

35

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

S. PRAVIDE ET PRO

Revista

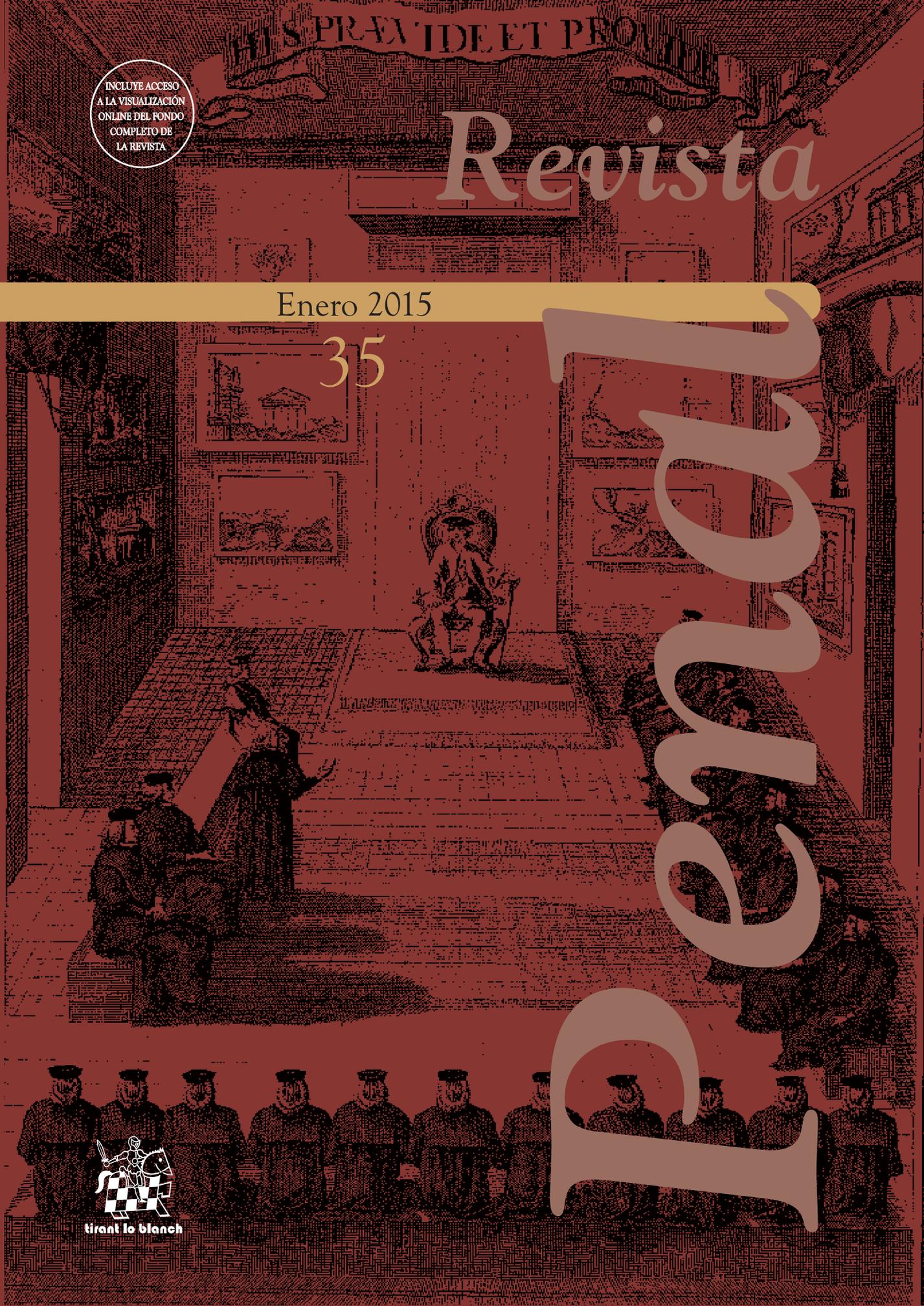
Enero 2015

35

Revista Penal

Penal

Enero 2015



Revista Penal

Número 35

Sumario

Doctrina:

- Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el *civil law* y el *common law* en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher, por *Paulo César Busato* 5
- La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal, por *Miguel Bustos Rubio* 24
- Expulsión de extranjeros en el Código penal, por *Mariano-David García Esteban*..... 45
- Las muertes sin pena en el Brasil. La difícil convergencia entre derechos humanos, política criminal y seguridad pública, por *Ana Elisa Liberatore S. Bechara* 84
- Tráfico prohibido de cosas en la Unión Europea. Especial consideración del delito de tráfico de drogas como objeto del Derecho penal transnacional europeo, por *Silvia Mendoza Calderón* 100
- La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista, por *Francisco Muñoz Conde*..... 129
- Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, por *Nicolás Rodríguez García* 139
- Los denominados “tratamientos médicos arbitrarios” ante el Derecho penal: de la STS de 26 de octubre de 1995 a la SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014, por *Sergio Romeo Malanda* 173
- Victoria Kent (Una española universal), por *Antonio Sánchez Galindo* 189
- La sustracción de recién nacidos, por *José Luis Serrano González de Murillo*..... 208
- La pena capital en China, por *Yu Wang* 229
- La complicidad en matanzas ocurridas en campos de exterminio nacionalsocialistas (El caso Demjanjuk en el contexto de la jurisprudencia de la República Federal Alemana), por *Gerhard Werle y Boris Burghardt* ... 233

Jurisprudencia:

- Certificación falsa de fin de obra (A propósito del auto nº 6/2011, de 5-4-2011, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia) por *Carlos Martínez-Buján Pérez*..... 245

Sistemas penales comparados: Delitos contra el medio ambiente (Environmental Crimes)..... 261

Bibliografía: por *Francisco Muñoz Conde*..... 313

Noticias:

- Algunas ideas sobre el tratamiento jurídico del terrorismo (Grupo Latinoamericano de estudios sobre Derecho Penal Internacional)..... 335

Fe de erratas del número 34..... 338



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Enzo Musco. Univ. Roma
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Francesca Consorte (Italia)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Yu Wang (China)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	R. Baris Erman (Turquía)
Elena Núñez Castaño (España)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



La sustracción de recién nacidos

José Luis Serrano González de Murillo

Revista Penal, n.º 35. - Enero 2015

Autor: José Luis Serrano González de Murillo

Adscripción Institucional: Profesor Titular de la Universidad de Extremadura (Cáceres)

Title: The abduction of newborn

Sumario: I. Introducción. II. El bien jurídico protegido en la sustracción de recién nacidos. 1. ¿Aplicabilidad de la detención ilegal? 2. ¿Tutela de la esfera de guarda? III. La reciente evolución legislativa. 1. Vigencia conjunta de las figuras delictivas de detención ilegal y de sustracción de menores. 2. Tras la supresión del delito de sustracción de menores (como delito común) en el actual CP. IV. El problema del comienzo del cómputo de la prescripción. V. Sucesión de leyes. VI. La sustracción de menores en la praxis reciente. VII. Conclusiones.

Resumen: La detención ilegal presupone en el sujeto pasivo la capacidad natural abstracta de decidir por uno mismo el desplazamiento espacial, singularmente decidir sobre si abandonar el lugar que se ocupa; por eso no admite como sujeto pasivo a seres humanos de muy corta edad, cuya carencia personal de esa capacidad natural no puede suplirse con la voluntad de sus representantes legales. En consecuencia, descartada la aplicación del delito de detención para las conductas de “robo de niños” se propugna la reintroducción del tipo de sustracción de menores, con el que protegerles del apartamiento de su ámbito familiar legal, en tanto que éste afecta a su derecho a la identidad.

Palabras clave: Sustracción de niños, derechos del niño, filiación biológica, libertad ambulatoria, detención ilegal

Abstract: Illegal detention requires in the detainee an abstract natural ability to decide for him or herself about movement in space, singularly about leaving the spot; that's why it can't be perpetrated on very young people, whose personal lack of natural ability may not be replaced by the will of their legal guardians. Therefore once we rule out the application of illegal detention for acts of “child abduction” then it must be advocated the reintroduction or the legal offence of child abduction, in order to protect children from the separation from his legal family, in so far as this separation is harmful to their right to identity.

Keywords: Child abduction, child rights, biological parentage, freedom of movement, illegal detention

Rec. 3-06. 2014 **Fav.** 7-07-2014

I. INTRODUCCIÓN

Sólo en los últimos años se ha agudizado la sensibilidad social, debido a la labor de los medios de comunicación, sobre hechos de sustracción de recién nacidos, por lo demás acaecidos bastante tiempo atrás. Estas conductas afectaron principalmente a madres solteras,

aunque no sólo a ellas, y las llevaban a cabo miembros del personal sanitario o de la asistencia social, incluidos religiosos, para su entrega, con o sin contraprestación económica, a nuevas familias. Con este ilícito proceder se dio lugar a un elevado riesgo de pérdida del estado civil legítimo de numerosos menores, de su identidad derivada de la filiación biológica, que se tra-

dujo casi siempre en lesión irreparable, o muy difícil de reparar. Por regla general la referida sustracción se propiciaba fingiendo ante la madre, o los progenitores, el fallecimiento del niño durante el parto o en momentos inmediatamente posteriores, desaconsejando con diversos pretextos que llegaran a ver el cadáver, ficción que desactivaba cualquier posibilidad de contrarrestar la sustracción cuando aún podía haberse remediado. Dado el engaño sufrido, en la mayoría de los casos sólo al cabo de muchos años la desconfianza alimentada por circunstancias sospechosas, que pudo ir quedando adormecida con el paso del tiempo, se ha visto reavivada precisamente por la difusión de hechos similares en los medios de comunicación, lo que ha motivado la incoación de diversos procesos penales.

En otros países, como Argentina o Chile, el fenómeno del robo de recién nacidos se inscribe en un contexto distinto; en concreto, las sustracciones se produjeron durante la cautividad de sus madres en el marco del terrorismo de Estado imperante a partir de 1973 y en conexión con la desaparición forzada de éstas¹, con posterior entrega de los menores a familias de los propios militares torturadores o de civiles ligados a ellos. También en estos países, sólo mucho después, tras el cambio de circunstancias políticas, se planteó la posible “recuperación de los menores” y la exigencia de responsabilidades penales.

Si en estos casos, una vez averiguados los hechos, el restablecimiento del estado civil no debe plantear problemas jurídicos, en cambio dirimir la eventual responsabilidad penal se enfrenta sobre todo a problemas de subsunción típica, y además a que el largo tiempo transcurrido desde la sustracción haya podido dar lugar a su prescripción. En el Derecho penal español vigente, salvo que se produzca a continuación la entrega del menor por precio (art. 221), conducta que por cierto no da cuenta de la sustracción previa, ninguno de los delitos contra las relaciones familiares permitiría abarcar estos supuestos. Ni la sustitución de un niño por otro (art. 220.3), ni la sustracción en sentido impropio por parte de un progenitor, ni la ocultación o entrega a terceros por parte de progenitor (art. 220.2). Sí sería posible, en cambio, apreciar la suposición de parto (art. 220.1), en tanto que se asignó al menor una familia que no le corresponde, presentándolo como hijo de una mujer que

no es su madre, conducta que sin embargo tampoco daría cuenta de la sustracción previa.

Llevado por el loable propósito de encontrar relevancia penal a la conducta, la práctica judicial, alentada por el Ministerio Fiscal, no ha dudado en encuadrar los hechos en el delito de detención ilegal, figura como es sabido perteneciente a la categoría de los delitos de efectos permanentes, consiguiendo así además eludir la impunidad que se derivaría de la prescripción de delitos acaecidos casi siempre decenas de años atrás. En efecto, al entender que en el momento de iniciar el proceso por lo general no se ha localizado al sujeto pasivo, que por lo tanto desconocerá aún su identidad biológica, no se trataría ya de que si delito ha prescrito o no, sino que cabría defender que ni siquiera habría comenzado a contar el período de prescripción.

Pero aun reconociendo tan comprensible propósito, no debe eludirse reflexionar sobre la cuestión de si resulta dogmáticamente posible subsumir en una figura destinada a proteger la libertad ambulatoria hechos consistentes sustancialmente, no en detener o encerrar, sino en encomendar a un recién nacido a familia distinta a la biológica, al margen de las vías reconocidas para ello; o por el contrario se infringe así el principio de legalidad al incurrir en analogía. Y ello porque a primera vista en la sustracción del menor ante todo se afecta a los derechos derivados de la relación paterno-filial, tanto del menor (a la asistencia, alimentos, educación, etc.) como de los progenitores (derecho a tener al menor en su compañía), sustituyendo la relación paterno-filial por otra ilícita, aparente, dotando de una nueva identidad² no real al niño, centrada en el aspecto de su estado civil o *status familiae*. En efecto, resulta contraintuitivo entender que el hecho de “robar” a un recién nacido, retenerlo u ocultarlo, vulnera una facultad que éste no puede ejercer aún personalmente, cual es la de desplegar la libertad ambulatoria. Más bien parece que al apartarlo de su familia se menoscaba ese haz de derechos relativos a la inclusión en su familia biológica, o mejor legítima, en tanto que la sustracción del menor puede destruir los vínculos familiares, esenciales para el desarrollo personal de éste, y en particular le obliga a vivir una vida distinta —como persona con identidad ficticia— a la que legítimamente le correspondería, con independencia de que resulte mejor o peor.

1 Así como la “desaparición” de los hijos de corta edad de los “subversivos” detenidos, personas generalmente de entre 20 y 40 años, y por tanto en edad de procrear.

2 Cfr. acerca del concepto de identidad, en relación con los debates previos de la ley argentina, Gallo, Patricia, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, ed. Lexis Nexis, nov. 2007.

Parece que lo que realmente está en juego, entonces, es la tutela penal de los derechos reconocidos internacionalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño³. Estos comprenden, entre otros, el derecho a la nacionalidad, a conocer a sus padres en la medida de lo posible, y a ser cuidado por ellos (art. 7.1); a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, y a obtener asistencia y protección del Estado para restablecerlos, en caso de ser privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad (art. 8.1); a medidas estatales para asegurar que no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo las excepciones previstas en función del superior interés del menor; y en caso de separación a comunicar el paradero del menor (art. 9.1); a mantener relaciones personales y contacto con ambos padres (art. 9.3); a la protección de la vida familiar (art. 16) y a la asistencia del Estado para los niños privados temporal o definitivamente de su medio familiar (art. 20). En el preámbulo se manifiesta la concepción básica de donde derivan todos estos derechos: que el niño “debe crecer en el seno de la familia”, “medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”.

Para evitar que tales derechos resulten menoscabados, en el art. 35 se impone a los Estados la obligación de tomar las medidas necesarias para impedir el secuestro o la venta de niños. Si entre esas medidas se estima comprendida la prevención jurídico-penal de la sustracción, bien cabe dudar de que España esté cumpliendo con las obligaciones contraídas. Sobre todo si se considera que, de descartarse la calificación de detenciones ilegales, en los supuestos de apoderamiento de un menor aún no dotado de una mínima capacidad de determinar su posición en el espacio, como ocurre con los recién nacidos o los niños hasta alcanzar cierta edad, se plantearía una notable laguna de punibilidad. Esta se extendería asimismo a su retención u ocultación, si se entiende que en el supuesto de niños abandonados o perdidos no cabría la sustracción, puesto que la relación con el entorno familiar está ya interrumpida, pero sí la retención u ocultación, si no se ponen a disposición de las autoridades.

Finalmente, y como delimitación del ámbito de estudio, ha de advertirse que lo que en adelante se diga ha

de entenderse referido a los recién nacidos, pero cabría extenderlo a cualquier menor que no cuente aún con la capacidad natural, o ni siquiera el discernimiento mínimo, para decidir su posición en el espacio, bien entendido que, al llegar a cierta edad, inevitablemente hallaremos zonas grises, de incertidumbre.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LA SUSTRACCIÓN DE RECIÉN NACIDOS

1. ¿Aplicabilidad de la detención ilegal?

Con carácter general, la conducta de detención puede vulnerar el derecho a la libertad de movimientos de dos maneras: bien obligando al sujeto pasivo a permanecer en un espacio cerrado, más o menos amplio, bien impidiéndole marcharse en un espacio abierto (“encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad”, art. 163.1 CP). Entonces, ¿admite tal conducta prohibida, consistente en impedir alejarse, a recién nacidos como sujetos pasivos? De entrada, resulta dudoso, pues a edades muy tempranas se carece por completo de autonomía para determinar los propios desplazamientos, lo que autoriza a dudar de su idoneidad como sujetos pasivos de las detenciones ilegales.

Bien es verdad que, en la regulación española actual, entre los tipos agravados se prevé uno que tiene en cuenta la especial vulnerabilidad de la víctima, el de detención de menor de edad o incapaz (art. 165 CP), con el fundamento de que el menor presenta menos resistencia a la detención que a un adulto, y es más fácilmente persuadible, pero también podría argumentarse de contrario que por la misma razón, no hace falta emplear tal grado de violencia (aun no siendo requisito del tipo) para procurar la detención⁴. Parece entonces que en principio los menores de edad y los incapaces están comprendidos entre los sujetos pasivos del tipo básico de la detención ilegal, hasta el punto de determinar la aplicación de un tipo agravado, en virtud del principio de especialidad. Sin embargo, ha de responderse la cuestión de si todos ellos pueden serlo, o por el contrario se requiere que dispongan de una voluntad al menos rudimentaria para decidir sobre la posibilidad de alejarse del lugar que ocupan.

3 Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989. Recuérdese que no se trata de una simple Declaración, sino de una Convención que obliga a los Estados partes. Cfr. al respecto Gaitán, en Ziffer (dir.); *Jurisprudencia de casación penal*, n.º 5, 2012, p. 112.

4 Cortes Bechiarelli, *Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores*, 1996, p. 125 y nota 199.

La respuesta a esta cuestión depende completamente de la de cómo conceptualizar el bien jurídico protegido en esta figura delictiva.

La doctrina dominante lo hace residir en la libertad ambulatoria personal, en la capacidad natural de decidir la posición en el espacio frente a los impedimentos para abandonar el lugar, es decir, en la capacidad de voluntad elemental, psicológicamente entendida, lo que no requiere la capacidad de discernimiento necesario sobre el sentido de la actividad de desplazarse. De acuerdo con esta concepción, no puede incluirse como sujetos pasivos a quienes no poseen siquiera la capacidad de formar la voluntad de desplazarse y marcharse, y el principal ejemplo de ello lo representan los recién nacidos⁵, junto a casos de incapacidad profunda. Aun cuando se considere que la voluntad que se protege es no sólo la real, ya sea expresa o tácita, sino incluso la presunta⁶, en los supuestos de niños pequeños ni siquiera cabe presumir, dadas sus rudimentarias facultades intelectivas y volitivas, que tendrían una voluntad de abandonar el lugar donde se les sitúa, voluntad que pudiera ser vulnerada. Desde luego no en los niños menores de (aproximadamente) un año, que ni siquiera tienen una psicomotricidad rudimentaria.

Se ha aludido, para defender la idoneidad del delito de detención, a que la libertad que se ve aquí afectada es la del representante legal del menor⁷, aquel que decide sobre la ubicación de éste y en nombre de éste. Esta modulación no la considero asumible, porque admitir que la voluntad que se tutela es la de otra persona implica cambiar un sujeto pasivo por otro, olvidando la naturaleza altamente personal del bien jurídico libertad ambulatoria. A efectos de un bien jurídico personalísimo consistente en una libertad cuyo ejercicio sólo puede depender, esencialmente, de la voluntad del sujeto pasivo, no puede colmarse el hueco de una voluntad inexistente con la voluntad de otra persona, el

representante legal, la única que podría ser vulnerada. Cuestión distinta sería que un sujeto, mediante un acto de su voluntad, delegara en un representante el ejercicio en su nombre de la facultad de desplazarse; en ese caso sí se trataría de que —mediatamente— se afecta a su voluntad de desplazarse, a una voluntad realmente existente ejercida por persona interpuesta. Pero desde luego un recién nacido carece de voluntad, por lo que difícilmente puede delegar su ejercicio, de manera que el ejercicio vicarial determinado por la ley no puede considerarse realmente como su voluntad, sino sólo como presunción o ficción legal⁸.

Con tal modulación de lo prohibido se estaría postulando un sentido de la conducta típica incompatible con el máximo tenor literal posible de los verbos típicos, asignándoles un sentido figurado o traslaticio, e incurriendo por tanto en una interpretación analógica prohibida. Y ello porque se estaría transformando una conducta prohibida de *detener* (aprehender a una persona, a la que se priva personalmente de la posibilidad de alejarse) en otra de *suplantar* la voluntad de quien está legitimado social y jurídicamente para tomar las decisiones sobre la locomoción de menores, menores que personalmente carecen de la capacidad de voluntad en este sentido. Si tanto cuando el menor se encuentra en el ámbito de guarda legal como cuando lo está en el de quien lo ha sustraído, en todo caso es una voluntad ajena a la suya (inexistente) la que decide sobre su ubicación, consiguientemente lo protegible en sentido penal no puede ser la libertad ambulatoria del menor, sino el que decida en su nombre sólo quien está legitimado para hacerlo, y no otra persona. Y se considera delictiva la voluntad —puesta en práctica— de apartarlo de ese ámbito de custodia legal, cuando ejerce la voluntad de desplazarlo quien no está legitimado para ello. Lo que desde luego ya no tiene nada que ver con el ejercicio de la libertad de locomoción del menor.

5 Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 1986, pp. 120 s.; Del Rosal Blasco, en Morillas Cueva (coord.), *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*, 2011, p. 150; Díez Ripollés, *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, 1999, p. 46; Muñoz Sánchez, *El delito de detención*, 1992, pp. 69 ss. (con más indicaciones bibliográficas en pp. 69 s.; destacando su concepción de la libertad de movimiento no como una modalidad de la libertad de actuar, sino como condición imprescindible para la realización personal en los distintos ámbitos de la vida o de la sociedad, p. 21); Zugaldía Espinar, *APDCP* 1978, p. 612.

6 Así, Muñoz Sánchez, *op. cit.*, p. 64 ss., que por esta vía deshace el dilema entre la voluntad real y la potencial como objeto de protección.

7 Así, Cobo del Rosal/Carbonell Mateu, *Derecho Penal. Parte Especial*, 1988, p. 706; Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte especial*, 1988, p. 306; Rodríguez Muñoz/Jaso Roldán, *Derecho Penal. Parte especial*, t. II, 1949, p. 307; en la doctrina alemana, Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969, p. 328.

8 De "artificio" califica González Rus (en *Un Derecho Penal comprometido. Libro homenaje al P. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, 2011, p. 158) suplantar al menor como sujeto pasivo por su representante legal en bienes jurídicos como la libertad ambulatoria o el honor, entendiendo que por debajo de los 14 años (la edad mínima para la responsabilidad penal) el menor carece de los requisitos mínimos de capacidad. Coincide así con el criterio etario seguido para la sustracción de menores por el StGB.

Desde la perspectiva sistemática, téngase presente que la posibilidad de sustitución del sujeto pasivo no puede someterse en el delito de detención a criterio distinto que en el tipo que describe el atentado más genérico a la libertad, el de coacciones, ya que aquel no representa más que un ataque a una manifestación específica de la libertad, en concreto la de desplazarse. Y en el delito de coacciones se requiere una capacidad al menos rudimentaria de formación y despliegue de la voluntad para poder ser sujeto pasivo, sin que quepa suplir la de aquel que aún no la tenga con la de sus representantes legales, que idealmente se viera afectada. Otro tanto cabe afirmar de las figuras de amenazas condicionales, que requieren la comprensión del sentido de la interferencia en la voluntad propia. Pues bien, del mismo modo que no resulta posible doblegar o suplantar la voluntad de *obrar* de quien no puede ni siquiera formarla, tampoco cabe detener a quien ni siquiera puede formar la voluntad de *obrar alejándose*, ni mucho menos ponerla en práctica. ¿Cómo se justifica el tratamiento distinto para el encierro o detención, en que la libertad de desplazarse espacialmente se reconoce al adulto a cuyo cuidado está el menor? No encuentro a este respecto ninguna diferencia significativa entre la libertad de formar la voluntad, y ejecutarla, en general, y la referida a la ubicación espacial, que justifique un tratamiento distinto para estos últimos supuestos.

Por otra parte, desde el punto de vista de la libertad ambulatoria apenas cabe señalar diferencia entre un recién nacido y un nonato, puesto que ambos coinciden en lo esencial a este respecto, el carecer de la capacidad de formar una voluntad, en particular de la aquí relevante: la de alejarse del lugar donde están situados. Y a nadie se le ha ocurrido estimar dos delitos de detenciones cuando se detiene a mujer embarazada. Se objetará que embarazada y feto resultan físicamente inseparables, que no se puede detener a la una sin detener al otro, pero esta inseparabilidad nunca ha cerrado el paso a apreciar concurso entre homicidio y aborto en casos de privación de la vida de la embarazada que entraña el fin del proceso de embarazo. Simplemente se trata de supuestos paradigmáticos de dolo de consecuencias necesarias. Si se objeta, en cambio, que el feto no es

sujeto pasivo del delito de detención por carecer de la libertad ambulatoria, las mismas razones hablan a favor de afirmarlo del recién nacido⁹.

Además, si lo que está en juego es la libertad ambulatoria, y quien decide sobre cómo ejercerla es el representante legal del menor, entonces el *consentimiento* de éste a su apartamiento definitivo de su esfera de custodia, o su renuncia a seguir teniéndolo en su compañía (abandono de menor)¹⁰, debería excluir la tipicidad o al menos la ilicitud de la conducta de quien se limita a obrar autorizado por esa voluntad. Desde la perspectiva político-criminal con ello no se protegería adecuadamente el interés del menor, que desde luego no tiene que ver con la libertad ambulatoria, sino que se refiere al interés en continuar en compañía de su familia. Este interés desde luego no puede depender de la voluntad de su representante, de manera que su consentimiento debe ser irrelevante, irrelevancia que no se podría sostener si se tratara meramente de la tutela de la libertad ambulatoria, siempre renunciabile. Del mismo modo, en los delitos contra la indemnidad sexual, nadie ha defendido que la voluntad del menor la exprese vicarialmente su representante legal (quien en caso contrario podría consentir en que el menor mantuviera relaciones), puesto que lo determinante es que el menor se vea libre de experiencias sexuales traumáticas, sobre la base de su interés objetivo en un desarrollo normal en la esfera sexual. En los supuestos que nos ocupan, de lo que se trata es de que el menor no se vea expuesto al apartamiento con respecto a su esfera legal de guarda, sobre la base igualmente de su interés objetivo en no ser apartado.

Descartado, pues, que pueda legítimamente suplirse la voluntad aún inexistente del recién nacido por la de su representante legal, ¿cabrá apreciar que se menoscabe la libertad ambulatoria propia de éste? Parece que no. Al sustraer al recién nacido “representado”, tampoco se ve afectada la voluntad del representante con respecto a su capacidad de desplazarse él mismo. Como máximo cuando se sustrae un menor al entorno de sus padres o guardadores, lo único que se produce es que se impide a éstos acceder a donde se encuentra el recién nacido, pero esa situación podrá ser constitutiva si acaso, en los supuestos de interposición de una barrera física, de aten-

9 Ciertamente, un elemento esencial que habría que tener en cuenta es que, a excepción de en los delitos de aborto y de lesiones al feto (y en su caso los relativos a la manipulación genética), en los tipos que tutelan bienes personalísimos se presupone que la víctima es un ser humano *nacido*.

10 Más ampliamente al respecto *infra*, VII. Sin embargo, téngase en cuenta que en los tipos de los arts. 220 ss. (entrega de menor, suposición de parto, etc.) se pone de manifiesto que la renuncia al derecho preferente a la tenencia y custodia del menor, hecha al margen de los procedimientos legales, no impide la tipicidad de estas conductas de “recepción”, lo que evidencia que el principal objeto de protección son los derechos del niño.

tado contra otro aspecto de la libertad del representante, su libertad en sentido general, pero no su libertad ambulatoria¹¹. En general, el impedir al acceso a determinados espacios no constituye ataque a la libertad ambulatoria, sino a la libertad de decidir, en abstracto, subsumiéndose en el “impedir” característico de las coacciones, en tanto que la libertad ambulatoria ha de entenderse como la posibilidad de abandonar un lugar, lugar que a su vez puede estarse desplazando (p. ej., vehículo), lo que se verá afectado por el vedar acceder a un lugar o el ser expulsado de determinado lugar¹².

En cambio, para quienes consideran que frente a la detención ilegal el bien tutelado es la libertad en sentido global, el verse libre de coerción sobre el propio cuerpo en lo que respecta al espacio¹³, toda persona, en cuanto tal, podría ser sujeto pasivo de detención. Tal concepción halla eco en la STS de 24 de noviembre de 2004, que estima contrario a la dignidad de una persona que, p. ej. en estado de inconsciencia que no le permite oponerse, pudiera ser transportada como si fuera un objeto. Sin embargo, esta tesis —al igual que la de la representación— no podría distinguir, en el caso de los recién nacidos, entre la decisión de un extraño o de un encargado legítimo de la guarda sobre dónde se sitúa el ser humano sin voluntad propia, no siendo por tanto aprovechable jurídico-penalmente. No debe confundirse el atentado contra la dignidad con la capacidad, al menos potencial, de decidir la ubicación de uno mismo *por uno mismo*¹⁴, alejándose de donde a uno piensan confinarlo. Por eso, hay que entender que en el delito de detención se protege la libertad de movimiento, la capacidad natural para decidir marcharse.

Además, esta tesis de la libertad frente a la coerción tropieza con lo absurdo que supondría considerar a los recién nacidos como sujetos pasivos del delito residual contra la libertad, el de coacciones, al no resultar concebibles siquiera medios comisivos violentos o intimi-

datorios frente a quien aún no puede ni siquiera formar su voluntad ni mucho menos entender una amenaza. Por no hablar de que ni siquiera resultarían posibles las conductas típicas de impedir o compeler, en ausencia de voluntad incluso potencial.

Debe, pues, rechazarse la libertad ambulatoria como bien protegido.

2. ¿Tutela de la esfera de guarda?

En cambio, para quienes consideran que con el “robo” de niños ante todo se tutela la relación paterno-filial, todavía cabe distinguir entre dos orientaciones, dependiendo de qué aspecto de tal relación se subraye.

La primera centra el bien protegido en la tenencia legal del menor, ejercida por sus padres, tutores o guardadores. Para ella, el niño no es más que el objeto material del delito, mientras que sujeto pasivo es la persona a la que se ha privado de la tenencia legal. De ella se deduciría que la sustracción de un niño abandonado o sin estar al cuidado de nadie, no lesionaría el bien jurídico, al igual que con respecto a los delitos contra la propiedad quien se apropia de una *res nullius*¹⁵. La verdadera condición para que se configure el delito no sería, pues, la afectación de la libertad ambulatoria del menor sino el alejarlo de su entorno familiar, para lo cual la privación de su libertad física, de ser materialmente posible, entraña sólo una forma de lograrlo. Lo determinante es que se afecte al libre ejercicio de los derechos de familia, algo distinto a la libertad ambulatoria.

Desde otro sector se hace recaer el acento, lo que encuentro más acorde con el actual entendimiento social y jurídico de la relación paterno-filial, en la lesión de los derechos del menor, conferidos en función de su interés objetivo, sobre todo a ser educado por sus padres y a estar en su compañía (“derecho a no ser removido de su círculo de convivencia”), a preservar sus relaciones familiares y a su identidad o estado civil¹⁶. Para esta

11 Así, Muñoz Sánchez, *op. cit.*, p. 70, si bien afirmándolo bajo la vigencia del delito de sustracción de menores. *Cfr. infra* VI el razonamiento en este sentido de la STS de 21 de enero de 2010.

12 Así, Muñoz Sánchez, pp. 52 ss., con bibliografía al respecto, española y alemana, en notas 15 ss.

13 Padovani, *RIDPP* 28 (1985), pp. 605 ss.

14 Lo que presupone la capacidad volitiva real, existente, que por determinadas circunstancias (p. ej., inconsciencia) no puede ejercerse; algo distinto a la capacidad de la que no se dispone en absoluto por falta de facultades psicofísicas (p. ej., niño de muy corta edad). Por otra parte, como señala Muñoz Sánchez (*op. cit.*, pp. 71 s.), el sujeto pasivo de la detención debe contar con la capacidad *volitiva* de movimiento, no en cambio con la capacidad *física* de desplazarse autónomamente, de manera que también podrá ser sujeto pasivo quien necesita de medios auxiliares o de terceros para desplazarse. La cuestión es que al niño de corta edad le faltan *ambas*.

15 Núñez, *Tratado de Derecho penal argentino. Parte Especial*, 1987, t. V, p. 58; Creus, *Derecho penal. Parte Especial*, 4ª ed., 1993, p. 340.

16 Con respecto a la doctrina argentina, Gaitán, Mariano, en Ziffer, Patricia S. (dir.), *Jurisprudencia de casación penal*, t. 5, Buenos Aires, 2012, pp. 110 s., notas 6-8. La sentencia de la Cámara de Casación Penal argentina (Sala II, de 8 de septiembre de 2009, “caso Rivas”), objeto del comentario de Gaitán, se decanta por la segunda opción (bibliografía en p. 163).

corriente resulta obvio que las potestades sobre el niño no consisten en derechos subjetivos sobre éste, que se vieran interferidos por la sustracción, sino en facultades que se reconocen a los padres o guardadores principalmente en defensa de los derechos e intereses del niño. La patria potestad se concibe esencialmente como una función atribuida por el ordenamiento a los padres, que abarca derechos y deberes, con el objetivo de conseguir el desarrollo integral de los menores¹⁷.

Conforme a este concepto, entiendo que la acción de alejar a un niño de su esfera familiar, de modo que se destruyan los vínculos con ésta, no lesiona tanto la aún inexistente libertad ambulatoria del menor cuanto el derecho de los padres o familia extensa, así como el del niño, al mantenimiento y respeto de sus vínculos familiares, incluida su identidad¹⁸, los derechos convergentes a que no se desvincule al niño de su núcleo de convivencia.

Ahora bien, ¿qué consecuencias despliega esta concepción que sitúa el bien protegido en el alejar al menor de su familia en la interpretación del Derecho vigente? A efectos de avanzar en este debate, conviene volver la vista atrás, a etapas en que coexistían los tipos de detención ilegal y de sustracción de menores.

III. LA RECIENTE EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

1. Vigencia conjunta de las figuras delictivas de detención ilegal y de sustracción de menores

Siguiendo la tradición mantenida desde los inicios de la codificación penal, el CP de 1973, dentro de su tít. XII, dedicado a los “Delitos contra la libertad y la seguridad”, tras ocuparse en su cap. I de las “De-

tenciones ilegales”, incluía un cap. II que llevaba por rúbrica “De la sustracción de menores”, que tipificaba en su art. 484 la propia sustracción de menor de 7 años, a la que imponía la gravísima pena de presidio mayor (de seis años y un día a 12 años), tipo que ha desaparecido en el actual CP. Y a continuación prohibía la no presentación de menores a sus tutores por parte de los encargados de su guarda (art. 485), así como la inducción a abandonar la casa de sus padres, tutores, etc. (art. 486); tipos, estos dos últimos, sí mantenidos en el actual CP.

El delito de sustracción de menor de 7 años coexistía, pues, con el de detención ilegal. ¿Realmente se solapaban ambos tipos en la protección del mismo bien jurídico con respecto a distintos sujetos, o bien protegían intereses distintos, de manera que al suprimir la figura genérica de sustracción de menor de 7 años se ha podido generar una laguna de punición? A este respecto, el tipo de sustracción era de naturaleza controvertida, como también su relación con los de detención ilegal. Se discutía si el bien jurídico residía en la relación de filiación, el conglomerado de derechos y deberes propios de la relación familiar, o más bien la propia libertad (o la seguridad)¹⁹ del menor. Esto es, si la razón de la conminación penal se situaba en el hecho de que se apartase al menor de sus padres o de quien ejerciera la custodia, con el consiguiente riesgo para el estado civil y la identidad biológica; o bien la libertad del propio menor²⁰.

Por otra parte, siempre que se admitiera al menos un componente de privación de libertad en la figura de sustracción de menores, se planteaban problemas derivados de la diferencia de pena con el tipo de detención, y se estimaba injusto e incongruente que no se pudiera aplicar

17 Maiza, María C., en Niño, Luis y Martínez, Stella Maris (coords.), *Delitos contra la libertad*, Buenos Aires, 2003, p. 239.

18 Gaitán, *op. cit.*, p. 115. Considera que en el tipo de sustracción/retención de menor de 10 años, del art. 146 CP argentino, el menor sería sujeto pasivo conjuntamente con el representante legal, y simultáneamente objeto material del delito (la materialización del interés jurídico protegido por la ley: incolumidad de los vínculos familiares e identidad del menor), Gallo, *op. cit.*

19 Amplias referencias bibliográficas en Cortés Bechiarelli, *op. cit.*, pp. 14 ss., notas 183-187. Piénsese que la rúbrica del título en que se encuadraban todos estos delitos era la de “contra la libertad y la seguridad”. González Rus (en *Un Derecho Penal comprometido. Libro homenaje al P. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, 2011, p. 158) propone situar a la seguridad del menor en el centro de la protección de los bienes jurídicos que presuponen cierto bagaje de experiencia, como la libertad ambulatoria o el honor.

Al respecto, la STS de 15 de marzo de 1983, en un supuesto de sustracción por parte de uno de los progenitores sin guarda atribuida (conducta, por cierto, luego tipificada específicamente, en ausencia de un tipo común de sustracción de menores, en 2002), estima que “prescindiendo de la ‘libertad’ con referencia a un menor de siete años, debe reconocerse que en estas sustracciones protagonizadas por los padres no padece normalmente la ‘seguridad’ del menor entendida como la abstracta exención de daños y riesgos, a no ser que el atentado a la seguridad se extienda a la mera ruptura de la relación del menor con las personas encargadas de su protección y custodia.” (cursiva mía). La sustracción por su padre y posterior desaparición de los niños Ruth y José en Córdoba, por cierto, desmiente la afirmación general de la sentencia. Por otra parte, no se entiende qué alcance tiene la expresión “prescindiendo de la ‘libertad’ cuando se trata de un menor de siete años: si es que se da por supuesta la lesión de ese bien jurídico, o, por el contrario, se entiende que con respecto a un menor de siete años no cabe considerar lesionada la libertad.

20 La vulneración de la seguridad del menor, salvo que se concibiera como presunta, dada por el mero hecho de la sustracción. no necesariamente se produciría. Antes al contrario, en ocasiones el menor mejoraría de condición.

las agravantes y atenuantes específicas de la detención a la sustracción de menores, singularmente el tipo de secuestro. Bien es verdad que a la vista de estas circunstancias modificativas cabría plantearse si tenían sentido en todos los casos con respecto a un menor de siete años. Recuérdese que en virtud de los antiguos arts. 480.3 y 484 CP influía al alza en la pena de la detención ilegal la duración de ésta, ejecutarla con simulación de funciones públicas o cuando se trataba de un secuestro, así como la causación de lesiones graves al detenido o haber proferido amenazas, supuestos de concurso expresamente regulado. Más bien estas agravantes específicas sólo tenían sentido en la medida —precisamente lo que está en cuestión— en que pudiera considerarse que la sustracción del menor hubiera afectado a su libertad ambulatoria, ya que en caso contrario tales circunstancias sólo podrían tenerse en cuenta en tanto que realizasen otras figuras delictivas: lesiones, o amenazas condicionales (en el caso del secuestro). Asimismo, la mayor o menor duración del apartamiento del menor difícilmente podría ser relevante, si ya se niega la situación de detención.

En la aplicación de los tipos agravados de detención a la sustracción de menor, pues, la doctrina estaba dividida. Unos consideraban a la sustracción de menores como un delito contra el conglomerado de derechos y deberes de la familia, incluidos quienes subrayaban la protección de la seguridad que otorga el entorno familiar²¹. Otros hacían hincapié en la libertad del menor, bien que en tanto que subsistía su estado de incapacidad, ejercida en su nombre sus representantes²², no obstante la autonomía sistemática de su regulación legal con respecto al delito de detención. Esta última

concepción no encontraba en la sustracción de menores más diferencia con la detención ilegal que en la especificación del sujeto pasivo (lo que determinaría un supuesto de aplicación del principio de especialidad), y coincide con la postura —que rechazamos *supra* II a)— que admite la posibilidad de que un bien jurídico personalísimo pueda ser atribuido a un representante.

Por su parte, el TS vacilaba en la calificación de los supuestos de raptó de menor de corta edad entre la de detención ilegal²³ y la sustracción de menores²⁴. La ambivalencia de la figura tradicional de sustracción de menores la ponía de manifiesto la jurisprudencia²⁵, entendiendo que la conducta típica afecta tanto a la libertad del menor como a “la libertad de los padres para ejercer los derechos-deberes que les corresponden” sobre el menor, así como para decidir sobre su destino. Pero en esencia consideraba que tanto la detención ilegal como la sustracción de menores atentan contra la libertad del menor, siendo este segundo delito una especie de detención cualificada, con el elemento distintivo de la edad del sujeto pasivo inferior a 7 años. Ello determinaba que la relación entre ambos tipos fuera la de concurso de leyes²⁶. Lo que no se entendía es que, debiéndose esta cualificación a la mayor vulnerabilidad de la víctima, y afectando además a otros bienes jurídicos, sin embargo desde 1947 estuviera castigada con la misma pena que la detención. Sin embargo, tratándose de dos figuras sustancialmente idénticas, y no obstante la autonomía sistemática de la sustracción de menores, lo decisivo es que a efectos prácticos sí cabría la posibilidad de aplicar las agravaciones del delito de detención a la sustracción del menor de 7 años²⁷.

21 Cobo del Rosal, *ADPCP* 1961, p. 229; Rodríguez Ramos, *La detención*, 1987, p. 251; Cuello Calón, *Derecho Penal* II, 1975, p. 739.

22 Maqueda Abréu, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, 1988, pp. 79 s.

23 STS de 8 de septiembre de 1993.

24 A favor de considerar que el bien protegido en la sustracción reside en los derechos inherentes a la institución de guarda (patria potestad, tutela, etc.), p. ej. la STS de 15 de marzo de 1983. En tal sentido, ya Cobo del Rosal, *ADPCP* 1961, pp. 217 s. Y la STS de 26 de marzo de 1986, relativa al raptó de una niña de tres años con la intención de pedir un rescate, lo cual no se lleva a efecto por no conseguir averiguar el domicilio de los padres y porque la niña, a quien daban por muerta tras un acceso de tos, fallece al arrojarla a una charca. Adviértase que en el aspecto de la privación de libertad del menor de 7 años, el supuesto de esta sentencia coincide con el de la STS de 8 de septiembre de 1993, difiriendo solo en que aquí no se pudo llevar a término la petición de rescate planeada. Resulta difícil de entender que este aspecto, ajeno al alejamiento de la menor con respecto a los padres (idéntico en ambos casos), alcance a fundamentar la diferencia de calificación (sustracción de menores aquí; detención ilegal en el caso Melodie).

25 STS de 11 de diciembre de 1992, relativa a una niña mantenida atada por su abuela desde que tenía un año de edad y hasta los 5, sustrayéndola a la custodia de sus padres. En este caso no existía riesgo para la filiación, pues los propios padres de la menor residían en la vivienda contigua, y si no remediaban las condiciones indignas en que vivía la menor era debido a su sometimiento al carácter autoritario de la abuela.

26 Así, en paralelo con la concepción sobre el bien jurídico del TS, Maqueda Abréu, *op. cit.*, p. 77.

27 STS de 28 de octubre de 1976. Asimismo en el caso del secuestro de la niña Melodie Nakachian (a la sazón de 5 años), STS de 8 de septiembre de 1993, que confirma la calificación del órgano *a quo*. En ambas instancias, la opción por el tipo de detención ilegal, en lugar del de sustracción de menores, se explica por el objetivo de posibilitar la condena por secuestro, tipo agravado del de detención ilegal.

Más coherente que esta postura, fundada en la identidad de bienes jurídicos protegidos, parece la sustentada por Muñoz Sánchez²⁸, en el sentido de que en los tipos de detención ilegal y de sustracción de menores se tutelaban bienes jurídicos distintos: la libertad de abandonar determinado lugar de una persona con capacidad volitiva natural para decidir sobre ello; y la relación interpersonal entre el menor y la persona encargada de su guarda, el interés objetivo (razón por la que el eventual consentimiento del menor resulta irrelevante) en que no se le aleje del entorno familiar, respectivamente. Articular el delito de sustracción en torno a la protección de este segundo bien jurídico permitía además explicar su incardinación sistemática en un capítulo distinto al del delito de detención, junto a las figuras de los arts. 485 (omisión de presentación del menor a sus guardadores) y 456 (inducción a abandonar el entorno familiar), que compartían ese mismo objeto de protección.

A partir de estas premisas, a efectos de “contabilidad” delictiva, ante un sujeto pasivo menor de 7 años, habría que distinguir dos tipos de supuestos. En primer lugar, aquellos en que no se da en éste capacidad volitiva ambulatoria natural, en que por tanto no podría vulnerarse la libertad ambulatoria, por tanto sólo susceptibles de sustracción de menores y no de detención. Y en segundo lugar, aquellos otros en que sí concurre la capacidad volitiva natural ambulatoria del menor, así como la oposición del sujeto pasivo menor de 7 años a que se lo lleven, casos en que cabe tanto la posibilidad de lesionar ambos bienes jurídicos conjuntamente, como uno solo de ellos, lo que ocurre cuando se trate de una mera privación de libertad que no le aleje del entorno familiar, o bien en que se produce la sustracción “consentida” por el menor, dado que su consentimiento es irrelevante con respecto al bien tutelado en la sustracción, pero relevante con respecto a la detención.

En ambos casos queda descartado el concurso de normas y en particular su principio de especialidad, ya que en el primer grupo de supuestos no llega a haber

inclusión de un tipo (el de sustracción) en otro (el de detención), en tanto que sólo se dan los elementos típicos del de sustracción; y en el segundo (si se le detiene al menor de 7 años contra su voluntad y a la vez se le aleja del entorno familiar) cabe la lesión simultánea de ambos bienes, es decir, se produce concurso ideal.

Lo que, por cierto, resuelve la incongruencia que preocupaba a doctrina y jurisprudencia derivada de que no se pudiese apreciar p. ej. el secuestro de un menor. Con este original planteamiento, desde luego que es posible, pero sólo si el menor ha alcanzado la capacidad para ser titular del bien jurídico libertad de movimiento, y por tanto dicho bien puede ser menoscabado.

2. Tras la supresión del delito de sustracción de menores (como delito común) en el actual CP

El vigente CP introduce un nuevo título de delitos contra las relaciones familiares (el XII del libro II), con un capítulo (II) destinado a la protección de las relaciones paterno-filiales. Sin embargo, en este nuevo capítulo, aun manteniendo el resto de conductas tendentes a la extracción del menor con respecto a su entorno familiar legal, sorprendentemente suprime el delito de sustracción de menor de 7 años.

Siguiendo la dirección político-criminal contraria, en 2002 se reintroduce la sustracción de menor de su entorno familiar, conservando incluso el *nomen iuris* de sustracción, pero con un alcance restringido, como delito *especial*, puesto que ésta sólo admite la comisión en autoría por el progenitor con quien el menor no convive o que no tiene atribuida la guarda (así como sus ascendientes y parientes hasta segundo grado), y por otra parte amplía el sujeto pasivo hasta comprender a todo menor de edad —no sólo al menor de 7 años— e incapaz (art. 225 bis CP)²⁹. Además, se introduce la falta del art. 622, modalidad subsidiaria, que tipifica la infracción por parte de los padres del régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa³⁰.

28 *Op. cit.*, p. 83 ss.; exposición de la doctrina y jurisprudencia en pp. 78 ss.

29 El tipo está concebido para prohibir la sustracción en un contexto de ruptura de pareja, fenómeno cuya creciente importancia se explica por la liberalización de las relaciones de pareja y el incremento de matrimonios o relaciones de nacionalidad mixta debido a los movimientos migratorios y la facilidad de comunicaciones.

La Circular 2/2012, de la FGE concibe el art. 225 bis como un simple tipo *específico* de desobediencia a resoluciones judiciales o administrativas de atribución de la custodia, así como de defensa de los derechos del progenitor custodio (o institución), lo que alejaría a esta figura “de la protección de la libertad personal del menor”. Esta concepción se inscribe en su línea argumental de defender la aplicación del delito de detención ilegal para los supuestos de sustracción de menores. Cuestión distinta es la de fundamentar si, en caso de recién nacidos, cabe hablar de libertad personal susceptible de tutela penal.

30 Lo que comprende (Díez Ripollés, *op. cit.*, p. 85) los supuestos de apoderamiento del menor, ya sea extrayéndolo del lugar donde se ejerce la guarda, retirándolo de ese lugar, así como no restituyéndolo.

En la misma línea, y poniendo con ello de relieve la asimetría e incoherencia del sistema resultante, la misma reforma de 2002 también incorpora en el art. 224.2 el delito *especial*, comisible por dicho progenitor, de inducción a menores a abandonar su esfera de guarda, complementando así la protección con respecto a la correlativa figura *común* que, como se acaba de señalar, sí se mantuvo en el actual CP.

Como resultado, la inducción a abandonar el entorno familiar es ahora susceptible de comisión como delito común o como delito especial, en ambos casos con la misma pena, mientras que en cambio la sustracción de menores sólo se prevé como figura especial, sin el correlativo delito común.

Se da, pues, la situación paradójica de que, con respecto a la extracción del menor de su entorno familiar, allí donde es indiferente para la figura delictiva si se va a sustituir ese entorno por otro (inducción), la conducta se le veda tanto a extraños como al progenitor sin derecho de guarda. Y, en cambio, cuando ese entorno se va a sustituir por uno distinto (sustracción), se prohíbe la extracción allí donde concurre menos peligro para los bienes del menor, puesto que se va a integrar en el entorno de ese progenitor, es decir, lo más parecido a su entorno familiar legal, y en principio *sin atentar contra la filiación biológica*, o no totalmente; pero no se prohíbe específicamente la realización de esa conducta por parte de un extraño, precisamente donde la lesión del bien jurídico es más profunda, puesto que la finalidad será la integración en otro entorno ajeno al familiar.

Me parece obvio que pretender remediar esta laguna de punición recurriendo a la figura de la detención ilegal no devuelve la coherencia a este sistema de figuras delictivas, aun cuando el tenor literal de la figura agravada del art. 165, relativa la detención —entre otros— de menor de edad, parezca auspiciar tal tesis.

Y sin embargo, la supresión del tipo de sustracción de menor de 7 años se ha empleado como argumento a favor de la posibilidad de apreciar detención ilegal de cualesquiera menores, incluso de recién nacidos, aduciendo que no sería concebible que el legislador hubiera pretendido dejar impunes tales conductas, has-

ta entonces conceptualizadas como de igual gravedad que el tipo genérico de detención³¹. O, lo que equivale a efectos prácticos, se estima³² que el tipo de sustracción se ha mantenido *de facto*, si bien en el ámbito de los delitos contra la libertad. Así, Cortés Bechiarelli señala que el art. 165 CP recoge el testigo del antiguo art. 484³³, si bien haciéndole perder rango, pues de figura independiente se convierte en modalidad agravada de detención ilegal; lo que de todos modos significa que la relevancia penal de la conducta de sustracción no ha desaparecido.

Cabe esperar que para llegar a tal conclusión se ha de juridificar previamente el bien jurídico protegido en las detenciones ilegales, recurriendo a la —ya analizada *supra* II, a)— teoría de la representación. A este respecto, Cortés habla de la privación de la *libertad mediata* del menor³⁴, esto es, “la que no puede ejercer por sí solo, pero sí con el apoyo de sus padres o guardadores”, el haz de derechos a ser conducido (traslado), educado, distraído o corregido, protegible por ser la parte alícuota de la libertad que al menor le corresponde. Se comprende que una concepción así aboque a problemas en la determinación del consentimiento del menor, en relación con cuya validez habría que matizar en función de la edad, no sólo cronológica, sino teniendo en cuenta el grado de madurez o del grado de incapacidad³⁵. Cortés se pronuncia a favor de la indisponibilidad del bien jurídico así entendido, por parte del menor, dada su inmadurez y consiguiente falta de criterio³⁶, consideraciones que tendrían sentido con respecto al alejamiento de la familia, pero poco compatibles con la libertad ambulatoria.

Alude, en otros términos, a la tutela de la condición de posibilidad de ejercer los derechos y deberes familiares, lo que, en un sujeto desprovisto de capacidad natural para decidir su posición espacial como es el recién nacido, entiendo que no aporta ningún injusto adicional ni distinto al aspecto esencial: la conducta de extracción con respecto al entorno familiar legal. Pese a ello, aprueba Cortés³⁷ que se suprimiera la tipificación de la sustracción de menores como conducta que atacaba los derechos y deberes de guarda precisamente mediante

31 Así, la Circular 2/2012 de la FGE.

32 Prats Canut, en Quintero Olivares (dit.)/Morales Prats (coord.), *Comentarios al CP*, t. II; 2008, p. 222.

33 Cortés Bechiarelli, *op. cit.*, pp. 15 ss. (antes de la reforma de 2002). Aun reconociendo que no era tarea fácil determinar el bien jurídico de la antigua sustracción de menores.

34 *Op. cit.*, p. 120.

35 *Op. cit.*, pp. 127 s.

36 *Op. cit.*, p. 125 s.

37 Pp. 120 s.

la extracción del menor de la esfera de dominio de sus guardadores, fundamentándolo en que tal conducta ya encuentra acomodo sobre todo en el delito de detención ilegal, y con la supresión se evitan los problemas concursales mencionados *supra*, sobre todo con respecto a los tipos cualificados de detención; y por otra parte en que, al igual que el alejamiento del menor con respecto a la esfera de custodia, prácticamente cualquier delito contra el menor atenta contra los derechos y deberes familiares, como por ejemplo el asesinato o la violación, figuras que también afectan al deber de velar por los menores.

Creo, sin embargo, que cabe señalar una diferencia sustancial entre la detención y los demás bienes mencionados. Mientras que el menor de corta edad es titular indiscutible del bien jurídico vida³⁸, constituyendo su consiguiente sustracción a la esfera de custodia un tipo copenado³⁹, lo que aquí se discute es si el niño de corta edad puede ser titular del bien jurídico libertad ambulatoria, precisamente lo que Cortés da por sentado sin discusión; y allí donde se niegue tal posibilidad se disolvería la supuesta problemática concursal.

En contradicción con el planteamiento anterior, tras la supresión del tipo de sustracción de menor de 7 años, Cortés advierte una censurable laguna de punición para los supuestos de los denominados *robos* de niños, precisamente el objeto de este estudio: allí donde un sujeto sustrae al menor para introducirlo en familia propia o ajena⁴⁰. Discrepo de su afirmación de que estos supuestos sean inverosímiles⁴¹, como la realidad ha venido a poner de manifiesto. Sí comparto que la supresión contraste con la protección en el actual CP de cualquier atentado a la filiación, y que por tanto el antiguo delito de sustracción debió mantenerse, si bien con la necesaria adaptación, para acoger precisamente estos supuestos. Ahora bien, me parece contradictorio sostener que la detención del menor encaja en la figura de deten-

ción ilegal, en tanto que con esta se ataca al ejercicio de la potestad de desplazamiento del menor por parte de los representantes legales de éste, y a renglón seguido apreciar laguna de punición con respecto al robo de niños. Sólo veo como posibles modos de salvar la contradicción: o bien que se quiera decir que el ejercicio por representación del desplazamiento del menor sólo es posible si éste tiene además la voluntad natural de desplazarse (quedando excluidos, por tanto, los recién nacidos y niños de muy corta edad), o bien que se señale como laguna de punición el que en la detención ilegal se está dejando de tener en cuenta el aspecto de atentado contra la filiación, lo que a su vez contradiría la afirmación de Cortés de que prácticamente todo delito contra el menor atenta a la vez contra los derechos y deberes familiares. Entiendo, no obstante, que la razón de fondo de la laguna de punición se encuentra en que los niños muy pequeños no pueden ser objeto de ataque de la detención ilegal, al carecer de capacidad de fijar su posición en el espacio autónoma, ni siquiera en términos de potencialidad, y que esa incapacidad no puede ser suplida mediante el ejercicio por parte de su representante⁴².

Por otra parte, los problemas concursales con las modalidades agravadas de la detención ilegal igualmente se plantearán en el delito de no devolución del menor —sí mantenido en el CP (art. 223)—, en que, para la concepción normativa de la libertad del menor (el ataque a ésta como suplantación del representante legal) también se dará solapamiento con la detención. Aunque creo que no siempre se producirá el concurso, lo cierto es que de hecho el precepto legal contiene una cláusula concursal expresa. Bien es verdad que puede entenderse alusiva a delitos contra otros bienes jurídicos del menor distintos a la libertad ambulatoria, como los relativos a la vida o la indemnidad sexual⁴³.

38 Dicho sea incidentalmente, la titularidad del bien jurídico indemnidad sexual en niños recién nacidos también podría ser cuestionable, puesto que no cabe hablar de experiencia traumatizante, al margen de la calificación como delito contra la integridad moral en tanto que se lo utilice como objeto para la satisfacción sexual.

39 Circunstancia normalmente —pero no necesariamente— acompañante del asesinato, puesto que puede quitársele la vida al niño sin haberlo sustraído a la custodia, p. ej. en presencia de sus progenitores.

40 Destino más acorde con la realidad actual que los que acertadamente califica de anacrónicos, mencionados por los comentaristas iniciales de la codificación: robo de niños para dedicarlos a la mendicidad, a espectáculos circenses o a abusos sexuales (Cortés Bechiarrelli, *op. cit.*, p. 122, nota 195). No entiendo por qué echa en falta precisamente “ese tinte patrimonialista que se intuía con la mención el término *sustracción*”.

41 Pp. 122-124.

42 “Libertad personal potencial, ejercitable vicarialmente por parte de sus padres o representantes legales”, en términos de la Circular 2/2012, de la FGE.

43 Admite la posibilidad de concurso con detenciones ilegales o coacciones, Prats Canut, en Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), *Comentarios al CP*, t. II; 2008, p. 588.

También se agravan los problemas concursales con la incorporación por la reforma de 2002 del delito de sustracción de menor (art. 225 bis), exclusivamente como delito especial realizable por un progenitor⁴⁴. La presencia de esta figura dificulta la posible defensa de la libertad del menor, valorativamente entendida, como bien que ha de protegerse en supuestos de “rapto” de menores. Si se afirma que lo tutelado en la detención es la libertad que legítimamente ejercen en representación del menor las personas que tienen encomendada su guarda, entonces los progenitores sin custodia atribuida podrían ser sujetos activos de detención ilegal, en los mismos términos que los extraños, pues desde una consideración valorativa en nada se distinguen de ellos. Partiendo de la tesis de que frente a la sustracción de menores se protege la libertad ambulatoria en tal sentido valorativo, la figura del 225 bis, pues, debería haberse encuadrado más bien entre los delitos contra la libertad ambulatoria, como tipo especial, seguramente privilegiado, y no entre los delitos contra los derechos y deberes familiares, en coherencia con el hecho de que se hubiese despenalizado en 1995 la sustracción de menores.

Que no se haya procedido de esta forma apunta a que, en primer lugar, en la actualidad se lleva a cabo una protección incompleta de las relaciones paternofiliales frente a la sustracción, puesto que se considera este bien jurídico atacable por el progenitor no legitimado, pero no por un extraño, de quien puede partir precisamente una modalidad de ataque más grave; y en segundo lugar, a que, puesto que el objeto de protección en el art. 225 bis es el vínculo paterno-filial, para la teoría de la representación habría que apreciar concurso de delitos entre el art. 225 bis y la detención ilegal, en todos los casos, incluidos los de sustracción de recién nacidos.

IV. EL PROBLEMA DEL COMIENZO DEL CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN

Pero si resulta forzado calificar de detención las *sustracción* de un niño de corta edad, ya de entrada llama la atención lo artificioso de calificar como delito de detención ilegal la situación de *retener* al menor a partir del momento en que éste alcanza cierta autonomía, y desde luego una vez que llega a la mayoría de edad. ¿Hasta cuándo puede perdurar la “detención”?

La pregunta clave a este respecto reza: en una detención ilegal, a efectos de su prescripción como delito permanente que es, ¿cuándo se produce la puesta en libertad, momento en que cesa la continuación de la consumación por acción u omisión del sujeto activo? Desde esta perspectiva, resulta muy difícil de asumir que un mayor de edad, sólo por desconocer que fue en su día desplazado de un ámbito familiar a otro, por ignorar que en definitiva se le ha sustraído su identidad, confiriéndole otra distinta y aparente, sigue siendo objeto de detención. Como asimismo es difícil de comprender que el sujeto recupere la libertad de un día para otro, si es que se defiende que ha estado privado de ella p. ej. a lo largo, de la infancia y de la adolescencia.

Incluso para los partidarios de la teoría de la representación, que consideran que en el caso del menor con la detención se afecta a la voluntad que ejercen los guardadores en nombre del menor, ¿cómo entender que aún se sigue menoscabando la libertad ambulatoria de un mayor de edad, sólo porque éste aún desconozca su origen biológico? Los partidarios de esta concepción tendrían que entender concluida la detención, como muy tarde, cuando el sujeto pasivo alcanza la plena autonomía, con la mayoría de edad, y por tanto que el plazo de prescripción comenzaría a transcurrir en ese momento, en términos similares a lo previsto para diversos delitos, como los relativos a la indemnidad sexual y otros, en el art. 132.1.2^o⁴⁵. Pues el mero conocimiento

44 Al respecto, Montón García, *La sustracción de menores por sus propios padres*, 2003, quien señala que el antiguo delito de sustracción de menores excluía la posibilidad de autoría por los progenitores (p. 17, nota 1).

45 Si se ha entendido que los menores ejercen la libertad ambulatoria a través de sus padres o guardadores (Estrella Ruiz, *El Derecho*, 20.06.2013, URL: http://www.elderecho.com/penal/Bebes_robados-ninos_robados-documentacion_y_archivo_de_bebes_robados_11_556930011.html), “si hablamos de un delito cuyo bien jurídico taxativamente está determinado por la libertad deambulatoria, en el caso de los menores de edad, viene caracterizado por la privación de aquella desde un punto de vista psicológico (?), al no poder gozar de la misma con quien correspondería biológicamente, que son los padres como sujetos de la patria potestad, sino por terceras personas que ejercen la patria potestad desde un pilar falso”, al dejar de ser menores de edad desaparece ese presupuesto fáctico.

En tal sentido diversas resoluciones de Audiencias Provinciales: AAP Vizcaya secc. 2ª n.º 772/2011, de 21 de octubre; Valencia secc. 5ª n.º 749/2011, de 11 de noviembre; Valencia secc. 2ª n.º 174/2012, de 9 de marzo; Cádiz secc. 5ª n.º 37/2012, de 15 de febrero, Cádiz secc. 3ª n.º 64/2012, de 8 de marzo, Cádiz secc. 3ª n.º 85/2012, de 14 de marzo, y acuerdo del Pleno de la AP Cádiz de 10 de febrero de 2012. La SAP de Cádiz de 22 de mayo de 2012 rechaza la aplicación a estos supuestos del delito de desaparición forzada, de admitirse la cual no habría comenzado a contar la prescripción.

del origen biológico no le otorga la medida necesaria decisiva de control sobre su libertad ambulatoria.

Y, sin embargo, se abre camino asimismo la tesis de que el *dies a quo* debe situarse, no en el acceso a la mayoría de edad, sino en el momento en que llega a conocerse la verdadera identidad, momento en que se está “en condiciones de decidir”⁴⁶. La mantiene, entre otras instancias, la FGE del Estado⁴⁷, la cual, ante la ausencia de jurisprudencia superior en el sentido acabado de indicar, y por razones no dogmáticas sino prácticas (en la medida en que es el criterio que favorece una investigación y enjuiciamiento efectivos de los hechos), entiende que los efectos de la situación ilícita no cesan mientras el sujeto pasivo ignora su verdadera filiación, aun cuando ya sea mayor de edad y capaz. La razón última: que hasta entonces la víctima “sigue estando ilegalmente desposeída de su genuino estado civil, con gravísimas consecuencias jurídicas y personales para él y su verdadera familia”. Repárese, sin embargo, en cómo ha desaparecido la referencia a la protección de la libertad ambulatoria, reemplazándola la necesidad de mantener la tutela del estado civil, en función de las consecuencias para el menor sustraído y para su familia. Con esta confesión inconsciente se pone de manifiesto que si ya resulta *difícil* fundamentar que el estado ilícito de privación de libertad se mantenga hasta tanto se deje de estar sometido al representante legal (acceso a la mayoría de edad), resulta *imposible* hacerlo más allá, a menos que para verificar si persiste el daño vuelva a considerarse el bien auténticamente protegido: el estado civil, la identidad biológica.

En efecto, la lógica de la prescripción cobra todo su sentido en estos supuestos si se sitúa el objeto de protección en las relaciones familiares, y no en la libertad ambulatoria. Desde la perspectiva de qué ha de prescribir, acaba por salir a la luz que lo que se protege es la

relación paterno-filial, el estado civil, en relación con la cual, presupuesta la retención del menor, se sigue lesionando el bien jurídico, lo que cabría subsumir en el concepto de delito permanente. Tomando ahora como referencia este bien jurídico, ¿cuándo puede entenderse que deja de cometerse, i. e., que se prolonga la consumación o que cesan sus efectos?

La cuestión se ha planteado especialmente en Argentina con respecto a la apropiación de hijos de personas objeto de desaparición forzada tras su estancia en centros clandestinos de detención⁴⁸, que realizaría el tipo del sustracción de menores en los términos del art. 146 CP argentino⁴⁹. También allí se barajan los criterios acabados de indicar.

A este respecto, cabe defender varias fechas distintas como comienzo del cómputo. La más restrictiva, consideraría que debe situarse en el límite máximo de edad del delito de sustracción de menores (existente en otros ordenamientos, pero también en el CP español anterior), momento a partir del cual ya se dejaría de ocupar la posición de sujeto pasivo en esta figura delictiva⁵⁰. Cabe objetar a este criterio que, habiendo sido típica en origen la sustracción, en tanto que se sigue impidiendo al menor la vida en común con su familia, y usurpando su voluntad presunta, persiste la lesión aun cuando se supere ese límite etario. Asimismo, desde la perspectiva político-criminal, con esta concepción se alentaría la retención del menor hasta tiempo después de alcanzar éste el uso de razón, simplemente esperando a que prescribiera el delito.

La tesis intermedia atiende al momento del acceso a la mayoría de edad, momento en que al sujeto se le declara plenamente capacitado para tomar las riendas de su vida, dejando de estar supeditado a sus representantes legales; cuando se produce el “corte” del adulto con el legado cultural e identitario familiar. Esta tesis

46 En esta línea el AAP Madrid, secc. 1ª, de 28 de septiembre de 2012, que acoge el criterio de la Fiscalía, y además lo extiende a los delitos conexos (falsedad, suposición de parto y alteración de paternidad). Si bien no se indica qué se trata de “decidir”: desde luego no será la posición en el espacio, para lo cual el conocimiento de la identidad biológica no aporta nada significativo, sino más bien la consciencia de pertenecer a una familia.

47 En la tan citada Circular 2/2012, cuyo criterio ha sido asumido por algunas Audiencias Provinciales. Lo cual ha determinado que a ese nivel jurisdiccional las resoluciones oscilen ahora entre el criterio de la mayoría de edad y éste del conocimiento del origen biológico. El mismo régimen, y por la misma razón de favorecer la investigación, propugna aplicar a los hechos calificables de sustracción de menores (realizados sólo bajo la vigencia del CP de 1944), al que considera también delito permanente.

48 Donde se plantea además la aplicación del crimen de lesa humanidad de la desaparición forzada también con respecto al menor (al respecto Guitián, *op. cit.*, pp. 136 ss.), de lo que se derivaría su imprescriptibilidad.

49 Entre los delitos contra la libertad, el art. 146 CP argentino tipifica la conducta del que “sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare.”

50 A los 10 años en el caso de la figura del art. 146 del CP argentino. Este argumento fue esgrimido por la defensa de Videla y Massera (9 de septiembre de 1999). En el art. 142 del CP chileno el límite superior para la sustracción de menores es de 18 años. Por su parte, el § 235 del StGB alemán tipifica por una parte la detención de menor de 18 años, con violencia, amenaza o engaño, y por otra la sustracción de un niño (persona menor de 14 años), apartándolo de sus representantes legales.

hace hincapié en el aspecto del poder de dominio de los familiares legítimos del menor, y en el momento en que cesa, en lugar de situar el foco en el derecho del menor a mantener relación con su familia⁵¹. En su contra se ha indicado que no tiene en cuenta el momento en que el autor desiste de, o retira, su aportación al hecho, a diferencia de la tercera tesis. Asimismo, que, enfocando la protección en el derecho tanto del menor como de la familia biológica a la preservación de sus lazos, no se entiende que el acceso a la mayoría de edad añada ningún elemento que interrumpa la lesión sostenida.

Y la tesis más amplia, que se atiene al momento en que el sujeto pasivo descubre la verdadera filiación biológica, aquel en que accede a la posibilidad de reanudar sus vínculos familiares que le fueron ilegalmente destruidos⁵². Frente a ello cabría objetar que, una vez alcanzada la mayoría de edad, desaparece el objeto de protección de la norma, y que la recuperación de la identidad (datos del nacimiento, ligados a determinada ascendencia biológica) no siempre es una eventualidad bajo el dominio del autor de la retención. Se redarguye que en los supuestos en que el ocultador manteniendo su relato falso impide la recuperación de la identidad y el restablecimiento de los vínculos familiares legítimos, persiste la lesión del bien jurídico hasta que los afectados no descubran su filiación biológica. Aun estimándolo el criterio que mejor se ajusta a la persistencia de la lesión del bien protegido, presenta el inconveniente de que la prescripción no se activaría automáticamente en determinado momento, sino hasta haber sido descubierto el delito, lo que *en algunos casos* entraría en conflicto con el derecho a no autoincriminarse, puesto que a veces del descubrimiento —y la prescripción— sólo sería posible mediante la confesión de haberlo estado cometiendo hasta ese momento.

V. SUCESIÓN DE LEYES

Para la postura que califica como detención el *robo* de recién nacidos, surgen asimismo problemas en el ámbito de la sucesión de leyes, derivados en el Derecho positivo español de la desaparición del delito de sustracción de menores, ya que se observa continuidad

en el delito de detención, pero no en el de sustracción, no sustituido por ningún otro.

Desde la tesis de la especialidad de la sustracción con respecto al tipo genérico de detención, al desaparecer el de sustracción, las conductas inicialmente constitutivas de sustracción continuarían encuadrándose en el tipo “sucesor” de detención (precepto inicialmente desplazado), una vez que cesa el efecto de desplazamiento por el precepto de preferente aplicación. Así, la Circular 2/2012 de la FGE entiende que, puesto que el de sustracción de menores entraña un delito permanente, estará cometiéndose mientras la situación antijurídica se mantenga, la cual cesaría en el momento de descubrirse la verdadera identidad; y si mientras tanto se produjo la entrada en vigor del actual CP, la ley aplicable será la última, “aunque modifique y agrave la respuesta penal”, ya que una parte del tracto ejecutivo se ha producido bajo su efectiva vigencia⁵³.

En cambio, la tesis que niega a los recién nacidos la condición de sujeto pasivo de la detención ilegal, estima que como este tipo nunca se realizó, tampoco puede “resucitar”; y por su parte el tipo del delito de sustracción, que si se cometió, quedaría eliminado por la aplicación retroactiva del vigente CP penal, que despenaliza la conducta. Lo que, adicionalmente, convertiría en superflua la discusión sobre cuándo comenzarían a prescribir estas conductas. En cambio, donde hubo sustracción de menores compatible con la detención, dados los rudimentos de la libertad ambulatoria en el sujeto pasivo, subsistiría únicamente la detención ilegal, en relación con la cual sí habría que plantearse la posible prescripción.

VI. LA SUSTRACCIÓN DE MENORES EN LA PRA- XIS RECIENTE

La teoría de la representación no parece permitir, pues, resolver con coherencia los supuestos de sustracción de recién nacidos. Se oponen a ello tanto el carácter personalísimo del bien jurídico que se tutela en el delito de detención, como la solución que ha darse a la cuestión de la prescripción. En realidad, la aplicación del delito de detención ilegal requiere que se encierre

51 Tal es la tesis mantenida por la Cámara Nacional de Casación Penal argentina en el “caso Rivas” (Sala II, de fecha 8 de septiembre de 2009) y en su resolución de 20 de abril de 2008, “caso Bergés” (con un voto particular a favor de la tesis más amplia). *Cfr.* al respecto Guitián, *op. cit.*, pp. 123 ss. Texto completo del fallo en pp. 150 ss. El juzgado *a quo*, en cambio, había mantenido la tesis extensiva, y como es esperable la defensa la tesis restrictiva.

52 Guitián, *op. cit.*, p. 124 ss., defiende la tesis más amplia.

53 Y cita al respecto directrices anteriores: tanto la Circular 2/1996, de 22 de mayo, *sobre el régimen transitorio del nuevo Código Penal: incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores*, como la Circular 1/2004, de 22 de diciembre, *sobre régimen transitorio aplicable a la reforma 15/2003*.

o detenga a un sujeto pasivo idóneo, en el sentido de una persona que disponga de los elementos psicosomáticos indispensables como para decidir por sí mismo su situación en el espacio, aunque en el aspecto físico requiera en concreto medios auxiliares (silla de ruedas, muletas, otras personas...). Dicho de otro modo: *como mínimo* debe tratarse de un sujeto pasivo manipulable en el sentido del dominio de la voluntad de la autoría mediata. El criterio de distinción crítico, a mi juicio, ha de situarse en si se cuenta con el discernimiento mínimo necesario, esto es, con las capacidades intelectivas y volitivas mínimas para tomar la decisión de desplazarse, marchándose.

Buenas parte de la doctrina ha exigido en el sujeto pasivo esa capacidad volitiva natural para fijar la propia posición en el espacio, al margen de que sea o no jurídicamente relevante⁵⁴ a efectos de la validez del consentimiento, de donde se desprende que menores e incapaces también pueden ser sujetos pasivos, pero que en cambio las personas sin ese mínimo de capacidad natural no podrán serlo, como en los casos de retrasos o anomalías mentales profundos, o el que nos ocupa: los menores que aún no han adquirido esa capacidad volitiva.

Sin embargo, que los niños de corta edad carezcan de autonomía para determinar sus movimientos, no ha sido obstáculo para que la jurisprudencia posterior a la supresión del delito de sustracción de menores admita la posibilidad de que se vulnere su libertad ambulatoria.

Así, la STS de 29 de mayo de 2003 declara, con respecto al secuestro —por motivos relacionados con el tráfico de drogas— de una mujer y de su hijo de seis meses, que “el sujeto pasivo del delito puede ser una persona mayor o menor de edad. El hecho de que un menor de edad no pueda valerse por sí mismo y necesite para ello el auxilio de otra persona no implica que no sea titular del derecho a la libertad individual, aun cuando precise de un tercero para hacerla efectiva. (...) La detención ilegal de un menor en esas condiciones se comete extrayéndolo del ámbito de influencia de quien hace efectivo su derecho a la libertad deambulatoria, o bien deteniendo o encerrando a éste, en cuyo caso se le impide no solo el ejercicio de su propia libertad

sino también de la del menor”. El supuesto de hecho presenta la peculiaridad de que la detención afecta al mismo tiempo a quien ejercería el derecho en lugar del menor, además de a éste; por eso la defensa había alegado que, tratándose de un menor de seis meses, que carece de deambulación propia, el secuestro de quien lo está cuidando implica el del menor, y por tanto debería apreciarse un solo delito. Pero la alegación resulta infructuosa, ya que en virtud del razonamiento jurisprudencial, y dado el carácter personalísimo del bien jurídico, se aprecian dos delitos de secuestro.

La STS de 25 de octubre de 2006 se ocupa de un caso límite, referido a una niña de 3 años de edad⁵⁵ que se encontraba inicialmente dormida en el vehículo que sustrajo el sujeto activo. El TS confirma aquí la condena por hurto de uso y detención ilegal e incluso, a impugnación del Ministerio Fiscal, condena asimismo por el abandono de la menor (art. 229 CP), considerando a quien sustrajo el vehículo y posteriormente lo abandonó con la menor dentro como “encargado de su guarda”⁵⁶. El hecho de que se trate de una suplantación de la posición de guarda que realice el tipo de detención ilegal no parece cerrar el paso a la apreciación del tipo de abandono de menores, cuando se da fin a tal suplantación. Se da pie así a la impresión de que para sustraerse a la pena por este delito, se está demandando del autor que continúe usurpando el ejercicio de la libertad ambulatoria del menor por parte de los padres. ¿No debería, más bien, ponerse fin al menoscabo de la libertad ambulatoria? Se pone de manifiesto que en realidad se tutela la seguridad de la menor y se trata de impedir que se diluya más el vínculo con su familia.

En un supuesto en que, tras asesinar a una conocida que ha tenido un hijo hace unos cuatro meses, las autoras —madre e hija— se llevan al niño y, con el conocimiento del marido y del padre de ésta, lo mantienen durante más de un mes como si fuera propio, privándole de cualquier posibilidad de contacto con su familia biológica, la STS de 7 de junio de 2007⁵⁷ no aprecia impedimento para reconocer como titular del derecho a la libertad de movimientos a un bebé en el hecho de que para ejercerlo necesite el auxilio de otra persona, ni siquiera el de que no pueda expresar su voluntad con-

54 Del Rosal Blasco, *Sistema*, p. 150; Díez Ripollés, *op. cit.*, p. 46. Alude a la jurisprudencia contraria Ragués y Vallès, en Silva Sánchez (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2011, p. 87.

55 En un ser humano de tres años, ¿cabe apreciar la capacidad volitiva natural relativa a la libertad ambulatoria?

56 Coincide aquí el TS con la idea subyacente a la propuesta de Díez Ripollés (*op. cit.*, p. 47), en el sentido de utilizar el art. 223 como alternativa para recoger algunos casos del antiguo delito de sustracción de menores. La idea básica reside en que todo apoderamiento ilícito de un menor da lugar a una custodia temporal sobre él, y al mantenerlo se incurriría en la negativa injustificada a entregarlo.

57 F. j. 12º. La sigue, por ejemplo, el AAP Madrid, secc. 12ª, de 28 de septiembre de 2012.

traría “a ser privado de libertad”⁵⁸. No tiene en cuenta la resolución que, en lactantes, no es sólo que concurre la imposibilidad de *expresar* o *ejercer* la voluntad, sino ya de *formarla*, dado su rudimentario grado de desarrollo psicofísico. Sin embargo, en la concepción del TS, no importa que se necesite a terceros para generar y hacer efectiva la voluntad: “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”.

Sin embargo, también en este caso se pone de manifiesto que la calificación de detención ilegal en realidad etiqueta en sentido figurado el auténtico objeto de protección. Las disquisiciones de esta sentencia acerca del contenido del dolo relativo a la detención ilegal y la suposición de parto —por el que se condena a los miembros de la familia “de acogida” que simularon ser la biológica— pueden arrojar cierta luz acerca del sentido de castigar aquí por detención ilegal, puesto que al afirmar que el delito de suposición de parto no necesariamente implica “un conflicto con la voluntad de quien ejercita por el menor su derecho a la libertad deambulatoria”, se da a entender que fingir la maternidad con respecto a un niño sólo realiza además el tipo de detención ilegal si hay conflicto con aquellos que ejercitan el derecho a la libertad deambulatoria por el menor; e inversamente, por lo tanto, que si mediara el consentimiento, p. ej., de los progenitores, o de la madre cuando es el único progenitor, no se daría la detención ilegal. La libertad ambulatoria constituirá, pues, un derecho disponible, si bien disponible sólo por parte del representante que puede formar y ejecutar la voluntad “en nombre” del menor, y no por el propio menor. Ahora bien, si lo determinante para apreciar detención ilegal es el conflicto de la voluntad del sujeto pasivo con la voluntad de quienes están legitimados para decidir por el menor, en realidad es esta voluntad lo que se trata de proteger, es decir, la de *seguir* manteniendo al menor en el ámbito familiar. Se pone así de manifiesto que nos encontramos en realidad ante un ataque a las relaciones familiares, ante una ruptura del dominio sobre el menor como modo de garantizar el mantenimiento del vínculo familiar, no ante la tutela de la libertad de movimientos del menor, que otra persona ejerza, como prevé la ley, por él.

Apoyándose en esta línea jurisprudencial reciente, que argumenta basándose en la teoría de la representación, la Fiscalía General del Estado⁵⁹ también defiende la aplicabilidad a estos supuestos del art. 163.1, si bien reconociendo la custodia familiar como interés protegido en los supuestos de niños muy pequeños. Y la defiende aun admitiendo dificultades de subsunción en los verbos típicos “encerrar o detener” desde la perspectiva del principio de legalidad, cuando se trata del apoderamiento subrepticio de un recién nacido o de un menor de corta edad, puesto que los menores serían titulares de una “libertad personal potencial, ejercida vicarialmente por medio de sus progenitores o representantes legales.” Que la referida potencia en realidad no pasa de ser meramente *presunta*, no convertible en acto, se pone de manifiesto cuando más adelante se admite que, en los casos sin la necesaria capacidad de discernimiento, el núcleo típico de la detención ilegal “abarca en su esfera de protección el régimen de custodia de los legítimos representantes legales”.

También la sentencia de 21 de enero de 2010 viene a reconocer implícitamente las limitaciones del concepto de ejercicio vicarial de la libertad ambulatoria por parte de los representantes, además de evidenciar falta de coherencia con las decisiones anteriores. Y ello pese al esfuerzo por resaltar la peculiaridad y diferencia que presentaba el concreto supuesto enjuiciado. Se calificaba aquí la conducta de varios integrantes de una familia, que tenía detenida a una joven, embarazada de un miembro de dicha familia, ya fallecido, con la finalidad de quedarse con el niño, como así pusieron por obra. Tras el parto, madre y recién nacido continuaron en la vivienda —una vez inscrito en el Registro Civil el abuelo como si fuera el padre— en un clima de amenazas continuas, durante una semana. Al cabo de la cual, ante la insistencia de la madre en marcharse con su hijo, la expulsaron de la casa, quedándose con el bebé. El TS descarta el delito del art. 225 bis, al faltar una resolución que confiriera la custodia. Pero —y he aquí lo esencial— también descarta la detención ilegal del recién nacido, calificación que se solicita en vía de recurso, enfocando el objeto de debate —a mi juicio incorrectamente— sobre el modo concreto en que se determina la separación entre madre e hijo, y programando así el sentido de la resolución: “La cuestión planteada requiere decidir si expulsar a la madre del

58 La propia expresión de “voluntad” contraria a “ser privado de libertad” no se entiende sin su complemento normativo.

59 Circular 2/2012, sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos. Tras fundamentar la aplicabilidad del tipo de detención, se concreta que asimismo serían pertinentes las agravaciones por duración superior a 15 días, minoría de edad y realización por funcionario público, en caso de realización en un contexto p. ej. de hospital público.

domicilio en el que convivía con su niño de pocos días y la familia del padre fallecido de éste, sin permitirle llevar al hijo, consiste en detener o encerrar al niño en los términos de este artículo. Es evidente que el niño, que continuaba en su domicilio, no estaba detenido, ni encerrado, como requiere el tipo penal del art. 163.1 CP. La exclusión de la madre del domicilio sólo podría constituir un delito de coacciones contra ésta”. Efectivamente: en este supuesto, como en todos los demás de sustracción del menor, la única libertad que resulta afectada es la del acceso al menor por parte de su representante.

Ante la invocación por la recurrente de la anterior sentencia de 7 de junio de 2007, el tribunal trata de acentuar las diferencias entre los respectivos supuestos de hecho, a efectos de su calificación jurídica: “...el caso difiere, como se ve, sustancialmente del que fue objeto de nuestra sentencia 492/2007 (...) en el que los acusados asesinaron a la madre, para quedarse en su casa con el hijo de la víctima, disponiendo de él como si les perteneciera. El significado jurídico-penal del presente caso es diferente, pues no es posible, sin infringir el principio de legalidad (*lex stricta*), convertir una acción contra la libertad de la madre, en un hecho punible contra el niño.”

En primer lugar, resulta palmaria la contradicción con lo sostenido en la ya comentada STS de 29 de mayo de 2003: ¿hubiera cambiado en ésta la calificación sólo porque se hubiera mantenido en lugares distintos a la madre secuestrada y a su niño, separándolos? Y, por otra parte, si lingüísticamente se describe la situación como “expulsión de la madre”, desde luego que sólo cabe calificar de coacciones a ésta. Lo que no se entiende es que difiera “sustancialmente” apartar a un recién nacido de su madre asesinandola, donde sí se aprecia detención ilegal del menor, de tenerlo en casa varios días, junto a la madre que se resiste a apartarse de él, expulsándola luego sin permitirle llevárselo consigo, y por tanto separando a ésta a la fuerza de su hijo. ¿No debería ser, según el criterio del TS, la voluntad de la madre la que debería decidir vicarialmente dónde se encuentra el menor? ¿No es ésa la voluntad que resulta lesionada? ¿En qué difiere “sustancialmente” apartar al niño de la madre de apartar a la madre del niño, si de todos modos resulta el alejamiento mutuo? ¿No se le sustrae en ambos casos al menor igualmente al ámbito de influencia de quien debe decidir sobre su ubicación espacial?

Con otro enfoque, puede centrarse la calificación en los días en que se tiene al menor, y la madre permanece en la casa para no apartarse de él, comparando la situación con la de la STS de 29 de mayo de 2003, referida al secuestro de la madre y del menor. En este último caso, el TS admitió que cuando están detenidos tanto el cuidador como el niño se comete también detención ilegal del niño. Que a partir de determinado momento al cuidador se le permita marcharse, o que se le expulse, pero manteniendo al niño, de ninguna manera hace cesar la “detención” de éste. La infracción del principio de igualdad y de seguridad jurídica creo que es evidente.

El problema reside en que no se mantiene con coherencia un criterio de por sí discutible, dado que no hay libertad ambulatoria que pueda verse afectada. Como reconoce en este caso el tribunal de instancia: no se menoscabó la libertad del niño, sino “el derecho del menor de relacionarse regularmente con su madre”. Eso es lo afectado, y no sólo en éste sino en todos estos supuestos: el derecho del menor a no ser apartado de quien legítimamente puede tenerlo consigo. Por ello mismo en el caso del secuestro, donde no se le aparta de su madre, difícilmente cabe hablar de secuestro del menor, aun cuando con ello aumente el contenido intimidatorio a efectos de la amenaza condicional inherente.

En algún otro caso, la ambigüedad de los términos empleados impide verificar si se sigue o no la teoría del ejercicio vicarial. Así, en el supuesto de la Sentencia de 20 de noviembre de 2010, en que el novio de la madre de una niña de cuatro años, fingiendo ser un tío de ésta, la recoge del colegio, la lleva en su vehículo durante una media hora, y después la abandona en un parque, el TS ratifica la sentencia de instancia que condena por detenciones ilegales (aun a pesar de no considerar acreditada la circunstancia en que se fundamentaba el fallo inicial: que en algún momento la niña hubiera estado encerrada en el maletero), en la modalidad ya no de *encerrar*, sino de *detener*. Entiende el TS que, en este caso, se obliga al sujeto pasivo a permanecer detenido —si bien en movimiento, ya que tiene que desplazarse de un lugar a otro—, impidiéndole así trasladarse hasta “donde realmente querría encontrarse”: al trasladar a la niña “de un lugar a otro en el interior del coche, fuera del entorno en el que 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”⁶⁰. La sentencia es ambigua, pues en definitiva

60 Queda la sensación de que el TS comparte el criterio de la acusación pública, que defendió en primera instancia la calificación de abandono de menores, pero ante el hecho de no haber sido recurrido este extremo sólo con desgracia condena por detención ilegal.

no queda claro si lo que se impide con el viaje en coche es que la niña volviese a “donde *querría* encontrarse”, o más bien si se le impedía volver al “centro docente donde se hallaba ubicada *por decisión de sus padres*.” No creo que, como interpreta la FGE⁶¹, esta sentencia se inscriba en la teoría de la representación, pues se trata de un sujeto pasivo que cuenta ya con suficiente discernimiento psicomotriz, y el desplazamiento en el vehículo parece apuntar más bien a que se le impide a la menor realizar su propia voluntad.

Por otra parte, la tesis que mantiene la posibilidad de ejercicio vicarial de la libertad ambulatoria resulta contradictoria con la propia concepción jurisprudencial acerca de los requisitos del sujeto pasivo en el tipo de detención, en particular del elemento capacidad volitiva. Ésta la concibe, con carácter general, como capacidad potencial o “teórica”, aunque transitoriamente se esté privado de ella por hallarse inconsciente, sedado o dormido; pero en cualquier caso como *capacidad natural, no valorada jurídicamente*.

A este respecto resulta ilustrativa la STS de 24 de noviembre de 2004⁶², que enjuicia un robo, en el curso del cual se golpea salvajemente a la víctima hasta que pierde la consciencia, se la deja atada de pies y manos, y ésta sólo recupera la consciencia en el hospital, no habiendo advertido por tanto el haber estado privada de su libertad ambulatoria. Declara el TS: “Existe unanimidad en la doctrina al considerar sujeto pasivo de este delito solo a quien tiene la capacidad, según el sentido natural, de formar una voluntad de movimiento dirigida a cambiar su posición en el espacio”, capacidad asignada a “toda persona que tenga la facultad de querer respecto a su situación espacial. Se trata de una facultad natural, no valorada, en el sentido de que es independiente de la conciencia intelectual del sujeto sobre el sentido de su actividad.” La libertad

de movimiento que se protege 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.” Se fundamenta esta interpretación extensiva en la trascendencia de la libertad ambulatoria como derecho fundamental. 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*”⁶³. Por la misma razón (presencia de sujeto pasivo idóneo) se descarta la posibilidad de calificación, que subsidiariamente se solicitaba, de tentativa inidónea⁶⁴, que el recurrente fundaba en la imposibilidad de consumación derivada de la falta de consciencia del sujeto pasivo sobre su situación de detención en el momento en que quedó atado.

El supuesto enjuiciado se refiere a una persona con la capacidad potencial de libertad de movimientos, pero incapacitado transitoriamente para desplegarla. Como con buen criterio se argumenta, igualmente sin la voluntad del titular del derecho el sujeto activo puede ilícitamente arrogarse la posibilidad de determinar la situación espacial del sujeto pasivo, transportándolo a otro lugar como si fuera un objeto; o como en el su-

61 En la tan mencionada Circular 2/2012.

62 También en la Sentencia de 10 de noviembre de 2010 el TS deja entrever que en un supuesto similar habría procedido la condena por abandono de menor, si bien por razones procesales no llega a formular pronunciamiento decisorio al respecto. *Cfr.* por extenso, con exposición de la muy matizada doctrina alemana, acerca de la detención de personas que tienen excluida transitoriamente la capacidad de formar su voluntad de movimiento, Muñoz Sánchez, *op. cit.*, p. 72 ss., defendiendo que sólo se dará detención de la persona inconsciente cuando pueda presuponerse una voluntad presunta contraria a la detención (o desplazamiento).

63 Cursivas mías. *Cfr.* al respecto extensamente, desde la perspectiva de si el bien jurídico protegido en la detención ilegal es la libertad de movimiento real o potencial, Muñoz Sánchez, *op. cit.*, pp. 54 ss.; sobre el supuesto específico de las personas que tienen excluida transitoriamente la capacidad de movimiento, pp. 72 ss. La Circular 2/2012 de la FGE incluye esta resolución entre las que sustentan la posibilidad de detención ilegal de recién nacidos, no advirtiendo la diferencia entre la privación *transitoria* de la posibilidad de formar la voluntad, como en el supuesto analizado, y la incapacidad incluso potencial del recién nacido para formar la voluntad. Hasta la “ausencia de voluntad”, con que la Circular se conforma para el tipo, requeriría al menos la posibilidad de formar una voluntad contraria, lo que falta en los bebés.

64 Si bien en la fundamentación jurídica la Sala se cree obligada a recordar que también la tentativa inidónea resulta punible en el caso de puesta en marcha de procesos causales racionalmente aptos para el resultado. Lo que no significa que comparta el criterio del recurrente, puesto que de hecho la STS entiende presente al sujeto pasivo idóneo.

puesto enjuiciado, dejándolo inmóvil. En todo caso el TS se atiene a una capacidad natural de decidir sobre el propio desplazamiento, transitoriamente ausente, y no a una capacidad jurídica; esto es, no se trata de la capacidad que valorativamente se asigna a otra persona para decidir en nombre del (candidato a) sujeto pasivo. Como se ha señalado repetidamente, los recién nacidos ni siquiera tienen esa potencialidad o capacidad teórica. Ni remotamente cuentan con la capacidad de comprender qué es el desplazamiento, ni de desplazarse por sí solos, es decir, carecen de las facultades mentales y físicas (psicomotricidad) mínimas para poder ejercer el derecho a la libertad de movimientos.

Resumendo, cabe sintetizar que el TS (y, siguiéndole, la FGE) sólo a duras penas apuntala la teoría de la representación en los supuestos de sustracción de menores. Pero con ello contradice sus exigencias generales relativas a los sujetos pasivos del delito de detención: si requiere capacidad natural, aunque transitoriamente se esté privado de ella, y no capacidad jurídicamente valorada; resulta contradictorio recurrir —en los casos de menores de muy corta edad— al artificio de que al sustraerlos se vulnera la voluntad de los guardadores, que deciden por aquellos. Por otra parte, el TS no toma en serio la aplicación del delito de detención, ya que en determinados casos deja de apreciarlo, con infracción del principio de igualdad. Finalmente, donde sí lo aplica, habitualmente se trasluce que el contenido de injusto se sitúa en el alejamiento del menor con respecto a su familia biológica.

VII. CONCLUSIONES

Tras el análisis de los bienes jurídicos implicados, así como de las vicisitudes de la regulación legal y de las posturas doctrinales y jurisprudenciales, ha llegado el momento de hacer balance y responder a la pregunta de si el actual CP español dispone de tipos en que subsumir la conducta de “robo” de niños de corta edad.

Entiendo que el sistema de protección penal frente a la sustracción de menores surgido en 1995, complementado con la reforma de 2002, no resulta equilibrado ni coherente, pues no tiene sentido castigar la sustracción de un menor por parte de un *progenitor*, como delito especial, pero no en cambio por parte de

un extraño. Como ya demostrara convincentemente Muñoz Sánchez⁶⁵, el bien jurídico protegido en el (antiguo) delito de sustracción de menores, realizable por *cualquiera*, es distinto al del de detención ilegal, y consiste, no en la libertad de abandonar determinado lugar, sino en el apartamiento del menor con respecto a la esfera de custodia legítima, algo que, si bien puede lesionar excepcionalmente un progenitor, sobre todo puede lesionarlo un *extraño*, precisamente la conducta no tipificada en el actual CP.

¿Pueden los delitos de detención colmar esta aparente laguna de punibilidad? En general, recurrir aquí a los delitos contra la libertad ambulatoria, como propugna la teoría de la representación, aparte de dar lugar a consecuencias extrañas en materia de cómputo de prescripción (*supra* IV), se traduce en incoherencia con el sistema de los tipos contra las relaciones familiares. Para la teoría de la representación, en los supuestos de sustracción de menor con libertad de desplazamiento aún no desarrollada, puesto que apreciar la detención ilegal presupone el conflicto con la voluntad de quien decidir en lugar del menor, habría que distinguir entre aquellos supuestos en que se produce el traslado del menor a un nuevo ámbito distinto del legalmente establecido *con* el consentimiento de las personas a cuyo cargo está confiado del menor, y aquellos otros en que ocurre *sin* ese consentimiento. Lo cual no es de recibo. En efecto, según esta teoría que admite el ejercicio vicarial de la libertad ambulatoria, en la conducta de entregar a terceros un hijo para alterar su filiación (art. 220.2), o la de acordar la sustitución de un niño por otro (220.3), o la de entregar un niño mediando compensación económica (art. 221), cuando las realicen los responsables del paradero del menor, no se daría lugar a detención ilegal cuando no se produjera conflicto con la voluntad de quien decide sobre la libertad ambulatoria del menor. Tampoco parece que en el abandono de menores del art. 229.2 (por parte de padres, tutores o guardadores legales), al no haber oposición de los que lo abandonan, se daría la detención ilegal por parte del que “se lo apropia”⁶⁶. En cambio, cuando no mediara el consentimiento de los padres o guardadores legales habría que apreciar adicional y simultáneamente detención ilegal.

65 *Supra* III, a).

66 Puesto que quien, según la tesis del TS, ejerce en nombre del menor su derecho a fijar su posición en el espacio —su representante— ha decidido renunciar a esa facultad, y por tanto podría asumirla el primero que llegue.

¿O bien debería corresponderle a las instituciones públicas desde ese momento? Y por tanto quien se apodera al menor lo está sustrayendo, en este caso a la facultad de disposición de las instituciones públicas.

Inversamente, si se entiende que la decisión sobre la libertad ambulatoria del menor corresponde a quien tiene legalmente atribuido su ejercicio vicarial, podría realizar el tipo de detención incluso un progenitor que no tuviese la custodia del menor. En el delito del art. 225 bis (incorporado por reforma de 2002), como delito contra los derechos familiares, la sustracción de un menor por su progenitor, sin causa justificada, realizaría de pleno el tipo de detención ilegal, que debería apreciarse simultáneamente en todos los casos. Y la exención de pena para el arrepentimiento activo de este delito de sustracción (art. 225.4º) no se extendería a la detención ilegal, puesto que nada se dispone al respecto.

Ciertamente, la opción del TS, al castigar por detención ilegal la sustracción de menores resulta comprensible, ya que la alternativa, la impunidad, sería socialmente difícil de defender. Sin embargo, desde la perspectiva de los bienes jurídicos tutelables, calificar la sustracción de un niño de corta edad como detención ilegal supone infringir la prohibición de aplicación analógica de la ley penal e incurrir en la ficción jurídica de que una libertad personalísima con capacidades de ejercicio aún no desarrolladas se ejerce a través de otros, los representantes legales, como si se tratara de la mera administración del patrimonio.

La solución a estos supuestos no debería depender de interpretaciones tortuosas, o más imaginativas y posibilistas⁶⁷, sino que sólo puede venir de la mano del legislador, el cual, habiendo reformado el actual CP cerca de treinta veces, en ninguna de esas múltiples ocasiones ha sido consciente de la necesidad de subsanar esta laguna de punición, por cierto inexistente tradicionalmente en nuestro ordenamiento penal. Para los menores sin capacidad de discernimiento acerca de la fijación de su posición en el espacio, debería (r)establecerse un tipo de sustracción de menores que fuera más allá que el actual delito especial referido al progenitor no autorizado, por tanto como delito común. Y ello porque en la realización por parte de extraños la conducta coincide plenamente con la del delito especial y, en ambos casos, el contenido de injusto reside en apartar, o mantener apartado al menor de su ámbito familiar, afectando por tanto a la filiación, no a su libertad ambulatoria. La sustracción por uno de los progenitores

habría de configurarse entonces como un tipo atenuado, en función de la menor culpabilidad derivada de los sentimientos de afecto hacia la prole, aunque bien es verdad que, en algunos casos, el progenitor puede representar un peligro superior para el menor, allí donde pretenda convertir a éste en mero instrumento para hacer sufrir al otro progenitor.

Considero que la sustracción de menores, que debería plasmarse en un nuevo tipo delictivo, encontraría su lugar sistemático adecuado en el Cap. II del Tít. XII CP, donde en la actualidad se agrupan una serie de conductas prohibidas cuya nota común es afectar al estado civil familiar, comprensivo del parentesco, en particular las relaciones paterno-filiales, nombre y apellidos, incluso nacionalidad, etc. Al sustraer un menor e incorporarlo de hecho a la convivencia con una nueva familia, en apariencia se le está adscribiendo a ella en sentido social, estableciendo unas relaciones de filiación y de estado civil sólo aparentes. Y aparentes en tanto que no han surgido por el nacimiento auténtico ni han experimentado modificación por los cauces establecidos jurídicamente. Es más, si además se pretendiera (lo que quedaría extramuros de cualquiera de estos tipos) el reconocimiento jurídico mediante la única vía reconocida, como es la inscripción en el Registro Civil, se incurriría en concurso con la figura de falsedades. Como en los demás tipos contra las relaciones de filiación, a efectos del propuesto de sustracción de menores resultaría indiferente que la nueva adscripción familiar aparente perjudicase o favoreciese al menor, puesto que la adscripción familiar se basa en normas imperativas indisponibles para los afectados (padres, tutores o menores)⁶⁸.

Quedaría abierto al debate político-criminal determinar el límite superior de edad del sujeto pasivo, lo que permitiría barajar diversas posibilidades. Aparte de la opción de los 7 años, tradicional en el Derecho penal español, probablemente ligada a la concepción tradicional sobre el acceso al uso de razón; se podrían plantear las diversas soluciones del Derecho comparado. Así, los 10 años de Argentina. O bien atenerse al criterio de la incipiente madurez de quien ha cumplido los 12 años, en sintonía con lo dispuesto en nuestro Código Civil, que por ello requiere el consentimiento del menor de 12 años para constituir el acogimiento fami-

67 Tal es el caso de Díez Ripollés (*op. cit.*, pp. 46 ss.), quien, para algunos casos en que de ninguna manera cabe ya apreciar detención ilegal (recién nacidos o cuando no se da la conducta típica requerida: encierro o detención) propone aplicar como alternativa el art. 223, considerando al que ha sustraído como encargado de la guarda temporal, que no entrega tras el correspondiente requerimiento; o bien captar el atentado contra la integridad moral a través del tipo básico del art. 173.1.

68 González Rus, en Morillas Cueva (coord.), *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*, 2011, pp. 379 s.

liar o a la adopción⁶⁹, de manera que no sería arbitrario permitirle decidir válidamente asimismo sobre su alejamiento con respecto a la familia. O bien en sintonía con la edad en que ya se reconoce en el menor suficiente madurez como para apreciar su incipiente responsabilidad penal (14 años, caso de Alemania). O los 18 años en España, como en Chile o en nuestra sustracción por progenitor del art. 225 bis, edad en la que muchos ordenamientos sitúan el acceso a la mayoría de edad, y donde acaba el concepto de “niño”, en el sentido del art. 1 de la Convención de Derechos del Niño de 1989.

Tal debe ser el cauce de la responsabilidad penal para el “robo” de niños, al margen de que éstos cuenten o no

con los rudimentos de la libertad ambulatoria, puesto que no es éste el bien jurídico realmente afectado. Junto a esta nueva figura cuya “resurrección” se propone, el tipo agravado de detención ilegal de menor del art. 165 seguiría dando cuenta de la privación de libertad ambulatoria del menor, siempre que concurra una conducta típica de encerrar o detener, en sentido propio, así como en particular que el sujeto pasivo cuente ya con suficiente capacidad natural para decidir su posición en el espacio. Y su aplicación no obstaría a la de la figura delictiva de sustracción que se propugna, dado que estarían implicados dos bienes jurídicos susceptibles de lesión simultánea.

69 Esta circunstancia la trae a colación asimismo Díez Ripollés (*op. cit.*, p. 41), si bien a efectos de la relevancia del consentimiento del menor en el delito del art. 223 (omisión de presentación del menor).