

## SUSTRACCIÓN DE RECIÉN NACIDO

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO  
*Fiscal*

**Palabras clave:** detección ilegal, arrepentimiento, arrebató, confesión.

### ENUNCIADO

Una mujer que padece cierto trastorno de la personalidad, psicopatía que no le impide querer y conocer y que tiene suficiente discernimiento como para discriminar lo que está bien de lo que está mal. Una mujer de estas características, con ciertas dificultades de elaboración de juicios reflexivos y de valoración del alcance de los actos que realiza, durante un tiempo (varios meses) hizo creer a su marido que se hallaba embarazada. La mentira se hizo extensiva a la familia y amistades. Llegó incluso a manifestar que visitaba con regularidad a un ginecólogo que controlaba su embarazo. Esta mujer, de manera convincente, generó la seria creencia de que iba a dar a luz. Sus comportamientos durante un tiempo, sus actitudes, fueron difundiendo, de manera creíble, a su alrededor su estado de gestación.

Necesitando justificar que daría a luz un hijo se dirigió hasta la maternidad de un centro hospitalario. Habló con una mujer embarazada, próxima al parto. Regresó a su domicilio. Pocos días después, conociendo que ya había nacido el hijo de esa señora, se adentró nuevamente en el hospital y, en un momento de descuido de la madre, se hizo con el recién nacido llevándoselo a su casa.

Al día siguiente, tras hablar con la verdadera madre, le manifestaba su intención de devolverle el hijo, aun cuando no sabía cómo hacerlo. No obstante, la entrega del recién nacido se produjo por la intervención de la policía que, a resultas de la llamada telefónica habida, se presentó en el domicilio de la mujer, la cual, permitiendo la entrada de los agentes sin oposición alguna, procedía a la devolución, comprobándose cómo el bebé se hallaba en perfecto estado y se le habían dispensado los cuidados adecuados.

Las investigaciones policiales ya habían sido iniciadas con anterioridad a la llamada de la mujer que se llevó al niño. No se habían iniciado las diligencias judiciales.

#### CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Qué delito ha cometido?
2. ¿Cabe hablar de arrepentimiento, de obcecación o de confesión y, por tanto, de aplicar estas circunstancias como atenuantes?
3. ¿Es admisible alguna circunstancia que disminuya la responsabilidad del hecho a la autora?

### **SOLUCIÓN**

1. La privación de la libertad deambulatoria de una persona, aún menor de edad, supone una detención. Que se trate de un bebé es intrascendente, por cuanto la voluntad del mismo se quiebra en la representación de su madre (padres) que ostentan la representación legal del recién nacido. La voluntad es la voluntad de la madre representante legal del bebé. Al no contar con la voluntad del progenitor se produce la doble condición de los elementos del delito de detención ilegal: lo subjetivo por la intención y voluntad de privar de libertad por parte de la mujer que se lleva al nacido; lo objetivo, por cuanto se encierra o retiene al nacido, indefenso, desplazándolo hasta el domicilio de la autora de la detención. Y la voluntad está claramente deducida de un período de tiempo durante el cual se genera la creencia de que está embarazada, hasta que, presa de su propia historia, se desplaza al Centro hospitalario, entablando conversación con una embarazada, generando la confianza de esta y vulnerando su voluntad.

Pero donde radica la dificultad del tipo penal no es tanto en el delito de detención ilegal (que parece evidente), sino en si procede aplicar el párrafo segundo del artículo 163, por cuanto la pena se atenúa en razón a la devolución del nacido antes de los tres días siguientes a su sustracción.

Si bien hay una manifestación verbal de la mujer de querer devolver al nacido (si bien hay un buen trato), lo cierto es que no hay un acto expreso de entrega sino de intervención de la policía liberando al bebé. Bien es verdad que la mujer no opone oposición, permitiendo la entrada de los agentes y bien es verdad que se actúa antes de que la persona pueda devolver al nacido dentro de los tres días de plazo que proporciona el párrafo segundo del citado artículo. Además, es sabido que cuando la libertad se produce por la intervención de terceros, la propia autoliberación, la intervención de la policía, etc., no cabe, en principio, aplicar el artículo 163.2, porque no ha sido la voluntad del autor la que directamente ha proporcionado la liberación.

La intención no son los hechos, pero queda por saber si la intención, la voluntad, puede demostrarse como un deseo de devolver al nacido, que no pudo llevarse a cabo por la intervención rápida

de la policía. Es decir, no fue un acto de entrega de la sustractora porque se le adelantó la policía, pero sí había verdadera intención de devolución y ello queda probado.

Nos adentramos así en el territorio de lo que resulte de la prueba. La llamada de la mujer a la madre, poco tiempo después de acontecido el hecho, el trato deferido al bebé, la disponibilidad de la mujer cuando intervino la policía, etc., son elementos a considerar, por cuanto si creemos que sirven para aplicar el tipo atenuado no sirven después para pretender una atenuante del artículo 21.5.º del Código Penal de reparación del daño a la víctima, o por posible arrepentimiento del artículo 21.4.º del Código Penal.

2. La segunda pregunta nos sitúa en el final de la anterior. El artículo 21.5.º del Código Penal atiende los supuestos de reparación del daño o la disminución de los efectos del daño ocasionado. Que se arrepienta de lo realizado, entendiendo el arrepentimiento, no como un acto de contrición moral o de pesar relacionado con la conciencia, pues ya la jurisprudencia ha evolucionado en otro sentido, sino como una decisión personal de reparación, con pleno convencimiento de ello y acreditado por actos externos inequívocos de reparación, lo que es incompatible con el artículo 163.2.º. No es posible atenuar la responsabilidad por la vía de este párrafo segundo y pretender un nuevo beneficio por el artículo 21.5.º. O bien se condena por el artículo 163.1.º, con la aplicación de la atenuante de la reparación del daño, o bien se condena por el párrafo segundo del artículo 163 pero sin la aplicación de dicha atenuante. La llamada de la mujer y sus comportamiento o sirven para una cosa o sirven para la otra. Para ambas no.

Por lo que se refiere a la obcecación o al arrebato que parece deducirse durante el tiempo que esta mujer simula su condición de gestante, con las connotaciones indicadas en la redacción del caso, y en la medida en que estas actitudes o comportamientos pudieran demostrar una obsesión con significación penal atentatoria, o un estado pasional semejante (art. 21.3.º del CP), habrá que decir que no es tal obcecación, arrebato o estado pasional, sino que la constante de su comportamiento parece llevarnos más al trastorno que padece que a lo puntual, más propio (esto último) del arrebato o de la obcecación, aun cuando esta sí presente ciertas notas de perdurabilidad. Pero parece adecuado encajar toda posible disminución de responsabilidad penal, más por la vía del trastorno que por la del número 3.º de artículo 21 del Código Penal.

Finalmente, se plantea la posibilidad de aplicar una atenuante de confesión del artículo 21.4.º del Código Penal. Nuestro código requiere que se produzca la confesión antes de que se conozca que el procedimiento judicial se dirige contra la persona que confiesa. En el caso hemos indicado que se habían iniciado las diligencias policiales antes de la confesión de la autora. ¿Es admisible, entonces, la llamada realizada, ya iniciadas las diligencias policiales, como atenuante de confesión del artículo 21.4.º? Dejando aparte que la llamada no obedece a criterios exculpatorios de la autora, porque si admitimos el párrafo 2.º del artículo 163 como un deseo de liberación voluntario y espontáneo de la mujer, estamos admitiendo que, en este aspecto, al menos, actúa de buena fe, se observa que no hay confesión a las autoridades, como es lógico (la llamada se realiza a la madre natural, no a las autoridades), y se observa también que ya se han iniciado las diligencias policiales, pues a estos efectos son equiparables a «procedimiento judicial». También se puede decir que no se está colaborando con

la administración de justicia en sentido técnico, porque la llamada, y todo lo demás, obedece al intento de devolución del recién nacido más que a la confesión del hecho.

3. Finalmente, rechazadas todas las anteriores, lo que nos queda por examinar es si existe alguna circunstancia que pudiera disminuir la responsabilidad penal, habida cuenta que las tres analizadas anteriormente tienen pocas posibilidades de integrar el fallo de una sentencia condenatoria por delito de detención:

«Una mujer que padece cierto trastorno de la personalidad, psicopatía que no le impide querer y conocer, que tiene suficiente discernimiento como para discriminar lo que está bien de lo que está mal. Una mujer de estas características, con ciertas dificultades de elaboración de juicios reflexivos y de valoración del alcance de los actos que realiza», es una persona con desequilibrios caracterológicos con trastornos de conducta y de temperamento que, generalmente, implican una atenuante analógica de trastorno mental del artículo 21.6.º en relación con el primero del mismo artículo. Pero no más. No cabe apreciar una eximente incompleta, ni cabe apreciar una atenuante específica, porque como tiene declarada la jurisprudencia, en las psicopatías, con trastornos límites de la personalidad, solo se consideran eximentes aquellos supuestos profundos o que coexistan con enfermedades mentales graves, cuando el hecho delictivo se halle en relación con la enfermedad, donde lo importante es la intensidad del brote o del mal que se padece. Y visto que la autora del hecho tiene una psicopatía leve, de la que no parece deducirse tampoco una relación clara entre la enfermedad y el hecho cometido, la autora se beneficiaría de la atenuante analógica indicada, pero no de otra, bien cualificada, o en la línea de las eximentes de responsabilidad, completas o incompletas.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.3.ª, 4.ª, 5.ª y 6.ª y 163.
- SSTS de 22 de abril de 1988, 5 de octubre de 1991, 17 de febrero y 22 de abril de 1993, 5 de mayo de 1995, 23 de noviembre de 1996, 27 de septiembre de 1997, 23 de marzo de 1998, 18 de enero de 1999, 17 de junio y 12 de diciembre de 2000, 1 y 21 de julio de 2001, 12 de mayo y 28 de septiembre de 2005 y 7 de abril de 2006.