



Roj: **STS 2503/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2503**

Id Cendoj: **28079120012020100417**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/06/2020**

Nº de Recurso: **3786/2018**

Nº de Resolución: **286/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 12341/2018,**
STS 2503/2020

RECURSO CASACION/3786/2018

RECURSO CASACION núm.: 3786/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal Sentencia núm. 286/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García D^a. Ana María Ferrer García

D^a. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 4 de junio de 2020.

Esta sala ha visto los **recursos de casación** acumulados bajo el nº **3786/2018** interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL, Maximiliano** representado por el procurador Sr. D. Carlos José Navarro Gutiérrez bajo la dirección letrada de D. Rafael Casas Herranz e **Luz** representada por la procuradora D.^a Sonia Silvia Alba Monteserin y bajo la dirección letrada de D. Guillermo Peña Salsamendi contra Sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 27 de septiembre de 2018 en causa seguida contra Maximiliano por los delitos de detención ilegal, suposición de parto y falsedad en documento oficial .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 46 de Madrid instruyó PA nº 2955/2012 contra Maximiliano . Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Séptima) que con fecha 27 de septiembre de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

«I.- Ha resultado probado y así se declara que entre los años 1961 y 1981 el acusado Maximiliano , médico de profesión con número de colegiado NUM000 , ejerció como ginecólogo en el DIRECCION000 sito en el PASEO000 nº NUM001 de esta Ciudad, asumiendo durante el mismo periodo de tiempo la función de director



médico del referido DIRECCION000 , cargo que le confería un total control y disposición sobre los partos y nacimientos que allí se producían.

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

Maximiliano convocó al matrimonio Carlos Francisco Eva María para que acudieran al DIRECCION000 en dos ocasiones con el objeto de acordar la forma de hacerles entrega de un bebé.

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

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

Por este motivo Maximiliano convocó con inmediatez al matrimonio Carlos Francisco Eva María , requiriéndoles para que acudiesen al DIRECCION000 portando ropa adecuada para un bebé recién nacido, lo que tuvo lugar el día de 1969. Una vez en la consulta Maximiliano adelantó al matrimonio que tenía un "regalo" para ellos, haciéndoles entrega de una niña de pocos días sin el consentimiento de los padres biológicos cuya identidad se desconoce.

Seguidamente el acusado, actuando de consuno con el matrimonio y guiado por el ánimo común de ocultar la verdadera identidad de la recién nacida mediante la atribución de su paternidad biológica a Eva María y Carlos Francisco cumplimentaron conjuntamente el cuestionario "para la declaración de nacimiento al Registro Civil" haciendo constar a Eva María y su marido Carlos Francisco como padres biológicos de la niña que recibió el nombre de Luz , figurando como nacida a las 12:00 h del día NUM002 de 1969 en la DIRECCION000 , PASEO000 n° NUM001 . En el mismo cuestionario al dorso se cumplimentó por Maximiliano el apartado relativo al parte del facultativo que asistió al nacimiento, certificando el acusado el nacimiento de una hembra a las 12:00 h del NUM002 de 1969 que dio a luz Eva María en la DIRECCION000 sita en la PASEO000 n° NUM001 , apuntando de su puño y letra que considera comprobado el nacimiento por "su asistencia personal al parto". Dicho cuestionario fue firmado por Maximiliano Y Carlos Francisco .

De esta forma y con base en el referido certificado de nacimiento la niña fue inscrita en el Registro Civil del Juzgado Municipal de DIRECCION001 con el nombre de Luz .

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

IV.- La situación descrita se prolongó desde el mes de NUM002 de 1969 hasta que Luz alcanzó la mayoría de edad, el NUM002 de 1987, momento en el cual Eva María le hizo saber que era adoptada, lo que ella ya había sospechado con anterioridad.

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

Al ser requerida por su hija, Eva María reconoció los hechos, ofreciéndole su colaboración para el esclarecimiento de los mismos. Para ello, Eva María e Luz se sometieron a una prueba para determinar la compatibilidad del perfil genético entre ambas, obteniendo como resultado en el análisis realizado en el Laboratorio de Identificación Genética DIRECCION002 en fecha 13 de septiembre de 2011 que las muestras no son compatibles, arrojando una probabilidad de maternidad del 0,00000000 %.

Luz entregó una muestra biológica para su identificación genética y comparación del perfil genético en el "Fichero de Perfiles de ADN de personas afectadas por la sustracción de recién nacidos" del Ministerio de Justicia (Fichero n°) siendo el resultado del cotejo con otros perfiles negativo a fecha 27 de mayo de 2014.

V.- El DIRECCION000 cesó su actividad en el año 1982. No han sido encontrados los libros de registros de partos y nacimientos.



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

Eva María falleció el de 2016.

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

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

« QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Maximiliano de los delitos de DETENCIÓN ILEGAL, SUPOSICIÓN DE PARTO Y FALSEDAD EN

DOCUMENTO OFICIAL de que venía siendo acusado por operar el instituto de la PRESCRIPCIÓN, debiendo declarar de oficio las costas procesales causadas.

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

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

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por el acusado, el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular, que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos por el Ministerio Fiscal.

Motivo único.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 LECrim por aplicación indebida del instituto de la prescripción (art. 132 CP).

Motivos aducidos por Maximiliano .

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim en concordancia con el art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). **Motivo segundo.-** Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el artículo 849, 1º LECrim por infracción de los arts. 163, 1 y 3 y 165 CP y sus correlativos CP de 1944 (texto revisado de 1963), en cuanto a la tipificación de la detención ilegal y sustracción de menores, y arts. 220,1 y 222 CP y sus correlativos CP de 1944 (texto revisado de 1963), en cuanto al delito de suposición de parto y los arts. 77,1 y 3 CP en su redacción vigente, reguladora del concurso medial; y arts. 390.1 apartados 2º y 3º y 392 del vigente CP, y sus correlativos CP de 1944 (texto revisado de 1963), en cuanto al delito de falsedad en documento oficial. **Motivo tercero.-** Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849, 2º LECrim por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Motivos aducidos por Luz .

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849 .1º LECrim, por aplicación indebida del artículo 132 CP de 1995. **Motivo segundo.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (arts. 24.2 y 53 CE).

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por Maximiliano , impugnando todos los motivos; la representación legal de Luz igualmente los impugnó. A su vez la representación procesal del acusado absuelto impugnó los recursos interpuestos de contrario. La Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal presentó escrito de fecha 10 de julio de 2019 adjuntando testimonio de las diligencias procesales nº 6/19 seguidas en la Fiscalía Provincial de Madrid en las que constan pruebas periciales y testimonios que habrían permitido constatar la filiación biológica de Luz y de las que se derivaría que su madre la entregó voluntariamente tras el parto para que fuese acogida. Expone la Fiscalía instructora que sus investigaciones podrían tener incidencia en ese recurso pendiente o en su caso, resultar relevantes para un ulterior recurso de revisión (decreto de 9 de julio de 2019 de la Fiscalía Provincial de Madrid).

SEXTO.- Por providencia de 18 de septiembre de 2019 se dio traslado a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo de diez días al objeto de informar sobre tal documentación, su eventual eficacia en esta casación y, en su caso, incidencia sobre sus respectivas pretensiones.



SÉPTIMO.- Por escrito fechado el 24 de septiembre siguiente el Ministerio Público evacuó la audiencia conferida interesando que continuase la tramitación del recurso y manteniendo su pretensión por el interés para unificación de doctrina que encierra la cuestión planteada; y sugiriendo ante las evidencias que se desprenden de la documentación aportada, suficientes para que pudiese prosperar una ulterior revisión, adelantar tal efecto al resolver el motivo por presunción de inocencia invocada por el acusado absuelto.

OCTAVO.- Mediante escrito de 3 de octubre de 2019 siguiente la representación procesal de Maximiliano , tras glosar el contenido de la documentación aportada, solicitó que fuese valorada, sin posponer su eficacia a una posible revisión posterior por razones de economía procesal, e interesando, en definitiva, que en virtud de la misma se modificase en casación la declaración de hechos probados.

NOVENO.- La Acusación particular recurrente en escrito de fecha 3 de octubre de 2019 se opuso a dotar de cualquier eficacia a la documentación aportada en la casación a resolver conforme a los recursos entablados y el material probatorio existente en el momento en que se dictó la sentencia. Desarrolla su argumentación con invocación de jurisprudencia varia y concluye que tales pruebas solo tendrían aptitud para promover, una vez firme la sentencia, la pertinente revisión.

DÉCIMO.- El Procurador D. Carlos Navarro Gutiérrez que venía ostentando la representación de Maximiliano presentó escrito de fecha 5 de noviembre de 2019 comunicando su fallecimiento el día 21 de octubre de 2019 a los efectos de declarar extinguida la acción contra él y solicitando que prosiguiese la substanciación del recurso.

UNDÉCIMO.- Por providencia de esa Sala de fecha 16 de diciembre de 2019 se requirió al citado procurador conforme al art. 30 LECivil y a los efectos de los arts. 16 LEC y 854 LECrim, para aportar poder de los herederos del recurrente fallecido a fin de atender, en su caso, a su petición (vid. STS 53/2018, de 10 de enero). El requerimiento fue reiterado el 30 de enero y se cumplimentó el 5 de febrero siguiente aportándose poder de los hijos del recurrente fallecido, Agustina , Hipolito , Fausto , Demetrio , Bernabe , Carmen y Alexander .

DUODÉCIMO.- Por providencia de 11 de febrero de 2020 se dio traslado a las partes por término de cinco días a fin de informar sobre la petición de los herederos.

DÉCIMO TERCERO.- La representación legal de Luz realizó las siguientes manifestaciones en escrito de fecha 12 de febrero de 2020:

"PRIMERA.- Esta parte ya manifestó mediante escrito de 3/10/2019, su parecer acerca de la eventual influencia del resultado de las diligencias preprocesales de la Fiscalía Provincial de Madrid nº 6/2019 en la resolución de los recursos de casación planteados con anterioridad a su incoación; motivo por el cual nos vamos a remitir al contenido que ya expusimos en nuestro escrito respecto a que ninguna influencia puede tener lo contenido en aquellas diligencias sobre la sentencia dictada en única instancia por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 7ª), puesto que, al no existir causa de nulidad de las actuaciones (extremo que tampoco ha sido alegado por ninguna de las partes), ni estar los hechos descritos en tales diligencias sometidos a los principios de contradicción e intermediación, cualquier influencia sobre los hechos declarados probados, supondría subvertir de manera flagrante el orden público procesal. Y ello porque, volvemos a insistir, no estamos hablando de hechos nuevos precisamente, que al acontecer no hubieran podido ser conocidos de ninguna manera por las partes y por ende, no poder ventilarse en el juicio oral. El proceso de Luz y el Dr. D. Maximiliano ha tenido, como reconoce acertadamente la defensa del acusado, toda la publicidad y difusión posibles desde, al menos, el año 2012 (anteriormente también la tuvo, pero no por este caso y procedimiento sino por otros distintos). Y a pesar de ello, las declaraciones respecto a la intención de la madre biológica de mi patrocinada de dar "voluntariamente" a su hija -intención que le atribuye una tercera persona ajena al procedimiento, no sabemos con qué objetivo ni con qué interés- no han aparecido hasta 7 años después, cuando la sentencia ya se ha dictado, y la persona directamente involucrada, que podía ratificar o desmentir su intención, ya no puede hacerlo, puesto que ya ha fallecido. Asimismo, el propio acusado, que no padecía enfermedad alguna al inicio del procedimiento que afectase a la memoria, nunca ha mencionado este extremo, sino más bien que no conoció nunca al matrimonio Carlos Francisco Eva María , que la entrega nunca tuvo lugar y que no asistió a ese parto, para, sorprendentemente, acogerse ahora a estas declaraciones de una tercera persona en todo aquello que le beneficien, aún cuando contradice absolutamente todas sus declaraciones, y no existe el más mínimo atisbo de coincidencia que pudiera otorgar veracidad a lo declarado, bien por el propio acusado, bien por la persona que ahora aparece sorpresivamente declarando unos hechos totalmente inverosímiles que además repelen al sentido común, en primer lugar porque deja la declarante a su hermana en un pésimo lugar sin venir a cuento, además de a la investigada fallecida Dª Eva María , cuyo testimonio sería, en tal caso, falso (aun constando en Acta Notarial), y en segundo lugar porque no se acredita en ningún momento documentalmente la supuesta "voluntariedad" de la madre biológica para



deshacerse de su hija, ni siquiera como precaución lógica del médico interviniente en el parto para salvaguardar su responsabilidad por un posible delito de suposición de parto, detención ilegal y falsedad documental.

SEGUNDA.- Una vez que hemos informado respecto al escrito de la defensa promovido por los herederos del acusado, y respecto a la invocación de la STS de 20/02/1990, indicar que, según el propio tenor literal que el promotor de la cita subraya, no es en absoluto contradictoria con que los recursos de casación sean resueltos en los términos en que fueron planteados, puesto se reconoce que, aún fallecido el acusado, ha de haber un resultado final del recurso de casación; independientemente de que se desligue al acusado o no de la resolución final. Y en el caso que nos ocupa, ha de haber una sentencia con mayor razón, por la decisiva influencia que la misma puede tener al respecto del tema de la prescripción del delito de detenciones ilegales sobre un fenómeno que ha conmocionado a la sociedad española por su gravedad, su extensión y su aparente impunidad".

DÉCIMO CUARTO.- Por escrito de fecha 24 de febrero de 2020 el **Fiscal** emitió dictamen en los siguientes términos:

"Durante la tramitación del recurso de casación se ha producido el fallecimiento del Sr. Maximiliano que había sido absuelto por la Audiencia Provincial por aplicación del instituto de prescripción.

Son recurrentes en casación además del fallecido, el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular.

En principio, la responsabilidad criminal queda extinguida por el fallecimiento. El art. 854 de la LECrim permite interponer recurso de casación a los herederos del fallecido que había resultado condenado en la sentencia de instancia.

En el caso de que ahora se trata, se dictó sentencia absolutoria por prescripción de los delitos. La sentencia recurrida en el fondo describe y califica los hechos como constitutivos de infracciones penales.

Respecto de estos supuestos se ha pronunciado esa Sala. Entre otras, la STS 203/2011, de 22 de marzo dice: El perjuicio, el gravamen típico que permite el recurso puede existir aun cuando el acusado fuera absuelto en la aplicación de un indulto o por aplicación del instituto de la prescripción.

Consta acreditada la personación de los herederos del fallecido sosteniendo la acción. La tramitación del recurso de casación tiene por tanto que continuar hasta que se dicte una sentencia firme. En este punto se da por reproducido el precedente informe del Fiscal de 24 de septiembre de 2019"

DÉCIMO QUINTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 3 de junio de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- No pocas incidencias han aparecido en este recurso de casación que plantean situaciones procesales, si no insólitas, sí, al menos, poco frecuentes. La dimensión y numeración de los antecedentes de esta sentencia, que rebasan con mucho lo habitual, es buena muestra de ello.

Estamos ante tres recursos frente a una sentencia absolutoria por prescripción de los delitos objeto de acusación que, sin embargo, se declaran efectivamente producidos y se atribuyen a Maximiliano. Éste interpuso recurso de casación para defender su inocencia, articulando tres motivos: presunción de inocencia, el primero; y por las dos modalidades de infracción de ley (*error iuris* y *error facti*), el segundo y el tercero.

Pendiente el recurso de casación, el Ministerio Público aportó una documentación a la que luego nos referiremos que incide de manera decisiva en la valoración probatoria realizada.

Posteriormente se comunicó el fallecimiento del recurrente absuelto, lo que dio lugar a un incidente que finalizó con la personación de sus herederos manifestando su intención de sostener el recurso. A esa petición se han sumado las dos acusaciones recurrentes.

Aparecen así como cuestiones incidentales, de necesaria resolución antes de abordar el fondo de los recursos en tanto la respuesta queda condicionada por esos puntos previos, varios interrogantes:

- a) ¿Está legitimada la parte absuelta para interponer recurso de casación?
- b) ¿Pueden aportarse elementos probatorios documentales a un recurso de casación? De presentarse, ¿han de ser repelidos?; ¿pueden ser valorados?
- c) ¿El fallecimiento del recurrente hace decaer su recurso? ¿En qué condiciones y con qué eficacia puede mantenerse vivo?



d) ¿Ha de seguirse sobre la pretensión de condena incorporada a una casación algún efecto derivado del fallecimiento del recurrente?

Hemos de resolver esas incógnitas de forma secuencial para ir desbrozando la senda por la que avanzar al dar contestación a los recursos pendientes: ninguno ha sido desistido.

SEGUNDO.- Aunque es, desde luego, discutible, la posición más segura con apoyo en la jurisprudencia ordinaria y constitucional lleva a reconocer legitimación a un absuelto para impugnar la sentencia que le atribuye la comisión de hechos delictivos aunque se llegue a una resolución de no condena por otras razones (significadamente la prescripción). Podría argüirse que el no condenado ya cuenta con la constitucional presunción de inocencia y que la jurisdicción penal está para decidir si hay fundamento o no para imponer una pena; no para lavar la imagen o restablecer una fama en entredicho en la opinión pública o en un entorno más doméstico o limitado. Ese argumento tiene más fuerza ante una absolución por motivos periféricos (como la prescripción), pero que deja de analizar por ello los hechos y las pruebas. El supuesto de afirmación en un pronunciamiento jurisdiccional de la comisión por una persona de un delito a la que se absuelve, sin embargo, por razones de otro tipo, presenta unos perfiles distintos. Esta observación queda avalada por alguna disposición legal: en ocasiones la jurisdicción penal se activa justamente para rehabilitar una memoria (art. 955 LECrim) sin ningún otro alcance o relevancia práctica. Y en la jurisdicción constitucional, y, por extensión, en la de esta Sala Segunda se ha abierto paso un ensanchamiento de la legitimación reconociéndola también al absuelto cuando puede tener cierto gravamen (art. 854 LECrim) (SSTS 321/2018, de 29 de junio, 1417/1998, de 16 de diciembre, 1497/2001, de 8 de junio, 48/2011, de 2 de febrero y STC 79/1987, de 27 de mayo).

En este caso, además, lo que no podríamos haber regateado de ninguna forma al acusado es su capacidad para formular un recurso adhesivo por razones autónomas y no vicarias de las impugnaciones principales entabladas por las acusaciones (STC 93/2000, de 10 de abril, 50/2002, de 25 de febrero ó 170/2002 de 30 de septiembre y SSTS 179/2016, de 3 de marzo, 8/2010 de 20 de enero; así como Acuerdo de Pleno de esta Sala de 2 abril 2005). Bien es cierto que si se tratase de un recurso adhesivo el decaimiento de aquéllos (luego examinaremos esto) arrastraría al supeditado.

Pero estamos ante un recurso también principal admisible en virtud de esa redimensión de lo que ha de entenderse por "gravamen".

TERCERO.- El fallecimiento del recurrente, aunque se trate de la parte pasiva del proceso penal con lo que eso comporta (art. 115 LECrim) no aboca al decaimiento de su recurso. Puede ser sostenido por sus herederos: argumento ex art. 854 LECrim . Lo confirman algunos precedentes jurisprudenciales invocados en las resoluciones interlocutorias que trataron de dar solución a esta cuestión. Por lo demás se ha procedido en la forma que ordena la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 4 LEC) para esa sucesión procesal que se ha producido mediante la comparecencia en forma de los herederos.

El recurso entablado por Maximiliano está, por tanto, vivo: al igual que la fama -o la deshonra-, un recurso puede sobrevivir al recurrente. Ha de ser resuelto con un alcance muy limitado: en la medida en que fue absuelto, solo serviría, en su caso, para *rehabilitar la memoria del difunto* en la terminología del art. 955 LECrim (precepto que, aunque ubicado en sede de revisión, ayuda a dar contenido material a la legitimación procesal reconocida a los herederos de quien fue parte pasiva en el proceso).

CUARTO.- La primera cuestión que plantea el recurso es la presunción de inocencia. Indudablemente el análisis sería radicalmente distinto según tomemos en consideración o no las diligencias preprocesales que ha aportado el Ministerio Fiscal de las que se desprende, sin resquicio alguno para la duda, que ha sido identificada la madre de Luz , personada como acusación particular como supuesta víctima del delito de detención ilegal; y que aquélla prestó su consentimiento para que su hija recién nacida fuese entregada a un matrimonio que se encargaría de acogerla y criarla como una hija según han confirmado con lujo de detalles no solo la hermana de aquélla, sino también algunos de sus hijos, que lo conocían por referencias de familiares tan cercanos como su padre (es presumible que la madre pensaría en una adopción).

Esas pruebas novedosas, obtenidas tras la sentencia de instancia, integran un material idóneo para promover un recurso de revisión: ese sería su marco natural de operatividad. Han sido conocidas tras la sentencia. Los arts. 954 y 955 LECrim parecen marcar la senda idónea para avanzar desde ese escenario.

¿Idónea? En una primera aproximación, sí; examinadas las cosas con más detenimiento, no.

Emergen dos obstáculos. Estamos primeramente ante una sentencia absolutoria y el mal llamado recurso de revisión solo procede frente a sentencias condenatorias: se reproduce así en un entorno procesal distinto el problema analizado sobre la legitimación del absuelto. En este caso, además, del fallecido absuelto.



Y otro óbice: la revisión solo procede frente a sentencias firmes. Cuando los nuevos elementos de prueba aparecen pendiente la casación el legislador no deja más alternativa que la ilógica y procesalmente antieconómica espera hasta la firmeza. Primero la casación; solo después, la revisión. Algún comentarista, ante situaciones paralelas a la que ahora tratamos, ha propuesto que en esos casos la ley admitiese ampliar el objeto de la casación adosándole una acumulada pretensión de revisión. Casación y revisión comparten trámite y órgano competente para la resolución (art. 959 LECrim). Pero esa no deja de ser una bienintencionada propuesta *de lege ferenda* hoy inaplicable.

En pura ortodoxia la documentación aportada por el Ministerio Público a este recurso de casación tendría que haber sido rechazada. Eso hubiera sucedido probablemente ante cualquier otro intento de una parte de incorporar nuevos elementos probatorios pendiente la casación. La fase probatoria precluyó y, a diferencia de lo que sucede con muchos condicionantes en la apelación, la casación repele toda variación en el material a valorar. La acusación particular ha insistido en ello con robustas razones procesales. Serán rotundamente rechazables unas nuevas pruebas perjudican al reo. Pero igualmente y no con menos energía cuando es material favorable al acusado. Es un principio básico y elemental. Un recurso extraordinario como es la casación está encaminado a comprobar si la sentencia hizo una aplicación correcta de las normas penales, y con ciertos condicionantes, de las procesales y constitucionales. Por tanto solo puede juzgar la sentencia desde el marco procesal en que se dictó, aunque no faltan algunas limitadas matizaciones a este principio generadas por razones varias (entre otras, advenimiento de una legislación más favorable tras la sentencia que se aplicará por el órgano de casación al resolver el recurso; o, según la jurisprudencia, apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas en virtud de retrasos acaecidos después del juicio oral y, por tanto, tras la deliberación y votación).

Ahora bien, nadie entendería que el Ministerio Público no hubiese comunicado a este Tribunal el resultado tan decisivo de esas diligencias preprocesales. Y nadie entendería que la respuesta de la Sala (como ha pasado en otras ocasiones y como seguramente impondría una ortodoxia procesal convertida en tiranía) hubiese sido devolver sin más esa documentación, sin ni siquiera dejar constancia en el rollo: únicamente la referencia a la entrega de una documentación no descrita y su inmediata devolución.

En la casación no se practica prueba: es un dogma.

Alguna resolución del Tribunal Constitucional parece haber alentado, en aras de la justicia material, otra praxis, sugiriendo la adopción por el órgano de casación de una actitud proactiva que le empujase a recabar una hoja penal o la documentación judicial clave para decidir sobre la corrección de la apreciación de una agravante de reincidencia. Pensamos en la STC 80/1992, de 28 de mayo. El demandante de amparo se quejaba, entre otras cuestiones, de que el Tribunal Supremo al conocer de su recurso de casación y ante su alegación de ser cancelables los antecedentes que determinaban la reincidencia (por virtud de una reducción de penas derivada de un antiguo indulto), no hiciese acopio de la información que lo hubiese acreditado. El Tribunal Constitucional, que finalmente estimará la demanda, insinúa que el recurrente debería haber aportado esos certificados al Tribunal Supremo para incorporarlos ¡al recurso de casación! Aunque es verdad que luego modula algo su reflexión. El Tribunal Supremo ante esa alegación "debió comprobar la vigencia o no de los antecedentes penales del condenado a efectos de apreciar la agravante de **reincidencia**, si ello era posible en vía casacional".

No podemos quebrar ese axioma básico: en casación no cabe actividad probatoria alguna, ni siquiera aquella cuya práctica es bien simple en tanto no precisa de un trámite singular (prueba documental).

Pero tampoco podíamos repeler esa documentación. Resolveremos formalmente *como si no estuviese ahí*. Esa es la solución canónica.

Pero es obvio que está ahí. Y que de ella se deduce lo que se deduce. Puede pensarse que este anuncio es un ejercicio de *cinismo*; o también puede pensarse que es muestra de una confianza ciega y casi irracional en la presunción de inocencia, con la convicción de que actúa como firme valladar constitucional que en último término impedirá siempre la condena de un inocente. Algo de ingenuidad puede haber en esa idea. Se asume. Quizás también algo de autoengaño o ficción en esta forma de presentar la resolución del asunto: también se asume. Pero encauzar nuestro razonamiento por otra vía - *el acusado es inocente, pero la presunción de inocencia, aún bien aplicada, no impedía su condena*- lanzaría un mensaje no ya poco estimulante y desalentador, sino casi devastador.

QUINTO.- Abordamos desde esas premisas ese primer motivo del recurso que ataca apoyándose en el derecho constitucional a la presunción de inocencia la convicción fáctica que el Tribunal ha plasmado en su elaborada y bien construida y redactada sentencia. Cuestiona tanto que se le atribuya una participación consciente en la falsedad; como su intervención en la acción tendente a sustraer al bebé de sus progenitores con entrega a quienes pasaron a figurar como padres biológicos de la querellante. También estima huérfana de prueba suficiente la aseveración de que la acción se hizo sin contar con la anuencia de los progenitores.



Respecto de la participación del recurrente en la operación realizada para situar a la menor en una familia de esa forma tan irregular -¡ilegal y delictiva!- y anómala haciéndola pasar por hija del matrimonio contó la Sala con una prueba que es idónea para desmontar la presunción de inocencia. De un lado, el certificado donde figura bajo un texto manuscrito por él la firma del recurrente. Él mismo la reconoce. Si solo se contase con ello, podría todavía darse algún pábulo a las, de por sí muy poco verosímiles, excusas sobre la posibilidad de una firma rutinaria sin conocimiento: que se le pasase el certificado aprovechando ese trámite habitual de firma intercalándolo entre muchos otros documentos. No es nada fácil de admitir en abstracto. Pero en concreto no es que sea difícil, es que racionalmente no es acogible esa hipótesis ante la contundencia de la prueba personal -declaraciones de la coimputada Eva María hoy fallecida, cuya valorabilidad ha sido justificada por la sentencia con argumentos que hacemos propios-. Corroborra lo que se deduce del examen del documento. No se ha vulnerado la presunción de inocencia al declararse probada la intervención en esos hechos y su autoría consciente y con plena advertencia respecto del certificado facultativo. Sin esa certificación no era posible la inscripción en el Registro Civil donde a través de ella se traslada la falsedad.

No sucede igual respecto de un hecho negativo: la ausencia de consentimiento de los padres biológicos. La Sala de Instancia la tiene por acreditada, aunque da la impresión de que -al margen del hecho probado en que lógicamente consta así- huye de forma quizás subliminal en la fundamentación jurídica de las afirmaciones apodícticas y se refugia en fórmulas del estilo " *no ha quedado probado*" " *no consta*"... Y es que, en efecto, la negativa del acusado a reconocer algunos de los hechos de los que nadie razonable dudaría (confección del certificado como artificio para hacer pasar a la querellante como hija legítima de ese matrimonio) empuja psicológicamente a pensar que debía tener alguna otra cosa que ocultar; y no podía ser otra que la sustracción de la menor a espaldas de su madre biológica (u otros métodos imaginables igualmente delictivos: presiones, amenazas, engaño...). Si fuese de otra forma -se tiende a pensar-, lo hubiese explicado.

Las afirmaciones del hecho probado se basan en prueba indiciaria. Ninguna declaración directa acreditaba que se hubiese tratado de una sustracción y no una entrega voluntaria por parte de la progenitora tal y como venía autorizado en la normativa registral entonces vigente que permitía a ésta mantener oculta su identidad (art. 167 Reglamento Registro Civil).

Es viable fundar una condena en prueba indiciaria. De eso no hay duda. Desde mediados de los años ochenta lo viene recordando nuestro TC en una larga lista de resoluciones. Hagámonos eco ahora de la STC 133/2014, de 22 de julio, -citada posteriormente en la STC 146/2014, de 22 de septiembre-. Recordando las SSTC 126/2011, 109/2009 y 174/1985 resume una consolidada doctrina. A falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan unos requisitos:

a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; **b)** los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; **c)** para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exponga los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, **d)** que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común (en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre "*una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes*"(- SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3-).

Leemos en la reseñada sentencia:

*"El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que **sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada**" (STC 229/2003, de 18 de diciembre , FJ 4)" (FJ 23)".*

SEXTO.- En el presente supuesto los indicios consisten en la intervención del acusado tanto en la certificación falsa como en toda la maniobra para entregar a la bebé a la coimputada fallecida y su marido (lo que está acreditado por las declaraciones de aquella). Igualmente, y con todas las reservas, podría considerarse un contraindicio que no haya ofrecido una explicación sobre esos hechos, relatando las circunstancias que los rodearon y se haya aferrado a una negativa radical que se presenta como irracional e increíble.



El consignado en la sentencia de instancia es un razonamiento plausible. Pero es -lo era también antes de localizarse a la familia biológica de la menor- demasiado abierto en el sentido de que se presentaba, al menos, con igual grado de probabilidad una hipótesis alternativa no incriminatoria: que se hubiese contado con el consentimiento libre de los progenitores. Era ese un hecho en aquella época no insólito o extraño, sino relativamente habitual. La ilegalidad se habría concretado en exclusiva en la elusión de los procedimientos regulares de adopción mediante la conducta falsaria de hacer aparecer como madre biológica a quien no lo era. La hipótesis asumida como ajustada a la realidad por la sentencia no era suficientemente concluyente, y por tanto no respetaba las condiciones necesarias para que una prueba indiciaria se convierta en sostén de una atribución de culpabilidad sin merma de la presunción de inocencia.

La deducción era compatible con el cuadro indiciario con que se contaba. Pero no era la única posible. Quizás, ni siquiera, la más probable. Era imaginable otra hipótesis exculpatoria de ese delito con, al menos, el mismo grado de probabilidad.

Así pues, la condena no respetó las exigencias últimas de la presunción de inocencia en ese concreto particular y por tanto la sentencia deberá ser casada en ese punto al estimarse parcialmente este motivo.

SEXTO.- Sigue a éste un motivo por infracción de ley del art. 849.1º LECrim en el que se combate cada uno de los tipos penales invocados por la Audiencia en su sentencia. Se hace en la mayoría de los casos dando la espalda a los hechos que se declaran probados, lo que es incompatible con este cauce casacional (arts. 849.1º y 884.3º LECrim.)

En lo que respecta al delito de detención ilegal, a la vista de la estimación del anterior motivo, se queda sin contenido el alegato.

En lo que respecta al delito de falsedad, orillando ahora por incompatibles con este cauce casacional todos los argumentos que no respetan el hecho probado, ninguna objeción hay que oponer a la tipificación realizada en la instancia: los hechos son objetivamente encuadrables en el delito de falsedad. Es claro que el certificado se emite con vocación, que no puede desconocer su emisor, de provocar un asiento en un registro público de tanta importancia como es el Registro Civil. Y el tipo subjetivo está indubitadamente proclamado por la sentencia.

En lo que respecta al delito de suposición de parto, ciertamente la tipificación es más discutible. La jurisprudencia a veces ha negado que la mera conducta falsaria suponga esa tipicidad que exigiría algo más: una simulación mediante actos u otras acciones que rodeen a la mera falsedad. Es decir, que la hija, lo que no se describe en el hecho probado, fuese presentada en el entorno de los falsos padres, como fruto del alumbramiento de la madre. Todo apunta a que ante nadie de ese entorno y en ninguna de sus relaciones sociales se simuló esa situación, sino que en el contexto social, profesional, escolar, y ante la propia hija cuando alcanzó la mayoría de edad se simuló una adopción (no un parto). Alguna sentencia de esta Sala y sectores doctrinales solventes parecen dudar de la incardinabilidad de ese tipo de situaciones en la suposición de parto limitando la sanción a la falsedad. Tampoco faltan posturas doctrinales que propugnan como solución penal la subsunción de la suposición de parto en la falsedad; otros también una absorción pero en el sentido justamente inverso. Y, por fin, en tesis también extendida la formación de un concurso medial como ha construido la sentencia del Tribunal *a quo*. Hoy no habría duda de su encaje en el art. 220.1 CP (*entrega a terceros de un hijo para alterar su filiación*). También la conducta descrita inicialmente en el hecho probado (propuesta de simular un embarazo como preludeo del fingimiento de un alumbramiento) en la fecha de los hechos era constitutiva de una entonces punible provocación a un delito de suposición de parto.

En este momento, fallecido el penado y teniendo el recurso el objetivo que antes ha quedado acotado, ese eventual debate carece de todo interés procesal: es indudable que los hechos imputados eran delictivos, con independencia de cuál fuese la calificación exacta y las repercusiones penológicas que ello pudiera arrastrar y que no importan nada: la responsabilidad penal está extinguida por fallecimiento (art. 130.1.1º CP).

SÉPTIMO.- El tercer y último motivo se canaliza a través del art. 849.2º pero con manifiesto desprecio de los condicionantes de esa vía impugnativa: se propone una nueva valoración global de la prueba, olvidando que el motivo exige la designación de prueba documental específica que goce de autarquía demostrativa. No es admisible la argumentación propia de una apelación que introduce el recurrente y que, a lo más, podría haber sido tenida en cuenta, pero sin poder convictivo alguno, en el motivo por presunción de inocencia.

OCTAVO.- Quedarían por resolver los recursos de las dos acusaciones: pública y particular. A través de ellos impugnan la prescripción decretada por la Audiencia para lograr un pronunciamiento condenatorio. Desde el momento en que se produjo el fallecimiento del acusado su pretensión ha decaído indefectiblemente: la acción penal ha quedado extinguida. No puede ejercitarse tampoco en esta fase de impugnación. La legislación solo permite mantener vivo en estas condiciones el recurso de las partes pasivas fallecidas, pero no los recursos que incorporan una pretensión de condena frente al fallecido (art. 115 LECrim).



En este caso, además, los recursos estarían probablemente abocados al fracaso pues, estimado el motivo por presunción de inocencia en relación al delito de detención ilegal, se viene abajo buena parte del armazón argumental trabado para descalificar la prescripción que llevó a la Audiencia a la absolución.

No podemos examinar esa temática con fines puramente especulativos (ajenos a la función jurisdiccional) o para ofrecer soluciones a otros hipotéticos asuntos, soluciones que, además, no constituirían doctrina jurisprudencial (por definición no serían *ratio decidendi*, y en rigor, ni siquiera un *obiter dicta*, sino una teorización en paralelo a la cuestión penal a resolver y sin incidencia alguna en ella) y que se adoptarían sin oír los argumentos de las partes implicadas en esas otras eventuales causas a que se alude. Es un sinsentido en una resolución jurisdiccional elucubrar sobre la prescripción de un delito inexistente o inacreditado que se atribuye a un fallecido.

NOVENO.- Procede declarar de oficio las costas procesales del recurso entablado por el acusado y sostenido por sus herederos, al haber sido estimado; así como las del recurso del Ministerio Fiscal exento de costas por su posición institucional. La acusación particular que ha visto desestimado su recurso deberá cargar con las costas del mismo (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por Maximiliano y **sostenido por sus herederos** contra Sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 27 de septiembre de 2018 en causa seguida contra el recurrente por delitos de detención ilegal, suposición de parto y falsedad en documento oficial **por estimación parcial del primer motivo de su recurso y en su virtud casamos y anulamos dicha Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante** con declaración de las **costas de este recurso de oficio**.

2.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **el MINISTERIO FISCAL** contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas declarando las costas de este recurso de oficio.

3.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por Luz contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas **imponiendo** a la misma **el pago de las costas** de este recurso y la pérdida del depósito legalmente establecido.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION/3786/2018

RECURSO CASACION núm.: 3786/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D^a. Ana María Ferrer García

D^a. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina



En Madrid, a 4 de junio de 2020.

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 46 de Madrid, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Séptima), y que fue seguida por los delitos de detención ilegal, suposición de parto y falsedad en documento oficial contra Maximiliano en la que recayó sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos probados de la Sentencia de instancia con la única salvedad de **suprimir en el Hecho Probado** todo lo relativo a la falta de consentimiento de los padres biológicos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Los hechos no son constitutivos de un delito de detención ilegal a la vista del Hecho Probado resultante de la estimación del motivo por presunción de inocencia. Hay que ratificar la decisión absolutoria de la Audiencia aunque variando las razones de la absolución en cuanto a esa infracción, y refrendando la ofrecida (prescripción) para excluir la responsabilidad penal por las otras conductas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Se ratifica la parte dispositiva de la sentencia de instancia con la única precisión, en cuanto a las razones de la absolución del delito de detención ilegal, que se deriva de la fundamentación jurídica de esta sentencia.

2.- En lo demás y en cuanto no se opongan al presente se mantienen los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION/3786/2018

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina