamento de Derecho Penal y Derecho Administrativo, Granada, 1988, págs. 51-79.
- MARTÍNEZ PARDO, V.J. *“La prescripción del delito”*, Revista Internauta de Práctica Jurídica núm. 27, año 2011, págs. 125-142.
- MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *“Sustracción de menores recién nacidos”*, 2013, págs. 665-675.
- MIRAT HERNÁNDEZ, M^a P. *“Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal”*, Edersa, Madrid, 2001, págs. 111-173.
- MORETÓN TOQUERO, M^a A. *“La suposición de parto, la ocultación y sustitución de niños, y el tráfico de menores”*, Bosch, S.A., Barcelona, 2001, págs. 7-31.
- MUÑOZ CONDE, F. *“Delitos contra la libertad”* en *“Derecho Penal. Parte Especial”*, 19^a edición, completamente revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 143-169.

- MUÑOZ CONDE, F. “*Delitos contra las relaciones familiares*” en “*Derecho Penal. Parte Especial*”, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 291-299.
- MUÑOZ CONDE, F. “*Delitos contra la libertad*” en “*Derecho Penal. Parte Especial*”, 21ª edición, completamente revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 133-162.
- MUÑOZ CONDE, F. “*Delitos contra las relaciones familiares*” en “*Derecho Penal. Parte Especial*”, 21ª edición, completamente revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 275-283.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J. “*Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el Código Penal de 1995*”, en Varios “*Delitos contra la libertad y la seguridad*”, TERRADILLOS BASOCO, J.M. (DIR.) “*Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial*”, Madrid, 1996, págs. 341-384.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J. “*El delito de detención ilegal*”, Trotta, Madrid, 1992, págs. 15-281.
- PASCUAL LAGUNAS, E. “*Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”, Librería Bosch, S.L., Barcelona, 2009, págs. 105-114.
- PÉREZ DEL VALLE, C. “*Principio de legalidad y ley penal*” en “*Lecciones de Derecho Penal. Parte General*”. Dykinson S.L. Madrid, 2016, págs. 51-70.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J. “*Delitos contra la libertad*” en “*Derecho Penal. Parte Especial*”, 7ª Edición revisada y actualizada con las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 207-224.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J. “*Delitos contra las relaciones familiares*” en “*Derecho Penal. Parte Especial*”, 7ª Edición revisada y actualizada con las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 395-413.
- RAGUÉS I VALLÉS, R. “*Delitos contra la libertad*” en SILVA-SÁNCHEZ, J. Mª. (Dir.) / RAGUÉS I VALLÉS, R. (COORD.) / CASTIÑEIRA PALOU, Mª T. / FELIP I SABORIT, D. / BENLLOCH PETIT, G / ROBLES PLANAS, R. / PASTOR MUÑOZ, N. / ORTIZ DE URBINA FERNÁNDEZ, I. / MONTANER FERNÁNDEZ R. / LLOBET ANGLÍ, M / ESTRADA I

- CUADRAS, A. / COCA VILA, “*Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*”, 4ª edición adaptada a la Ley orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal, Atelier, Barcelona, 2015, págs. 95-102.
- REBOLLO VARGAS, R. “*Delitos contra la libertad. De las detenciones ilegales y secuestros*” en “*Comentarios al Código Penal. Parte Especial*”. Tomo I. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S.A., Madrid, 2004, págs. 169-198.
- RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. “*Delitos contra las relaciones familiares*” en LAMARCA PÉREZ, C.(Coord.) / ALONSO DE ESCAMILLA, A. / MESTRE DELGADO, E. / RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A “*Delitos. La parte especial del Derecho penal*”, Dykinson, S.L., Madrid, 2016, págs. 268-279.
- ROIG PRUÑONOSA, N. “*No llores que vas a ser feliz. El tráfico de bebés en España: de la represión al negocio (1938-1996)*”, págs. 343-347.
- RUBIO LARA, P.A. “*Delitos contra la libertad*” en “*Manual teórico de Derecho Penal II. Parte Especial de Derecho Penal*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 33-45.
- RUBIO LARA, P.A. “*Delitos contra las relaciones familiares*” en “*Manual teórico de Derecho Penal II. Parte Especial de Derecho Penal*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 88- 98.
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. “*La entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales sobre el llamado “robo de bebés”* en Revista Europea de Derechos Fundamentales, ISSN 1699-1524 núm. 21/1er Semestre 2013, págs. 181-212.
- SERRANO GÓMEZ, A Y SERRANO MAÍLLO, A. “*Delitos contra las relaciones familiares*” en SERRANO GÓMEZ, A. (DIR.) / SERRANO TÁRRAGA, M.ª D / SERRANO MAÍLLO, A. / VÁZQUEZ GONZÁLEZ, “*Curso de Derecho Penal. Parte Especial*”, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2016, págs. 240-244.
- SERRANO TÁRRAGA, M.ª D. “*Delitos contra la libertad*” en SERRANO GÓMEZ, A. (DIR.) / SERRANO TÁRRAGA, M.ª D / SERRANO MAÍLLO, A. / VÁZQUEZ GONZÁLEZ, “*Curso de Derecho Penal. Parte Especial*”, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2016, págs. 91-102.

TAMARIT SUMALLA, J. “*Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español*”, Política Criminal Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, Vol. 7, núm. 13 (Julio 2012), págs. 74-93.

TORRES FERNÁNDEZ, M.E. “*El tráfico de niños para su «adopción ilegal». El delito del artículo 221 del Código Penal Español*”, Dykinson S.L., Madrid, 2003, págs. 75-159.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. “*La protección penal del derecho del menor a conocer la propia identidad: análisis del denominado delito de “Tráfico de menores”*”, en Revista de Derecho y Proceso Penal, 2001, núm. 5, págs. 61-87.

ZOCO ZABALA, C. “*Niños robados en España e integridad moral: un estudio constitucional*” en “*Niños desaparecidos, mujeres silenciadas*” BARBER BURUSCO, S. / JIMENO ARANGUREN, R. (EDITORES) / CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. // JERICÓ OJER, L. / SIERRA HERNÁIZ, E. / FRANCÉS LECUMBERRI, P., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 123-152.

2. RESOLUCIONES JUDICIALES.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

- STC (11/04/1985) núm. 53/1985.
- STC (10/05/1989) núm. 83/89.
- STC (27/06/1990) núm. 120/1990.
- STC (28/02/1994) núm. 57/1994.
- STC (17/06/1999) núm. 116/1999.
- STC (30/03/2000) núm. 91/2000.
- ATC (21/07/2008) núm. 188/2008.
- ATC (22/09/2008) núm. 289/2008.
- STC (25/06/2009) núm. 155/2009.
- ATC (11/02/2013) núm. 28/2013.
- STC (08/07/2013) núm.140/2013.
- STC (01/02/2016) núm. 11/2016.

TRIBUNAL SUPREMO:

- STS (06/10/1980) núm. 1010/1980.
- STS (25/10/1983) núm. 1407/1983.
- STS (06/03/1984) núm. 331/1984.
- STS (02/05/1984) núm. 627/1984.
- STS (23/05/1986).
- STS (17/02/1987).
- STS (10/05/1989).
- STS (26 /03/1991).
- STS (06/11/1991).
- STS (11/12/1991).
- STS (24/06/1992) núm. 1509/1992.
- STS (18/05/1995) núm. 686/95.
- STS (13/06/1997).
- STS (10/11/1997).
- STS (25/11/1997).
- STS (26/02/1998).
- STS (12/05/1999) núm. 758/99.
- STS (12/05/1999) núm. 801/1999.
- STS (27/05/1999) núm. 655/1999.
- STS (21/12/1999) núm. 1493/1999.
- STS (14/02/2000) núm. 242/2000.
- STS (03/03/2000) núm. 361/2000.
- STS (28/11/2000) núm. 1831/2000.
- STS (27/12/2000) núm. 2001/2000.
- STS (05/03/2001) núm. 164/2001.
- STS (12/01/2002) núm. 54/2002.
- STS (12/02/2002) núm. 224/2002.
- STS (16/04/2002) núm. 630/2002.
- STS (09/12/2002) núm. 2040/2002.
- STS (04/02/2003) núm. 135/2003.
- STS (19/05/2003) núm. 788/2003.

- STS (06/11/2003) núm. 1443/2003.
- STS (19/11/2003) núm. 1559/2003.
- STS (12/01/2004) núm. 1/2004.
- STS (30/02/2004) núm. 421/2004.
- STS (19/03/2004) núm. 357/2004.
- STS (29/03/2004) núm. 398/2004.
- ATS (23/09/2004) núm. 1375/2004.
- ATS (29/09/2004) núm. 1236/2004.
- STS (24/11/2004) núm. 1339/2004.
- STS (30/11/2004) núm. 1411/2004.
- STS (27/12/2004) núm. 1548/2004.
- STS (03/03/2005) núm. 280/2005.
- STS (09/06/2005) núm. 724/2005.
- STS (24/06/2005) núm. 823/2005.
- STS (18/07/2005) núm. 981/2005.
- STS (12/09/2005) núm. 1016/2005.
- STS (31/10/2005) núm. 1257/2005.
- STS (25/01/2006) núm. 37/2006.
- STS (21/03/2006) núm. 383/2006.
- STS (26/03/2006) núm. 371/2006.
- STS (07/05/2006) núm. 403/2006.
- STS (07/05/2007) núm. 492/2007.
- STS (07/06/2007) núm. 492/2007.
- STS (11/09/2007) núm. 600/2007.
- STS (18/11/2008) núm. 728/2008.
- STS (19/05/2009) núm. 607/2009.
- ATS (21/05/2009) núm. 1196/2009.
- STS (22/05/2009) núm. 480/2009.
- STS (15/06/2009) núm. 635/2009.
- STS (01/10/2009) núm. 923/2009.
- STS (06/10/2009) núm. 946/2009.
- STS (22/12/2009) núm. 1306/2009.

- STS (28/09/2010) núm. 809/2010.
- STS (11/10/2010) núm. 912/2010.
- STS (10/11/2010) núm.1036/2010.
- STS (18/03/2011) núm.192/2011.
- STS (27/10/2011) núm. 1100/2011.
- STS (09/12/2011) núm. 1320/2011.
- STS (30/12/2011) núm. 1429/2011.
- STS (27/02/2012) núm. 101/2012.
- STS (12/04/2012) núm. 309/2012.
- STS (21/12/2012) núm. 1010/2012.
- STS (22/02/2013) núm. 188/2013.
- STS (04/07/2013) núm. 589/2013.
- STS (14/10/2013) núm. 762/2013.
- STS (11/12/2013) núm. 927/2013.
- STS (30/12/2015) núm. 863/2015.
- STS (28/06/2016) núm. 568/2016.
- STS (24/05/2017) núm. 376/2017.
- ATS (25/02/2018) núm. 342/2018
- STS (11/04/2018) núm. 166/2018.
- STS (09/05/2018) núm. 221/2018.
- STS (13/06/2018) núm. 286/2018.
- ATS (19/07/2018) núm. 1049/2018.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Las Palmas de Gran Canaria (09/07/1999) núm. 144/1999.
- SAP La Coruña (16/10/2002) núm. 24/2002.
- SAP Ourense (09/06/2004) núm. 7/2004.
- AAP Vizcaya (13/01/2005) núm. 16/2005.
- SAP Valencia (11/03/2005) núm. 156/2005.
- SAP Madrid (31/03/2006) núm.131/2006.
- SAP Madrid (20/02/2007) núm. 69/2007.
- SAP Murcia (30/09/2011) núm. 372/2011.

- AAP Vizcaya (21/10/2011) núm. 772/2011.
- AAP Vizcaya (14/11/2011) núm. 827/2011.
- AAP Cádiz (15/02/2012) núm. 37/2012.
- SAP Cádiz (04/05/2012) núm. 30/2012.
- AAP Cádiz (22/05/2012) núm. 180/2012.
- AAP Madrid (28/09/2012) núm. 699/2012.
- AAP Huelva (19/11/2012) núm. 434/2012.
- AAP Madrid (24/10/2016) núm. 1189/2016.
- AAP Pontevedra (05/04/2017) núm. 226/2017.
- AAP Pontevedra (10/05/2017) núm. 328/2017.
- SAP Madrid (27/09/2018) núm. 640/2018.

3. RECURSOS DIGITALES.

- https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2013_cap_V_3_1.pdf?idFile=9a45ed0f-2454-411f-afaf-af35675299cb
- <http://dle.rae.es/?id=F4R96W1>
- <http://dle.rae.es/?id=DZpMxS1>
- <http://dle.rae.es/?id=RLQQxGn>
- <http://dle.rae.es/?id=8OVdkYW>
- http://www.todoslosnombres.org/sites/default/files/documento644_0.pdf
- http://www.lamoncloa.gob.es/Documents/c43d-2ab8-protocolo_toma_de_muestras_adn_adopciones_irregula.pdf
- https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwixgp-OluHeAhXGDewKHfYyDDAQFjAAegQICBAC&url=http%3A%2F%2Fservicios.mpr.es%2FVisorPublicaciones%2Fvisordocumentosicopo.aspx%3FNIPO%3D051140112%26SUBNIPO%3D0001&usg=AOvVaw20disJafhfV9h6xA_jp_X1
- <http://www.la-politica.com/bebes-robados/>
- http://genomica.es/es/documents/RECOMENDACIONES_ANALISIS_GENETICO_ADOPCIONES_IRREGULARES.pdf
- <http://derechoy perspectiva.es/los-bebes-robados-que-ocurre-con-ellos/>
- <https://www.iberley.es/temas/tipos-delictivos-consumacion-delito-48391>

- <https://www.legalitas.com/actualidad/Cuando-prescriben-los-delitos>
- <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf
- <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/conventionced.aspx>
- https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/SPReports/CED-C-ESP-1_sp.pdf
- https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CED/Shared%20Documents/ESP/INT_CED_NGO_ESP_15426_S.pdf
- https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CED/Shared%20Documents/ESP/INT_CED_NGO_ESP_15421_S.pdf
- http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-314-1.PDF
- [STC 143/2011, de 26 de septiembre.](#)