

Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil doce.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el expresado procedimiento seguido ante el Juzgado de Instrucción que se indica "ut supra" se dictó con fecha 3.11.11 auto que acordaba el sobreseimiento de las actuaciones por haberse extinguido la acción penal al haber prescrito. Resolución contra la que el Ministerio Fiscal interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación al que se adhirió la Asociación SOS Bebes Robados-Madrid.

SEGUNDO.- Desestimada la reforma por auto de 27.01.12, se admitió a trámite el recurso de apelación. Se remitió la causa a esta Sección el 21.05.12, donde tras designar Magistrado Ponente al Ilmo. Sr. D. Luis Carlos Pelluz Robles, se señaló vista el 27.09.12, y celebrada esta, han quedado los mismos pendientes de resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución recurrida archiva las actuaciones declarando extinguida la responsabilidad penal por haber prescrito los delitos de detención ilegal, suposición de parto, alteración de paternidad y falsedad, al haber transcurrido el plazo extintivo.

Según consta en las actuaciones los hechos denunciados sucedieron el 20.04.1978, cuando D^a Felisa ingresó, embarazada, en la Casa de la Madre, perteneciente al INAS, sito en la calle Goya, 120 de Madrid. Tras un embarazo normal, dio a luz de forma espontánea el 26.05.1978, sobre las 14,15 horas. Dos horas después del alumbramiento una monja llamada Sor M. comunicó al padre que el recién nacido había fallecido, convenciendo a los presentes para que no vieran el cadáver. Se produjeron una serie de circunstancias, como deficiencias en la licencia de enterramiento, en la data del embarazo, señalándose que era de ocho meses y medio, cuando había cumplido los nueve, presencia en una habitación inmediata de un matrimonio atento a la evolución de este embarazo, que hacen sospechar la existencia de una sustracción del recién nacido y la entrega a terceros.

SEGUNDO.- Aplicando el CP de 1973, vigente en el momento en que sucedieron los hechos, la conducta de quitar el recién nacido a los padres biológicos, podría calificarse como delito de sustracción de menores del art. 485, que sancionaba con pena de reclusión menor (de 12 años y 1 día a 20 años de privación de libertad) a quien estando encargado del menor "no lo presentare a sus padres o guardadores ni diera explicación satisfactoria acerca de su desaparición".

Vigente el Código Penal de 1995 la denunciada sustracción del menor permanecía, es decir continuaba su iter comisivo.

No es aplicable el delito de sustracción de menores que recoge el art. 225 bis del CP de 1995, que se refiere a la sustracción del menor por uno de los progenitores o por los ascendientes del menor o los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

En opinión de este Tribunal la sustracción de menores por terceros ajenos al núcleo familiar tiene su encaje en el delito de detención ilegal la sustracción de menor o la privación de este de relacionarse con su familia biológica. La calificación jurídica más apropiada sería la de los arts. 163.1.3 y 165. A fecha de la denuncia no se tiene conocimiento del paradero ni de la identidad actual del menor, tratándose, por tanto de un delito de carácter permanente la sustracción de un menor por otras personas.

Sin desconocer la jurisprudencia sobre este delito, por todas la STS de 10.11.10 cuando establece que “según la doctrina de esta Sala, el delito de detención ilegal consiste en encerrar o detener a una persona, privándola de su libertad. Su forma comisiva aparece configurada por los verbos nucleares de “encerrar” o “detener” que representan actos injustamente coactivos para una persona, realizados contra su voluntad o sin ella, afectando a un derecho fundamental de la misma cual es el de la libertad deambulatoria consagrada en el art. 17.1 CE. Libertad que se cercena injustamente cuando se obliga a una persona a permanecer en un determinado sitio cerrado -”encierro”- o se le impide moverse en un espacio abierto -”detención”- (SSTS 79/2009, de 2-2; 841/2009, de 16-7; y 923/2009, de 1-10)”.

El mismo Tribunal Supremo en la sentencia de 7.06.2007, (núm. 492/2007), dictada en un supuesto de asesinato, sustracción de menor y suposición de parto, vino a consignar que “establecida la prueba de cargo en relación con los hechos constitutivos de delito de asesinato, aparece con claridad la existencia de prueba suficiente respecto a los delitos de detención ilegal y de suposición de parto, todo ello sin perjuicio de la eventual participación y responsabilidad de terceros. En cuanto al primero, la presencia no discutida del menor junto con Begoña y su familia y la acreditación de su procedencia, consecuencia del asesinato de su madre cometido por la misma Begoña, acreditan la prueba del elemento objetivo en lo que a ésta se refiere. *Y el aspecto subjetivo, esto es, la intención de privar al menor de su libertad extrayéndolo del círculo de las personas legítimamente encargadas de su guarda y protección, resulta asimismo de la acreditada intención de mantener al menor bajo la órbita de la recurrente, sin permitir la recuperación del contacto con su familia biológica.....*respecto del delito de detención ilegal, viene este integrado por la aportación de la recurrente a la privación de libertad del niño. No se discute la estancia del menor en poder de Begoña ni las visitas, más o menos prolongadas de ésta junto con el niño a la casa familiar de Monfero.

Tampoco que la recurrente conocía que el niño no era hijo de Begoña y que, sin embargo ella lo mantenía en su compañía, no solo como algo temporal, sino afirmando públicamente que era hijo suyo, lo que revela una voluntad de mantener esa situación en el tiempo de manera que inevitablemente suponía

un alejamiento del menor respecto de su familia biológica. *La actuación de la recurrente permitiendo las visitas a su casa y aportando su colaboración a la apariencia de maternidad de su hija, suponen también su colaboración al mantenimiento del niño en situación de privación de libertad respecto a su familia, pues no solo aporta cobertura a la apariencia de filiación, sino también a la retención del menor*".

Y sigue en el fundamento duodécimo: "Según se decía en la STS núm. 788/2003, de 29 de mayo, "El delito de detención ilegal se comete cuando una persona encierra o detiene a otra privándola de su libertad. Se trata de una figura específica de coacciones que afecta al derecho a la libertad deambulatoria, impidiendo su ejercicio, considerada de mayor gravedad que aquéllas y, por lo tanto, acreedora de una sanción penal de más intensidad. El bien jurídico protegido es la libertad individual en su aspecto de libertad deambulatoria. Se trata de un bien de carácter eminentemente personal, de manera que habrá tantos delitos como personas afectadas, excluyendo la aplicación de la figura del delito continuado, (cfr. STS núm. 1519/1999, de 22 de octubre y STS núm. 2/2003, de 9 de enero). Su forma comisiva "está representada por los verbos nucleares de "encerrar" o "detener" que representan actos injustamente coactivos para una persona, realizados contra su voluntad o sin ella, afectando a un derecho fundamental de la misma cual es el de la libertad deambulatoria consagrada en el art. 17.1 de nuestra Constitución. Libertad que se cercena injustamente (v. s^a TC 178/1985 cuando se obliga a una persona a permanecer en un determinado sitio cerrado ("encierro") o se le impide moverse en un espacio abierto ("detención") (sSTS de 3 de octubre de 1996, 6 de junio de 1997 y 12 de mayo de 1999, entre otras muchas)", (STS núm. 823/2005, de 24 de junio).

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 del 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 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. En el primer caso, solamente se cometerá un delito, mientras que en el segundo, al afectar a dos bienes personalísimos, existirán dos infracciones. Las mismas consideraciones serían aplicables al caso de personas incapaces de valerse por sí mismas.....En el caso, los hechos que se recogen en el relato fáctico ponen de relieve que el menor fue separado de sus familiares biológicos en contra de la voluntad de éstos*".

Pudiendo calificarse los hechos inicialmente como detención ilegal de persona que no ha aparecido, de los arts. 163.1.3 en relación con el art. 166 CP, la pena en abstracto podría alcanzar los doce años de prisión, por lo que el plazo de prescripción del art. 131.1 CP sería de quince años.

La prescripción es un instituto jurídico que hace derivar determinadas consecuencias del transcurso del tiempo sin ejercer los derechos. La prescripción extintiva en el proceso penal, está recogida en el art. 130 del Código Penal como causa de extinción de la responsabilidad criminal, estableciéndose en el art. 131 que los delitos menos graves prescriben a los tres años. Esto es transcurrido ese plazo sin que se ejercite la acción penal, o iniciada esta, se paralice el procedimiento, se produce el fenómeno extintivo.

A diferencia del proceso civil, donde la prescripción debe ser alegada por las partes, ha establecido la doctrina del Tribunal Supremo, entre otros en el auto de 7 de julio de 1993 (Pte. Ruiz Vadillo): “como ha declarado reiteradamente esta Sala el instituto de la prescripción tiene un carácter puramente automático, por ser de orden público y tener como finalidad esencial salvaguardar un principio general tan importante como es el de la seguridad jurídica, siendo por ello indiferente cual haya sido la causa inmediatamente productiva del transcurso del plazo que la Ley señala, (para un caso similar al presente S 10-5-89). En igual sentido se ha pronunciado el TC, S 83/89 de 10 mayo, declarando 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, en cuyo caso, una vez transcurrido los plazos marcados para que opere la prescripción, la ley desapodera a dicho órgano judicial de su potestad de imposición de la correspondiente pena”. En el mismo sentido se ha pronunciado la STS de 16 de junio de 1993 “la prescripción penal puede apreciarse de oficio por el órgano jurisdiccional cualquiera que sea la causa de la paralización procesal”.

Para determinar si estamos ante unos delitos prescritos, procede en primer lugar calificar estos, teniendo en cuenta que en a fecha de los hechos estaba en vigor el Código Penal de 1973, y en la actualidad el Código Penal de 1995, que ha variado sustancialmente la calificación de los hechos. Asimismo se ha de determinar la fecha de inicio del cómputo de los días de prescripción (diez a quo) y la fecha de extinción de la acción (diez ad quem).

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.

TERCERO.- Lo mismo ha de predicarse sobre los delitos de falsedad, suposición de parte y alteración de paternidad. Estos podrían considerarse delitos instrumentales del delito de detención ilegal, por lo tanto conexos al mismo como indica el art. 17.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Para llevar a cabo la sustracción del menor, dotándolo de una nueva identidad distinta de la biológica y poniéndolo bajo la custodia de una nueva familia distinta y ajena a la natural, se han podido realizar actuaciones, como falsificación de certificados y registros de nacimiento u defunción, atribución de parto a quien no lo ha tenido, y en definitiva modificación de la realidad biológica, posibilitando con ello, el mantenimiento en el tiempo de la situación de detención legal, constituyéndose en instrumentos de ese delito principal.

En el caso de los delitos instrumentales la prescripción depende de la del delito de mayor gravedad, en este caso la detención ilegal. Si el delito principal por su gravedad no ha prescrito tampoco sucede esto con los delitos conexos, en este sentido se ha pronunciado la STS de 9.12.11 al establecer que “es cierto que la doctrina de esta Sala, deducida entre otras a la STS 54/2002 de 21-1, y 758/99, de 12-5, afirma que no debe operar la prescripción en supuestos en los que se condena por varios delitos conexos, ya que hay que considerarlo todo como una unidad, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones y por consiguiente no puede aplicarse la prescripción por separado cuando hay conexión natural entre ellos y mientras el delito más grave no prescriba tampoco puede prescribir el delito con el que está conectada, no cupiendo apreciar la prescripción autónoma por paralización de procedimiento (STS 912/2010, de 11-10). En este sentido en reciente STS 1100/2011 de 27-10, con cita de la STS 480/2009, de 22-5, decíamos que en los supuestos de enjuiciamiento de comportamientos delictivos complejos que constituye una unidad íntimamente conexionada de modo material, como sucede en aquellos supuestos de delitos instrumentales en que uno de los delitos constituye un instrumento para la consumación o la ocultación de otros, se plantea el problema de la prescripción separada que puede conducir al resultado absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva, prescindiendo de aquélla que se estimare previamente prescrita y que resulte imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción de una comportamiento delictivo unitario.

En tales supuestos la unidad delictiva prescribe de modo conjunto, de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental, mientras no prescriba el delito más grave o principal, añadiéndose que 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 para un único segmento subordinando de la conducta cuando subsista para la acción delictiva principal ni, por otro lado, en el ámbito procesal puede mantenerse la subsistencia de dificultades probatorias suscitada por el transcurso del tiempo o que sólo afecta a una parte de la acción y no a la conducta delictiva en su conjunto (STS 242/2000, de 14-2; 1016/2005, de 12-9)”.

Para la STS de 27.10. 11 “en los supuestos de enjuiciamiento de un comportamiento delictivo complejo que constituye una unidad íntimamente cohesionada de modo material, como sucede en aquellos supuestos de delitos instrumentales en que uno de los delitos constituye un instrumento para la consumación o la ocultación de otros, se plantea el problema de la prescripción separada, que puede conducir al resultado absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva prescindiendo de aquella que se estimase previamente prescrita y que resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento, y sanción de un comportamiento delictivo unitario. En estos supuestos, la unidad delictiva prescribe de modo conjunto, de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal. Como destacan las STS 1247/2002 de 3-7; 132/2008, de 12-2; 493/2008, de 9-7; 866/2008 de 1-12, las razones que avalan este criterio son de carácter sustantivo, por lo que no resulta aplicable en supuestos de mera conexidad procesal en los que no hay obstáculo para apreciar separadamente la prescripción de los delitos que se enjuician en un solo procesado (STS 29-7-98).

Por ello, cuando de infracciones vinculadas se trata, como en el presente caso, en el que la falsedad solo es concebible en función de la ulterior defraudación intentada, no cabe apreciar la prescripción de ninguna de las infracciones enjuiciadas, en tanto que no prescriba la más grave de éstas (STS 1798/2002, de 31-10; 1242/2005, de 3-10; 975/2005 de 18-7, falsedad como medio de estafa: debe estarse al plazo de ésta). No se trata de un supuesto de mera conexidad procesal, sino que la misma se asienta en los aspectos materiales o sustantivos del hecho, puesto que el delito de falsedad de la factura forma parte de la 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 totalidad, de forma que la Jurisprudencia de esta Sala 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, añadiéndose que en estos casos no concurren los fundamentos en que se apoya la prescripción, en el transcurso del tiempo puede excluir la necesidad de la aplicación de la pena para un único segmento subordinado a 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 solo afecta a una parte de la acción y no a la conducta delictiva en su conjunto (STS 1493/99, de 21-12; 242/2000, de 14-2; 630/2002, de 16-4; 2040/2002, de 9-12).

En definitiva, la doctrina de esta Sala para los casos en que hay delitos conexos en concurso medial, a efectos de delimitación del plazo de prescripción aplicable, considera que tales infracciones han de considerarse como una sola, de modo que los así agrupados no pueden prescribir separadamente criterio reiterado en STS 912/2010 de 11-10 que afirma “que

no cabe operar la prescripción, en supuestos en los que se condena por varios delitos conexos, ya que hay que considerarlo como una unidad, al tratarse de un proyecto único en varias direcciones y, por consiguiente, no puede aplicarse la prescripción por separado, cuando hay conexión natural entre ellos y mientras el delito más grave no prescriba tampoco puede prescribir el delito con el que está conectado, no cupiendo apreciar la prescripción autónoma de las infracciones enjuiciadas...”. Criterio jurisprudencial que es confirmado en la reciente L. O. 5/2010, ya en vigor, que reformó el CP, y en concreto el apartado 5 del art. 131, al disponer: “En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponde al delito más grave”.

CUARTO.- Por lo anterior, se ha de estimar el recurso de apelación del Ministerio Fiscal, al que se adhirió la Asociación SOS Bebes Robados-Madrid, y revocar el pronunciamiento extintivo de la acción penal respecto de los delitos reseñados.

No se realiza expresa imposición de las costas en la presente instancia.

PARTE DISPOSITIVA

En atención a los artículos citados y demás que sean de general y pertinente aplicación la Sala Acuerda: Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, al que se adhirió la Asociación SOS Bebes Robados-Madrid, contra el auto de 27.01.12, que desestimaba la reforma del auto de 3.11.11 que acordaba el archivo de la causa, del Juzgado de Instrucción núm. 47 de Madrid, resolución que se revoca, dejando sin efecto el pronunciamiento extintivo de la acción penal de los delitos detención ilegal, suposición de parto y alteración de paternidad, debiendo continuar la causa, en la fase en la que se encuentra, sin expresa imposición de las costas procesales de la alzada.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y efectos.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados de la Sala. Alejandro M^a. Benito López.- Luis Carlos Pelluz Robles.- José María Casado Perez.