

LA ENTREGA DE MENORES ELUDIENDO LOS PROCEDIMIENTOS LEGALES DE ADOPCIÓN. DELITO CONTRA LAS RELACIONES FAMILIARES Y DETENCIONES ILEGALES. SOBRE EL LLAMADO “ROBO DE BEBÉS”

Marina Sanz-Diez de Ulzurrun Lluch
Profesora Titular interina de Derecho Penal
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO.- II. INVESTIGACIÓN Y PRUEBA DE LOS HECHOS.- III. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS: 1. Delitos contra las relaciones familiares del Capítulo II del Título XII. Cuestiones generales y bien jurídico protegido: a) *Conductas típicas*. b) *La entrega de menores con consentimiento de los padres biológicos*. c) *Entrega de menores sin el consentimiento de sus padres biológicos*. 2. Delitos contra la libertad: a) *Los delitos contra la libertad y seguridad en el Código Penal de 1973*. b) *Las detenciones ilegales conforme al Código Penal de 1995*.- IV. RÉGIMEN DE PRESCRIPCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE: 1. Calificación y penalidad conforme a los cuerpos legales en conflicto. 2. Régimen de prescripción.- V. CONCLUSIONES.

PALABRAS CLAVE

Menores; Paternidad; Régimen de prescripción; Delitos contra la integridad.

RESUMEN

El presente trabajo aborda la problemática de los denominados “robos de bebés” producidos en nuestra reciente historia y que, actualmente, están siendo juzgados en los tribunales. Se trata de supuestos de entrega de recién nacidos a quienes no son sus padres biológicos –con conocimiento y consentimiento de éstos o bien sin su conocimiento–, eludiendo los procedimientos legales para la adopción. Además de analizar los problemas que plantea el enjuiciamiento de estos casos por las dificultades

en su investigación y porque al haberse producido hace mucho tiempo suscitan la cuestión sobre la ley aplicable en el tiempo y sobre la posible prescripción, se aborda como cuestión principal la calificación jurídica de estos hechos, concluyendo que no sólo merecen la calificación de delitos contra las relaciones familiares en sus distintas modalidades, sino que constituyen también, en determinados casos, un delito de detención ilegal.

I. PLANTEAMIENTO

Actualmente está adquiriendo una gran repercusión el fenómeno de las desapariciones de recién nacidos producidas en nuestra reciente historia, calificadas en los medios de comunicación como “robos de bebés”. Se trata de supuestos de entrega de un recién nacido a quienes no son sus padres biológicos, eludiendo los procedimientos legales para la adopción; y, en muchos casos, sin conocimiento ni consentimiento de los padres, a quienes, empleando engaño, se les hace creer que su hijo ha nacido muerto. Las asociaciones de víctimas afirman que entre los años sesenta y noventa se produjeron en España numerosos casos de adopciones ilegales; gran parte de las cuales se habría realizado en clínicas u hospitales españoles, sustrayendo el recién nacido a la madre biológica mediante engaño, para su posterior entrega o venta a los padres adoptivos; y, otra gran parte de ellas, se habría producido con conocimiento de la madre biológica, mediando un pago¹. En los juzgados españoles ya se han presentado cerca de 1.500 denuncias, pero la mayor parte de los casos están siendo sobreesidos o archivados, por falta de pruebas o bien por entender que los delitos ya han prescrito.

La problemática que plantean estos supuestos tiene varias facetas. Por un lado, superar los problemas de prueba, 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. Por otro lado, se plantea la cuestión sobre la calificación jurídica que merecen los hechos que, inicialmente, se encuadran en los tipos previstos en los artículos 220 y ss., como delitos contra las relaciones familiares; pero que, a juicio de un sector de jurisprudencia cada vez más mayoritario, también integran un delito de detención ilegal, puesto que, además de afectar a la

¹ Según sostienen las asociaciones de víctimas, fundándose en la investigación realizada por la Audiencia Nacional, con anterioridad a los años sesenta, es decir durante los años cuarenta y cincuenta, se habría producido la sustracción de unos 20.000 niños a familias republicanas como manifestación de una operación de limpieza ideológica realizada durante los primeros años de la Dictadura.

filiación del menor, se vulnera su libertad, al quedar sustraído del ámbito de tutela de sus padres². En relación con ello, se plantea una tercera cuestión sobre los plazos y términos para el cómputo de la prescripción de estos delitos. Y, por último, 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. Estas son las cuestiones que van a ser objeto de estudio en el presente trabajo.

II. INVESTIGACIÓN Y PRUEBA DE LOS HECHOS

Hasta el momento, el principal obstáculo que han encontrado los afectados para poder determinar su identidad o para poder localizar a sus hijos es de carácter probatorio por las dificultades de acceso a la documentación; porque en muchas ocasiones los documentos están falseados; y, por último, debido a los problemas para practicar las exhumaciones³.

A instancia de las víctimas, y con la finalidad de facilitar la obtención de datos necesarios para fijar su identidad, el Ministerio de Justicia ha adoptado varias medidas:

a) Se ha creado un Servicio de Información a afectados por una posible sustracción de recién nacidos, que facilitará el acceso a la documentación e información obrante en la Administración relativa a su filiación natural, datos registrales y expedientes sanitarios.

b) También se han creado dos ficheros (Orden JUS/2146/2012, BOE nº 244, de 10 de octubre): uno, relativo a las solicitudes de suministro de información administrativa solicitada por personas afectadas; y, el segundo, relativo a los perfiles de ADN de los afectados. El Instituto Nacional de Toxicología validará técnicamente los exámenes genéticos aportados y, en caso de que aparezca alguna compatibilidad genética, realizará nuevas pruebas a los afectados para alcanzar una conclusión definitiva.

Por otro lado, la Fiscalía General del Estado ha dictado una Circular

² Por parte de las asociaciones de víctimas se ha planteado la posibilidad de calificar los “robos de bebés” efectuados durante los primeros años de la postguerra española como un delito de lesa humanidad que, en consecuencia, es imprescriptible; y, sobre esta base, representantes de las citadas asociaciones han anunciado que plantearan el caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, denunciando al Estado Español por crímenes contra la humanidad.

³ Hasta la fecha se han practicado 16 exhumaciones, en cuatro de los casos los ataúdes estaban vacíos y en otros dos casos, la prueba de ADB no coincidía con el perfil biológico de los padres.

sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos (Circular 2/2012, de 26 de diciembre), con el objetivo de impulsar la investigación de estos hechos, unificando los criterios en la calificación y en la investigación.

Según se establece en la citada Circular el cauce procesal para la averiguación de estos hechos son las Diligencias de investigación, y no las Diligencias pre-procesales, puesto que tienen por objeto el esclarecimiento de hechos que, de ser ciertos, serían constitutivos de delito.

En el contexto de estas Diligencias es posible, a juicio de la Fiscalía General del Estado, que el Ministerio Fiscal acuerde por sí mismo la exhumación de restos de recién nacidos fallecidos y la práctica de pruebas de ADN. Argumenta la Fiscalía que tras la entrada en vigor de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la bases de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN, que complementa la normativa sobre utilización de ADN en el proceso penal, ha quedado relativizado el monopolio jurisdiccional derivado del art. 326 de la LECrim, en tanto que la Disposición Adicional Tercera establece que para la investigación de delitos *“la Policía Judicial procederá a la toma de muestras y fluidos en el lugar del delito”*. La Fiscalía sostiene que si la Policía está legitimada para recoger tales restos sin necesidad de autorización judicial, con mayor razón lo estará el Ministerio Fiscal. En consecuencia, se concluye que no es precisa autorización judicial ni para la toma de muestras, ni para la exhumación, siempre que exista consentimiento por parte de los interesados, ya que *“no se trata de un supuesto de obtención de muestras corporales realizado de forma directa sobre el sospechoso o imputado en un procedimiento penal, sino de un acto voluntario, interesado y autorizado por los propios denunciantes en relación a los restos cadavéricos de quienes se supone que son sus propios hijos biológicos, y en tanto tal diligencia no implica restricción de derechos fundamentales”*⁴. Tampoco es necesaria la autorización judicial para la obtención de muestras de personas no imputadas con su consentimiento, puesto que no supone afectación de derecho alguno. Y, únicamente, en caso de no contar con tal consentimiento, habrá que acudir al Juez de Instrucción para que resuelva, ponderando los intereses en conflicto.

Por otro lado, la Circular establece como criterio para orientar la actuación de los Fiscales que los autos de archivo de estas causas son recurribles en los términos establecidos por el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal de 9 de febrero de 2005, en el que se señala que *“los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurran*

⁴ Circular 2/2012, de 26 de diciembre, p. 6.

estas tres condiciones: 1) se trate de un auto de sobreseimiento libre; 2) haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal la resolución judicial en la que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables; y, 3) el auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación”.

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 probatoria. Cuando como resultado de la exhumación, 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. Indicios suficientes como 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 nuevo 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”.

III. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

Existen divergencias sobre la calificación jurídica que deben recibir estos hechos. Las figuras delictivas en las que se centra la discusión son los delitos contra las relaciones familiares contenidos en los artículos 220 a 222 del CP; y los delitos de detenciones ilegales contenidos en el artículo 163 y ss. del mismo texto legal⁵. Ahora bien, como el problema puede referirse a hechos cometidos hace muchos años, bajo la vigencia del Código Penal de 1973, hay que indicar que en el citado cuerpo legal los tipos contenidos en los actuales artículos 220 y ss. –suposición de parto, entrega de un menor y sustitución de un niño por otro– quedaban sancionados en el artículo 468 del Código Penal de 1973 con la pena de presidio menor (6 meses y un día a 6 años) y multa; y respecto al delito contra la libertad, el citado cuerpo legal contenía un tipo específico, en el artículo 484, en el que se sancionaba la sustracción de un menor de 7 años con la pena de presidio mayor (6 años y un día a 12 años), precepto que fue derogado con la entrada en vigor del Código Penal de 1995.

La Circular 2/2012 ha descartado, con acierto, que los hechos puedan calificarse como delito de usurpación del estado civil (art. 401 CP 1995 ó art. 470 CP 1973), argumentando que el tipo previsto en el artículo 401

⁵ Normalmente, en estos casos, también se producen delitos de falsedad en documento público.

sanciona a quien finge ser una persona distinta de la que es, con el ánimo de usar sus derechos; lo que exige no sólo arrogarse una personalidad ajena, sino que tal comportamiento se realice con la finalidad de usar los derechos y acciones de la persona suplantada (STS n° 635/2009, de 15 de junio). La Fiscalía argumenta que en los casos de entregas y sustituciones de niños, se atribuye al menor una filiación distinta de la propia, pero no la filiación correspondiente a un tercero. Faltando, por otra parte, ese elemento subjetivo, de intención de utilizar indebidamente derechos y acciones de otra persona⁶.

Centrado el ámbito de discusión en los restantes delitos anteriormente reseñados, hay que ver las distintas posibilidades de calificación conforme a los mismos.

1. Delitos contra las relaciones familiares del Capítulo II del Título XII. Cuestiones generales y bien jurídico protegido

Dentro de los delitos contra las relaciones familiares, en el Capítulo II del Título XII del Libro II del CP, artículos 220 a 222, se encuentran toda una serie de figuras dirigidas a la protección de la filiación, estado y condición de los menores. Se ha señalado la escasa relevancia práctica que tienen estas conductas, existiendo pocas resoluciones judiciales que apliquen estos delitos. Situación que contrasta con las cifras que ofrecen las asociaciones de víctimas, que parecen indicar que en nuestra historia reciente estas conductas han sido una práctica relativamente habitual. Por ello, es posible apuntar *prima facie* la limitada eficacia preventiva de estos tipos de gran formalismo, contruidos más hacia la protección de intereses de carácter público, que a la defensa de los derechos individuales de los menores. Ello puede explicar la escasa penalidad de estas conductas que, unida a las dificultades probatorias y al hecho de que las personas más interesadas en su persecución –los menores cuya filiación se altera– vienen a tomar conciencia de los hechos muchos años después de su comisión, cuando los plazos de prescripción ya se han cumplido, determinan en la práctica la impunidad de la mayoría de los supuestos.

En estas conductas se entremezclan toda una serie de derechos e intereses que resultan afectados. Por un lado, derechos de los menores que ven alterada su filiación, como vínculo jurídico que une al menor con sus padres, determina la integración en una determinada familia y trae consigo toda una serie de consecuencias relativas al nombre, patria potestad y derechos sucesorios. También se ve afectado el derecho de la

⁶ Circular 2/2012, de 26 de diciembre, pp. 18-19.

persona a conocer su propia identidad, biológica y familiar que, según se ha señalado⁷, constituye un aspecto de la dignidad humana y puede incardinarse en el derecho al libre desarrollo de la personalidad⁸. Si se tiene en cuenta que la identidad como persona no viene determinada por factores exclusivamente biológicos, sino que se construye a través del proceso de socialización que se lleva a cabo, en primer lugar y fundamentalmente, en el entorno familiar, la adscripción a una familia distinta de la biológica condiciona la formación de esa personalidad y determina que el afectado llegue a la edad adulta siendo una persona distinta a la que, en principio, estaba llamado a ser. Además, si la entrega del menor a terceros se hace en condiciones que le perjudican se pone en riesgo su bienestar e, incluso, su vida o su salud.

Por otro lado, y en relación con los padres, se ve afectado su derecho a la maternidad y paternidad, que también es incardinable en el derecho

⁷ C. Villacampa Estiarte, "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, p. 67.

⁸ Todos estos derechos de los menores quedan recogidos en una abundante normativa internacional. La *Convención de los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de la ONU, en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, dispone en su artículo 7 que "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"; en el artículo 8 se establece que "1. Los Estados parte 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 alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiada con miras a restablecer rápidamente su identidad". La *Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986, establece en su artículo 1 que los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y del niño; y en su artículo 3 se establece como primera prioridad que el niño debe ser cuidado por sus propios padres.

En el ámbito europeo, la *Carta Europea de los derechos del Niño* (DOCE n° C241, de 21 de septiembre de 1992, establece que "Todo niño deberá ser registrado desde su nacimiento y tendrá derecho a un nombre y a una nacionalidad" y que "Todo niño tiene derecho a la protección de su identidad y, dado el caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos, con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección de los derechos de terceras personas. Se deberán determinar las condiciones bajo las cuales se otorgarán al niño las informaciones relativas a sus orígenes biológicos así como las condiciones necesarias para proteger al niño de la divulgación de dichas informaciones por terceros".

Y, por último, en nuestro país, la LO 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor*, en su artículo 3, establece que "Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la *Convención de Derechos del Niño* de Naciones Unidas ...".

al libre desarrollo de la personalidad y que, en nuestro ordenamiento, se articula a través de la institución de la patria potestad, como derecho-deber que comprende, entre otros aspectos, el deber y facultad de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, educarlos y procurarles una formación integral.

Por último, queda afectada la dimensión institucional y pública de las normas relativas a la filiación y el interés del Estado en que la adscripción de un niño a una familia que no es la suya se realice respetando la normativa civil en materia de adopción, orientada a garantizar y proteger los intereses de los menores.

Cabe preguntar, ahora, cuáles de estos derechos e intereses quedan protegidos penalmente por los tipos contenidos en el Capítulo II del Título XII, dado que existe cierta polémica sobre cuál es el bien jurídico tutelado en estos delitos. Tradicionalmente, se sostiene que el bien jurídico protegido en estos delitos es el estado civil del menor y, más específicamente, la filiación, entendida como el hecho de la adscripción de una persona a una determinada familia, que comporta importantes consecuencias, tanto de carácter personal (relaciones afectivas, construcción de la propia personalidad, identidad y de la propia historia), como de carácter jurídico y económico⁹. No obstante, se discute si tal bien jurídico se protege desde una perspectiva institucional o como derecho subjetivo y personal del menor. Ciertos autores consideran que se trata de un bien jurídico de naturaleza pública, sin que resulte disponible por su titular, aunque incida sobre su identidad¹⁰; argumentando que el carácter colectivo del bien jurídico se pone de manifiesto por el hecho de que tal delito subsiste aún en el caso de que el menor resulte beneficiado por el cambio de adscripción familiar¹¹; o, que tales conductas ni siquiera tienen por sí mismas el efecto de modificar la filiación, ya que esto sólo puede hacerse por la vía jurídicamente establecida al efecto¹².

Otros autores consideran que lo directamente protegido es la normativa

⁹ F. Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª edición, Valencia, 2010, p. 315; T. Castiñeira Palou, en J. Silva Sánchez (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 3ª edición, Barcelona, 2011, p. 181; M^a. J. Jiménez Díaz, "Análisis de algunas figuras delictivas que atentan contra la filiación: el artículo 220 del Código Penal español", en *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: libro-homenaje al profesor Ferrando Mantovani*, Madrid, 2005, p. 295, entre otros.

¹⁰ *Ibidem*, p. 315.

¹¹ M. Llobet Anglí, en F. Molina Fernández (Coord.), *Memento Penal. 2011*, Madrid, 2011, p. 914; J.J. González Rus, *Derecho Penal español. Parte especial*, (Coord.) M. Cobo del Rosal, Madrid, 2004, p. 340; M^a.M. Carrasco Andrino, "Protección penal de la filiación", *RECPC*, 2010, <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-06.pdf>.

¹² M. Llobert Anglí, *cit.*, p. 915.

civil reguladora de la adopción, protegiéndose sólo mediatamente la filiación¹³. Frente a lo que se ha señalado que, si bien estos tipos suponen eludir la normativa civil sobre adopción, las conductas típicas tienen como finalidad presentar a un niño como hijo biológico de quién no lo es y, por ello, falsear la filiación por nacimiento y no la filiación por adopción¹⁴. En este sentido, se ha señalado que lo que se protege en estos delitos es la filiación surgida del nacimiento¹⁵, entendiendo que lo que se tutela no es tanto el derecho a conocer la propia identidad, sino el derecho a saber “si quien aparece como padre, madre o hijo, lo es biológicamente”¹⁶; aunque no quepa desconocer que de forma directa o indirecta, la regulación legal persigue como objetivo que la adscripción de los menores a una familia distinta de la biológica se realice conforme a la normativa civil reguladora de la adopción¹⁷.

Por último, una posición minoritaria entiende que lo que se protege en estos delitos es el derecho del menor a conocer su propia identidad, configurado como un derecho subjetivo e individual, derivado del valor de la dignidad humana, en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad¹⁸. Frente a lo cual, se ha señalado que los convenios internacionales en los que se recoge este derecho a la propia identidad, le otorgan un contenido más amplio que el contemplado en estos delitos, que no sólo comprendería la identidad del menor, sino también la nacionalidad, nombre y relaciones familiares. Por otro lado, se añade que este derecho a la identidad no comprende el derecho a investigar la maternidad o paternidad biológica, sino la procedencia familiar determinada por nacimiento o por adopción (filiación legal)¹⁹.

En definitiva, parece mayoritaria la postura que sostiene que a través de los delitos contra las relaciones familiares no se están protegiendo directamente los derechos subjetivos de los menores afectados por la

¹³ A.M. Rodríguez Ramos, *Derecho Penal. Parte Especial II*, Madrid, 1997, p. 69.

¹⁴ M^a.M. Carrasco Andrino, *cit.*

¹⁵ M^a.M. Carrasco Andrino, *cit.*; M^a.J. Jiménez Díaz, en M. Cobo del Rosal (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo VII, Madrid, 1999, p. 705; J.J. Queralt Jiménez, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 5^o edición, Barcelona, 2008, p. 334.

¹⁶ J.J. Queralt Jiménez, *cit.*, p. 334.

¹⁷ *Ibidem*, p. 334.

¹⁸ C. Villacampa Estiarte, *cit.*, p. 67. Por su parte, J. Carbonell Mateu, “Delitos contra las relaciones familiares en el Código Penal de 1995”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, tomo I, Valencia, 1999, p. 176, considera que no sólo se protege el estado civil del menor, sino los derechos propios del menor y la dignidad de la persona objeto de tutela.

¹⁹ M^a.M. Carrasco Andrino, *cit.*

alteración de la filiación y, más concretamente, su derecho a conocer su propia identidad, sino más bien la dimensión institucional y pública de las normas relativas a la filiación, en la medida en que estas conductas quiebran las garantías que el Estado debe ofrecer a sus ciudadanos en una materia que tiene una enorme relevancia en la vida de la persona²⁰. En este sentido, Muñoz Sánchez, considera que el bien jurídico protegido son los aspectos legales de la filiación o adscripción a una familia²¹. Esta conclusión puede venir abonada por la reducida penalidad de estas conductas y por el hecho de que a diferencia de otros delitos que afectan a derechos individuales y personales del menor, estas conductas no hayan quedado incluidas en la disposición contenida en el artículo 132.1, párrafo segundo, que establece, en relación con los menores de edad y respecto a determinados delitos que afectan a derechos de carácter personal del menor, que los plazos de prescripción comenzarán a computarse a partir del día en que el menor haya alcanzado la mayoría de edad²².

Por ello, es posible concluir este apartado con la consideración de que si bien los tipos contenidos en los artículos 220 y ss. del CP son aplicables a estas conductas, en los términos que a continuación se determinarán, no agotan todo el desvalor de las mismas, al no comprender como objeto de tutela el derecho personal e individual de la persona a conocer su procedencia y a construir su propia identidad en el entorno de su familia, derecho que queda afectado por estas conductas y que, como ha sugerido algún autor, puede derivarse del derecho al libre desarrollo de la personalidad como faceta de la dignidad humana. Por supuesto, tampoco se protege a través de estos tipos los derechos-deberes de los padres derivados de la patria potestad, de cuyo ejercicio se ven privados con la sustracción del menor.

A mi juicio, esta conclusión permite afirmar que existen deficiencias en la regulación de estos delitos, que podrían haber quedado configurados como delitos pluriofensivos. Si bien, ello exigiría una revisión de la actual regulación, en relación con la penalidad prevista en los mismos respecto al régimen de prescripción en el que se contemplase la especificidad de estos hechos, en los que la persona interesada en su persecución –

²⁰ M^a.J. Jiménez Díaz, *cit.*, p. 296.

²¹ L.M^a Muñoz Sánchez, "Delitos contra las relaciones de filiación", en J.L. Díez Ripollés et al., *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, Madrid, 2002, p. 1426.

²² El artículo 132.1, párrafo segundo dispone: "*En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad de 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*".

el menor víctima del delito- no es consciente de su comisión y puede llegar a su conocimiento muchos años después de cometida la conducta, lo cual podría tomarse en cuenta a los efectos de determinar el inicio del plazo de prescripción “desde el momento en que la víctima llegara a tomar conocimiento del hecho”, en el sentido propuesto por la Circular 2/2012, de 26 de diciembre y de alguna reciente resolución judicial a la que más adelante se hará referencia²³.

a) Conductas típicas

Las conductas que se sancionan en el Capítulo II son las siguientes: a) suposición de parto (art. 220.1); b) ocultación y entrega de un hijo (art. 220.2); sustitución de un niño por otro (art. 220.3 y 5); y tráfico de menores (art. 221).

A) La suposición de parto se castiga en el artículo 220.1, con pena de prisión de 6 meses a 2 años y consiste en simular el alumbramiento de un hijo, haciendo pasar a un menor como hijo de una mujer que realmente no es su madre y atribuyéndole una filiación materna que no es la suya²⁴. No es necesario que se simule un embarazo, ni tampoco que se finja el proceso fisiológico del parto, basta con presentar el hijo como fruto del alumbramiento de una mujer que no es su madre natural²⁵.

Sujeto activo de este delito es la mujer que finge el parto. No obstante, ciertos autores²⁶ consideran que este delito puede ser cometido por cualquier persona, en la medida en que el contenido de injusto no consiste tanto en simular el hecho del parto, sino en adscribir a un recién nacido a

²³ Esta propuesta se realiza en la Circular 2/2012, respecto al cómputo del plazo del delito de detenciones ilegales; no obstante, como se argumenta más adelante, su fundamento se encuentra en la permanencia de la situación antijurídica creada por el delito de alteración de la paternidad y no en la permanencia de la situación antijurídica creada por el delito de detención ilegal, por ello, entiendo preferible aplicar este criterio al primer delito, lo cual no parece posible por vía interpretativa, dado que no se trata de un delito permanente, sino de un delito de estado, y exigiría, a mi juicio, una previsión específica del legislador.

²⁴ Como señala M^a.M. Carrasco Andrino, *cit.*, para que la conducta sea típica es preciso que se altere la filiación de un niño. Fingir materialmente un parto sin afectar a la normativa sobre filiación es una conducta atípica.

²⁵ En este sentido se ha pronunciado la más reciente jurisprudencia: SAP de la Coruña 24/2002, de 16 de octubre; o SAP de las Palmas 114/1999, de 9 de julio, entre otras resoluciones. L.M^a Muñoz Sánchez, *cit.*, p.1428, propone de *lege ferenda*, y para evitar equívocos, una fórmula que, sin referencia al parto, aluda a la adscripción de un niño existente a una familia, fingiendo un nacimiento inexistente.

²⁶ M^a.M. Carrasco Andrino, *cit.* No obstante, la jurisprudencia parece inclinarse por el criterio de considerar autora únicamente a la mujer que finge el parto, considerando cooperación necesaria de este delito las conductas de los familiares que dan cobertura a la conducta de aquella, aparentando una relación familiar (STS 492/2007, de 7 de junio).

quien no es su madre natural. Por ello, el marido de la madre supuesta que inscribe al niño o el facultativo que certifica el alumbramiento inexistente, serían desde esta posición doctrinal autores de este delito. Ahora bien, como señala Carrasco Andrino²⁷ la persona que entrega al recién nacido para hacer verosímil el parto, no realiza un acto de participación en este delito, dado que este comportamiento ha sido tipificado de forma autónoma en otro precepto (art. 220.3), por lo que su conducta deberá calificarse como autoría de este último delito.

Sujeto pasivo es el recién nacido que ve alterada su filiación, si bien algunos autores consideran que el sujeto pasivo es doble: el menor y la colectividad²⁸. No es preciso que se produzca la inscripción en el Registro Civil, que de realizarse constituiría un delito de falsedad.

La doctrina mayoritaria entiende que es preciso que el niño que se entrega sea un recién nacido²⁹. Si bien Muñoz Conde admite la posibilidad de que se trate de un niño mayor, siempre que no haya adquirido conciencia todavía de sus relaciones familiares³⁰.

En esta figura también cabe incluir el fenómeno de las madres de alquiler, aunque la que simule el parto sea la madre genética, pero no gestante del nacido. En nuestro ordenamiento el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho (L 14/2006, art. 10.1) y la filiación de los niños nacidos por gestación de sustitución se determina por el parto (L 14/2006, art. 10.2).

B) La segunda conducta, prevista en el artículo 220.2 y sancionada con la misma pena, consiste en ocultar o entregar a un hijo a un tercero, con la finalidad de alterar su filiación. Sujetos activos sólo pueden serlo los padres, y sujetos pasivos pueden serlo tanto los menores, como adultos que por su discapacidad no tengan conciencia de su filiación³¹.

La conducta puede consistir en “entregar” o en “ocultar”. La entrega consiste en poner al hijo bajo la custodia de terceros³² y, habitualmente, es la otra cara de la suposición de parto. La madre o padre biológico entrega al hijo a la madre que ha simulado el parto, con la finalidad de modificar la filiación del menor, eludiendo la normativa civil para la adopción³³.

²⁷ M^a.M. Carrasco Andrino, *cit.*

²⁸ J.J. Queralt Jiménez, *cit.*, p. 335.

²⁹ M^a.J. Jiménez Díaz, *cit.*, p. 299.

³⁰ F. Muñoz Conde, *cit.*, p. 315.

³¹ F. Muñoz Conde, *cit.*, p. 316.

³² T. Castiñeira Palou, *cit.*, p. 181.

³³ No obstante, en el discutible supuesto de la SAP de la Audiencia Provincial de Málaga, n^o 355/2008, en el que una amiga de la madre, que se encuentra cumpliendo pena de prisión, convence a ésta para que entregue a su hija a una tercera persona que, con conocimiento

Carrasco Andrino considera que también es típico el supuesto de entrega de un hijo adoptado a terceras personas, de modo que en este precepto se estaría protegiendo tanto la filiación por nacimiento como la filiación por adopción³⁴. En cualquier caso, para que resulte aplicable este tipo es preciso que no medie compensación económica, puesto que si existiera ésta el tipo aplicable sería la “venta de niños” tipificada en el artículo 221 CP.

Respecto a la ocultación consiste en cualquier acto que evite el conocimiento de la existencia del niño por parte de la familia³⁵, por ejemplo, cuando la madre oculta la existencia del hijo al padre, manifestando que ha nacido muerto³⁶. Se ha admitido no sólo la ocultación física, sino también la ocultación jurídica, falseando la identidad o existencia del hijo³⁷.

En todo caso, tanto la entrega como la ocultación deben realizarse con la finalidad de alterar la filiación del hijo, lo que permite diferenciar este delito del abandono de menores, ya que al quedar el niño bajo la custodia de terceras personas no tiene por qué producirse el resultado de riesgo propio del abandono³⁸. Para la consumación basta con la ocultación o entrega, sin que sea precisa la pérdida del estado civil³⁹.

C) En tercer lugar, se castiga la sustitución de un niño por otro. En el artículo 220.3 se prevé la modalidad dolosa, castigada con la pena de prisión de uno a cinco años. La mayor penalidad se explica en la doctrina

de la situación de la madre, se queda con la niña; la Audiencia condena a la intermediaria por un delito de alteración de la paternidad (art. 220.2), y a la receptora por un delito de suposición de parto (220.1).

³⁴ M^a.M. Carrasco Andrino, *cit.*

³⁵ T. Castiñeira Palou, *cit.* p. 181.

³⁶ Es el caso de la SAP de la Coruña, n^o 101/1998, de 30 de septiembre, respecto de una mujer, objeto de malos tratos por su compañero sentimental, que al quedarse embarazada y comunicarlo a su pareja, fue físicamente maltratada por éste al hacerla responsable del embarazo, comunicándole que no se hacía cargo del menor. Al tener que abandonar la vivienda donde habitaba, porque la dueña de la misma le comunicó que si tenía el niño no se podía quedar allí, decidió procurar mejores expectativas de vida para el menor, contactando con una familia que se haría cargo de él. Después del alumbramiento, el padre se presentó en la clínica y ella le dijo que el niño había nacido muerto, lo que él creyó. Pocos días después acudió al Registro Civil, en compañía de otras personas, y rellenó el impreso indicando que el padre era desconocido, sustituyéndose posteriormente este dato, por indicación del funcionario, por el nombre de Juan. La Audiencia consideró que la ocultación al padre constituía el delito previsto en el artículo 220.2 y 4, si bien finalmente absuelve a la acusada, aplicando la eximente de miedo insuperable.

³⁷ M. Llobet Angli, *cit.*, p. 917

³⁸ M^a.M. Carrasco Andrino, *cit.*; T. Castiñeira Palou, *cit.* P. 182; M. Llobet Angli, *cit.*, p. 917; F. Muñoz Conde, *cit.*, p. 316.

³⁹ F. Muñoz Conde, *cit.*, p. 316.

por afectar a dos niños y no a uno sólo, existiendo un único delito⁴⁰. Esta conducta puede ser realizada por cualquier persona, por ejemplo, enfermeras, comadronas o personal sanitario. Y puede realizarse con o sin el consentimiento de los padres o, incluso, por los propios padres⁴¹. Sujetos pasivos son los niños que son sustituidos, cuya adscripción familiar se modifica, pudiendo darse el caso de que se sustituya un niño vivo por otro muerto⁴². Este será el caso, normalmente, si la sustitución se realiza sin el consentimiento de los padres.

Este delito también tiene prevista una modalidad imprudente en el artículo 220.5, que castiga con pena de prisión de seis meses a un año, el supuesto de sustitución realizada en centro sanitario y por imprudencia grave de los responsables de la identificación y custodia del niño.

D) Por último, en el artículo 221 se castiga con pena de prisión de uno a 5 años, e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, lo que se ha denominado “venta o tráfico de niños”, es decir la entrega de menores a cambio de una compensación económica⁴³. Como ha señalado la jurisprudencia, por compensación económica no hay que entender únicamente la entrega de dinero, sino cualquier contraprestación evaluable económicamente, como por ejemplo, la cancelación de una deuda del intermediario o del ascendiente que entrega al niño, o la entrega de un bien que, por su valor, merezca una consideración distinta a un simple regalo⁴⁴. Como ha señalado la doctrina, la existencia de compensación económica, convirtiendo a las personas en objeto de comercio, es lo que determina la mayor gravedad de estas conductas⁴⁵.

La entrega pueden realizarla los padres, ascendientes o una tercera persona con la que no exista relación de filiación o parentesco. Pero, para que el comportamiento sea típico es preciso que se eludan los

⁴⁰ M^a.M. Carrasco Andrino, *cit.*; M^a.J. Jiménez Díaz, *cit.*, p. 312; M. Llobet Angl, *cit.*, p. 918.

⁴¹ J. Carbonell Mateu y J.L. González Cussac, en T.S. Vives Antón (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2^o edición, Valencia, 2008.

⁴² T. Castiñeira Palou, *cit.* p. 183; F. Muñoz Conde, *cit.*, p. 316; M. Llobet Angl, *cit.*, p. 918.

⁴³ Es el caso de la SAP de Murcia, n^o 372/2011, de 30 de septiembre, en el que se resuelve el caso de los padres que ofrecieron en venta a su hija de 5 meses de edad a una señora que se encontraba en la vía pública, solicitando 5.000 pesetas, al tiempo que manifestaban que la querían vender porque tenían cuatro hijos más y no les podían dar de comer. A lo que la señora no accedió. También es posible citar el supuesto de la SAP de Madrid, n^o 509/2003, de 21 de julio, en el que la procesada, mientras se encontraba mendigando por una calle de Madrid, con su hija en brazos, ofreció a ésta en venta a una transeúnte, a cambio de 2 millones de pesetas.

⁴⁴ En este sentido, AAP de Vizcaya n^o 16/2005, de 13 de enero y SAN n^o 17/2008, de 20 de febrero.

⁴⁵ J. Carbonell Mateu, *cit.*, p. 177.

procedimientos legales de adopción, guarda, o acogimiento; que medie una compensación económica y que la finalidad de la entrega sea establecer una relación análoga a la de filiación, es decir, una filiación de hecho sin repercusión en el registro⁴⁶.

En el precepto no sólo se sanciona la conducta de quien hace la entrega, sino también la conducta de quien recibe al menor y del intermediario, aunque la entrega se haya realizado en país extranjero. Resulta criticable que la conducta de quien recibe al menor se sancione con la misma pena prevista para quien hace la entrega y con independencia de que las condiciones de vida del menor mejoren o no con la entrega. En este sentido, Queralt Jiménez⁴⁷ sostiene que parece más reprochable la conducta de quien se beneficia de la situación de desamparo y necesidad del menor y de los deseos de adoptar un hijo de otra persona, que la conducta de la persona que sólo pretende ejercer una paternidad responsable sobre el hijo que se le entrega. Por otro lado, y en relación con la conducta de los ascendientes que hacen entrega del menor, no cabe descartar, en mi opinión, la aplicación de la eximente –completa o incompleta– de estado de necesidad, cuando el motivo de la entrega sea una situación de extrema pobreza⁴⁸.

En este delito, el bien jurídico protegido no es propiamente el estado civil o filiación del niño, ya que la entrega no se realiza para modificarla,

⁴⁶ Como señala el AAP de Vizcaya nº 16/2005, de 13 de enero, esta finalidad, que comporta necesariamente la voluntad de asumir los deberes inherentes a la patria potestad, permite diferenciar este delito de otros tipos más graves; y ha llevado a cierto sector de doctrina (M. Llobet Anglís, *cit.*, p. 918) a cuestionar la conveniencia político criminal de esta figura, dado que la conducta descrita no tiene por qué provocar un perjuicio para el menor, sino que éste puede resultar incluso beneficiado con la nueva adscripción familiar, como puede suceder en el caso de menores en situación de abandono o de extrema pobreza.

⁴⁷ J.J. Queralt Jiménez, *cit.*, p. 318.

⁴⁸ Este podría ser, a mi juicio, el caso del supuesto de hecho de la SAN nº 17/2008, de 20 de febrero, en el que un matrimonio al que se había denegado la aptitud para ser adoptantes, porque ambos trabajaban en una residencia de ancianos, contactaron con una ciudadana uruguaya (Margarita) para que les encontrara una mujer embarazada que quisiera entregar a su hijo, para traerlo posteriormente a España. La ciudadana uruguaya contactó con una embarazada que vivía en situación de extrema pobreza y que ya tenía una hija de padre desconocido, a quien acogió en su domicilio para cuidarla y vigilarla durante la gestación, enviando los futuros adoptantes diversas cantidades de dinero, de las que Margarita tomó parte para asuntos propios. La suma total recibida fueron 35.000 pesos uruguayos (1.050 €) que fueron utilizados para la construcción de una pequeña vivienda y sus muebles, destinada a la embarazada. Cuando el niño nació, el matrimonio se trasladó a Uruguay, realizando las gestiones necesarias para inscribirlo en el Consulado de España como hijo del marido y de su madre biológica, constandingo que el inscrito fue reconocido por su supuesto padre. Posteriormente, el matrimonio regresó a España con el niño, entregando el día de su partida 4.000 pesos uruguayos a la madre biológica (120 €) y, días después se entregó a la intermediaria la cantidad de 27.000 pesos (800 €).

sino para establecer una relación análoga a la filiación. Tampoco se está protegiendo la seguridad del menor, puesto que el delito se comete aunque el cambio de familia resulte beneficioso para éste. Parece, en consecuencia, que el bien jurídico protegido es, por un lado, el interés público en que la entrega de menores se realice respetando los procedimientos y garantías legales para la adopción, guarda y acogimiento⁴⁹. Por otro lado, parece que también se protege la dignidad del menor que, a través de estas conductas, queda reducido a la categoría de una mercancía, objeto de transacciones económicas⁵⁰.

Desde esta breve panorámica, puede abordarse la cuestión sobre la calificación jurídica de las entregas de niños a familias que no son las suyas que, supuestamente, se han producido en nuestro país con cierta habitualidad y que actualmente se están dilucidando en los Tribunales. Para la correcta calificación hay que distinguir, a mi juicio, dos grupos de casos, separando los supuestos en los que la entrega se hace con consentimiento de los padres, o por ellos mismos, de aquellos otros en los que los padres no tienen conocimiento de la sustitución y ésta se produce mediante engaño.

b) La entrega de menores con consentimiento de los padres biológicos

En los casos en los que existe consentimiento de la madre biológica y la finalidad es alterar la filiación, la figura aplicable es el delito de entrega de un hijo a terceros del artículo 220.2, respecto a la madre que realiza la entrega; por su parte, la mujer que recibe el niño habrá cometido el delito de suposición de parto del artículo 220.1. En el hecho pueden intervenir terceros que actuarán como partícipes, inductores o cooperadores del mismo.

Si la conducta la realiza un tercero y consiste en sustituir, previo conocimiento y consentimiento de las madres, un niño por otro, entonces el tipo aplicable será el previsto en el artículo 220.3. Y, si la entrega se ha realizado mediando precio, el tipo aplicable será el de “venta de niños” del artículo 221, cuando se cumplan las condiciones establecidas en el mismo.

Además de las penas previstas en cada uno de los tipos, será de aplicación la disposición contenida en el artículo 220.4, que prevé la inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad sobre el hijo o descendiente y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes, por tiempo de cuatro a diez años. Y, en el caso de que hubieran intervenido

⁴⁹ F. Muñoz Conde, *cit.*, p. 317.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 317.

educadores, facultativos o funcionarios, se impondrá la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de dos a seis años, prevista en el artículo 222.

El problema que plantean todas estas conductas es que, además de alterarse la filiación del niño, los padres biológicos dejan de cumplir los deberes de asistencia y protección a sus hijos. Por ello, como la conducta la realizan los padres o se realiza con el conocimiento y consentimiento de los mismos, hay que valorar si, además de estos delitos, es de aplicación alguna de las figuras de abandono de familia o de menores. En mi opinión, no resulta descabellado recurrir a estos tipos según los casos y en atención a la situación en la que queda el menor, que puede haber mejorado sus condiciones de vida con la entrega, pero que también puede ver afectada su seguridad y sus condiciones de vida. En este último caso, considero que podría ser de aplicación el tipo previsto en el artículo 229.2, en el que se sanciona el abandono del menor, colocándolo fuera del ámbito protector de la custodia. Por ello, si por las circunstancias del caso, la entrega del menor se realiza en circunstancias que no garantizan su seguridad, podría ser de aplicación el artículo 229.2, que sanciona la conducta de abandono cuando éste lo realicen los padres, tutores o guardadores; o, incluso, la figura agravada del artículo 229.3, cuando, por las circunstancias del abandono, se haya puesto en peligro concreto la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor. Delitos que entrarían en concurso ideal con el tipo previsto en el artículo 220.2.

c) Entrega de menores sin el consentimiento de sus padres biológicos

Cuando la entrega o sustitución del niño se realiza sin el consentimiento y conocimiento de los padres biológicos nos encontramos ante el supuesto del “robo de niños”. En estos casos, es posible encontrar dos situaciones distintas:

a) Que las dos madres hayan dado a luz y, empleando engaño, se sustituya el niño nacido vivo por el niño nacido muerto o por otro niño con alguna patología. En este caso, únicamente la madre que recibe el niño que no es el suyo, con conocimiento de ello, habrá realizado el delito de sustitución de menores, previsto en el artículo 220.3. En el caso de que su hijo haya nacido vivo y padezca alguna patología, también realiza el tipo de entrega previsto en el artículo 220.2, que quedaría comprendido en la penalidad más grave del delito de sustitución de niños.

b) Que sólo una de ellas haya dado a luz un niño vivo, a quien se dice que ha nacido muerto, entregándolo una tercera persona. En este caso, la persona que hace la entrega habrá cometido el delito de alteración de la paternidad (220.2) en autoría mediata; y, la persona que lo recibe, habrá cometido el delito de suposición de parto (artículo 220.1).

El problema que plantean estos supuestos radica en que con la entrega del niño no sólo se altera su filiación, bien jurídico tutelado en estos tipos, sino que también se separa al menor de sus familiares, sin conocimiento de éstos, integrándolo en un ámbito de custodia que no es el suyo y que no ha sido autorizado por los titulares de la patria potestad. Por ello, en el caso de los “robos de niños” los delitos contra las relaciones familiares se muestran claramente insuficientes para abarcar todo el desvalor del hecho y hay que plantear si resulta de aplicación algún otro delito. La opción que se está planteando en los foros es la calificación del hecho como detención ilegal.

2. Delitos contra la libertad

Como cuestión previa es preciso aclarar que la calificación de los hechos como delito de detenciones ilegales, sólo resulta plausible respecto a aquellas entregas o sustituciones de niños que han sido realizadas sin el consentimiento o conocimiento de sus padres. Es decir, respecto a los “robos de bebés”. Cuando los titulares de la patria potestad son los que entregan al niño, autorizando su ubicación en otro entorno familiar, no cabe hablar de privación ilegítima de la libertad, puesto que ésta ha sido autorizada por quienes tienen la capacidad para hacerlo y, como se señaló anteriormente, la dejación de las funciones inherentes a la patria potestad sólo puede reconducirse, en su caso, a las figuras de abandono de menores.

Centrada la cuestión, el problema que plantea la calificación de los hechos analizados como delito de detención ilegal surge por la tradicional discusión doctrinal sobre si los menores de edad tienen libertad ambulatoria, que es el bien jurídico protegido en los delitos de detenciones ilegales. Por otro lado, como muchos de estos hechos se cometieron bajo la vigencia del Código Penal de 1973 que contenía un tipo específico, contenido en el antiguo artículo 484, para sancionar la sustracción de menores de edad, posteriormente derogado por el Código Penal de 1995, se hace necesario analizar la evolución legislativa que se ha producido en esta materia.

a) Los delitos contra la libertad y seguridad en el Código Penal de 1973

El Código Penal de 1973, dentro de su Título XII y bajo la rúbrica “Los delitos contra la libertad y seguridad”, en el artículo 484 sancionaba con pena de presidio mayor (6 años y un día a 12 años), la sustracción de un menor de 7 años. La citada figura suscitó una polémica doctrinal sobre la conveniencia de la tipificación específica de estas conductas y,

especialmente, sobre la determinación del bien jurídico protegido en este delito. El rechazo de cierto sector doctrinal a admitir la libertad ambulatoria como objeto de tutela en el delito de sustracción de menores es el origen de la discusión sobre si los menores gozan de libertad ambulatoria y, por ello, pueden ser sujetos pasivos del actual delito de detenciones ilegales.

En efecto, bajo la vigencia del Código Penal de 1973, cierto sector doctrinal, representado, entre otros autores, por Cobo del Rosal, sostenía que el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores no era la libertad ambulatoria, pese a que tal figura se ubicase, con defectuosa técnica, dentro del Título relativo a los delitos contra la libertad y seguridad. Los argumentos que venían a apoyar esta postura eran los siguientes: a) el primero y fundamental, que el menor carece de libertad ambulatoria (libertad externa), porque está sujeto a tutela y vigilancia de sus padres, situación de sujeción que, precisamente, es lo contrario a la libertad⁵¹; b) segundo, que el legislador no atribuía relevancia alguna a la voluntad del menor de 7 años (libertad de formación de la voluntad), respecto al espacio físico en el que se ubica, como prueba el hecho de que, respecto a los mayores de esta edad, pero menores de edad, se tipificaba la conducta de inducción al abandono de hogar en el artículo 486, conducta sancionada con pena menor que la sustracción de menores del artículo 484, en atención a la existencia, en este caso, de voluntad conforme por parte del menor de edad, pero mayor de 7 años. Este delito no resulta aplicable a los menores de 7 años, a los que no se atribuía *ex lege* capacidad alguna para la formación de su voluntad, resultando indiferente que abandonaran el hogar familiar con consentimiento o sin él⁵²; c) y, tercero, por el propio término que emplea el legislador al describir la conducta “sustracción” que claramente hace referencia a la idea de apoderamiento de aquello que está en la esfera de poder de otro⁵³.

Por todas estas razones, el citado autor concluía que el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores del antiguo artículo 484 no era la libertad ambulatoria del menor, sino las instituciones de protección del mismo: “patria potestad, y su supletoria, la tutela, pudiendo hablarse, genéricamente, de la *familia*, e incluso de la mera guarda del menor”⁵⁴. El conjunto de derechos y deberes que implican todas estas instituciones resultaba ser el objeto de tutela de este delito, incorrectamente ubicado

⁵¹ M. Cobo del Rosal, “Consideraciones técnico-jurídicas sobre la «sustracción de menores»”, *ADPCP*, 1961, fasc. 2, p. 216.

⁵² *Ibidem*, p. 217.

⁵³ *Ibidem*, pp. 211 ss.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 227.

entre los delitos contra la libertad y seguridad⁵⁵.

No obstante, bajo esta misma regulación, otro sector doctrinal, representado por Quintano Ripollés, sostuvo que, si bien el delito de sustracción de menores afectaba a las instituciones de tutela familiar, el bien jurídico objeto de protección prevalente en este delito era la libertad del menor. El citado autor señala que “el menor y aun el niño son personas, con esferas de libertad, limitada sin duda, pero reales, singularmente la de movimientos, y cuando no es así, los padres o guardadores la ejercitan en su nombre por una especie de delegación temporal, cuyo desconocimiento en la sustracción es asimismo atentatorio a la libertad de dichas personas, la de decidir provisionalmente de los destinos del menor”⁵⁶. Argumento al que se añade que negar la posibilidad a los menores de ser sujetos pasivos de delitos contra la libertad, implicaría tener que negarla también respecto a los mayores incapaces, considerando que en este caso tampoco el bien jurídico lesionado es la libertad, sino la autoridad del familiar o establecimiento en el que éstos se encontraren⁵⁷. Pese a esta conclusión, el citado autor se mostraba crítico con la regulación contenida en el artículo 484, porque la penalidad establecida en este precepto resultaba menor que la establecida en el artículo 481.1 para la modalidad agravada de detención ilegal de adultos, cuando la privación de libertad resultara superior a 20 días. Tipo agravado que no resultaba aplicable a la sustracción de menores del artículo 484.

b) Las detenciones ilegales conforme al Código Penal de 1995

El Código Penal de 1995 deroga la figura de la sustracción de menores prevista en el artículo 484 del Código Penal de 1973⁵⁸ y regula las detenciones ilegales en los artículos 163 y siguientes, dentro del Capítulo I (“De las detenciones ilegales y secuestros”), del Título VI (“Delitos contra la libertad”), del Libro II del Código Penal.

El tipo básico de detención ilegal, contenido en el actual artículo 163.1, sanciona, con pena de prisión de cuatro a seis años, la conducta del “*particular que encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad*”;

⁵⁵ *Ibidem*, p. 227.

⁵⁶ A Quintano Ripollés, “La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores”, *ADPCP*, 1961, fac.1, p. 6.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 6.

⁵⁸ Nada tiene que ver con el antiguo tipo del artículo 484, el actual delito de “sustracción de menores” incluido en el artículo 225 bis, por la LO 9/2002, de 10 de diciembre, puesto que este tipo restringe su ámbito de aplicación a la conducta de los padres y parientes del menor que lo sustraen, contraviniendo lo dispuesto en una resolución judicial que atribuye la custodia al otro progenitor o a una institución.

incrementándose la pena a prisión de cinco a ocho años, cuando el encierro o detención supere los quince días. Por su parte, el artículo 165 dispone que estas penas se impondrán en su mitad superior (cinco a seis años, para el tipo base; y 6 años y 6 meses a ocho años para el tipo agravado), entre otros supuestos, cuando la víctima fuere menor de edad, entendiéndose por tal, puesto que no se precisa otra cosa, los menores de 18 años.

Con la nueva regulación, en la que expresamente se hace referencia a los menores de edad para construir un tipo agravado de detención ilegal, no cabe duda de que el legislador reconoce libertad ambulatoria a los menores y les considera sujetos pasivos idóneos del delito de detención ilegal, tal y como sostiene de forma unánime la doctrina científica actual⁵⁹.

Afirmar lo contrario, resultaría falso desde una perspectiva fáctica, puesto que es un hecho que los menores de edad tienen capacidad para fijar por sí mismos su posición en el espacio físico; y, cuando se trata de recién nacidos o niños muy pequeños, ejercen físicamente esta libertad a través de sus padres y cuidadores que son los que trasladan al niño de un lugar a otro; lo cual no es argumento para negar en estos casos la libertad ambulatoria del menor, igual que no se niega respecto a enfermos o personas impedidas que dependen de medios mecánicos o de terceras personas para ejercer su libertad de movimientos. Por otro lado, negar la libertad, en general, y la libertad ambulatoria en particular, respecto a los menores de edad supondría reducirles a la condición jurídica de cosas, negando su condición de personas como sujetos de derechos y no objeto de los mismos. Y, por último, entender que los menores de edad que aún no tienen capacidad para moverse, no pueden ser objeto del delito de detenciones ilegales por carecer de libertad ambulatoria, no sólo resultaría contrario a lo dispuesto expresamente en el artículo 165, sino que llevaría a la absurda consecuencia de entender que tales supuestos han quedado despenalizados, toda vez que el legislador de 1995 ha derogado el tipo específico de sustracción de menores del antiguo artículo 484.

Cuestión distinta es que el menor de edad tenga una esfera de libertad personal y de libertad ambulatoria limitada, en el sentido de sometida

⁵⁹ J. Carbonell Mateu y J.L. González Cussac, *cit.*, p. 160, sostienen que sujeto pasivo del delito de detención ilegal puede ser cualquier persona que tenga "libertad potencial de movimiento", lo que incluye a los menores; F. Muñoz Conde, *cit.*, p. 167, considera que sujetos pasivos del delito de detenciones ilegales pueden ser los menores y los inimputables, señalando que el bien jurídico protegido es la capacidad del hombre para fijar por sí mismo su situación en el espacio físico y que es irrelevante que a esa libertad externa acompañe, o no, libertad interna para decidir o la facultad de discernimiento, precisando que cuando se trate de sujetos que carezcan de capacidad para decidir por sí mismos, la detención ilegal consistirá en el quebrantamiento de la relación de custodia con la persona encargada legalmente de su guarda; M. Llobet Anglís, *cit.* p. 702; J.J. Queralt Jiménez, *cit.* p. 175; R. Ragués i Vallés, *cit.*, p. 87, entre otros.

a la vigilancia, cuidado y tutela de quienes tienen asignada su guarda o custodia –normalmente sus padres–, que son los que, en último término, deben decidir sobre el destino y la ubicación del menor. No obstante, el hecho de que se trate de una libertad ejercida bajo la tutela de otro, no significa que deje de ser libertad, al menos potencial, y un derecho del menor, puesto que las funciones derivadas de las instituciones de guarda y custodia deben ser siempre ejercidas en interés y beneficio del menor, lo que indica que constituyen un derecho de éste y un deber de sus guardadores, cuyos intereses también se ven lesionados con la privación de libertad del menor, al quedar impedidos para el ejercicio de sus funciones tuitivas.

Esta es la posición que se mantiene en la más reciente jurisprudencia. En este sentido, la STS 492/2007, de 7 de junio, respecto a una mujer que, con intención de apoderarse del hijo que recientemente había tenido una amiga y criarlo como propio, se fingió embarazada y, posteriormente, mató a la madre, integrando al menor en su entorno familiar, condena por un delito de asesinato, un delito de suposición de parto y un delito de detención ilegal. Respecto a este último delito, después de establecer que el bien jurídico protegido es la libertad ambulatoria, el Tribunal señala lo siguiente: “El sujeto pasivo del delito puede ser una persona mayor o menor de edad, agravándose la pena en este supuesto, conforme al artículo 165 del Código Penal. *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.* 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 ambulatoria, 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. En el primer caso, solamente se cometerá un delito, mientras que en el segundo, al afectar a dos bienes personalísimos, existirán dos infracciones”.

En similar sentido, la SAP de Orense nº 7/2007, de 9 de junio, en relación con una mujer que tras fingirse embarazada, marchó a otra ciudad y entró en una cafetería, en la que había visto, en un reservado próximo al mostrador, a un niño de tres meses, hijo de los dueños del local que se encontraban atendiendo a los clientes; y, en un descuido, se apoderó del niño, llevandoselo en su coche, señala: “Concurren los requisitos de la detención ilegal: A) el objetivo, consistente en encerrar o detener a alguien contra su voluntad y sin la de las personas que deben prestar el

correspondiente consentimiento; y B) el subjetivo, que exige la intención o voluntad de quien comete la infracción de privar a sus víctimas de su libertad y, en este último concepto, *hay que incluir los casos en los que se sustrae una criatura de corta edad, supuesto en el que su voluntad se sustituye con la disponibilidad que sus representantes legales hacen del lugar donde debe encontrarse en cada momento*".

También en este sentido se ha manifestado la Fiscalía General del Estado, en la Circular 2/2012, de 26 de diciembre, que sostiene que los menores son titulares de una *"libertad personal potencial, ejercitable vicarialmente por medio de sus progenitores o representantes legales, y susceptible, como tal, de recibir una protección penal en el marco del artículo 163"*. Señalando, más adelante, que lo decisivo para que se produzca el delito de detención ilegal no es la existencia de una oposición clara y expresa de la víctima, sino la ausencia de consentimiento de ésta. Por ello, se estima que las personas carentes de capacidad de discernimiento para ejercer esa libertad, bien por su corta edad o bien por sufrir discapacidades psíquicas o intelectivas, pueden ser sujetos pasivos del delito de detenciones ilegales: *"En estos casos, el núcleo del tipo abarca en su esfera de protección el régimen de custodia de sus legítimos representantes legales"*⁶⁰. Concluye la Fiscalía que los supuestos de "robos de bebés" constituyen un delito de detención ilegal agravada del artículo 165, al que, en su caso, puede aplicarse la agravación prevista en el artículo 167, cuando los hechos hayan sido cometidos por funcionario público.

Por otro lado, no cabe descartar que una vez probado el hecho de la entrega del niño a otra persona, por persona distinta de la madre o el padre, resulte de aplicación el tipo de desaparición forzada de personas previsto en el artículo 166, que eleva en grado la pena de los tipos de detención ilegal, cuando el autor no dé razón del paradero de la víctima o no acredite haberla puesto en libertad. Si la entrega del niño a terceros se realiza en Clínicas u Hospitales, por el personal de los mismos, que desde el momento del nacimiento tienen encargada la custodia del recién nacido y, posteriormente, probado este hecho, no desvelan la identidad de las personas a las que entregaron el niño, sería de aplicación, a mi juicio, lo dispuesto en el artículo 166, con lo que la penalidad del hecho, al referirse a la pena agravada del tipo previsto en el artículo 165, sería de prisión de 8 años y un día a 12 años. Este es el criterio que se ha mantenido en la SAP de Madrid n° 669/2012, de 28 de septiembre.

Superado este primer obstáculo para la calificación de estos hechos como detención ilegal, no hay que desconocer que resulta problemático, tal y como señala la Circular 2/2010, subsumir la conducta de sustracción

⁶⁰ Circular de la FGE, 2/2012, de 26 de diciembre, p. 14.

de un recién nacido en los verbos nucleares –“encerrar” o “detener”- del tipo de detenciones ilegales. No obstante, tales dificultades pueden superarse desde el entendimiento de la lesión de la libertad del menor como quebrantamiento de la relación de custodia con la persona encargada legalmente de su guarda, de forma que la privación de libertad, se produce con el apartamiento del menor de su entorno familiar, que es lo que determina la lesión de la libertad ambulatoria en estos casos.

En conclusión, a tenor de lo dispuesto en el Código Penal de 1995, es posible afirmar que los casos conocidos como robos de bebés, no sólo constituyen delitos contra las relaciones familiares en los términos expuestos en los epígrafes precedentes, sino que pueden ser calificados como delitos de detención ilegal agravada del artículo 165 ó del artículo 166. La concurrencia entre estos dos delitos habría que resolverla conforme a las reglas del concurso ideal. Queda ahora por determinar qué normativa resulta aplicable a estos hechos en atención al momento de su comisión y, en relación con ello, determinar el régimen de prescripción.

IV. RÉGIMEN DE PRESCRIPCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

Los casos de sustracciones de recién nacidos que están siendo analizados en este trabajo se remontan a los años sesenta del siglo XX y, en algunos casos, a fechas anteriores. En este periodo de tiempo se han producido numerosas modificaciones legislativas, de las cuales, la que afecta a estos hechos es la entrada en vigor del Código Penal de 1995 y consiguiente derogación del Código Penal de 1973, bajo cuya vigencia se cometieron muchos de los supuestos que son objeto de este trabajo. Ello obliga a determinar cuál es la ley aplicable, conforme a los criterios de determinación del ámbito temporal de la ley penal; y también, y dado el largo tiempo transcurrido, a indagar sobre los criterios para determinar la prescripción de estos delitos.

1. Calificación y penalidad conforme a los cuerpos legales en conflicto

Conforme a la regulación del Código Penal de 1973, la calificación aplicable a estos hechos sería: delito de alteración del estado civil, previsto en el artículo 468 y sancionado con pena de presidio menor (6 meses y un día a 6 años) y multa (en el caso de que el autor fuere facultativo o funcionario público, además, con la pena de inhabilitación especial);

en concurso ideal con un delito de sustracción de menores del artículo 484, sancionado con pena de presidio mayor (6 años y un día a 12 años). También podría resultar de aplicación el tipo previsto en el artículo 485, que sancionaba con la pena de reclusión menor (12 años y un día a 20 años de privación de libertad) a quien estando encargado de la custodia de un menor *“no lo presentare a sus padres o guardadores ni diera explicación satisfactoria de su desaparición”*. Estos delitos mantuvieron su regulación y penalidad desde la promulgación del Código Penal de 1944, hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995.

Conforme a la regulación del Código Penal de 1995, la calificación jurídica sería: delito de alteración del estado civil, en sus distintas modalidades, sancionado con pena de prisión de 6 meses a dos años, en el caso de la suposición de parto y de la ocultación o entrega de un hijo (artículo 220.1º y 2º); con pena de prisión de uno a cinco años, en el supuesto de la sustitución de un niño por otro (artículo 220.3), a las que puede acumularse la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo entregado o sustituido y, en su caso, sobre el resto de los hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años, establecidas en el artículo 220.4 para los ascendientes que realizaran estos hechos; y la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de dos a seis años, establecida en el artículo 222, para los educadores, facultativos, autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, realizare estos hechos.

En el caso de que hubiera mediado precio el tipo aplicable sería el previsto en el artículo 221, que sanciona la conducta con pena de prisión de uno a cinco años, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años; o la inhabilitación especial prevista en el artículo 222, para el caso de que la conducta la realice un educador, facultativo, autoridad o funcionario público.

Respecto a las detenciones ilegales, sería de aplicación el tipo agravado del artículo 165, en relación con el artículo 163, que sanciona la conducta con la pena de prisión de 6 años y 6 meses a ocho años; ó el tipo del artículo 166 que implicaría una pena de prisión de 8 años y un día a 12 años. Ambas penas podrían imponerse en mitad superior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167, cuando el hecho fuere realizado por autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Comparadas las penas previstas en los dos cuerpos legales, sería de aplicación la regulación contenida en el Código Penal de 1995, por resultar más beneficiosa para el reo. No obstante, antes de llegar a una conclusión definitiva sobre este aspecto, es preciso analizar las reglas de prescripción contenidas en uno y otro texto legal, puesto que resultará

más favorable la norma conforme a la cual los hechos puedan estimarse prescritos y ésta será la norma de aplicación al caso.

2. Régimen de prescripción

Realmente, dada la diversidad de la casuística y las distintas fechas en las que los hechos se han producido, resulta difícil pronunciarse con carácter general sobre la posible prescripción y la normativa aplicable. Es decir, que habrá que analizar caso por caso. Sin embargo sí es posible establecer unos criterios que sirvan de punto de partida para el análisis de cada caso.

En primer lugar, y puesto que se trata de delitos conexos que se encuentran en relación de concurso ideal, el tipo que hay que tomar como punto de referencia para determinar si se ha producido la prescripción es, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131.5, el delito más grave, es decir, el delito de detención ilegal y/o sustracción de menores. Entendiendo que los restantes delitos siguen el mismo régimen y no han de entenderse prescritos hasta que prescriba el más grave.

El plazo de prescripción establecido en el artículo 113 del Código Penal de 1973, para el delito de sustracción de menores, del artículo 484, es de 10 años, y de 15 años para el tipo previsto en el artículo 485; plazos que coinciden con los establecidos en el artículo 131.1 del Código Penal de 1995, para los delitos de detenciones ilegales -10 años para el delito previsto en el artículo 165; y 15 años para el delito previsto en los artículos 166 y 167-. Desde este punto de vista, y siendo los plazos de prescripción idénticos, seguiría resultando favorable y, por tanto, de aplicación, el Código Penal de 1995, según lo dispuesto en las Disposiciones Transitorias 1ª y 2ª del citado cuerpo legal.

Por otra parte, es necesario establecer un criterio para determinar el *dies a quo* a partir del cual comienzan a computarse los plazos de prescripción de 10 ó 15 años. En este punto es preciso tener en cuenta que las detenciones ilegales, igual que la sustracción de menores, son delitos permanentes, cuyo plazo de prescripción conforme al criterio unánime de la doctrina y a lo establecido en el artículo 132.1 del Código Penal, comienza a computarse desde el momento en el que cesa la situación ilícita. Con carácter general, en las detenciones ilegales la situación ilícita cesa en el momento en que se produce la liberación de la víctima, sin embargo, en los casos de “robos de bebés” resulta más problemático determinar cuándo “cesa la situación ilícita”, ya que estos supuestos presentan una fenomenología especial respecto al resto de las detenciones ilegales.

Parece que, de conformidad con la configuración del delito de detención ilegal, cuando éste recae sobre menores de muy corta edad,

como un delito en el que la detención afecta a la libertad potencial del menor y se realiza quebrantando la relación de custodia que el menor mantiene con sus guardadores, el *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo de prescripción sería el día en el que el menor alcanza la mayoría de edad, puesto que desde este momento quedan extinguidas las relaciones de protección de menores y ya no hay un tercero que ejerza la libertad en nombre del niño. Es el mayor de edad quien ejerce por sí mismo su derecho a la libertad ambulatoria.

Este criterio es el que se deriva de lo dispuesto en el artículo 132.2 que incluye los delitos contra la libertad realizados contra menores de edad, entre los delitos cuyo plazo de prescripción debe comenzar a computarse desde el momento en el que el menor alcanza la mayoría de edad. Criterio que tiene su fundamento en la consideración del menor como víctima especialmente vulnerable, no sólo respecto a los efectos del delito, sino también respecto a una posible victimización secundaria, frente a la cual el legislador pretende protegerle alargando el plazo de prescripción de los hechos, para que la víctima menor pueda afrontar el proceso penal, cuando tenga la madurez suficiente.

También es el criterio que se ha mantenido en algunas resoluciones judiciales en las que se abordan este tipo de supuestos. En este sentido el Acuerdo del Pleno de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 10 de febrero de 2012, 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”*. También es este el criterio que ha aplicado el AAP de Bilbao, nº 772/2011, de 21 de octubre, respecto a la madre que el día 22 de octubre de 1969, sobre las 18:25 horas, dio a luz una niña en una Residencia Sanitaria, en cuya historia clínica aparecen contradicciones, constando que fue una enfermera quien la bautizó, no existiendo coincidencia entre el médico que la atendió y el que declaró en el parte, en la hora del nacimiento con la que aparece en el legajo de abortos, sin que conste su enterramiento en ningún cementerio. La Audiencia, considerando de aplicación lo dispuesto en el artículo 132.2, estima prescrito el delito, por haber alcanzado la posible víctima la mayoría de edad⁶¹.

No obstante este criterio no resulta pacífico. La Circular de la Fiscalía General del Estado, 2/2012, de 26 de diciembre, sostiene que hasta el momento en el que el sujeto pasivo de la detención ilegal no conozca haber sido víctima del delito se mantiene la situación ilícita creada por la infracción. Por ello, entiende que *“el dies a quo de inicio de la prescripción se anudaría al conocimiento de la verdadera filiación, pues mientras el*

⁶¹ En el mismo sentido, AAP de Cádiz, de 15 de febrero de 2012.

*sujeto pasivo no conoce su identidad, el delito sigue desplegando sus efectos. Mientras la víctima es mantenida en la ignorancia de su origen, aun cuando sea mayor de edad y capaz, sigue estando desposeída de su genuino estado civil, con gravísimas consecuencias jurídicas y personales para él y su verdadera familia*⁶². La Fiscalía reconoce que este criterio es discutible, pero es el que favorece la posibilidad de realizar una investigación efectiva, permitiendo que los Tribunales puedan pronunciarse⁶³.

Idéntico criterio se ha mantenido por el AAP de Madrid, n° 69/2012, de 28 de septiembre, respecto a una mujer que tras un embarazo normal, dio a luz de forma espontánea el 20 de abril de 1978, en la Casa de la Madre, perteneciente al INAS. Dos horas después del alumbramiento, una monja, llamada Sor María, comunicó al padre que el recién nacido había fallecido, convenciendo a los presentes para que no vieran el cadáver. Alrededor de los hechos se produjeron toda una serie de circunstancias que hicieron sospechar la sustracción del recién nacido y su entrega a terceros: deficiencias en la licencia de enterramiento, en la fecha del embarazo – indicándose que era de ocho meses, cuando en realidad había cumplido los nueve- y presencia en una habitación inmediata de un matrimonio atento a la evolución de este embarazo.

Conforme al Código Penal de 1973, el tipo aplicable, según la Audiencia, sería el previsto en el artículo 485, que sancionaba con pena de 12 años y un día a 20 años de privación de libertad a quien estando encargado de la custodia de un menor *“no lo presentare a sus padres o guardadores ni diera explicación satisfactoria de su desaparición”*. No obstante, tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, la privación de libertad, al tratarse de un delito permanente, continuaba su *iter* comisivo, por lo que sería de aplicación lo dispuesto en este cuerpo legal, calificándose el hecho como una desaparición forzada de personas, conforme a lo dispuesto en el artículo 166, que sanciona al reo de detención ilegal que no de razón del paradero de la persona detenida, con pena superior en grado a la señalada en los artículos anteriores, salvo que acredite haberla puesto en libertad. De forma que la pena aplicable al hecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 166, en relación con el artículo 165, sería una pena de prisión de ocho años y un día a doce años, cuyo plazo de prescripción, a tenor de lo dispuesto en el artículo 131.1, quedaría establecido en quince años.

Finalmente, para determinar el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción, la Audiencia sostiene: *“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

⁶² Circular de la FGE, 2/2012, de 26 de diciembre, p. 22.

⁶³ Circular de la FGE, 2/2012, de 26 de diciembre, p. 23.

*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*⁶⁴. La consecuencia es la estimación del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra el Auto del Juzgado de Instrucción nº 47 de Madrid, de 27 de enero de 2012, en el que se desestimaba el recurso de reforma del Auto de 3 de noviembre de 2011, que acordaba el archivo de las actuaciones, dejando sin efecto el pronunciamiento extintivo de la acción penal por los delitos de detención ilegal, suposición de parto y alteración de la paternidad y ordenando la continuación de la causa.

El criterio mantenido por la Circular 2/2012 y por el AAP de Madrid nº 69/2012, de 28 de septiembre, resulta razonable desde una perspectiva pragmática y teniendo en cuenta las peculiaridades de estos supuestos. La víctima no es consciente de la comisión del delito por el hecho de llegar a la mayoría de edad, por lo que la privación de libertad –concebida en estos casos como separación del ámbito de tutela en el que debe estar incardinado el menor- prolonga sus efectos en lo que se refiere al desconocimiento de la propia identidad de la víctima⁶⁵. No obstante, este efecto constituye el contenido de ilícito del delito de alteración de la paternidad, pero no la situación ilícita creada por el delito de detención ilegal como quebrantamiento de la relación de custodia con la persona legalmente encargada de la guarda del menor. Esta situación ilícita cesa desde el momento en que la víctima alcanza la mayoría de edad y dejan de tener efecto las instituciones de patria potestad, guarda y tutela de menores. Por ello, aunque persista la situación antijurídica creada por el delito de alteración de la paternidad y, aunque al tratarse de delitos conexos, el plazo de prescripción de éste delito deba anudarse al plazo de prescripción del delito más grave –la detención ilegal-, el *dies a quo* para el cómputo de este plazo debe ser el momento en el que cesa la situación antijurídica creada por la detención ilegal y ésta cesa, a mi juicio, al llegar el menor a la mayoría de edad. Esta es la solución que, por otro lado, se

⁶⁴ El mismo criterio se recoge en el AAP de Barcelona, nº 765/2011, de 1 de diciembre. Por otro lado, y en relación con el resto de los delitos que son objeto de enjuiciamiento: suposición de parto y alteración de la paternidad y delito de falsedad, la Audiencia estima que son delitos instrumentales para la comisión de la detención ilegal, por lo tanto conexos al mismo, y citando abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo estima que en los casos en los que hay concurso medial de delitos, a los efectos de determinar el plazo de prescripción, las infracciones han de considerarse como una sola, de forma que los delitos agrupados no pueden prescribir hasta que no haya prescrito el más grave.

⁶⁵ Hay que señalar que los delitos de suposición de parto y alteración de la paternidad no son delitos permanentes, sino delitos de estado, por ello, el comienzo del cómputo del plazo de prescripción de estos delitos se produce, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 132.1, en el momento de su consumación: “el día de su comisión”.

deriva de lo dispuesto en el artículo 132.2 respecto a los delitos contra la libertad realizados contra menores de edad.

Fijar la fecha para el cómputo del plazo de prescripción del delito de detención ilegal en el momento en que la víctima toma conciencia de la alteración de su filiación, supone anudar el comienzo del plazo de la detención ilegal al momento del cese de la situación ilícita creada, no por el delito de detención ilegal, sino por otro delito: el delito de suposición de parto o alteración de la paternidad y, ello, cuando menos resulta muy discutible.

V. CONCLUSIONES

1. La situación creada por los supuestos robos de bebés acaecidos durante los años 1960 pone de manifiesto las deficiencias en la regulación de los delitos contra las relaciones familiares, contenidos en los artículos 220 y ss. del Código Penal de 1995.

2. Estos delitos, configurados como delitos formales orientados a la tutela de la dimensión institucional y pública de las normas relativas a la filiación, no ofrecen cobertura suficiente para la protección de los derechos individuales implicados en este tipo de conductas: el derecho del menor a conocer su propia identidad y a formar su personalidad en el ámbito de su familia; y el derecho-deber de los padres biológicos a velar por sus hijos, tenerlos en su compañía y proporcionales una protección integral.

3. Para dar cobertura a estos derechos e intereses sería necesario modificar la regulación de estos delitos, incrementando su penalidad y estableciendo normas específicas respecto al *dies a quo* para el cómputo de la prescripción.

4. En la situación actual, resulta plausible sancionar estos hechos acudiendo al concurso ideal entre los delitos contra las relaciones familiares y los delitos de detención ilegal, una vez superada la tradicional discusión sobre si los menores de edad pueden ser titulares del bien jurídico protegido en estos delitos. Por este camino, las sustracciones de recién nacidos realizadas sin conocimiento y consentimiento de sus padres, para la entrega a terceras personas, se pueden calificar como detenciones ilegales agravadas, por aplicación de los tipos previstos en los artículos 165 y, en su caso, 166.

5. Admitida esta calificación, el plazo de prescripción de estos hechos es el que corresponde al delito más grave, es decir, el delito contra la libertad, quedando establecido en 15 años en atención a la penalidad de los tipos aplicables.

6. Es problemático el criterio a utilizar para determinar el inicio del

cómputo del plazo de prescripción de estos hechos. El criterio propuesto por la Circular 2/2012 y aplicado por la más reciente jurisprudencia – momento en que el menor es consciente del hecho delictivo- resulta plausible desde una perspectiva pragmática y es el más favorable a una efectiva persecución de los hechos. No obstante, resulta discutible puesto que entremezcla la situación antijurídica generada por el delito de detención ilegal, con la situación antijurídica generada por el delito contra las relaciones familiares. Por ello, técnicamente, resulta preferible el criterio establecido en el artículo 132.2 que establece el *dies a quo* para el cómputo del plazo de los delitos contra la libertad realizados respecto a menores de edad en el momento en que estos alcanzan la mayoría de edad. Criterio que resulta conforme con el entendimiento de las detenciones ilegales de menores como delitos en los que se vulnera la relación de custodia del menor con la persona que legalmente la tiene atribuida, situación antijurídica que cesa desde el momento en que el menor alcanza la mayoría de edad.

TITLE

THE DELIVERY OF JUVENILE EVADING LEGAL ADOPTION PROCEDURES. ON THE SO-CALLED “STOLEN BABIES”

SUMMARY

I. APPROACH. - II. RESEARCH AND TEST OF FACTS. - III. THE LEGAL STATUS OF THE FACTS: 1. Offenses against family relationships of Chapter II of Title XII. General questions and legally protected: a) *Typical behaviors*. b) *Delivery of minors with consent of the biological parents*. c) *Delivery of minors without the consent of their biological parents*. 2. Crimes against liberty: a) *Crimes against liberty and security under the Criminal Code of 1973*. b) *Illegal detention under the Criminal Code of 1995*.- IV. PRESCRIPTION AND REGULATORY REGIME APPLICABLE: 1. Qualification and penalty under conflicting legal bodies. 2. Statute of limitations.- V. CONCLUSIONS.

KEYWORDS

Minor; Paternity; Statute of limitations; Crimes against integrity.

ABSTRACT

This paper addresses the problem of so-called “stolen babies” produced in our recent history and currently being tried in court. It is supposed to deliver infants who are not their biological parents, with knowledge

and consent of those either without their knowledge-, bypassing legal procedures for adoption. In addition to analyzing the problems of prosecuting these cases because of difficulties in their investigation and have occurred because long ago raise the question of the law applicable at the time, and possible limitations, the main question is addressed as the legal of these facts, concluding that not only deserve the qualification of crimes against family relationships in various forms, but are also, in certain cases, crime of illegal detention.

Fecha de recepción: 25/02/2013 Fecha de aceptación: 11/03/2013.