

TOL3.536.435

Jurisprudencia

Cabecera: Extinción de la responsabilidad penal. Prescripción. Delito de detención ilegal (niños robados). Delito permanente. Dies a quo. Circular 2/2012 sobre Unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos. Derecho a la tutela judicial efectiva.. Niños robados. Delito permanente. Acuerdo 4 unificación criterios audiencia provincial valencia

Jurisdicción: Penal

Ponente: [JOSÉ MARÍA TOMÁS TIO](#)

Origen: Audiencia Provincial de Valencia

Fecha: 28/12/2012

Tipo resolución: Auto **Sección:** Segunda

Voces sustantivas: Delito de detención ilegal, Delitos de usurpación, Estado civil, Filiación, Fundaciones, Legítima, Prescripción, Registro civil, Responsabilidad penal, Simulación, Tratados internacionales, Usurpación de estado civil, Aplicación de la pena, Causas de extinción de la responsabilidad penal, Cómputo del plazo de prescripción, Delito permanente, Derecho a la vida, Edad, Ejercicio de acciones, Extinción de la responsabilidad, Inscripción de nacimiento, Irretroactividad, Libertad ambulatoria, Momento de la muerte, Nacimiento, Principio de seguridad jurídica, Plazo de prescripción, Privación de libertad, Responsabilidades penales, Seguridad jurídica, Suposición de parto, Adopción, Alteración del estado civil, Alumbramiento, Auto de sobreseimiento provisional, Causa de extinción de la responsabilidad penal, Concurso de infracciones, Criaturas abortivas, Delitos de detención ilegal, Derecho a la tutela judicial efectiva, Detención ilegal, Embargo, Eficacia retroactiva, Falsedad en documento público, Imprescriptibilidad, Integridad física, Mayoría de edad, Menores de edad, Penalidad, Plazos, Plazos de prescripción, Prescripción del delito de detención, Sobreseimiento, Sustracción de menores, Tempus regit actum

Voces procesales: Ministerio fiscal, Prescripción, Recurso de apelación, Aavales, Conexos, Derecho a la tutela judicial efectiva, Falsedad de documento

RESUMEN:

Considera la Sala que se ha de continuar la investigación de unos hechos que ocurrieron hace más de cuarenta años, pues podrían ser constitutivos de un delito de detención ilegal, delito permanente considerando que "hasta tanto el sujeto pasivo de la detención ilegal no conozca haber sido víctima del delito, no puede comenzar a correr el plazo de la prescripción, pues se mantendría la situación ilícita, ya que mientras la víctima es mantenida en la ignorancia de su origen, aun cuando sea mayor y capaz, sigue estando ilegítimamente desposeída de su genuino estado civil, con gravísimas consecuencias jurídicas y personales para él y su verdadera familia".

ANTECEDENTES DE HECHO:

UNO.- El Juzgado de Instrucción reseñado dictó Auto de 19 de junio de 2012, en el que acordaba el sobreseimiento provisional de las actuaciones por estimar que de lo actuado "no aparece debidamente justificada la perpetración del delito que ha dado motivo a la formación de la causa", tras declarar que "en los presentes autos se practicaron cuantas diligencias de investigación se han estimado esenciales para determinar la naturaleza y circunstancias de aquellos y las personas que en ellos han participado", a partir de la denuncia presentada "el 6 mayo 2011 en la Comisaría de Policía Exposición por Piedad por un presunto delito de sustracción de menores".

DOS.- Doña María Luisa Sempere Martínez, en representación de doña Piedad, interpuso recurso de apelación solicitando la práctica de determinadas diligencias de investigación por considerar que la actividad investigadora exigida por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva exigía agotar las posibilidades para la delimitación de la naturaleza criminal de los hechos y eventualmente de las personas que hubieran podido participar en ellos.

TRES.- Se recibieron las actuaciones en esta Secretaría el 23 de julio de 2012, señalándose para

deliberación y resolución el 5 de diciembre siguiente, expresando el ponente el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1.- Frente al auto de sobreseimiento provisional --que no libre como expresa la recurrente--, dictado por el Sr. Magistrado Juez de Instrucción número 1 de Valencia sobre la base del informe de emitido por el Ministerio Fiscal el 30 mayo 2012, que da por reproducido; se interpone recurso de apelación por doña María Luisa Sempere Martínez, en representación de doña Piedad, denunciando la insuficiencia de la investigación para acreditar en la medida de lo posible la eventual comisión de algún delito, que omite calificar, así como la intervención de persona alguna que pudiera responder en cualquier concepto del mismo, concretando finalmente su petición en la práctica de determinadas diligencias que señala en el antecedente cuarto de su escrito.

2.- Resulta de todo punto necesario dar cuenta de los hechos objetivos que constan hasta el momento acreditados sobre la base de una información suministrada por la propia denunciante u obtenida en la investigación judicial:

- No se ha puesto en duda que el 14 marzo 1962 doña PIEDAD dio a luz de forma prematura a dos mujeres gemelas en el Centro de Protección Maternal e Infantil Virgen de los Desamparados, conocido como Clínica La Cigüeña de Valencia.

- De igual forma, tampoco se ha puesto en duda que el ginecólogo que la atendió, don MIGUEL, falleció el 17 diciembre 1994 en Valencia (folio 46).

- Se afirma en la denuncia que la madre de las gemelas nunca vio a las hijas alumbradas y que se le comunicó su fallecimiento por persona desconocida del centro hospitalario, firmando un "papel" de ignorado contenido.

- En la información obtenida del Ayuntamiento de Valencia se desprende que en el Libro de Enterramientos del cementerio de El Cabañal de Valencia constan descripciones literales de datos referentes al enterramiento el 16 marzo 1962 de "un feto hembra hijo de PIEDAD, Juzgados 1, sección 4ª, fila 24, letra J, no embalsamado, féretro de caja corta, observaciones: Camps"; y al enterramiento el 18 marzo 1962 de "un feto hembra hijo de PIEDAD, Juzgados 1, sección 4ª, fila 23, letra Ñ, no embalsamado, féretro de caja corta, observaciones: Camps" (folios 77, 89 y 97)

- Certifica el Registro Civil de Valencia que "no se ha encontrado la certificación solicitada (de la inscripción de nacimiento de REC), como consta a los folios 18 y 19.

- Certifica el Registro Civil Único de Valencia que "consultados los archivos de este Registro civil, correspondientes a los cuestionarios de alumbramiento de criaturas abortivas, correspondientes a la fecha indicada (14, 15 o 16 marzo 1962) no aparece inscrito el aborto solicitado", como resulta de lo obrante a los folios 20 y 21.

- Certifica el Registro Civil Único de Valencia que "buscados en nuestros índices y ficheros, no aparece ninguna inscripción (de defunción de R o AEC) en los días 15, 16 o 17 marzo 1962, como se desprende de los documentos obrantes a los folios 22 a 27.

3.- Efectivamente, el Ministerio Fiscal solicitó el sobreseimiento provisional en base a la certificación del enterramiento de dos fetos hembras en el Libro de Enterramiento existente en el archivo municipal de cementerios, porque "se constata la existencia de otras utilidades y posteriores reutilizaciones en el mismo lugar de coordenadas para realizar las inhumaciones de otras personas, concluyendo que es previsible por tanto la exhumación de los restos de los dos

fetos y su consiguiente traslado al osario, aunque no hay constatación documental que pueda realmente aseverar este hecho"; que a su vez, haciéndose eco del informe municipal de 18 mayo 2012, asume que sería imposible "la plena identificación individualizada de los restos, supuesto que en el presente caso se ignora la exacta localización de los mismos, por lo que además la concreción con carácter presuntivo sobre el estado de los restos de los dos fetos es materialmente imposible"; completando su petición de sobreseimiento en base a que "la determinación de la identidad del posible autor o autores de los hechos denunciados, del resultado de las diligencias practicadas por el juzgado, se ha averiguado que el ginecólogo don MIGUEL, que atendió en el parto a doña PIEDAD, falleció el 17 diciembre 1994; y en cuanto al Centro médico La Cigüeña donde se produjo el alumbramiento, el informe de la Consellería de Sanidad (folio 44) revela que, al tratarse de un centro sanitario de titularidad privada ya desaparecido, no ha sido posible encontrar el destino de la documentación generada por su actividad, no existiendo tampoco ninguna norma específica al respecto en la Ley 3/2005, de 15 junio, que regula los archivos valencianos" (folios 112 y 113)

4.- El derecho a la tutela judicial y la obligación de agotar todas aquellas diligencias de investigación que fueren necesarias para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho que presente indiciariamente caracteres delictivos, así como de las personas que hubieren podido participar o hubieran tenido alguna eventual intervención en el curso de la comisión de los mismos, exige agotar todas las diligencias que al Instructor le parezcan útiles, necesarias y adecuadas al objeto pretendido, razón por la cual se excluyen las que tengan un marcado carácter inútil, innecesarias o impertinentes, según previenen los artículos 311 y 312 en relación con el 777. 1 de la Ley de enjuiciamiento criminal.

Sostuvo esta Sala en el auto de 9 marzo 2012 que, "aun partiendo de la necesidad de investigación por entender que pudieran concurrir indicios de haberse producido un hecho con relevancia penal; no podemos sustraernos a la finalidad propia de la investigación judicial, que procesalmente no es otra que la de perseguir conductas de personas determinadas para proceder a someterlas a juicio con la finalidad de imponerles una sanción penal, en tal sentido se ha pronunciado expresamente el Tribunal Supremo en la Sentencia de 27/02/2012: *"el proceso penal tiene una misión específica: hacer recaer el reproche social y jurídico sobre quien resulte responsable de un delito. Conocer la verdad histórica no forma parte del derecho penal y sólo tangencialmente puede ser satisfecho"*. Es evidente, en consecuencia, que la demanda de tutela que la recurrente alega sólo podría verse satisfecha en el supuesto de que existieran responsabilidades penales exigibles en el momento de plantear su denuncia.

Es por ello que se hace imprescindible, planteada la denuncia 49 años después de ocurridos los hechos que en ella se relatan, entrar a establecer si el delito o delitos que pudieran constituir la conducta denunciada pudieran haber prescrito.

Debe partirse necesariamente de la regla general establecida en el Código Penal actualmente vigente, y también del vigente al tiempo de cometerse los hechos de que todos los delitos prescriben por el transcurso del tiempo; a salvo de los expresamente declarados imprescriptibles, entre los que en ningún caso se encuentra la conducta objeto de denuncia".

5.- Los hechos que se denuncian y han sido objeto de investigación hasta el presente, con las limitaciones derivadas del transcurso del tiempo, de la desaparición por fallecimiento del médico que atendió a la mujer embarazada, que alumbró a dos niñas gemelas, de la desaparición del Centro sanitario donde el alumbramiento tuvo lugar y de las dificultades de identificación de los restos óseos que se certifican como enterrados en el cementerio municipal de El Cabañal -- sin constar inscripción alguna de nacimiento ni defunción como hechos tan relevantes para la identidad de personas nacidas con figura humana y habiendo vivido 24 horas enteramente desprendidas del seno materno--, pudieran hipotéticamente y de modo indiciario, ser calificados, bajo la vigencia del Código Penal de 1944, como constitutivos de un delito de sustracción de menores de siete años del artículo 484, suposición de parto y en su caso falsedad en documento

público u oficial de los artículos 302 y siguientes. El de sustracción de menores, al no incorporarse al Código Penal de 1995, permitiría entender que la conducta en ese tipo descrita debe integrarse en el de detención ilegal, incluso como detención ilegal cualificada, que, conforme al criterio de especialidad, vendría castigado en el artículo 484, según sostiene la reciente Circular 2/2012 sobre Unificación de Criterios en los Procedimientos por Sustracción de Menores recién nacidos, publicada por el Fiscal General del Estado el 26 diciembre 2012, recogiendo el apoyo a tal previsión en las SSTS 788/2003, 492/2007 y 1036/2010.

Bajo la vigencia del Código Penal de 1995, los hechos podrían calificarse como constitutivos de un delito de detención ilegal de los artículos 163 y 165, incluso como suposición de parto, entrega o sustitución de menores de los artículos 220 y siguientes --que causan estado pero no son permanentes, admitida su compatibilidad con el delito de detención ilegal por la STS 492/2007--, en su caso falsedad de documento público u oficial de los artículos 390 y siguientes del Código Penal con el carácter de instrumental, y eventualmente el tipo de adopción ilegal, como modalidad recogida en el artículo 221 del Código Penal, excluyéndose tanto en la antigua (artículo 470) como en la nueva (artículo 401) legislación la posibilidad de un delito de usurpación del estado civil, recogiendo doctrina interpretadora de la STS de 26/3/1991 y 15/6/2009.

6.- La cuestión esencial que ha propiciado la publicación de la Circular 2/2012 sobre Unificación de Criterios en los Procedimientos por Sustracción de Menores recién nacidos, publicada por el Fiscal General del Estado el 26 diciembre 2012, está constituida por las divergencias que tanto para la investigación, como en la calificación, como en la aplicación de los plazos de prescripción, como en las diligencias a practicar o como en las posibilidades de recurrir en casación los autos de archivo, vienen sosteniéndose por distintas Audiencias Provinciales (AP2 Barcelona 1/12/11, AP2 Vizcaya 21/10/11, AP3 Cádiz 15/2/12 y [8/5/12](#), [AP1 Madrid 28/9/12](#), AP2 Huelva 18/9/12, AP5 Valencia 11/11/11 y AP2 Valencia 9/3/12).

Incluso, y a los efectos problemáticos que en esta misma Sala se sostienen, la cuestión más discutible tiene que ver con la prescriptibilidad de las conductas imputadas --en particular respecto del delito de detención ilegal o sustracción de menores, según la correcta calificación bajo la vigencia del Código Penal de 1944--, de tal suerte que:

A) Lo sostenido por esta Sala en el auto de 9 marzo 2012 podría concretarse en que la detención ilegal de los artículos 163.2º, en relación al 165 del Código Penal, según la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo en Sentencias de 29/5/2003 y de 7/6/2007, permite que "*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*".

Esta Sala también afirmó en el auto de 9 marzo 2012 que, "a efectos puramente dialécticos, como por otra lado lo han hecho los Autos de esta Audiencia Provincial, sección tercera de 22-12-2011 y sección quinta de 11-11-2011, aunque sin abordar expresamente la cuestión de la posible prescripción en el caso examinado en ellas; se pudiera sostener que el comienzo del cómputo de la prescripción no se habría iniciado en el delito de detención ilegal pues es un delito permanente, cuyos efectos se estarían produciendo en la actualidad, a pesar de que los sujetos pasivos del mismo contarían con 31 años, puesto que desconocería *que su libertad*

ambulatoria fue privada desde el momento en que nacieron.

Sin perjuicio de que el delito de detención ilegal sea un delito permanente, mientras se mantenga la privación de libertad, este término no puede hacerse equivalente al conocimiento de la infracción penal; lo que supondría contravenir expresamente el artículo 132.1º del CP que sitúa el inicio del cómputo en el día en que se hubiera cometido el delito; sin perjuicio de que en las infracciones permanentes esto no se produce hasta que cesa la privación de libertad ambulatorio. Dicha tesis por otro lado, la del conocimiento de la infracción penal, no impide en ningún caso el cómputo del plazo de prescripción, ni siquiera cuando se ha producido la muerte violenta de una persona que desaparece sin conocer las circunstancias y cuyos restos son hallados años más tarde y transcurrido el periodo máximo de prescripción, en ningún caso este se inicia con el descubrimiento del cadáver, sino con el momento de la muerte, como exige el propio fundamento del instituto de la prescripción, que se encuentra en el principio de seguridad jurídica, artículo 9.3 de la CE y la renuncia del Estado al derecho a juzgar cuando el transcurso del tiempo excluye la necesidad de la aplicación de la pena (SSTS de 9-03-2005 y 7-12-2006, entre otras muchas)".

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 27 febrero 2012 llega a afirmar que, incluso aunque se sostuviera la naturaleza de delito permanente de la detención ilegal y que "no ha transcurrido el plazo de prescripción y que, en todo caso, se trataba de delitos no prescriptibles de acuerdo a las normas internacionales (art. 1 de la Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de humanidad, de 26 de noviembre de 1968; art. 8 de la Convención para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 20 de diciembre de 2006, ratificado por España, el 27 de septiembre de 2007); la argumentación sobre la permanencia del delito no deja de ser una ficción contraria a la lógica jurídica. No es razonable argumentar que un detenido ilegalmente en 1936, cuyos restos no han sido hallados en el 2006, pueda racionalmente pensarse que siguió detenido más allá del plazo de prescripción de 20 años, por señalar el plazo máximo. De hecho no se ha puesto de manifiesto ningún caso que avale esa posibilidad. Esa construcción supondría considerar que este delito se sustrae a las normas de prescripción previstas en el Código penal.

Por último, se afirma en el auto que, en todo caso, el "dies a quo" de inicio de la prescripción sería el del día en el que los familiares pudieran hacer efectivo sus derechos a una reparación eficaz y esa posibilidad no se pudo materializar hasta la entrada en vigor de la Constitución, el 29 de diciembre de 1978, pues hasta esa fecha "nada se pudo hacer por los denunciantes para instar su persecución al existir leyes de impunidad que protegían a los presuntos autores". Pues bien, aún en ese supuesto habría transcurrido el plazo de prescripción fijado en 20 años por el *art. 132 del Código penal*.

Además, como dijimos, la declaración de imprescriptibilidad prevista en los Tratados Internacionales que han sido ratificados por España e incorporados a nuestro ordenamiento no pueden ser aplicados retroactivamente. Las disposiciones reguladoras de la prescripción, concretamente las reformas que señalan una modificación de los plazos o del señalamiento del día de inicio del cómputo, son normas de carácter sustantivo penal y, por lo tanto, afectas a la interdicción de su aplicación retroactiva (*art. 9.3 CE*), salvo que su contenido fuera más favorable. Así lo hemos declarado en varias Sentencias. Así, la *STS 1064/2010, de 30 de noviembre*, "el nuevo término de la prescripción entró en vigor en mayo de 1999 cuando hacía meses que había cesado la conducta delictiva... sin que pueda otorgarse eficacia retroactiva a un precepto penal menos favorable al acusado"; *STS 1026/2009, de 16 de octubre*, que refiere un supuesto de penalidad intermedia más favorable en referencia al término de prescripción; *STS 719/2009, de 30 de junio*, "es claro que la prescripción de tres años es más favorable que la dispuesta en el art. 113 anterior"; *STS 149/2009, de 24 de febrero*, "es más, si estudiamos la normativa de la prescripción vemos que el Código de 1973 es más favorable (en comparación con el de 1995)"; en ellas se refiere como argumento central el siguiente: "la Constitución garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de

derechos individuales". Ciertamente se ha discutido por algún sector doctrinal, e incluso algunos países han acogido una construcción de la prescripción de los delitos en la que manteniendo su naturaleza de derecho sustantivo, por afectar a la teoría del delito como causa de extinción de la responsabilidad penal, despliega unos efectos procesales, entendiéndose que sería de aplicación la regla del "tempus regit actum". En este sentido la nueva norma de prescripción sería de aplicación al momento procesal en el que actúa. Sin embargo, ese no ha sido el criterio de la doctrina penal y la jurisprudencia española que ha considerado que el instituto de la prescripción es una norma de carácter sustantivo y de orden público sobre el que actúa el criterio de la irretroactividad salvo en lo favorable.

Por lo tanto, aun cuando los Tratados Internacionales sobre la materia fijaran 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*.

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. De esta manera, no es admisible que un delito ya prescrito sea "resucitado" en su persecución, transcurridos más de cuarenta años después del transcurso del plazo de prescripción""

No ocurre así respecto del resto de los delitos que no son permanentes, sin perjuicio de que pudieran tener efectos más allá de su consumación como la alteración del estado civil del menor sustraído; siendo más propiamente lo que se denomina un "delito de estado", cuya consumación se produce el día en que se altera el estado civil; más discutible todavía es la usurpación de estado civil, puesto que nadie estaría actuando con el estado civil de otra persona, sino que la persona sustraída siendo menor estaría disfrutando de un estado civil distinto del propio, pero no de un tercero.

En tales condiciones, y a lo sumo podría sostenerse que el inicio del cómputo de prescripción del delito de detención ilegal de menor, se habría producido el día en que el sujeto pasivo del mismo alcanzó la mayoría de edad, pero no que se continúe cometiendo en la actualidad respecto de una persona mayor de edad, pese a que esta desconozca haber sido sujeto pasivo del delito y se mantenga el error respecto de su procedencia biológica; puesto que ello no condiciona en el presente su libertad deambulatoria en modo alguno y mucho menos supone una privación de la misma en los términos fijados por el delito de detención ilegal; ni puede extraerse tal razonamiento de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2007, que contempla un caso distinto al aquí contemplado. Al contrario la STS de 27/2/2012 no considera razonable la conclusión de que la detención ilegal se pudo prorrogar más allá del plazo de 20 años, por considerar el máximo aplicable. En tal sentido se han pronunciado los autos de la Audiencia Provincial de Vizcaya nº 660/2011 y de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 8/6/2011.

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.

Es evidente que en nuestro caso habrían transcurrido 49 años desde el hecho denunciado, por lo que de haberse producido el delito o delitos invocados, estos habrían prescrito, ya que incluso desde la mayoría de edad de los sujetos pasivos se habría superado el plazo legal de prescripción de la detención ilegal de 10 años los días 16 y 18 marzo 1990, y en consecuencia sería de aplicación el artículo 637.3º de la LECrim que impone el sobreseimiento libre por prescripción de los delitos denunciados.

B) Sin embargo, la modificación de la composición de la misma, integrando a la totalidad de sus componentes, valorando la realidad social y en atención a las especiales circunstancias que concurren en el supuesto examinado, junto con la justificada fundamentación que realiza el Fiscal General del Estado en su Circular 2/2012 sobre Unificación de Criterios en los Procedimientos por Sustracción de Menores recién nacidos, publicada el 26 diciembre 2012, permite mantener, junto con un amplio sector doctrinal, que "lo decisivo para la realización del tipo de detención ilegal no es que exista una oposición clara y expresa de la víctima, sino la ausencia de consentimiento expreso o tácito, por lo que no es exigible un elemento positivo del tipo, la contrariedad de la voluntad, sino un elemento negativo, la ausencia de voluntad. Por ello, aunque el bien jurídico protegido por el delito de detención ilegal es la libertad deambulatoria en su modalidad de autonomía para desplazarse espacialmente de un punto a otro, pueden ser igualmente víctimas del delito aquellas personas carentes de capacidad de discernimiento para ejercer esa libertad, bien por su corta edad, bien por sufrir discapacidades psíquicas o intelectivas. En estos casos, el núcleo típico abarca en su esfera de protección el régimen de custodia de los legítimos representantes legales". Incluso puede ser aplicable el subtipo agravado del artículo 163.3 del Código Penal (STS 492/2007), la agravación del artículo 165 y la penalidad específica del artículo 167.

Por ello, y siguiendo el criterio de la Fiscalía General del Estado, debemos asumir que es improcedente pronunciarse sobre la prescripción antes del agotamiento de la investigación y que debe partirse de que todos los delitos prescriben por el transcurso del tiempo salvo los expresamente excluidos por la ley, debiendo aplicarse el plazo de prescripción correspondiente al delito más grave cuando se han cometido varios, teniendo en cuenta que el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave en los supuestos de concurso de infracciones o infracciones conexas (artículo 131.5 del Código Penal), sin que las diligencias de investigación del fiscal interrumpan la prescripción (STS 867/2002).

No puede dudarse que la consideración del delito de detención ilegal como delito permanente es pacífica doctrinal y jurisprudencialmente. Admitiendo que algunas de las resoluciones citadas de las distintas Audiencias Provinciales (entre otras la de esta misma sección, según se ha expuesto) defienden que el plazo de prescripción comenzaría a correr a partir del momento en que el sujeto pasivo del delito hubiere alcanzado la mayoría de edad, también se ha defendido que, hasta tanto el sujeto pasivo de la detención ilegal no conozca haber sido víctima del delito, no puede comenzar a correr el plazo de la prescripción, pues se mantendría la situación ilícita, ya que mientras la víctima es mantenida en la ignorancia de su origen, aun cuando sea mayor y capaz, sigue estando ilegítimamente desposeída de su genuino estado civil, con gravísimas consecuencias jurídicas y personales para él y su verdadera familia. Así lo acordó la Junta de Fiscales Superiores celebrada el 17 junio 2011 y alguna Audiencia Provincial como la de Madrid en sentencia 699/2012, lo que a su vez favorece la posibilidad de realizar una investigación efectiva que permita dar luz de todas aquellas conductas que estuvieran enmascaradas y merezcan rebelarse, pues, como sostiene el Fiscal General del Estado y esta Sala asume, las personas que han sido privadas de su medio familiar son titulares de un indiscutible derecho a conocer sus orígenes biológicos conforme a lo previsto en el artículo 180.5 del Código civil y acreedoras de protección como titulares del derecho a la vida familiar reconocido en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, incluso con las derivaciones del ejercicio de acciones civiles de reclamación de la filiación, de impugnación de

la ficticia o de compensación económica por los perjuicios morales irrogados.

A los anteriores argumentos debe añadirse que el supuesto que ha dado lugar a la incoación del presente procedimiento pudiera calificarse por la vía del artículo 166 del Código Penal, en tanto que, producida irregularmente la desaparición de las dos niñas nacidas y de las que nadie ha dado razón de su paradero --sin perjuicio de la eventual agravación que pudiera vincularse a la condición de autoridad o funcionario jurídico de los partícipes, a la simulación de esa condición en la ejecución de aquella o a la cualidad de la víctima--; queda abierta con carácter permanente la duda sobre aquel y compete a los órganos judiciales agotar la investigación a fin de obtener hasta donde fuere posible información suficiente sobre lo acontecido.

7.-A tal efecto, no puede negarse que resultarían plenamente satisfactorias:

a) La localización del historial clínico o cualquiera otra información relativa a las personas que hubieren podido participar en el acto de alumbramiento de doña PIEDAD el 14 marzo 1962 en la clínica conocida por "La Cigüeña", sin que pueda conformarse el Instructor con una información ofrecida a la parte denunciante por el responsable de la Fundación Bancaja, depositaría de la custodia y conservación de la documentación del Centro de Protección Maternal e Infantil Virgen de los Desamparados, "La Cigüeña", en el sentido de que "sentimos comunicarle que no obra en nuestro poder esa documentación" (folio 31), ni siendo suficiente que desde la Agencia Valenciana de Salud se afirme en el oficio de 16 diciembre 2011 (folio 44) que "al tratarse de un centro sanitario de titularidad totalmente privada "La Cigüeña", y ya desaparecido, resulta prácticamente imposible, a pesar de haberlo intentado, rastrear el destino de la documentación generada por su actividad". Las dificultades para localizar la documentación de un centro sanitario --con la trascendencia que de los actos en él realizados se derivan para la vida e integridad física de las personas--, obligan a extremar las medidas complementarias que en el presente podrían referirse al requerimiento explícito por parte del Instructor, con la fuerza que le otorga el poder del Estado, a la entidad responsable de la custodia y conservación de los archivos del Centro sanitario para la búsqueda y remisión de la documentación solicitada relativa a la actividad, personas intervinientes en el acto del alumbramiento de las menores nacidas a PIEDAD el 14 marzo 1962.

b) En todo caso, independientemente de que el médico que atendiera a la madre de la denunciante hubiere fallecido, lo que parece evidente es que las gestiones de carácter administrativo para llevar a cabo la inscripción de los nacimientos, las defunciones y los enterramientos de ambas mujeres nacidas y presuntamente fallecidas estaría en el ámbito competencial de la administración del centro, y quienes ostentaran alguna responsabilidad en ella debían ofrecer datos explicativos de los hechos acaecidos, razón por la cual la identificación de los mismos debe constar tanto en los archivos custodiados en la referida Fundación como en la administración central, autonómica o municipal que autorizara su funcionamiento y responsabilidades.

c) Las posibilidades de identificación ósea de los restos inhumados o eventualmente exhumados en la ubicación certificada por el Ayuntamiento de Valencia corresponde valorarlas al servicio específico del Instituto de Medicina Legal de Valencia, a quien debiera interesarse su parecer, que emitiría tras la realización de aquellas operaciones imprescindibles para emitir su pericia o la imposibilidad de ella.

d) Finalmente, resultan significativas las anotaciones que aparecen en el Libro de Enterramientos certificados por el Ayuntamiento al folio 77 y a los que se ha hecho referencia con anterioridad, debiendo explicar el significado de haber situado el número 1 en la casilla correspondiente a Juzgados y los datos identificativos de la inscripción "Camps" en observaciones, que pudiera tratarse de los servicios funerarios utilizados, en donde puede también aparecer alguna información relativa a la defunción, orden de enterramiento u otras autorizaciones sanitarias para ello.

Por todo lo cual, y sin perjuicio de la información que la Fiscalía de Menores pueda seguir obteniendo, como se descubre de lo que aparece al folio 46, debiera agotarse la investigación iniciada a fin de que con lo antedicho y lo que se derive de lo anterior pueda culminar la misma, respondiendo a la exigencia constitucional que la recurrente reclama legítimamente.

8.- No concurren circunstancias que justifiquen la imposición de costas en este recurso.

Vistos los artículos de general y pertinente aplicación.

FALLO:

PRIMERO.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por doña María Luisa Sempere Martínez, en representación de doña PIEDAD, frente al auto de 19 junio de 2012 dictado por el Sr. Magistrado Juez de Instrucción número 1 de Valencia en este procedimiento.

SEGUNDO.- Dejar sin efecto el sobreseimiento provisional que el mismo acordaba, procediendo la continuación de la investigación con aquellas diligencias que el Instructor considere útiles, pertinentes y necesarias a los efectos pretendidos.

TERCERO.-No hacer pronunciamiento las costas de este recurso.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.