

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 7ª, Sentencia 640/2018 de 27 Sep. 2018, Rec. 544/2017

Ponente: García Quesada, María Teresa.

LA LEY 128645/2018

ECLI: ES:APM:2018:12341

Casuismo relevante

Caso «bebés robados». DETENCIÓN ILEGAL. Sustracción de recién nacida a su madre biológica para entregarla a otra familia. Determinación de si el menor puede ser titular del derecho a la libertad deambulatoria. FALSEDAD EN DOCUMENTO OFICIAL. En concurso medial con suposición de parto cometido por facultativo. Simulación del alumbramiento con realización de hechos que aparentan la existencia del parto y falsificación del parte médico. PRESCRIPCIÓN. Absolución por prescripción. Al constituir infracciones conexas se aplica la prescripción del delito de detención ilegal por ser el de mayor gravedad. Pese a que el delito de detención ilegal continúa ejecutándose mientras se mantiene la situación de privación de libertad, esta limitación de libertad termina en el momento en que el menor alcanza la mayoría de edad. El dies a quo se sitúa en la mayoría de edad de la denunciante, que es cuando conoce su situación familiar, por lo que en ese momento pudo realizar las pesquisas oportunas, no dependiendo de persona alguna para el ejercicio de sus derechos.

La Audiencia Provincial de Madrid absuelve al médico acusado al haber prescrito los delitos que se le imputaban, detención ilegal, suposición de parto y falsedad en documento oficial.

SENTENCIA Nº 640/2018

AUDIENCIA PROVINCIAL

Ilmas. Sras. Magistradas de la Sección 7ª

Dña. María Luisa Aparicio Carril

Dña. Ángela Acevedo Frías

Dña. Mª Teresa García Quesada

En Madrid, a veintisiete de septiembre de dos mil dieciocho.

Visto en juicio oral y público ante la Sección Séptima de esta Audiencia Provincial el Procedimiento Abreviado nº 2955/2012 procedente del Juzgado de Instrucción nº 46 de Madrid, seguida de oficio por un delito de detención ilegal, suposición de parto y falsedad en documento oficial, contra el acusado ANTONIO, nacido en Pardilla (Burgos) el día 00/00/00, hijo de Manuel y de Paula, con domicilio en Madrid, CALLE001, con documento nacional de identidad nº NUM001, de ignorada solvencia, sin antecedentes penales computables y no privado de libertad por esta causa.

Habiendo intervenido: como acusación pública, el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. Dª. MARIA ELENA AGÜERO RAMON LLIN; el acusado ya reseñado, representado por el Procurador Sr. D. CARLOS NAVARRO GUTIERREZ y defendido por el Letrado Sr. D. RAFAEL CASAS HERRANZ; y la Acusación particular personada en nombre y representación de SILVIA, representado por la Procuradora Sra. Dª. SONIA SILVIA ALBA MONTESERIN y defendido por el Letrado Sr. D. GUILLERMO

PEÑA SALSAMENDI; siendo Ponente de la presente resolución la Ilma. Sra. Magistrada D^a. MARIA TERESA GARCIA QUESADA, que expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos:

□ Conforme al Decreto de 23 de diciembre de 1944, promulgando el Código penal de 1944 texto ordenado conforme a los preceptos y orientaciones de la Ley de bases de 19 de julio de 1944, vigente en la fecha de los hechos, los hechos son constitutivos de:

A) Un DELITO DE SUSTRACCION DE MENOR DE SIETE AÑOS previsto y regulado en el artículo 484 del Código Penal.

B) Un DELITO DE SUPOSICION DE PARTO cometido por FACULTATIVO previsto y regulado en los artículos 468 y 469 del Código Penal.

C) Un DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO OFICIAL previsto y regulado en el artículo 303 y artículo 302.2º del Código Penal en concurso medial con el delito B) siendo de aplicación el artículo 71 del Código Penal)

Procediendo conforme a esa ley, la imposición de las penas:

Por el delito A) la pena de ONCE AÑOS DE PRESIDIO MAYOR con inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena.

Por el delito B) y C) la pena de CINCO AÑOS DE PRESIDIO MENOR con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y MULTA DE 50.000 PESETAS (300 EUROS) con responsabilidad personal subsidiaria de tres meses en caso de impago conforme al art. 91. Asimismo se impondrá la pena accesorias de SUSPENSION DE EMPLEO Y CARGO PUBLICO, PROFESION Y OFICIO durante el tiempo de la condena.

El abono de las costas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 109 del Código Penal).

□ Conforme a la redacción dada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, vigente en la actualidad, que resulta aplicable por ser más beneficiosa para el acusado que la vigente en la fecha de los hechos, son constitutivos de:

A) Un DELITO DE DETENCION ILEGAL SIENDO LA VICTIMA MENOR DE EDAD previsto y regulado en el artículo 163 apartados 1 y 3; y en el artículo 165 del Código Penal.

B) Un DELITO DE SUPOSICION DE PARTO cometido por FACULTATIVO previsto y regulado en el artículo 220.1; y en artículo 222 del Código Penal.

C) Un DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO OFICIAL previsto y regulado en el artículo 392 y artículo 390.1 apartados 2º y 3º del Código Penal en concurso medial con el delito B) siendo de aplicación el artículo 77.1 y 3 del Código Penal en la redacción dada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por ser más beneficiosa para el acusado

Reputando responsable al acusado ANTONIO del delito tipificado en el apartado A) en concepto de cooperador necesario conforme a lo dispuesto en el art. 27 y 28.b) del Código Penal; y de los delitos tipificados en los apartados B) y C) en concepto de autor conforme a los artículos 27 y 28 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y solicitó la imposición de las penas, conforme a la redacción dada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, aplicable por ser más favorable que la vigente en la fecha de los hechos:

Por el delito A) la pena de OCHO AÑOS DE PRISION, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

Por el delito B) y C) la pena de TRES AÑOS DE PRISION, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena Y MULTA DE DIEZ MESES con una cuota diaria de 50 euros y responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago con arreglo a lo dispuesto en el artículo 53 del Código Penal.

El abono de las costas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal

RESPONSABILIDAD CIVIL.

El acusado indemnizará a SILVIA en la cantidad de 350.000 euros por los daños morales. La cantidad anterior se incrementará en el interés legal previsto en el art. 576 LEC.

SEGUNDO.- La acusación particular personada en nombre y representación de SILVIA calificó los hechos como constitutivos de:

□ De conformidad con lo establecido en el Texto Revisado del C.P. de 1963 (Decreto 691/1963 de 28 de marzo), vigente en 1969:

- DETENCIÓN ILEGAL, previsto y penado en el artículo 480 y ss. Del C.P.
- SUSTRACCIÓN DE MENORES, previsto y penado en el artículo 484 del C.P.
- FALSEDAD EN DOCUMENTO PÚBLICO, previsto y penado en el artículo 302 del .C.P.
- SUPOSICIÓN DE PARTO, previsto y penado en el artículo 468 y ss. Del C.P.

□ Conforme a lo establecido en el Código Penal de 1995 de los siguientes delitos:

- DETENCIONES ILEGALES (como delito principal) previsto y penado en los artículos 163 y 165 del C.P.
- SUPOSICIÓN DE PARTO, previsto y penado en los artículos 220 y 222 del C.P.
- FALSEDAD EN DOCUMENTO PÚBLICO, previsto y penado en el artículo 390 y ss. del C.P.
- ADOPCIÓN ILEGAL, previsto y penado en el artículo 221 C.P.

De los delitos enumerados, responde en concepto de autor, el acusado D. ANTONIO sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

La Acusación Particular realiza la calificación de conformidad con la regulación de los Textos legales de 1963 y 1995, debiendo aplicarse la más beneficiosa para el reo, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2 del C.P. en vigor. Entendiendo que se produce en cualquier caso un concurso real de delitos, puesto que, como indica la STS de 28/09/1968, el delito de suposición de parto se consuma presentado un niño como fruto del alumbramiento y asignándole un estado civil que no le corresponde; dicha consumación no requiere, dice el Alto Tribunal, la inscripción en el Registro Civil del nacido, que en caso de producirse, dará lugar al concurso con el delito de falsedad, (concurso real de delitos). Asimismo, también se establece en la STS de 07/06/2007 (Rec. 10967/2006) que no existe incompatibilidad entre los delitos de detención y legal y suposición de parto (estado, o condición del menor), regulados en los artículos 163 y 220 del C.P. (texto de 1995) y 480 y 468 (texto Revisado de 1963).

Por dichas razones, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 y 73 del Código Penal en vigor, solicita imponer al acusado las penas de:

- 8 años de prisión, por delito de detención ilegal
- 3 años de prisión, por el delito de falsedad documental, con la accesoria de inhabilitación para su profesión de facultativo de 12 meses.
- 2 años de prisión, por el delito de suposición de parto/alteración del estado o condición del menor, con la accesoria de inhabilitación para su profesión de facultativo por tiempo de 6 años.

Solicita aplicar las penas contenidas en el Código Penal de 1995, al ser más beneficiosas para el reo que las contenidas en el C.P. Texto Revisado de 1963, puesto que en dicho texto se preveía:

- Para el delito de detención ilegal, la pena de Prisión Mayor de hasta 10 años
- Para el delito de falsedad documental, la pena de Prisión Mayor de hasta 10 años y multa de hasta 50.000 Pts.
- Para el delito de suposición de parto/estado civil, la pena de Presidio Menor, de hasta 4 años y 2 meses, multa de hasta 50.000 Pts. e Inhabilitación Especial para la profesión.

Por dichas razones, solicita la imposición de la pena total descrita y desglosada conforme al C.P. de 1995 de 13 años de prisión conforme al artículo 73 del C.P., con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de su profesión por tiempo de 6 años, así como la condena en costas, incluidas las de esta Acusación Particular.

TERCERO.- La defensa del acusado, en igual trámite, mostró su disconformidad con las conclusiones del Ministerio Fiscal y la Acusación Particular, solicitando la libre absolución de su patrocinado.

II. HECHOS PROBADOS I.- Ha resultado probado y así se declara que entre los años 1961 y 1981 el acusado ANTONIO, médico de profesión con número de colegiado NUM002, ejerció como ginecólogo en el sanatorio San Ramón sito en el Paseo de la Habana nº 143 de esta Ciudad, asumiendo durante el mismo periodo de tiempo la función de director médico del referido sanatorio, cargo que le confería un total control y disposición sobre los partos y nacimientos que allí se producían.

En fecha no determinada anterior al mes de junio de 1969, un sacerdote amigo común del acusado y el matrimonio formado por LUISA y ALFREDO, a quienes no afecta la presente resolución, transmitió a ANTONIO el deseo del matrimonio de ser padres.

ANTONIO convocó al matrimonio AA para que acudieran al sanatorio San Ramón en dos ocasiones con el objeto de acordar la forma de hacerles entrega de un bebé.

En la primera reunión, ANTONIO ofreció a LUISA un bebé, hijo de otra mujer, para lo cual indicó a LUISA que debía fingir un embarazo, colocándose LUISA un cojín en el abdomen, debiendo simular en presencia de conocidos y vecinos los síntomas propios asociados a la gestación, como las náuseas, no aceptando LUISA el ofrecimiento.

II.- Poco después, ANTONIO, tuvo acceso a una niña de pocos días de vida cuya filiación se desconoce.

Por este motivo ANTONIO convocó con inmediatez al matrimonio AA, requiriéndoles para que acudiesen al sanatorio portando ropa adecuada para un bebé recién nacido, lo que tuvo lugar el día 6 de junio de 1969. Una vez en la consulta ANTONIO adelantó al matrimonio que tenía un "regalo" para ellos, haciéndoles entrega de una niña de pocos días sin el consentimiento de los padres biológicos cuya identidad se desconoce.

Seguidamente el acusado, actuando de consuno con el matrimonio y guiado por el ánimo común de ocultar la verdadera identidad de la recién nacida mediante la atribución de su paternidad biológica a LUISA y ALFREDO, cumplieron conjuntamente el cuestionario "para la declaración de nacimiento al Registro Civil" haciendo constar a LUISA y su marido ALFREDO como padres biológicos de la niña que recibió el nombre de Silvia, figurando como nacida a las 12:00 h del día 4 de junio de 1969 en la clínica San Ramón, Avenida de la Habana nº 143. En el mismo cuestionario al dorso se cumplimentó por ANTONIO el apartado relativo al parte del facultativo que asistió al nacimiento, certificando el acusado el nacimiento de una hembra a las 12:00 h del 4 de junio de 1969 que dio a luz LUISA en la clínica sita en la Avenida Habana nº 143, apuntando de su puño y letra que considera comprobado el nacimiento por "su asistencia personal al parto". Dicho cuestionario fue firmado por ANTONIO Y ALFREDO.

De esta forma y con base en el referido certificado de nacimiento la niña fue inscrita en el Registro Civil del Juzgado Municipal de Chamartín con el nombre de Silvia.

III.- Desde ese día el matrimonio AA, con la finalidad de integrar a la niña en círculo familiar, cuidaron y atendieron a Silvia pese a que eran plenamente conscientes de que no tenían con ella parentesco alguno, adoptando la condición de padres frente a terceros, siendo privada la niña Silvia de esta forma de cualquier posibilidad de contacto con su familia biológica y entorno social, viviendo la niña totalmente ajena a las circunstancias en las que se había producido su llegada a la familia AA, ANTONIO en todo momento tuvo conocimiento de que la entrega de la niña al matrimonio AA se efectuaba sin el consentimiento de madre biológica y con la finalidad descrita, resultando imprescindible su intervención tanto como facilitador del bebe al matrimonio, como posteriormente certificando su asistencia personal al parto de LUISA, hecho que nunca sucedió.

IV.- La situación descrita se prolongó desde el mes de junio de 1969 hasta que Silvia alcanzó la mayoría de edad, el 4 de junio de 1987, momento en el cual Luisa le hizo saber que era adoptada, lo que ella ya había sospechado con anterioridad.

Después de ello, en el año 2010, Silvia, a raíz de las noticias que comenzaron a publicar los medios de comunicación, empezó a investigar sobre sus orígenes.

Al ser requerida por su hija, LUISA reconoció los hechos, ofreciéndole su colaboración para el esclarecimiento de los mismos. Para ello, LUISA e SILVIA se sometieron a una prueba para determinar la compatibilidad del perfil genético entre ambas, obteniendo como resultado en el análisis realizado en el Laboratorio de Identificación Genética Gen.Mica en fecha 13 de septiembre de 2011 que las muestras no son compatibles, arrojando una probabilidad de maternidad del 0,00000000%.

Silvia entregó una muestra biológica para su identificación genética y comparación del perfil genético en el "Fichero de Perfiles de ADN de personas afectadas por la sustracción de recién nacidos" del Ministerio de Justicia (Fichero nº 120) siendo el resultado del cotejo con otros perfiles negativo a fecha 27 de mayo de 2014.

V.- El Sanatorio San Ramón cesó su actividad en el año 1982. No han sido encontrados los libros de registros de partos y nacimientos.

Hasta la fecha no ha sido posible averiguar la identidad de los padres biológicos de Silvia.

LUISA falleció el 17 de diciembre de 2016.

VI.- En fecha 16 de abril de 2012 SILVIA presentó ante los Juzgados de Instrucción de Madrid denuncia por los anteriores hechos, siendo repartida al Juzgado de Instrucción nº 46 de los de Madrid, que dictó Auto en fecha 23 de abril de 2012 acordando la incoación de diligencias previas.

III. VALORACIÓN DE LA PRUEBA La Sala ha llegado a la convicción de que los hechos ocurrieron de la forma que se relata en el "factum" en virtud de la valoración conjunta de la prueba practicada en el juicio oral, así como la documental obrante en las actuaciones.

PRIMERO.- En primer lugar partiremos de la declaración prestada por el acusado, tanto en el acto del juicio oral como ante el Magistrado juez Instructor en fecha 18 de junio de 2013, obrante a los folios 129 y siguientes de las actuaciones.

A los efectos que son relevantes, tras relatar la estructura societaria de la entidad CLÍNICA SAN RAMON y quienes eran los socios de la misma. Explicó que la clínica era una maternidad, no recordando cuantas personas trabajaban en la misma y quien llevaba los libros de registro de nacimientos o defunciones, suponiendo que serían las matronas o las asistentes sociales, en ningún caso el declarante, que ni siquiera sabía dónde se encontraban tales libros registro. Recordaban los nombres de Raquel como enfermera de la Clínica y Trinidad. No recordaba si iban monjas a la Clínica

acompañando a mujeres que iban allí a parir. No recordaba tampoco si se tramitaban adopciones en la Clínica. Cuando le fue exhibida la certificación de nacimiento de SILVIA obrante a los folios 9 y 10 de las actuaciones, y concretamente al folio 10, donde consta la declaración del facultativo que asistió al nacimiento, en el acto del juicio oral manifestó que no era su letra, si bien en su declaración ante el Juez de Instrucción, reconoció la letra y la firma como suya, precisando en el acto del juicio oral que no lo recordaba, pero que él no había falseado nada.

En Instrucción manifestó que lo firmó porque se lo debieron poner a la firma, alguna matrona o alguna persona de administración, y que era la primera vez que se le mostraba un documento firmado por él sin querer hacerlo, aunque si era posible que firmara una inscripción él la firmara si se lo pedía un compañero, aun cuando no hubiera intervenido en el parto.

Declaró no recordar al matrimonio formado por Luisa y Alfredo, que tuvo un careo con esa señora en los Juzgados de Plaza de Castilla.

En cuanto a Sebastián, fue profesor suyo de matemáticas, no recordando haber tenido relación con él posteriormente. En Instrucción declaró que perdió el contacto con él en el año 50, cuando salió del colegio, pero después sí tuvo relación porque este señor tenía labores de asistencia social y cuando necesitaba medicinas para los pobres le llamaba para que le diera las muestras de los laboratorios.

Tampoco recordaba a unas periodistas francesas que acudieron a su domicilio.

Declaró también que había más médicos en la Clínica que atendían los partos, no recordando cuantos eran, explicando que Victor y Federico no eran médicos, eran amigos del dicente. Él atendía los partos de sus pacientes, y cuando hacía un parto él firmaba los certificados de nacimiento, comprobando los datos allí recogidos. Pero él no llevaba los libros de registro, no sabe siquiera si existía un libro de esas características, no cumplimentaba personalmente la historia clínica de sus pacientes, lo hacían las matronas o las enfermeras, y él tenía en cuenta esos datos para rellenar los certificados de nacimiento.

En Instrucción también manifestó que podía ser que firmara certificaciones de partos realizados por otros facultativos, pero no podía saber si los datos que figuraban en la historia eran falsos o no. Se extendió en su declaración acerca de la posibilidad de que otras personas hubieran falsificado una historia clínica, y declaró que él no asistió al parto de Luisa.

Explicó también en Instrucción que primero firmaba él la asistencia facultativa y luego el padre rellenaba los datos para la inscripción.

Declaró que dejó de trabajar en la Clínica antes de que cerrara y no se llevó de la misma ningún documento.

A la vista de todo lo cual, la Sala, tomando en consideración ambas declaraciones, concluye que el acusado ha reconocido su letra y firma en la certificación obrante al folio 10 de las actuaciones, en la que se recoge que él asistió al parto ocurrido el día 4 de septiembre de 1969 de Luisa, a quien manifiesta en dicho documento conocer. En el acto del juicio oral, tal y como hemos apuntado, manifestó no recordar tal extremo, sin embargo, el Ministerio fiscal le manifestó que en Instrucción había reconocido la autoría de tal documento, frente a lo cual, el acusado no expresó ninguna justificación ni explicación.

Tal introducción de la previa declaración sumarial realizada en el acto del juicio oral permite a la Sala la valoración de tal testimonio.

Es lícito utilizar como prueba de cargo las declaraciones sumariales del imputado, aunque luego sean retractadas en el juicio oral. Pero, en la medida en que tales declaraciones inculpatorias ante el instructor no son pruebas plenarias, no se reconoce por la doctrina constitucional y del Tribunal Supremo, un omnímodo poder del Tribunal enjuiciador de optar en todo caso por la declaración sumarial a modo de alternativa siempre disponible por el solo hecho de existir en los autos como

declaración distinta de la prestada por el imputado en el Juicio Oral. Para ello es necesario que la declaración sumarial sea valorable en sentido objetivo, es decir susceptible de ser valorada como material probatorio, para lo cual es preciso que se incorpore al plenario sometándose a la contradicción. Exigencia condicionante de la propia idoneidad probatoria de la declaración sumarial, sin la cual ésta no puede ser considerada siquiera por el Tribunal de instancia en la formación de su convicción. La exigencia referida supone: 1) que exista una efectiva contradicción entre la declaración prestada en Juicio oral y la declaración prestada en Juicio oral y la declaración sumarial prestada a presencia judicial (SSTC. 51 /95 49/96 SSTs. de 15 de febrero y 3 de octubre de 1996 ; 31 de diciembre de 1997)-, es decir diferencias sobre puntos esenciales, con afirmaciones contradictorias o retractaciones totales o parciales; 2) que se proceda a la lectura de la declaración sumarial, a petición de cualquiera de las partes como establece el art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , pudiéndolo hacer el Tribunal de oficio (art. 708 párrafo segundo LECr.); 3) que pueda el declarante explicar las razones de su divergencia siendo entonces cuando el Tribunal puede sopesar la credibilidad de lo manifestado por el acusado y decantarse por lo declarado en sumario o en Juicio Oral; 4) No obstante la jurisprudencia de la Sala Segunda y la del Tribunal Constitucional han relativizado el requisito formal de la lectura considerando suficiente el que las diligencias sumariales hayan aparecido en el debate del juicio por el procedimiento del art. 714 o por cualquier otro que garantice la contradicción, siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el Juicio Oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales poniendo de manifiesto las contradicciones al objeto de que pueda darse la explicación oportuna (en tal sentido SSTs. de 3 de abril de 1992 25 de junio y 21 de diciembre de 1993 24 de marzo , 19 de septiembre y 31 de octubre de 1994 ; SSTC. 137/1988 161/1990 , y 80/ 1991).

En el mismo sentido la STS 4 de marzo de 2009 expresa que: *"La declaración del acusado no fue vertida en el juicio oral, pues el acusado se negó a declarar, y desde la acusación no se procedió conforme establecen para ese supuesto los arts. 714 y 730 de la Ley procesal, afirmando la existencia de contradicciones entre las declaraciones del sumario y las del juicio oral, en este caso negándose a declarar, o entendiendo que esa negativa supone la imposibilidad de valerse de una prueba de la acusación por causas ajenas a la voluntad del proponente de la prueba para la acreditación del hecho del que acusa, pues como dijimos en la STS 926/2006, de 6 de octubre, la doctrina de esta Sala ha venido admitiendo que ante la legítima decisión del acusado de negarse a declarar en el acto del juicio, se puede proceder a dar lectura de lo declarado por aquél de forma regular en fase sumarial, por aplicación de la regla general del art. 730 LECr. Este criterio también lo ha sostenido el Tribunal Constitucional (STC 80/2003, de 28 de abril), en los siguientes términos: "lo decisivo es que las declaraciones sumariales que se consideran sean sometidas a confrontación y puedan ser contradichas por las partes, lo que tiene lugar tanto si se leen expresamente como si a través de las preguntas formuladas se pone en evidencia y se debate su contenido."*

Así pues, y sentado tal presupuesto, el acusado reconoce su presencia en el centro médico en el que tuvieron lugar los hechos y haber suscrito la certificación que afirmaba el nacimiento de la denunciante por parto de Luisa, lo que no es cierto, según veremos a continuación.

El acusado ha negado cualquier conocimiento de los hechos y de las personas aquí implicadas, especialmente de Luisa y el que fue su marido, hoy fallecido, Alfredo, y desde luego de la denunciante, a la que afirma no conocer de nada.

Sólo reconoce haber tenido una relación, en los términos que hemos expresado, con el sacerdote Sebastián, a quien más adelante nos referiremos.

SEGUNDO.- Frente a dicha postura exculpatoria y de pleno desconocimiento de los hechos, la Sala ha contado con abundante material probatorio que le permite establecer el relato fáctico reseñado.

Dicho material probatorio lo constituye fundamentalmente la prueba practicada en el acto del juicio

oral, donde vertieron declaración multitud de testigos respecto de diferentes elementos que permiten establecer la directa y personal participación del acusado en los hechos, estableciendo la relación con las personas principalmente afectadas, la denunciante y las personas que figuran como sus padres biológicos en la certificación de nacimiento a la que reiteradamente nos hemos referido.

Vamos a analizar tales testimonios diferenciándolos según su origen.

1.- DECLARACIÓN TESTIFICAL DE LA DENUNCIANTE SILVIA.

La referida testigo, como no puede ser de otra manera, nada puede aportar sobre los hechos por su propio conocimiento, ya que los hechos se refieren a la fecha de su nacimiento, y su declaración remite a lo que le fue manifestado por su madre, la otrora imputada, hoy fallecida, LUISA.

La testigo explico que al cumplir la mayoría de edad, en 1987, su madre le dijo que era hija adoptiva. Pero no fue hasta el año 2010, concretamente el día 25 de Julio, cuando tiene noticia por la prensa del supuesto robo de niños que se habría llevado a cabo en la Clínica San Ramón. Decide entonces hacerse una prueba de ADN, de la que resulta de modo concluyente que no es hija de su madre, y pide una certificación literal de nacimiento. También explicó que cuando era pequeña durante su estancia en Zafra, llegó allí destinado un compañero de su padre que lo había ido también en Los Molinos, y a raíz de ello, al ir una hija de ese compañero al mismo colegio, la empezaron a llamar "adoptada". Y explica que cuando estaba en los Molinos su madre llegó con un bebé sin que nadie la hubiera visto embarazada.

Narró también su relación con el padre Javier (Sebastián) a quien conocía desde siempre, de hecho, cuando iban a Madrid, siempre visitaban al cura. Ella le preguntó quién era su madre y él le dijo que no le podía decir nada. Su madre le había dicho que a través de él había sido todo, pero no le dio más información.

Dijo también que invitó a su boda a Juana y a José porque se lo dijo el padre Sebastián, quien siempre le ha seguido la pista y ha estado pendiente de ella, falleciendo en el año 2001.

Habló sobre el choque emocional que supuso para ella conocer toda esta historia y que ha necesitado ayuda profesional en algunos momentos.

El resto del contenido de su declaración se refiere a todo aquello que le fue referido por su madre.

Habló de la colaboración que LUISA presto en un hogar infantil en Los Molinos, que acudía a ayudar y que en una ocasión se hizo cargo de un niño que no tenía plaza en el colegio, y lo estuvo cuidando en su casa.

Relató que sus padres recibieron en la lechería de Los Molinos una llamada telefónica, y era para citarles en la Clínica San Ramón, y se presentaron allí su padre y su madre y Antonio les recibió muy cariñoso y les dijo que había una niña jovencita de buena familia que estaba embarazada y que la idea era darles a ellos ese niño y que entonces Luisa debía simular un embarazo, dándole instrucciones al respecto. Posteriormente, una semana después, recibieron de nuevo llamada para que se presentaran en la Clínica con ropa de bebe, que tenían una sorpresa para ellos, y fue cuando les entregaron a la niña que era ella. Dice que, según su madre, el médico les indicó que la tenían que tener en un cochecito con bolsas de agua caliente y que si tenía algún problema respiratorio le llamaran a él, sólo a él. También le contó que el doctor le dijo a una enfermera que subieran a vestir a la niña con Luisa, a lo que la mujer dijo que no, porque se podría descubrir el "ajo". Hablo sobre sus padrinos de bautizo, Rosa y un hermano de ella, y que la bautizó el padre Sebastián, aunque no hay fotos del bautizo. José y Juana fueron invitados a su boda, y su madre le conto que Juana le había dicho que "de menuda nos hemos librado" porque había habido una redada en Madrid por eso de los niños robados.

Dicha testifical debe ser calificada pues como testimonio de referencia, puesto que se contrae a lo que le fue narrado por su madre, hoy fallecida.

Sin embargo ello no priva de validez a su testimonio, máxime si, como es el caso presente, tal y como analizaremos a continuación, la Sala también ha contado con la declaración de la madre de la testigo LUISA.

2.- DECLARACIONES PRESTADAS EN FASE SUMARIAL POR LUISA.

2.1.- Resulta por ello obligado hacer referencia a la **declaración prestada durante la instrucción de la causa por Luisa**, quien declaro primero como testigo y luego como imputada, manteniendo además un careo con el coimputado Antonio.

Evidentemente la declaración no tuvo lugar en el acto del juicio oral, por haber fallecido la acusada con anterioridad a dicho acto. Sin embargo la declaración prestada por la imputada en la fase sumarial fue introducida válidamente en el acto del juicio oral al haber sido así interesado por las acusaciones al amparo de lo prevenido en el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, todo ello sin la oposición de la defensa.

Según dispone el citado artículo 730, *"podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección."*

Según se explica en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 22/07/2016 *"El TEDH ha señalado en numerosas sentencias que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del artículo 6 Convenio, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado. En particular, exige que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski; 15 de junio de 1992, caso Lüdi; 23 de abril de 1997, caso Van Mecheleny otros). Concretamente, en la STEDH de 27 de febrero de 2001, caso Lucà, declaró que " los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6º del Convenio cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario"*.

El Tribunal Constitucional y esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, (lo explica la ya citada STS 598/2015 de la que se hizo eco la 366/2016 de 28 de abril) por su lado, parten de la afirmación según la cual solo son válidas, a los efectos de enervar la presunción de inocencia, las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, pero admiten determinadas excepciones que, con carácter general, exigen el cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos. En particular, se condiciona la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de los siguientes aspectos: a) Materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; b) Subjetivos: la necesaria intervención del Juez de Instrucción; c) Objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo; y d) Formales: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el artículo 730 LECrim., o a través de los interrogatorios, o si la disponibilidad de medios tecnológicos lo permite, mediante el visionado de la grabación de la diligencia, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron directamente en el juicio oral".

En el presente caso tales exigencias han de entenderse cumplidas.

En primer lugar, en cuanto que existe una causa legítima que impide la declaración, ya que tal y como hemos indicado, la imputada ha fallecido, y así consta al folio 762 de las actuaciones la copia del certificado de defunción de la imputada, fallecida el día 17 de diciembre de 2016, habiéndose dictado en consecuencia la resolución de fecha 1 de febrero de 2017, al folio 779, declarando la extinción por fallecimiento de la responsabilidad criminal en que hubiera podido incurrir la investigada LUISA.

En segundo lugar, y en cuanto a la necesaria intervención del Juez de Instrucción, consta al folio 197 y siguientes de las actuaciones, la declaración prestada en calidad de investigada por la referida ante el Juez de Instrucción del Juzgado de Instrucción nº 3 de Almería.

En tercer lugar, y consta a los mismos folios indicados, la presencia en dicha declaración del abogado del imputado, quien dirigió un extenso interrogatorio a la investigada, quedando de ese modo garantizada la necesaria contradicción.

Y por último, y tal y como hemos apuntado, la misma fue introducida en el acto del juicio oral mediante su lectura por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia.

2.2.- Por iguales fundamentos la Sala considera plenamente valorable como prueba la **diligencia de careo que tuvo lugar el día 10 de diciembre de 2013 entre ambos investigado, ANTONIO e LUISA**, y cuya grabación fue igualmente vista y oída en el acto del juicio oral, en las mismas condiciones que hemos expuesto respecto de la declaración de la investigada.

2.3.- Pero también por iguales fundamentos, los requisitos expuestos no pueden entenderse cumplidos respecto del **acta de manifestaciones** realizado por la acusada fallecida en fecha 8 de enero de 2014 y obrante a los folios 452 y siguientes de las actuaciones, toda vez que, aun cuando fueron objeto de lectura en el acto del juicio oral a solicitud del Ministerio fiscal y la Acusación particular, no puede considerarse que cumplieran con los requisitos expuestos, toda vez que, ni consta la presencia del Juez de Instrucción, ni puede decirse que estuvieran sometidas a la imprescindible contradicción, al no estar presente el investigado ni su letrado.

Tal consideración sin embargo no afecta a la prueba de los hechos nucleares del presente procedimiento, por cuanto que la referida manifestación lo es en relación con la identificación de la persona que acompañaba al acusado Antonio en el momento de realizarse a entrega de la niña, cuestión esta que no afecta como hemos dicho al núcleo de los hechos objeto de la imputación.

2.4.- En cuanto al **contenido de la declaración**, la misma supone el fundamento principal de la imputación del acusado hoy enjuiciado ANTONIO.

En la declaración a la que hemos hecho referencia que presto la entonces investigada ante el Juez de Instrucción en las condiciones que hemos descrito, la imputada realizó un completo relato de los hechos.

Se refirió en primer lugar al jesuita Sebastián, a quien conocía desde hacía tiempo, y que conocía que la declarante contaba con 46 años y que deseaba adoptar un hijo. Ella había estado colaborando con un hogar infantil y había tenido en acogimiento a un niño, hijo de una madre soltera durante dos años, y también tuvo en acogimiento familiar a un niño que había sacado de la inclusa, que no era conocedora de los trámites para adoptar un niño.

Explicó que recibieron una llamada del doctor Antonio para que se presentaran en la Clínica San Ramón, y allí el Doctor Antonio le propuso llevar un embarazo ficticio para quedarse con el hijo de una madre soltera, a lo que ella se negó. Que acudió la segunda vez, pese a que se había negado la primera porque pensó que en esta ocasión sería legal.

Cuando le entregaron a la niña estaban presentes ella y su marido, el Doctor Antonio y una mujer, que el doctor la invitó a que subiera con la otra señor a vestir a la niña, y esta señora se negó, cree recordar que la señora le dijo al doctor Antonio que había alguien arriba que no quería que viera a la

declarante. Que antes de salir vio al doctor Antonio escribir y firmar en los papeles, pero no sabe lo que puso. En el Registro no rellenaron ni firmaron nada, ya estaba todo hecho. Su marido también rellenó los papeles, pero ella no sabía lo que puso, lo único que le importaba es que tenía a la niña. Ella se enteró de que figuraba como madre biológica de la niña cuando al cabo de un mes recibieron un cuadrito donde aparecían su marido y ella como padres de la niña. Que ella no ha denunciado nada.

El padre Sebastián le comentó que le dijera a su hija que sus padres habían muerto en un accidente, pero ella decidió que cuando su hija tuviera 18 años le contaría toda la verdad, como así hizo, diciéndole que era adoptada.

Que no pagó nada por la niña.

Que no se planteó que fuera una niña robada, le dijeron que era hija de una mujer casada que había entregado al bebé porque no era hija de su marido.

También se refirió a que en la boda de su hija, fue el padre Sebastián quien la casó, se encontraban Juana (Juana Y) y su marido, supuso que su hija les invitó por mediación del padre Sebastián, y que Juana le dijo, llevándose las manos a la cabeza, que "que disgusto, que había habido una redada de niños abandonados, que en ningún momento hablo de niños robados" y que "menos mal que habían podido romper todos los papeles y que gracias a esto no estaban todos en la cárcel".

2.5.- Junto a tales declaraciones, hemos de considerar también el contenido del **careo que se practicó en instrucción entre ANTONIO e LUISA**, que tuvo lugar el día 10 de diciembre de 2013 y que fue visto y oído en el acto del juicio oral. Dicha diligencia se acordó a la vista de la radical contradicción entre las declaraciones de ambos, al sostener el imputado que no conocía de nada a la coimputada.

En el curso de la diligencia Luisa insistió en el relato que se ha hecho constar en el precedente epígrafe. Que acudió dos veces a la clínica y que habló en las dos ocasiones con Antonio, que éste les recibió con mucho cariño, que fue por mediación del padre Sebastián. Que la primera vez que fue le iban a hacer un embarazo postizo, que le dieron consejos para ir por Miraflores con síntomas de embarazo, demacrada y vomitando, y que la segunda vez le dijeron que le iban a dar una sorpresa y un regalo. El acusado niega conocer a la coimputada, tanto en su aspecto actual como en las fotografías de la época que se unieron a las actuaciones y le fueron mostradas.

Por parte del imputado se muestra unos papeles que trae el mismo reconociendo que era su letra y su firma el contenido del reverso del documento donde consta el parte del facultativo que asistió al parto, pero que el resto del documento fue rellenado por Alfredo.

Reiteró también la imputada el escenario en el que se produjo la entrega de la niña y las personas que allí se encontraban presentes, así como el ofrecimiento del doctor de que si la niña se ponía mala que no la llevara a ningún médico y sólo a él, que incluso iría a Miraflores a visitarla.

Reiteró la imputada que no tuvo que hacer ningún gasto.

Por parte el imputado se señala que en la clínica San Ramón no tenía consulta, sino que la consulta la tenía al lado de su domicilio.

2.6.- Habida cuenta todo lo cual, el contenido incriminatorio de la declaración de LUISA resulta de la máxima relevancia para establecer el relato fáctico.

Sin embargo, no se puede dejar de tener en consideración que, siendo dicha declaración prueba fundamental de la imputación, se trata de la declaración del coimputado. Y por ello debemos analizar cual pueda ser el **valor incriminatorio de la declaración del coimputado, en este caso fallecido**.

La cuestión ha sido objeto de estudio desde antiguo en la doctrina y en la Jurisprudencia emanada

del Tribunal Constitucional y del Tribunal supremo, siendo exponentes de dicha doctrina, entre las más recientes la de 25 de julio y la de 4 de julio de este año.

En esta última resolución, el Alto Tribunal razona que:

"En lo que atañe a las declaraciones de coimputados y su eficacia como prueba de cargo, el Tribunal Constitucional tiene establecida una consolidada doctrina.

Conforme a la misma, las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otros datos externos. La exigencia de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima y, por otra, en que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Igualmente ha afirmado el Tribunal Constitucional que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración, o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores de confirmación, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación de los por él inculcados en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. Por último, también ha destacado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado y que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por este Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena (SSTC 34/2006 de 13 de febrero ; 230/2007 de 5 de noviembre ; 102/2008 de 28 de julio ; 56/2009 y 57/2009 de 9 de marzo ; 125/2009 de 18 de mayo y 134/2009 de 1 de junio).

El mismo Tribunal ha argumentado que la exigencia de que la declaración inculcatoria del coimputado cuente con un elemento externo de corroboración mínima no implica la existencia de una prueba directa o indiciaria sobre la participación del condenado en los hechos que se le imputan, sino, más limitadamente, una prueba sobre la veracidad objetiva de la declaración del coimputado respecto de la concreta participación del condenado (SSTC 56/2009 y 57/2009 de 9 de marzo). Y en la misma dirección ha matizado que esa corroboración externa mínima y suficiente que constitucionalmente se exige para completar el carácter inculcatorio de las declaraciones de coimputados, no constituye una prueba en sí misma, pues en ese caso bastaría ésta sin necesidad de las declaraciones que respalda. La corroboración es una confirmación de otra prueba, que es la que por sí sola no podría servir para la destrucción de la presunción de inocencia, pero que con dicha corroboración adquiere fuerza para fundar la condena (SSTC 198/2006 de 3 de julio y 258/2006 de 11 de septiembre).

Por último, el supremo intérprete de la Constitución ha afirmado de forma reiterada que «la existencia de una coincidencia entre lo declarado por un coimputado y las circunstancias del condenado atinentes a su conducta delictiva, configuran una realidad externa e independiente a la propia declaración del coimputado que la avalan» (así, SSTC 233/2002 de 9 de diciembre; 91/2008 de 21 de julio y 56/2009 y 57/2009 de 9 de marzo).

3. Esta Sala, en recepción de la doctrina del Tribunal Constitucional, ha afirmado igualmente de manera reiterada que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad (SSTS 1290/2009 de 23 de diciembre ; 84/2010 de 18 de febrero ; 60/2012 de 8 de febrero ; 129/2014 de 26 de febrero ó 622/2015 de 23 de octubre por citar alguna de las más recientes).

Sin embargo, ambos Tribunales hemos llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena pendiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a declarar, pudiendo callar total o parcialmente. Precisamente en atención a esas reticencias se ha afirmado que la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada. Es la existencia de alguna corroboración lo que permite proceder a la valoración de esa declaración como prueba de cargo.

En definitiva nos encontramos ante una prueba peculiar que exige un plus: unas condiciones externas, verificables desde fuera, más allá de que el proceso racional por el que un Tribunal llega a conferirles credibilidad esté fuertemente asentado y sea convincente".

TERCERO.- Aplicando tal doctrina al supuesto concreto objeto de análisis nos encontramos con un conjunto probatorio que corrobora la versión de la coimputada fallecida en todos sus extremos. En el análisis de tales elementos de corroboración, haremos referencia a diversos bloques probatorios que desarrollaremos en los siguientes epígrafes, y que ahora enumeramos:

- 1.- la pericial biológica, que acredita que la imputada LUISA no es la madre biológica de la denunciante SILVIA.
- 2.- la documental consistente en la inscripción de nacimiento en la que consta el acusado como firmante de la certificación del parto.
- 3.- las testificales de los socios del acusado en la Clínica, que acreditan su participación en la misma.
- 4.- Las testificales de las empleadas del centro médico, acerca del trabajo realizado por el acusado en dicho centro.
- 5.- Las testificales de las personas que en el año 1969 conocían a la imputada LUISA y tuvieron noticia asimismo de la adopción por ésta de una niña.
- 6.- La testifical de la periodista PATRICIA, quien realizó una entrevista al acusado en su consulta.
- 7.- La testifical del agente de Policía Nacional con nº de carnet profesional NUM004 que asimismo se entrevistó con el acusado acerca de los hechos objeto de enjuiciamiento.

1.- LA PRUEBA PERICIAL BIOLÓGICA

En el acto del juicio oral comparecieron los peritos ICIAR y SOLEDAD ratificando el contenido del informe de fecha 13 de septiembre de 2011 obrante a los folios 13 a 18 de las actuaciones. Los peritos explicaron haber confrontado la muestra de ADN aportada por la denunciante con la de Luisa para concluir de modo contundente que la probabilidad de maternidad era del 0%, declarando ser incompatible la presunción de maternidad.

Dicha prueba reviste relevancia en orden a acreditar ser falsa la afirmación contenida en el certificado del facultativo al que nos referiremos a continuación de ser la denunciante hija de Luisa y de haber asistido el firmante al parto de dicha señora.

2.- LA CERTIFICACIÓN DE NACIMIENTO.

A dicha prueba nos hemos referido ya con reiteración, y obra unido a las actuaciones, así como la inscripción de nacimiento levantada sobre la base de dicha certificación, y que obra unida al rollo de Sala.

En dicha certificación figura, en el anverso la identificación de los supuestos padres de la recién nacida, y en el reverso la certificación del facultativo, en este caso el acusado ANTONIO, afirmando haber asistido al parto de LUISA, siendo por tanto la recién nacida hija de ésta.

Con fundamento en las dos pruebas hasta ahora analizadas entiende la Sala corroborada la versión inculpatoria de la coimputada, en tanto que es un hecho probado que no existe la relación parental que se recoge en el certificado entre la denunciante y la imputada, y que el imputado Antonio ha afirmado en el antedicho documento haber asistido al parto de la coimputada, lo que no es cierto porque no existió dicho parto, siendo así que, habiendo reconocido, según hemos razonado más arriba, la autoría de dicha certificación en su letra y firma, en la fecha en la que se produjo la entrega de la niña y la subsiguiente inscripción del presunto nacimiento y filiación en el Registro Civil, resulta clara la corroboración por datos objetivos de la declaración inculpatoria de la imputada respecto de la participación del acusado en los hechos descritos.

3.- LAS TESTIFICALES DEL SOCIO DEL ACUSADO EN LA CLÍNICA SAN RAMÓN.

En el acto del juicio oral depuso como testigo IGNACIO, el cual relató que eran cuatro socios los titulares de la Clínica San Ramón, él mismo, el acusado, Pablo y Javier. El solo tenía una participación. El Doctor Antonio era el Director de la Clínica. De los libros de registro se ocupaba el administrador. Al administrador le acabaron echando porque faltó dinero y el deponente se ocupó de la cuestión durante unos meses. Cuando se cerró la clínica dejó de ir por allí e ignora lo que pasara con los libros. No tiene noticia alguna de los hechos que supuestamente ocurrieron en el año 1969.

Dicha declaración corrobora la posición de dominio que ostentaba el acusado en la clínica, de la que era propietario, en unión de los demás socios y director médico.

4.- LAS TESTIFICALES DE LAS EMPLEADAS DEL CENTRO MÉDICO.

Asimismo depusieron en el plenario RAQUEL, AMALIA y TRINIDAD. Todas ellas declararon haber trabajado en la Clínica San Ramón en la época en que ocurrieron los hechos.

Las declaraciones de las tres coinciden en afirmar que la clínica trataba a mujeres no sólo en maternidad sino que también había cirujías. Que venían pacientes por privado, pacientes del Doctor Antonio y también de otros ginecólogos y también venían pacientes derivadas por la Seguridad Social, y que el Doctor Antonio era el director

5.- LAS TESTIFICALES DE LAS PERSONAS QUE EN EL AÑO 1969 CONOCÍAN A LA IMPUTADA LUISA Y TUVIERON NOTICIA ASIMISMO DE LA ADOPCIÓN POR ÉSTA DE UNA NIÑA.

En este grupo de pruebas testificales nos vamos a referir a las declaraciones prestadas por una serie de personas que conocieron a Luisa en la fecha de la ocurrencia del hecho objeto de la presente causa, con anterioridad a dicha fecha de 6 de junio de 1969 y también con posterioridad. Dichas declaraciones corroboran la declaración de Luisa en lo relativo a su deseo de ser madre, a sus labores en la casa de acogida de Miraflores, al conocimiento del padre Sebastián, a quien ya nos hemos referido más arriba y al hecho de que Luisa tuvo luego una niña.

Analizaremos tales declaraciones por el orden en el que declararon en el acto del juicio oral.

5.1.- JUANA.

Dicha testigo declaro en la sesión del 26 de junio.

Negó conocer al Doctor Antonio, pero sí al padre Sebastián y a la pareja formada por Luisa y Alfredo. Explicó la historia de un niño, Pedrito, cuya madre no le había atendido, y que la dicente se quiso quedar con él pero sus padres no se lo permitieron. Sabe que luego se lo llevaron Alfredo e Luisa, hasta que un día su madre, Rafaela, se lo llevó. Que supo que Luisa tuvo una niña, y que la vio en una ocasión de pequeña, cuando fue a la casa de Alfredo e Luisa, pero que la niña estaba dormida y no la sacaron. Posteriormente fue a la boda de esa niña, en Murcia, porque le apetecía ver al padre Sebastián. Negó saber que Luisa tuviera problemas de fertilidad.

5.2.- ROSA

La testigo declaró en la sesión del 4 de septiembre.

Se refirió al padre Sebastián como la persona a través de la cual conoció a la pareja formada por Luisa y Alfredo. Que ella tenía mucha relación con dicho sacerdote, y que en alguna ocasión le llevo a Miraflores de la Sierra. Que no recuerda haber sido la madrina de bautizo de la hija de este matrimonio. Que sabía que a ese matrimonio les dieron una niña a través del mencionado sacerdote, pero no sabe quién les dio la niña, el sacerdote no le habló de la Clínica San Ramón.

Que mantuvo relación con ese matrimonio pero solo a través de cartas y fotos respecto a cómo iba creciendo la niña. La pareja le dijo que la niña era hija de una mujer joven que no quería quedarse con la niña, cree que eso se lo dijo el sacerdote.

Que Luisa le dijo que no podía tener niños y que le gustaban mucho y por eso iba a cuidar niños a una inclusa.

Que el sacerdote le habló muy bien de un doctor amigo suyo pero no recuerda si le dijo el nombre.

6.- LA TESTIFICAL DE LA PERIODISTA PATRICIA.

Dicha testigo, en la sesión del 4 de septiembre, explicó que en diciembre de 2013 vino a Madrid para hacer un reportaje sobre los niños robados para un canal francés y una revista. Vino con Alicia que le ayudó en la traducción.

Que en la entrevista, que tuvo lugar el 10 de diciembre, se hizo pasar por paciente para poder tener acceso al doctor, pero posteriormente le dijo cuál era el motivo real de la visita y que era periodista para un medio francés.

Dijo que el doctor les dijo que Silvia no había pagado y que la niña les fue regalada, que les fue ofrecida por el doctor Antonio.

Es lo cierto sin embargo que la Sala ha visto la grabación que las periodistas realizaron de la entrevista, y no queda claro que el acusado realizara tal afirmación, sino que más bien resumía la afirmación contenida en la pregunta formulada por la periodista, preguntándose entonces si se la habían regalado.

La Sala no considera que en dicha conversación se produjera semejante reconocimiento por parte del acusado, sino que más bien, repetía en tono incrédulo lo que las periodistas le preguntaban.

7.- LA TESTIFICAL DEL AGENTE DE POLICÍA NACIONAL CON Nº DE CARNET PROFESIONAL NUM004.

Dicho testigo declaró en la sesión del 4 de septiembre y explicó cual fue su intervención en la investigación de los hechos hoy enjuiciados.

Que con respecto a la Clínica San Ramón se le comisionó para localizar los archivos relacionados con la posible sustracción de bebés. En el año 2014 localizo al Doctor Antonio para entrevistarle, y el mismo le comunicó que no podía desplazarse porque estaba conectado a una máquina. Le hizo una serie de preguntas sobre los archivos del hospital y le dijo que los había quemado. Le explicó que en aquella época, en las décadas de los 60,70 y 80 las adopciones desde las clínicas de San Ramón y Santa Cristina se realizaban en dos fases, una que llamaban adopción inicial en la que se mantenía el historial en la Clínica y otra, que llamo adopción plena, e la que, según la legislación vigente, le obligaba a destruir dichos historiales, y que por eso los quemó. No llegaron a encontrar los archivos.

Que el acusado le manifestó que no quería seguir hablando con él ni con ningún otro policía.

Relato que en el curso de la investigación concluyeron que había una trama de la que formaba parte el acusado, y aparecía un centro de acogida para madres solteras, Villa Teresita, donde mantenían a las jóvenes durante el embarazo a cambio de que dieran luego sus bebés en adopción. Luego el entramado continuó con otras fuente de bebés y empezaron a ocurrir casos en San Ramón y en otras

clínicas.

CUARTO.- CONCLUSION

En virtud de tal material probatorio, la Sala considera acreditado que los hechos ocurrieron tal y como queda reflejado en el "factum".

Ya hemos explicado qué elementos de la versión exculpatoria del acusado sirven de punto de partida para realizar la afirmación de su participación que más adelante se analizará en el relato factico que contiene la presente resolución. El reconocimiento de la letra y firma de la certificación del facultativo y de su asistencia al parto, acredita su presencia, negada por él mismo en el escenario en el que tiene lugar la entrega del bebé a la pareja formada por Luisa y Alfredo. Las explicaciones dadas por el acusado respecto de su falta de conocimiento de la coimputada y del supuesto parto, alegando que firmó quizás por un compañero que no pudo hacerlo, caen ante la rotundidad de las declaraciones inculpatorias de la coimputada, declaraciones que resultan corroboradas en la forma que hemos explicado. Queda acreditada la existencia de un círculo de personas que conocían a Luisa por su asistencia voluntaria a menores desamparados en el entorno de la residencia para niños expósitos a la que reiteradamente hemos hecho referencia. Todas estas personas se encontraban vinculadas por la amistad común con un sacerdote, hoy también fallecido, quien, a su vez también conocía a acusado.

Queda acreditado que el acusado trabajaba y dirigía, a la fecha de la entrega del recién nacido en la Clínica San Ramón, tal y como lo han declarado tanto las trabajadoras del centro como el socio de la clínica que también depuso en el plenario.

Y queda acreditado que la en su día coimputada no era la madre de Silvia, y que no obstante lo cual figura como tal en la certificación de nacimiento, siendo el acusado quien certifica haber asistido al parto, parto que nunca existió.

De tal conjunto probatorio puede deducirse sin esfuerzo que fue el acusado la persona que hizo entrega del recién nacido a Alfredo e Luisa, y que dicha entrega se realizó desde luego fuera de los cauces legales, simulando la existencia de un parto que no se había producido, y estableciendo una filiación falaz, y todo ello sin que conste hubiera mediado consentimiento y ni tan siquiera conocimiento por parte de los progenitores del recién nacido cuya identidad no consta en parte alguna, al no haber sido hallados archivos en los que quedara constancia de la auténtica filiación del recién nacido, y que fue el acusado la persona que hizo la certificación falaz acerca del supuesto parto de la menor que habría realizado Luisa, a sabiendas de que tal hecho no era cierto.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de detención ilegal previsto y penado en los artículos 163, 1 y 3 y 165 del Código Penal vigente, cuya aplicación retroactiva resulta obligada al ser la redacción del precepto más favorable al reo que la vigente a la fecha de comisión de los hechos.

En la actual legislación penal la regulación y sanción de la conducta viene redactada en los siguientes términos:

Artículo 163. *"1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.*

2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado.

3. Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días.

4. *El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses".*

Por su parte el artículo 165 dispone que: *"Las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección o funcionario público en el ejercicio de sus funciones".*

La legislación vigente a la fecha de ocurrir los hechos, desde el 4 de junio de 1969 hasta el 4 de junio de 1987 era la determinada por el Código Penal de 1944, en la redacción dada por la reforma operada por el Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el que se aprueba el «Texto revisado de 1963» y posteriormente del Código Penal de 1973 aprobado por Decreto 3096/73, de 14 de septiembre que no fue sino un Texto refundido del Código Penal de 1944.

Dentro de los delitos contra la libertad y seguridad, se contemplaba por un lado, el delito de detenciones ilegales se regulaba en el artículo 480 , que sancionaba con la pena de prisión mayor (de seis años y un día a doce años, artículo 30) al *"particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad"*. De otra parte, el artículo 484 tipificaba como delito de "sustracción de menores" la conducta consistente en *"la sustracción de un menor de siete años"*, castigándola con la pena de presidio mayor, que según el artículo 30 del mismo texto tenía igual duración.

Debe tenerse en consideración los plazos de prescripción en una y otra legislación, ya que en el Código Penal de 1973, en su artículo 113, el plazo de prescripción para los delitos sancionados con pena superior a 6 años, era de 10 años, *"Los delitos prescriben: A los veinte años, cuando la Ley señalare al delito las penas de muerte o reclusión mayor.*

A los quince, cuando la Ley señalare al delito la pena de reclusión menor.

A los diez, cuando señalare una pena que exceda de seis años.(...)".

En el actual Código Penal, a tenor de lo prevenido en el artículo 131.1, se señala el plazo de diez años, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez".

Resulta de ello que la conducta resulta más levemente sancionada en la actual redacción del Código Penal que por ello será aplicada con carácter retroactivo.

La Sala es consciente de las dificultades que supone la aplicación de tal tipo delictivo al supuesto que hoy nos ocupa, sin embargo, la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo tiene ya elaborado un cuerpo de doctrina que permite alcanzar la conclusión adelantada.

El primer problema a analizar es el relativo a la falta de regulación específica en el actual código Penal, como tampoco en el de 1995, que sustituyó al de 1973, del delito de sustracción de menores.

Debemos tener en cuenta que, caso de entenderse, como lo han hecho algunos pronunciamientos de la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, que la conducta regulada en el citado artículo 484 del Código Penal de 1973, carece de tipificación en el Código Penal de 1995, habría de considerarse la misma impune con arreglo a la ley posterior.

Sin embargo, la Sala, con apoyo en la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo considera que ello no es así, y que la antigua figura de la sustracción de un menor de 7 años, actualmente es objeto de sanción en el delito de detención ilegal.

Para ello es preciso establecer que la sustracción del menor constituye un delito contra la libertad encuadrable por ello en la aludida figura delictiva.

Se trata de determinar si el menor puede ser titular del derecho a la libertad deambulatoria que es el bien jurídico protegido en el tipo penal de la detención ilegal, habida cuenta que el menor de siete

años, y señaladamente el recién nacido carece de capacidad de deambulación de modo autónomo, siendo absolutamente dependiente de las personas encargadas de su cuidado.

Hay que tener en consideración en primer lugar que la citada figura delictiva se encontraba regulada en el Código penal de 1973 en el TÍTULO XII, titulado "De los delitos contra la libertad y seguridad", siendo el CAPÍTULO PRIMERO "De las detenciones ilegales" y el CAPÍTULO II "De la sustracción de menores", por lo que sistemáticamente, el legislador ha querido integrarlo como delito contra la libertad.

No puede afirmarse la existencia de una diferencia de bien jurídico protegido en las figuras tipificadas en uno y otro capítulo, sino que la sustracción del menor se integraba igualmente dentro de los delitos contra la libertad y seguridad de la que también se consideraba titular al menor de 7 años, sin perjuicio de que en el caso del menor el ejercicio de la libertad deambulatoria responde a especiales características, habida cuenta su incapacidad física y psicológica para ejercitar su ámbito de libertad, sino que éste es ejercido provisionalmente por las personas encargadas de su guarda.

En definitiva, el bien jurídico protegido en la sustracción de menores del art. 484 del Código Penal de 1973 sí sería la libertad del recién nacido, en ese momento ejercitada por representación o "vicarialmente" por sus padres, tutores o guardadores.

Desde tal posicionamiento podría entenderse, y así lo hace esta Sala, que la acción objeto del presente procedimiento y sancionable con arreglo al Código Penal de 1973 como delito de sustracción de menores, tendría encaje en la actual figura de la detención ilegal, y ello ha sido así declarado en reiteradas ocasiones por la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Resultan de obligada cita al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 788/2003, de 29 de mayo de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:3682), y la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 492/07, de 7 de junio de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:4526). Esta última, con cita literal de la primera (núm. 788/2003) se razona así:

"Según se decía en la STS nº 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 nº 1519/1999, de 22 de octubre y STS nº 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. sª 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") (STS de 3 de octubre de 1996, 6 de junio de 1997 y 12 de mayo de 1999, entre otras muchas)", (STS nº 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 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 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".

También se reconoce expresamente la posibilidad de calificar de delito de detención ilegal la realización de la acción respecto de un menor de edad en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, sección 1 del 10 de noviembre de 2010 "(...) Y ello es lo que sucede en el presente caso, por cuanto el acusado privó a la menor de la libertad de movimientos cuando la retiró mediante engaños del centro docente donde se hallaba ubicada por decisión de sus padres y estuvo callejeando con ella en el vehículo durante media hora. . Por consiguiente, es claro que, al trasladar a Valle de un lugar para otro en el interior del coche, fuera del entorno donde tenía que estar y sin que la menor tuviera la posibilidad de abandonar el coche para regresar al colegio, incurrió en el delito de detención ilegal, al concurrir los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. (...)".

En el mismo sentido, la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, sección 1 del 24 de noviembre de 2004 "Por ello, se considera que lo que se protege en el delito de detención es la libertad potencial de movimiento, y ésta se concibe como la posibilidad teórica que tiene el afectado de formar la voluntad de movimiento, de manera que el sujeto del delito será todo aquel que tenga tal capacidad teórica, entre la que se incluirá a los que transitoriamente están privados de esa capacidad. Se admite así, el delito respecto de los incapaces momentáneos de movimiento como personas dormidas, inconscientes y embriagados plenos y respecto a los incapaces de movimiento por largo tiempo o de forma permanente, argumentándose a favor de esta posición que la libertad de movimiento es un bien jurídico especialmente importante, reconocido como derecho fundamental, lo que aconseja una interpretación extensiva del concepto de privación de libertad que permita incluir también a los incapaces de voluntad. Además, se dice, en caso contrario, se llegaría a una interpretación opuesta al sentido moral, pues una persona transitoriamente incapaz de actuación de voluntad podría ser encerrada o transportada arbitrariamente como si fuera una cosa, impunemente".

En definitiva, debe sostenerse que sujetos pasivos del presente delito pueden serlo "los que se hallan en situación de involuntariedad", así como los que "adolecen de incapacidad de acción volitiva en el momento de la acción típica".

Así, en el presente caso, y a tenor de las consideraciones expuestas a la hora de valorar el material probatorio, resulta que la acción del acusado consistió en "disponer" del recién nacido, la hoy denunciante, Silvia, arrebatándola del ámbito de su legítima filiación para entregarla a otra familia, sin que desde luego pudiera la menor prestar su consentimiento, y sin que tampoco conste el consentimiento de sus progenitores, quienes se vieron asimismo privados de su derecho a velar por la menor.

No ha aportado el acusado ninguna explicación respecto de la forma en que la recién nacida llegó a su poder y el motivo por el que decidió entregarla a otras personas, haciendo constar además como auténtica la falaz filiación.

En todo caso, resulta evidente que fue necesario el concurso de más personas para consumar la acción, sin embargo sólo el hoy acusado figura como tal, sin perjuicio de las demás personas que necesariamente hubieron de tomar parte en los hechos, a salvo de los progenitores que acogieron a la menor a sabiendas de que no era su hija y que no se habían realizado los trámites precisos para la adopción y que la niña era hija de otras personas, cuyo consentimiento en ningún caso recabaron ni constaba de forma explícita ni implícita, al haberse realizado el acogimiento de la menor fuera de los cauces legales.

Tal cuestión no es baladí, ya que pese a afirmar el acusado no haber quebrantado la ley ni haber

falsificado documento alguno, es lo cierto que ello no es así.

En la época en que ocurrieron los hechos la materia relativa a la adopción había sido modificada por la Ley de 24 de abril de 1958, que modificó el artículo 172, estableciendo dos clases de adopción la plena (reservada a abandonados y expósitos) y la menos plena.

Estableciendo en el artículo 175 los efectos de la adopción, señaladamente su irrevocabilidad, a salvo de a reclamación por parte de los progenitores legítimos o del propio adoptado. Así rezaba el artículo:

"La adopción es irrevocable.

Podrán pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción del menor o incapacitado:

Primero. El padre o madre legítimos o naturales durante la minoría o incapacidad del adoptado si el hijo hubiere sido abandonado o expósito y ellos acreditaren suficientemente su falta total de culpabilidad en el abandono y su buena conducta a partir de éste. Y el Ministerio Fiscal cuando lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten el cuidado del adoptado.

El Juez ponderará los motivos alegados y muy especialmente la moralidad de los padres y el tiempo transcurrido desde la adopción, oyendo al adoptado si su estado de razón lo aconseja y resolviendo lo que estime más conveniente para éste.

Segundo. El mismo adoptado dentro de los cuatro años siguientes a la mayoría de edad o a la fecha en que la incapacidad haya desaparecido, siempre que se funde en alguna de las causas que den lugar a la desheredación de los ascendientes.

En los casos en que se declare extinguida la adopción quedará sin otros efectos que los ya consumados.

El reconocimiento de la filiación natural del adoptado o su legitimación no afectará a la adopción".

Se regula en el artículo 176 la forma y requisitos en la tramitación del expediente, que se encomienda a los establecimientos de acogida de los menores:

"La adopción se autorizará previo expediente, en el que necesariamente se manifestará a la presencia judicial el consentimiento del adoptando mayor de edad, si fuera menor o incapaz, el de las personas que debieran darlo para su matrimonio, y si fuere casado, el de su cónyuge.

Si el adoptando estuviere sometido a la tutela de una Casa de Expósitos u otro Establecimiento de beneficencia, el expediente se tramitará exclusivamente por la Administración de éste, haciendo las comprobaciones necesarias, oyendo al adoptado, si tuviere suficiente juicio, y a sus más próximos parientes, si fueren conocidos. El expediente se elevará al Juez, quien, en el plazo de ocho días, y previa audiencia del Ministerio Fiscal, lo aprobará o señalará las causas que lo impidan.

Será nula la adopción en la que no se cumplan estos requisitos".

Y por último, a los efectos que aquí son de relevancia, el artículo 178, en el que se regulan las condiciones en las que pudiera llevarse a cabo la adopción de los menores abandonados o expósitos:

"Sólo podrán adoptar plenamente los cónyuges que vivan juntos, procedan de consuno y lleven más de cinco años de matrimonio. También podrán hacerlo las personas en estado de viudedad.

Únicamente podrán ser adoptados los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, lleven más de tres en tal situación, o siendo mayores de catorce años fueron prohijados antes de esta edad por los adoptantes.

El adoptado, aunque conste su filiación, ostentará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes.

El Registro Civil no publicará, a partir de la adopción, los apellidos impuestos al adoptado en su

inscripción de nacimiento ni dato alguno que revele su origen. No obstante, el Juez de Primera Instancia podrá acordar que se expida certificación literal del acta de inscripción de nacimiento del adoptado a solicitud de quien justifique interés legítimo y razón fundada para pedirla. La resolución judicial no será necesaria si el solicitante fuese el propio adoptado mayor de edad".

Así pues, como se deduce del articulado de la ley, se establecía un procedimiento reglado, en el cual se disponen normas tendentes a asegurar la corrección de expediente y a salvaguardar los derechos de los progenitores legítimos y el acceso a los datos reales de filiación en la forma y condiciones que se han descrito.

En tales condiciones resulta diáfano que la entrega realizada se hizo omitiendo de forma deliberada la normativa vigente, sin que conste en consecuencia la existencia de un acto de abandono por parte de los padres biológicos, que no consta hicieran entrega del menor en las condiciones señaladas por la ley para que pudiera llevarse a cabo la adopción, por lo que no puede afirmarse la existencia de consentimiento alguno para la entrega, impidiendo además el acusado, con su constante negativa de los hechos, el hallazgo de cualquier dato sobre la auténtica filiación.

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados son asimismo constitutivos de un delito de suposición de parto cometido por facultativo, del artículo 220.1 y 222 del Código Penal vigente, que asimismo aplicamos con carácter retroactivo por ser más favorable que el precepto vigente a la fecha de los hechos, el 468 y 469 del Código Penal de 1944.

El actual artículo 220 sanciona:

- "1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años.*
- 2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación.*
- 3. La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años.*
- 4. Los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años.*
- 5. Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centros sanitarios o socio-sanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a un año".*

Y el 222:

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

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

Por su parte, en el Código Penal de 1944, que era la legislación vigente a la fecha de los hechos, la conducta venía tipificada en los artículos 468 y 469:

"468. La suposición de parto y la sustitución de un niño por otro serán castigadas con las penas de presidio menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas.

Las mismas penas se impondrán al que ocultare o expusiere un hijo legítimo, con ánimo de hacerle perder su estado civil.

469. *El facultativo o funcionario público que abusando de su profesión o cargo, cooperare a la ejecución de alguno de los delitos expresados en el artículo anterior, incurrirá en las penas del mismo y, además, en la de inhabilitación especial".*

Por ello, al igual que en el anterior supuesto, se considera más favorable la legislación actual por la mayor levedad de la sanción aparejada a la conducta.

En cuanto a la naturaleza del delito imputado, encontramos un completo análisis de la figura delictiva en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Penal sección 1 del 06 de junio de 1980, que al analizar el precepto concluye que *"El delito de suposición de parto, que determinado sector doctrinal fija su antecedente legislativo en la Lex Cornelia de Falsis y su tipificación actual en el Código Penal de 1850, reclama para su existencia los requisitos siguientes: Primero. En cuanto a la dinámica de la acción, el fingimiento o simulación del alumbramiento de un ser nacido, efectuado por actos reales o una conducta que lleve consigo la realización de hechos que aparenten la existencia del parto, en cuanto que éste, como fenómeno biológico, está caracterizado por ciertos elementos externos y la tipología delictiva se describe con la suposición del mismo hecho del parto, con lo que no deben ser considerados dentro de la misma, las meras manifestaciones o fingimientos ideales del alumbramiento, que cuando atentan contra el estado civil de las personas son susceptibles de tener encaje en otras figuras penales.-Segundo. En cuanto a la culpabilidad o elemento psíquico delictivo, que el agente de la acción, no solamente tenga conciencia y voluntad de la misma, sino que vaya acompañada del ánimo tendencia! de modificar el estado civil del nacido; y Tercero. Que el juicio valorativo sobre la antijuricidad se determine no solamente con el sentir general del grupo, de acuerdo con la norma social de la convivencia humana, sino también con el relativo a la filiación y elementos específicos que caracterizan la existencia del parto en sí".*

Ello no implica que formen parte del tipo los actos previos simuladores de la situación de embarazo. Y así se deduce de forma clara del contenido de la sentencia antes citada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 07 de junio de 2007, atendido el relato de hechos probado y la fundamentación jurídica de la sentencia, en la que se hace contar que los allí condenados se presentaron públicamente como padres y abuelos respectivamente de la criatura que había sido sustraída a su madre, por cuyo asesinato también fueron condenados.

También en la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección primera de 16 de octubre de 2002, donde se afirma que *"la inveraz maternidad relatada en el meritado cuestionario para la declaración no es en el caso presente un ingrediente más de la suposición de parto, sino su misma esencia";* y más adelante continua razonando que *"En efecto el primero (el delito de suposición de parto) consiste en simular por cualquier medio haber dado a luz un niño, sin que, al radicar el núcleo del injusto en la ley vigente en el ataque a los derechos del recién nacido, se precise para su comisión el fingimiento del parto como hecho fisiológico caracterizado por determinados elementos externos; así pues la atribución que la acusada se hace a sí misma del alumbramiento en la declaración presentada en el Registro Civil, al ser idónea para producir la lesión perseguida consuma el delito, con independencia de no' haya llegado a extenderse la inscripción de su supuesta maternidad".*

Tales elementos concurren en el supuesto de autos, en el que, como ya hemos reiteradamente explicado, el acusado, al firmar la certificación del facultativo, estableció la existencia de un parto que no había tenido lugar, aquel por el que Luisa habría dado a luz a Silvia, hecho éste que no ocurrió, tal y como se ha acreditado en virtud de los medios probatorios que hemos señalado, y que, con la finalidad de dejar constancia de ello y establecer la falaz filiación del menor firmó el certificado, entregando la recién nacida a los supuestos padres que no lo eran, con cuya certificación fue inscrito el nacido en el Registro Civil, hecho que debe ser apreciado como constitutivo del delito de falsedad en documento oficial al que nos referiremos seguidamente.

En cuanto a la compatibilidad de dicho delito con el de detención ilegal, la antes mencionada

sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2007 estableció que: "*En cuanto a la compatibilidad de los delitos de detención ilegal y de suposición de parto, nada impide cometer el segundo sin necesidad de afectar a los intereses protegidos por el primero. Efectivamente, el delito de suposición de parto no implica un conflicto con la voluntad de quien ejercita por el menor su derecho a la libertad deambulatoria, de manera que no siempre se producirá una afectación de este bien jurídico*".

TERCERO.- Asimismo los hechos son constitutivo de un delito de falsedad en documento oficial del artículo 392 y artículo 390.1, apartados 2º y 3º del Código Penal en relación de concurso medial con el delito de suposición de parto, siendo de aplicación el artículo 77, 1 y 3 del Código Penal del Código Penal en su redacción vigente.

Artículo 390: "*1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:*

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

2. Será castigado con las mismas penas a las señaladas en el apartado anterior el responsable de cualquier confesión religiosa que incurra en alguna de las conductas descritas en los números anteriores, respecto de actos y documentos que puedan producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil".

Artículo 392: "*1. El particular que cometiére en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses*".

Artículo 77: "*1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.*

2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior".

Con arreglo a la redacción vigente a la fecha de ocurrir los hechos, el Código Penal de 1944, los hechos serían constitutivos de un delito de falsedad en documento oficial de los artículos 302 y 301 del Código Penal.

Artículo 302. "*Será castigado con las penas de presidio mayor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas el funcionario público que, abusando de su oficio, cometiera falsedad:*

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

3.º Atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho.

4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos.

5.º Alterando las fechas verdaderas.

6.º Haciendo en documento verdadero cualquiera alteración o intercalación que varíe su sentido.

7.º Dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto o manifestando en ella cosa contraria o diferente de la que contenga el verdadero.

8.º Intercalando cualquiera escritura en un protocolo, registro o libro oficial.

9.º Simulando un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

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

Artículo 303. "El particular que cometiere en documento público u oficial, o en letras de cambio u otra clase de documentos mercantiles, alguna de las falsedades designadas en el artículo anterior, será castigado con las penas de presidio menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas".

Artículo 71. "Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro.

En estos casos se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse, penando separadamente los delitos.

Cuando la pena, así computada exceda de este límite, se sancionarán los delitos por separado".

Resulta pues que, al igual que en los supuestos anteriores, es más favorable la actual redacción por ser más leves las penas a imponer que con arreglo a la legislación vigente a la fecha de ocurrir los hechos, por lo que resulta obligada la retroacción de la ley penal más favorable.

En cuanto a la acción realizada, resulta diáfano a tenor de lo expuesto que la misma íntegra un delito de falsedad en documento público u oficial cometido por facultativo. Y al respecto podemos encontrar resoluciones que así lo aprecian tanto en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo como en la de las audiencias provinciales.

Así en la sentencia de la sección 1 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 06 de junio de 1980 (ROJ: STS 4152/1980 - ECLI:ES:TS:1980:4152), se recoge que "CONSIDERANDO que el primer motivo articulado por la defensa de la procesada -cuarto sometido a la decisión de esta Sala-, articulado por entender que los artículos 303 y 302, número cuarto del Código Penal, han sido aplicados indebidamente, al fundamentarse en que el documento a través del cual se ha cometido la alteración de la verdad -falsedad-, no reviste el carácter de oficial, necesario para poderse tipificar la conducta como delictiva, debe ser igualmente desestimado, porque, de acuerdo con la doctrina reiterada de este Tribunal -sentencias 10 de junio de 1974 y 15 de junio de 1979, entre otras-, el documento de esta naturaleza está integrado, no solamente por el hecho de ser expedido por funcionarios encargados de servicios, públicos de acuerdo con las formalidades legales y en atención a estos servicios, sino también por aquellos que realizados por particulares adquieren el carácter de oficialidad al unirse a actuaciones oficiales o presentarse ante funcionario de organismo público, en cuanto que provocan una actividad de interés social del Estado, Provincia o Municipio, y la incorporación les dota de eficacia suficiente para producir efectos en el servicio oficial a que se destinan, y porque del análisis de los supuestos tácticos se desprende, con claridad, que la procesada, "profesora en partos», suscribió parte facultativo, que motivó la inscripción correspondiente de filiación en el Registro Civil, al ser presentado en este organismo público, en el que se hacía constar

que había asistido a un parto, del que había nacido una determinada persona, no habiendo sido realidad, y este parte facultativo, con contenido falsario, adquiere el carácter de documento oficial de acuerdo con el criterio jurisprudencial acabado de exponer".

También en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de fecha 05 de septiembre de 2008 (ROJ: SAP SA 463/2008-ECLI:ES:APSA:2008:463) en un supuesto semejante, se razona que: *"El recurso se ha de desestimar, por cuanto resulta fácil comprender a tenor del art. 44 de la Ley del Registro Civil y los arts. 167 y 168 de su Reglamento, que para la inscripción de nacimiento resulta necesario el certificado facultativo, que acredita el nacimiento de una persona, y también, el cuestionario que se ha de rellenar, pues en el mismo han de constar todos los datos necesarios que han de configurar la identidad del mismo, en cuanto a paternidad, maternidad y filiación. Como además, el certificado facultativo, a efectos identificadores de la persona que ha dado a luz, se cubre previa comprobación de los datos que constan en el Libro registro del hospital, todo ello supone una unidad documental que refleja la interdependencia de lo que se hace constar en el parte facultativo y en el cuestionario. Si se ha alterado la identidad del ingreso de la persona que ha de dar a luz y verificado el parto, al nacido se la manipula su identidad, mediante la constancia de datos falsos en el Registro de admisión, en base a cuyos datos se ha extendido el certificado médico, para, finalmente, tergiversar los datos del cuestionario, con la finalidad de desviar la maternidad hacia persona que no ha dado a luz, es evidente que la falsedad se ha operado en los términos que ha expuesto la sentencia apelada".*

A tenor de la doctrina expuesta, no hay duda de que existió una falsedad al hacer constar el acusado los datos a los que reiteradamente hemos hecho referencia, y que resultaría encuadrable en la falsedad contemplada en los números 2 y 3 del citado artículo 390.

Y ello aunque se entendiese que es documento oficial por destino; es preciso que la falsedad produzca o pueda producir una efectiva lesión de las funciones que en el tráfico jurídico cumple el documento falseado y, con arreglo al artículo 44 de la Ley del Registro Civil y los 167 y 168 de su Reglamento, no basta para practicar la inscripción la declaración, ya que se requiere el parte del médico o comadrona coincidente con ella en los datos correlativos o en otro caso la comprobación del hecho por los procedimientos reglamentarios, con lo que lo decisivo es la falsedad del referido parte.

Si bien, y aunque ello carecería finalmente de trascendencia por los motivos que explicaremos más adelante, no es dudoso que hay falsedad en el parte facultativo, que recoge la intervención de personas que no lo han tenido, con las consecuencias que se han descrito; ahora bien, el examen del documento falsificado, sujeto a modelo oficial integrado en el mismo impreso que el cuestionario para la declaración, muestra que se trata de un certificado y, por consiguiente, el tipo aplicable podría ser el del artículo 399, en relación con el 397, "El facultativo que librare certificado falso será castigado con la pena de multa de tres a doce meses", al no constreñirse ya, a diferencia del Código derogado, el certificado a algunos supuestos.

Por último resaltar la estrecha relación existente entre el delito de falsedad y el de suposición de parto, al constituir el primero el medio para cometer el segundo, entendiéndose no obstante la Sala, al igual que lo hacen las acusaciones, que ambos gozan de sustantividad propia, sin que sea dable integrar el primero como parte de la acción constitutiva del segundo, sino de medio para su eficaz comisión.

CUARTO.- Mencionar por último que la Acusación particular hace referencia al delito de adopción ilegal, previsto y penado en el artículo 221 C.P., si bien no consta petición de condena por tal delito, por lo que no puede considerarse válidamente formulada acusación por dicho tipo delictivo, que no sería de aplicación al no estar vigente en la fecha de la ocurrencia de los hechos, y al no concurrir los requisitos señalados en el tipo, ya que no consta la existencia de prestación económica alguna en la

acción realizada.

El artículo 221 dispone que: "*1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.*

2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años"..

QUINTO.- Por lo que se refiere a la autoría, debemos realizar un análisis separado respecto de cada uno de los delitos objeto de la presente causa.

En relación con el delito de detención ilegal, el Ministerio Fiscal considera que el acusado deberá responder en concepto de cooperador necesario, mientras que la acusación personada en nombre de SILVIA considera que deberá responder en concepto de autor.

La Sala considera que el acusado deberá responder a título de autor del delito de detención ilegal, ya que, ha ejecutado directa, material y voluntariamente los hechos constitutivos del tipo penal previamente definido, y ello de conformidad con los artículos 27 y 28 del Código Penal.

Y así se considera porque, no obstante el concurso de otras personas, debe considerarse que el acusado ha realizado por sí mismo actos esenciales o nucleares de la infracción, conforme el relato contenido en el "factum", puesto que fue él la persona que dispuso la entrega de la niña a los que, en lo sucesivo, figuraron como sus padres legítimos. La niña evidentemente tenía un padre y una madre, a los que se privó de la misma, y fue el acusado quien tenía la niña en su poder en el momento de realizar la entrega a los nuevos "padres", y de realizar la certificación en la que hacía constar el alumbramiento de la misma por la otrora imputada.

Con iguales fundamentos, y sin perjuicio, como ya hemos repetido, del concurso de otras personas en su caso, el acusado deberá responder a título de autor de los delitos de suposición de parto y falsificación de documento oficial o certificado, puesto que del relato contenido en la certificación suscrita de su puño y letra, según lo más arriba expuesto, resulta que fue su acción la que permitió que se consumara tanto la falsificación, como la suposición de parto, puesto que fue él quien hizo constar los datos falaces acerca del parto nunca producido en el formulario cuyo destino era el registro civil, según explicamos más arriba.

SEXTO.- Dicho todo lo cual, y sentada la existencia de los delitos objeto de la acusación, debemos analizar la concurrencia del instituto de la prescripción, según lo interesado como cuestión previa por la defensa del acusado y reiterado en su informe final.

I.- Ya desde antiguo, y siguiendo un criterio que no se ha modificado, La Sala Segunda del Tribunal Supremo tiene declarado reiteradamente que 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 cuál haya sido la causa inmediatamente productiva del transcurso del plazo que la Ley señala (sentencia 10 de mayo de 1989). En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (sentencia 83/89 de 10 de 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 transcurridos 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 este mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo núm. 421/2004 de 30 de febrero recuerda como *"Reiterada jurisprudencia de esta Sala ha reconocido, por lo que ahora importa, la naturaleza sustantiva de la prescripción y la posibilidad de ser apreciada de oficio en cualquier instancia de la causa en cuanto se manifiesten con claridad los requisitos que la definen y condicionan (T.S 224/2002 de 12 de febrero)."*

Y como consecuencia de todo ello, así se recoge en la actual redacción del Código Penal (artículo 130) y en todas las anteriores leyes penales, la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal.

II.- Dicho lo cual hemos de pasar a analizar las cuestiones que en el presente caso deben ser puestas de manifiesto para concluir la existencia y operatividad del instituto de la prescripción.

En primer lugar debemos de tomar en consideración que los tres delitos de los que se ha considerado autor al acusado constituyen un conjunto punitivo, en íntima relación de conexión, tal y como se deduce sin dificultad del análisis de las conductas imputadas que hemos llevado a cabo en los precedentes fundamentos jurídicos.

La interpretación según la cual "mientras el delito principal no prescriba, no pueden entenderse prescritos los delitos que podemos llamar, a estos efectos, subordinados", (STS 686/95, de 18 de mayo), sólo tiene sentido en aquellos supuestos en los que los delitos en concurso forman parte de una "realidad delictiva global proyectada por el autor y la consideración conjunta de ella resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo en su totalidad" (STS 2040/2002, de 9 de diciembre). En otros términos, la consideración conjunta del término de prescripción tiene sentido en los supuestos, no tanto de concurso real, sino de consideración conjunta del hecho como una unidad o como medio.

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 conexada 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 un 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)".

Criterio jurisprudencial que es confirmado en la dicción del Código Penal que señala en el Artículo 131, apartado 4 *"En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponde al delito más grave"*.

Así pues, y de conformidad con tal criterio, el plazo de prescripción será el correspondiente al delito más grave, que es el de detención ilegal, que por la aplicación de los artículos 163, 1 y 3 y 165, tiene señalada pena de prisión de cinco a ocho años que debe ser impuesta en su mitad superior, por lo que el plazo de prescripción será el de diez años, de conformidad con lo prevenido en el artículo 131 del Código Penal.

III.- El problema que se plantea a continuación, y que ha generado un gran debate judicial en los casos seguidos por los casos denominados de los niños robados, y que han dado lugar a resoluciones de distinto signo en las distintas Audiencias Provinciales, y también en esta de Madrid, es la de cuál debe ser el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción.

Las dos posturas que se plantean en la Jurisprudencia menor son la de señalar el "dies a quo" para el inicio de la prescripción el día en el que el menor alcanza la mayoría de edad, y la segunda, la que señala como fecha de inicio el momento en el que la persona ilícitamente sustraída de su entorno familiar cobra conocimiento de los hechos.

Tal planteamiento se funda en el carácter del delito de detención ilegal como delito permanente, cuya consumación no se agota en el acto de la aprehensión, sino que continúa ejecutándose mientras se mantiene la situación de encierro o privación de libertad.

Así lo ha declarado de forma constante y desde antiguo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que citamos como exponente la contenida en el auto de fecha 15 de diciembre de 2016, que razona que: *"El delito de detención ilegal, hemos dicho en STS. 927/2013 de 11.12, es un delito permanente en el que sus efectos se mantienen hasta la liberación de la víctima por lo que admite la participación posterior a la consumación, dado que la privación de libertad permanece en el tiempo hasta su cesación, por lo que existirá autoría y participación después de la consumación si el comportamiento del autor cae dentro del tipo penal y la participación del partcipe va referida a la acción u omisión típica que se sigue realizando. El delito permanente se caracteriza porque la acción continua, de forma ininterrumpida realizando el tipo después de la consumación. Por ello quien interviene después de la consumación del delito, si realiza actos ejecutivos será coautor y si participa en la acción u omisión típica, que se sigue realizando, será cooperador o cómplice, según los casos (STS 1323/2009 de 31 de diciembre)."*

Es por ello primordial el determinar cuál es el momento en que debe entenderse cesada la situación de privación de libertad.

Para ello hemos de remontarnos a las consideraciones expuestas en el fundamento jurídico primero de la presente resolución respecto a cómo debe ser entendida la privación de libertad del menor víctima del hecho, en el supuesto sometido a examen. Allí nos referíamos a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 492/07, de 7 de junio de 2007, reiterando aquí la cita en cuanto a la definición del contenido de la privación de libertad del menor *"...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 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,...".

Partiendo de tal consideración entiende la Sala evidente que la limitación de libertad termina en el momento en que el menor alcanza la mayoría de edad, puesto que es a partir de ese momento cuando ya su libertad se ejercita de modo independiente, sin precisar del auxilio de sus tutores o guardadores, terminando así la ficción jurídica elaborada para determinar el contenido de la libertad ambulatoria del menor.

IV.- En el presente caso concurren además circunstancias especiales que se deducen de la propia declaración de la denunciante y que abundan en la consideración de que ese, el de la mayoría de edad, debe ser el criterio tomado en consideración como fecha de inicio de la prescripción. Las acusaciones sostienen que el "dies a quo" debe ser computado a partir del 25 de julio de 2010, fecha en la que la denunciante, a partir de una información publicada en el diario "EL PAIS" tomo conciencia de su situación de "niño robado", solicitando la certificación literal de nacimiento y las pruebas biológicas que acreditaban la falsedad de la maternidad constatada en la certificación registral.

Evidentemente, el considerar tal fecha para el inicio del cómputo carece de fundamento jurídico, puesto que podía ser esta fecha o cualquier otra en la que la denunciante tomara conciencia de su posible situación, lo que afecta de modo importante al principio de seguridad jurídica.

Pero es que además, en el caso presente, justamente al alcanzar la mayoría de edad, la madre de la denunciante le contó la verdad respecto a su situación familiar, relatándole que había sido adoptada. Y según relató Luisa, el padre Sebastián le había sugerido que le dijera a la niña que sus padres habían muerto en un accidente, diciendo ésta que ella le diría la verdad. Y además de ello también relató la denunciante que le preguntó al padre Sebastián, quien falleció, según la propia declarante, en el año 2001, "quién era su madre y él le dijo que no le podía decir nada".

Así pues en el presente caso, la mayoría de edad de la denunciante coincide con la toma de conocimiento de las circunstancias de su situación familiar, por lo que evidentemente, a partir de ese momento pudo realizar las pesquisas y acciones que tuviera por conveniente, ya que no dependía para el ejercicio de sus derecho de persona alguna, y su libertad, hasta entonces limitada de la forma que hemos explicado, queda expedita.

Por otra parte, la dicción legal del artículo 132, en su apartado primero dispone que:

"1. Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.

*En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, trata de seres humanos, **contra la libertad**, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidación, 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".*

Así pues el legislador ha recogido este principio en el Código Penal, recogiendo así las tesis jurisprudenciales que se han expuesto respecto de la plena autonomía que confiere el alcanzar la mayoría de edad, lo que permite al sujeto pasivo de los delitos a que hace referencia el precepto iniciar las acciones pertinentes respecto de los hechos sufridos mientras duró la minoría de edad y por consiguiente la dependencia de las personas encargadas de su guarda.

V.- Por lo que se refiere al delito de suposición de parto, no se plantea discusión alguna al respecto, al tratarse de un delito de consumación instantánea, aun cuando sus efectos sean permanentes, por

lo que es la fecha de su consumación la del inicio del cómputo para la prescripción.

VI.- Por lo que se refiere al delito de falsedad, pese a ser también un delito de consumación instantánea con efectos permanentes, se postula por las acusaciones que, atendido el hecho de que, puesto que la falsedad afecta al estado civil, y que sigue constando en el Registro la falaz filiación de la denunciante, se considera que el delito se sigue cometiendo hasta tanto se pueda proceder a determinar la auténtica filiación de la perjudicada.

Dicha tesis fue sostenida por la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial al resolver acerca de los recursos interpuestos en la instrucción de la presente causa en relación con las reiteradas peticiones formuladas por la defensa en orden a que fuera declarada la prescripción de los delitos objeto de la presente. (Autos núm. 1189/2016 de 24 de octubre y 1246/2016 de 4 de noviembre La Sala sin embargo no comparte dicha tesis. La consumación del delito de falsedad es instantánea, sin perjuicio de que sus efectos se perpetúen en el tiempo.

En este sentido es unánime la Jurisprudencia de la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo, al considerar que toda falsedad documental, se consuma en el instante mismo de la alteración, ocultación o mutación de la verdad, cualesquiera que sean los propósitos ulteriores. La fecha de consumación de este ilícito es por tanto incuestionable ya que se trata de un delito instantáneo que queda consumado cuando se materializa la acción falsaria sobre el soporte del documento. Y ello sucede a partir de que éste se confecciona y consta configurado con una virtualidad o idoneidad suficiente para que pueda surtir efecto en cualquier momento en el tráfico jurídico. No se exige, por tanto, ninguna continuidad o permanencia en el tiempo de la actividad ilícita para que el delito resulte consumado.

"El delito de falsedad, a lo sumo, podría considerarse como lo que la jurisprudencia ha denominado un delito instantáneo de efectos permanentes. Se trata de delitos que si bien quedan consumados de forma instantánea en cuanto se materializan los elementos exigidos por el tipo penal, sin embargo, los efectos de la ilicitud de la conducta permanecen en el tiempo. Y ello es lo que sucede, en efecto, con el delito de falsedad cuando, tras haberse confeccionado el documento, éste permanece operando en el tráfico jurídico por un periodo dilatado en el tiempo. Ahora bien, el hecho de que los efectos del delito permanezcan en el tiempo no quiere decir que deje de ser un delito instantáneo, y por tanto ha de computarse como día inicial de la prescripción la fecha en que el delito quedó consumado y no la final del periodo en que estuvo haciendo efecto la ilicitud pues ello supondría alargar o dilatar el plazo de la prescripción con una interpretación de la norma que se opone al principio de legalidad penal" (STS 839/2002, de 6 de mayo).

"Así las cosas, no se está ante un delito permanente propiamente dicho, como serían por ejemplo los delitos de detención ilegal, el de ocupación de bienes inmuebles, el de abandono de familia o incluso el delito de tenencia ilícita de armas. El delito de falsedad, según hemos ya señalado, se trata de un delito, a lo sumo, de consumación instantánea y de efectos permanentes, que queda por tanto fuera de la categoría específica del delito permanente contemplado al regular el plazo de la prescripción en el art. 132.1 del C. Penal. De ahí que no quepa alargar o dilatar el plazo de la prescripción con una interpretación de la norma que se opone al principio de legalidad penal, aplicable de forma imperativa y con una incidencia muy especial en el marco punitivo". (Audiencia provincial de Álava. sección segunda del 27 de febrero de 2018).

La más reciente Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Suremo mantiene dicha tesis en sentencia de la sección 1 del 11 de abril de 2018: *"Según el relato de hechos probados de la sentencia recurrida el documento reputado falso, es decir, la escritura privada que un tercero rellenó con datos mendaces a instancias del recurrente, se cumplimentó entre el «01.07.2008 y el 08.07.2008». Esta es la horquilla cronológica que marca el momento de consumación. La falsedad en documento privado es un delito instantáneo de efectos permanentes, que se consume en el momento*

en el que se elabora con vocación de ser utilizado, es decir, desde que colma sus presupuestos de tipicidad, por lo que todo uso posterior debe considerarse agotamiento del delito". Y ello reiterando Jurisprudencia constante, entre otras la sentencia de 19 de mayo de 2009 estableció que "quedó dicho que el delito de falsificación de documento privado del art. 395 del Código Penal exige la intención de perjudicar, sin que para su consumación se necesite la efectiva causación del perjuicio, porque es delito de resultado cortado. En él la producción de este perjuicio pertenece al agotamiento del delito ya cometido por el falsificador. En consecuencia, si el falsificador luego lo usa y con ello materializa el perjuicio buscado realizando tras la consumación lo que ya estaba comprendido en el dolo del tipo de falsedad, no comete un nuevo delito de uso de documento falso, al que se equipara, como forma específica del uso, su presentación en juicio, sino que desarrolla con su conducta el simple agotamiento del delito de falsedad anteriormente consumado".

VII.- Por último, la Sala es consciente del desgarró que las conductas enjuiciadas ocasionan a las víctimas de los mismos. Sin embargo, aun cuando los Tratados Internacionales sobre la materia fijan la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, esa exigencia que ha sido llevada a nuestro ordenamiento jurídico interno, tiene una aplicación de futuro y no es procedente otorgarle una interpretación retroactiva por impedirlo la seguridad jurídica y el art. 9.3 de la Constitución y arts. 1 y 2 del Código Penal. Dicho razonamiento supone una ficción jurídica contraria a los artículos 1.1º del Código Penal : "No será castigada ninguna acción u omisión que no esté prevista como delito o falta al tiempo de su comisión" y artículo 4.1º del Código Penal: "Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas"; en consecuencia no puede pretenderse aún con la loable finalidad de obtener respuesta a situaciones jurídicas merecedoras de tutela, ampliarse el ámbito propio del derecho penal; de aplicación necesariamente restrictiva.

VIII.- Como consecuencia de todo lo anterior, habida cuenta que la fecha en que la perjudicada alcanzó la mayoría de edad fue el 4 de junio de 1987, y que el plazo de prescripción señalado por la Ley para el delito mas grave, el de detención ilegal, es de 10 años, a la fecha de la presentación de la denuncia, abril de 2012, los delitos denunciados estaban prescritos, debiendo en consecuencia dictarse sentencia absolutoria para el denunciado por operar el instituto de la prescripción.

SÉPTIMO.- En su escrito de acusación, elevado a definitivo en el acto del Juicio Oral, el Ministerio Fiscal solicito que, en caso de sentencia condenatoria, se remitiera testimonio de la misma al Registro Civil a los efectos oportunos.

Es lo cierto que, no obstante ser de signo absolutorio la presente sentencia, ello lo es por la operatividad del instituto de la prescripción, conteniendo no obstante, en el relato factico, la descripción de los hechos relativos a la aportación de datos falsos al Registro en virtud de la falsa certificación emitida por el acusado, por lo que la Sala considera procedente la remisión de dicho testimonio según lo solicitado al Registro Civil, para su debida constancia.

OCTAVO.- Por último, nos queda hacer referencia a la petición formulada por el Ministerio fiscal en vía de informe, en el sentido de que se acordara deducir testimonio contra la esposa del acusado LAURA por no haber querido la misma desvelar la identidad de la niña, por presumir la representante de dicho Ministerio Fiscal que tales datos le eran conocidos.

Tal petición no va a ser estimada.

Sin perjuicio de que la Sala no estima probado que la testigo tuviera conocimiento de dato alguno al respecto, es lo cierto que el Ministerio Fiscal puede ejercitar las acciones que estime procedentes.

NOVENO.- Recaída sentencia absolutoria, deberán declararse de oficio las costas procesales causadas.

FALLAMOS

QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a ANTONIO de los delitos de DETENCION ILEGAL, SUPOSICION DE PARTO Y FALSEDAD EN DOCUMENTO OFICIAL de que venía siendo acusado por operar el instituto de la PRESCRIPCIÓN, debiendo declarar de oficio las costas procesales causadas.

Firme la presente resolución, remítase testimonio de la misma al Registro Civil a los efectos oportunos.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación del que conocerá la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días hábiles a contar desde su notificación, y que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Ma Teresa García Quesada. Doy fe.