

PROTECCIÓN PENAL DE LA FILIACIÓN

M^a del Mar Carrasco Andrino

Profesora Titular de Derecho penal. Universidad de Alicante

CARRASCO ANDRINO, M^a del Mar. Protección penal de la filiación. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2010, núm. 12-06, p. 06:1-06:30. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-06.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 12-06 (2010), 10 ago]

RESUMEN: El presente artículo aborda de forma sistemática el estudio de los delitos que protegen la filiación legal. Se analizan, así, entre otras cuestiones, el carácter plurisubjetivo o de participación necesaria de algunos de estos tipos, que incide en la relación que guardan entre ellos y en el castigo de la participación en los mismos; las posiciones doctrinales sobre el bien jurídico, condicionadas por la naturaleza falsaria de las conductas típicas o por su incidencia en la filiación del menor como parte de su derecho a la identidad personal; las relaciones

concursoales con los tipos de falsedades o con los que protegen otros derechos y deberes familiares, etc. Especial consideración recibe la tipificación del tráfico de niños con el fin de adopción. Su confusa tipificación plantea diversos problemas: su relación con el delito de suposición de parto o de entrega de hijo; la exigencia o no del pago de la compensación económica para la consumación del delito o la extensión del ámbito de aplicación del precepto fuera del territorio español, entre otros.

PALABRAS CLAVE: Suposición de parto, ocultación de hijo, entrega de hijo, sustitución de un niño por otro, tráfico de niños, delitos plurisubjetivos o de participación necesaria, falsedades personales, principio de justicia universal.

Fecha de publicación: 10 agosto 2010

SUMARIO: I. EL DELITO DE SUPOSICIÓN DE PARTO. 1. Bien jurídico protegido. 2. Sujeto activo: su carácter de delito de participación necesaria. 3. Tipo de injusto. 4. Justificación. 5. Iter criminis. 6. Concursos. 7. Medidas civiles relacionadas con la suposición de parto. II. LA OCULTACIÓN Y ENTREGA DE HIJO. 1. Bien jurídico. 2. Su carácter de delito especial propio y de participación necesaria. 3. Tipo de injusto. 4. Justificación y exculpación. 5. Iter criminis y concursos. III. EL DELITO DE SUSTITUCIÓN DE UN NIÑO POR OTRO. 1. El tipo doloso de sustitución. 2. La sustitución imprudente de un niño por otro. 3. Iter criminis y concursos. IV. LA VENTA DE NIÑOS PARA SU ADOPCIÓN ILEGAL. 1. Bien jurídico protegido: ¿delito pluriofensivo? 2. Sujeto activo. 3. Conducta típica: requisitos. 4. Elementos subjetivos del tipo. 5. Justificación. 6. Iter criminis. 7. Concursos. 8. Cuestiones procesales.

La protección penal de la filiación se recoge en el Código penal de 1995 en el Capítulo II del Título XII del Libro II, bajo la rúbrica “De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor”. Se rompe con ello la tradición jurídica, iniciada en el Código Penal de 1848 y conservada hasta el CP 1973, que los incluía entre los delitos contra el estado civil de las personas ⁽¹⁾, si bien sus antecedentes históricos más remotos vinculan estos delitos a las falsedades. En concreto, es en la *Lex Cornelia de Falsis* en la que se recoge la suposición de parto como un delito de falsedad, manteniéndose así también en Las Partidas ⁽²⁾. Los delitos de sustitución y ocultación de niño, en cambio, no aparecen tipificados hasta el CP de 1822.

Así las cosas, el Código penal de 1995, además de unificar los delitos contra las relaciones familiares en un mismo Título, el XII, ha introducido dos figuras absolutamente novedosas en lo que a la protección de la filiación se refiere: la sustitución imprudente de un niño por otro (art. 220.5 CP) y el tráfico de niños (art. 221 CP). No se ha aprovechado, sin embargo, para modificar la obsoleta terminología del texto punitivo que sigue todavía refiriéndose a la suposición de parto o a la alteración de la paternidad ⁽³⁾.

En el ámbito del Derecho comparado el legislador italiano incluye estos delitos en el capítulo III -De los delitos contra el estado de familia- del Título XI, dedicado a los delitos contra la familia, aunque la vinculación de la conducta típica a la inscripción registral los aproxima a las falsedades. En concreto, el art. 566 del Código penal italiano castiga con pena de prisión de tres a diez años a quien inscribe un nacimiento inexistente en el Registro civil o a quien mediante la ocultación de un recién nacido, suprime su estado civil; con la misma pena, el art. 567, castiga la alteración de estado civil mediante la sustitución de un recién nacido, elevando la pena de cinco a quince años a quien, en la inscripción de un nacimiento altera el estado civil de un recién nacido mediante la certificación o declaración falsa u otra falsedad; y en fin el art. 568 que castiga la ocultación de estado de un hijo legítimo o natural reconocido, ya inscrito en el registro civil, entregándolo a un hospicio o a otro lugar de beneficencia. También estos delitos se relacionan con las falsedades

¹ Críticamente con la ubicación sistemática de estos delitos entre los que protegen las relaciones familiares y no, en cambio, dentro de las falsedades respecto del Proyecto de Código Penal de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, en base al carácter falsario de las conductas que integran tales delitos, BOIX REIG, J “Ocultación o exposición de hijo (art. 468 del Código penal), *Comentarios a la Legislación Penal*, t. V, vol. 2, Madrid, 1985, pág. 1029.

² A ella se refieren, entre otros, DIEGO DÍAZ SANTOS, MR *Los delitos contra la familia*, Madrid, 1973, pág. 309; CORTES BECHIARELLI, E *Aspectos de los delitos contra la familia y nueva regulación del delito de sustracción de menores*, Madrid, 1996, págs. 44 y sigs.; MUÑOZ SÁNCHEZ, J en DÍEZ RIPOLLÉS, JL/ROMEO CASABONA, CM (Coords.) *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, II, Valencia, 2004, pág. 1101.

³ En este sentido, se manifiesta críticamente con la nomenclatura del Capítulo JIMÉNEZ DÍAZ, MJ “Análisis de algunas figuras delictivas que atentan contra la filiación: el art. 220 del Código penal español”, en AAVV: *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro homenaje al Prof. Dr. Ferrando Mantovani*, Madrid, 2006, pág. 296.

en el Código penal alemán, cuyo párrafo 169 lo castiga como falsificación de estado civil.

La relevancia práctica de estos delitos se encuentra hoy día mermada en la medida en que al producirse el alumbramiento en un centro hospitalario, las posibilidades de comisión del hecho delictivo, sobre todo en lo que a la suposición de parto se refiere, se hallan muy reducidas. Prueba de ello es la casi inexistente jurisprudencia al respecto. Si bien, conductas como el tráfico de niños, vinculado a la adopción o a otros fines (de explotación sexual o laboral o de tráfico de órganos) se han visto propiciadas por las fuertes diferencias económicas y sociales que existen entre los países en vías de desarrollo, que cuentan con altos índices de natalidad y pobreza, y países desarrollados, en muchos casos con tasas de crecimiento de la población negativa y mejor situación económica. Ha surgido así un tráfico internacional de niños que, en unos casos, se sirve de la figura de la adopción para enmascarar otros fines delictivos y, en otros casos, se lucra de la adopción en sí (tráfico con fin de adopción) ⁽⁴⁾.

I. EL DELITO DE SUPOSICIÓN DE PARTO

1. Bien jurídico protegido

La posición doctrinal mayoritaria, a la que me adhiero, identifica el bien jurídico protegido con la filiación que surge como consecuencia del nacimiento ⁽⁵⁾. No obstante, para RODRÍGUEZ RAMOS lo directamente protegido es la normativa civil reguladora de la adopción, protegiéndose sólo mediatamente la filiación ⁽⁶⁾, pues fingir materialmente un parto sin afectar a dicha normativa es una conducta atípica. Si bien no puede desconocerse que toda suposición de parto implica necesariamente la elusión de la normativa que regula el proceso de adopción, lo cierto

⁴ Vid. una exposición de los condicionantes y peligros de la adopción internacional en VAN LOON, JHA « Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger », Document préliminaire No 1 d'avril 1990, en *Actes et documents de la Dix-septième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, Adoption-Coopération*, t. II, La Haya, 1994, págs. 10 y sigs., especialmente al tráfico de niños, págs. 50 y sigs.

⁵ Vid, entre otros, DIEGO DÍAZ-SANTOS, R *Los Delitos contra la familia*, Madrid, 1974, pág. 311; CORTES BECHIARELLI, E *Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores*, Madrid, 1996, págs. 48 y sigs., quien se refiere a la filiación biológica como base para la filiación jurídica; DE FRUTOS GÓMEZ, C “Delitos contra las relaciones familiares”, en FERNÁNDEZ PINÓS, JE/DE FRUTOS GÓMEZ, C. *Delitos contra el honor y delitos contra las relaciones familiares*, Barcelona, 1998, pág. 213; GONZÁLEZ RUS, JJ en COBO DEL ROSAL, M (Coord.) *Derecho penal español. Parte Especial*, Madrid, 2004, pág. 401 y 402, refiriéndose a las relaciones de filiación como adscripción del sujeto a una familia; QUERALT JIMÉNEZ, JJ *Derecho penal español. Parte Especial*, 5ª ed. Barcelona, 2008, pág. 334, que lo define como la filiación legítima de las personas no como derecho a saber si quien aparece como padre o madre o hijo o hija lo es biológicamente; JAEN VALLEJO, M en COBO DEL ROSAL, M (dir.) *Comentarios al Código penal*, tomo VII, Madrid, 1999, pág. 693 y 694; JIMÉNEZ DÍAZ, MJ en COBO DEL ROSAL, M (dir.) *Comentarios al Código penal*, tomo VII, Madrid, 1999, pág. 705; MUÑOZ SÁNCHEZ, J *ComCP* pág. 1103.

⁶ Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, L *Derecho penal. Parte Especial II*, Madrid, 1997, pág. 69.

es que una conducta que se dirige a presentar al niño como hijo biológico de la madre supuesta, esto es, a falsear no la filiación por adopción sino la filiación por nacimiento.

Aun cuando no se niega la existencia de un derecho subjetivo del menor vinculado a la relación de filiación y relacionado con el art. 10.1 CE, no se comparte tampoco la visión que concreta el bien jurídico protegido en los derechos subjetivos que nacen de las relaciones familiares (⁷), dado que el delito se comete tanto si la adscripción a la nueva familia resulta perjudicial como beneficiosa para el menor.

Frente a estas posturas doctrinales que sitúan el bien jurídico en la órbita de los delitos contra las relaciones familiares, subsiste una minoría doctrinal que continúa vinculando el bien jurídico protegido al estado civil derivado de la filiación (⁸) o destacando su naturaleza falsaria, quizás influidos en ello por el pensamiento italiano, al adscribir el interés jurídico protegido a la fe pública (⁹). Como se ha puesto de manifiesto más atrás, el art. 566 CP italiano permite una interpretación en este sentido, al supeditar la acción típica a la inscripción registral.

Muy interesante resulta la propuesta de VILLACAMPA ESTIARTE que identifica el bien jurídico protegido con el derecho del menor a conocer su propia identidad, como aspecto de la dignidad humana y en estrecha relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues permite equiparar los injustos de los tipos del art. 220 apartado 1 y 2 y los del art. 221 CP (¹⁰). Sin embargo, no convence del todo esta interpretación, porque, de una parte, los convenios internacionales sobre los que se construye dicho derecho le otorgan un contenido más amplio, de manera que estos tipos sólo inciden en un aspecto de tal identidad: las relaciones familiares o la procedencia familiar del menor, lo que ya se expresa con la filiación. Así, el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 incluye dentro de la identidad: la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. Por otra parte, dicho derecho a la identidad no comprende el de investigar la maternidad o la paternidad biológica, sino la procedencia familiar determinada por el nacimiento o por la adopción (filiación legal). A esta conclusión se llega a la

⁷ Posición defendida por PRATS CANUT, JM en QUINTERO OLIVARES, G (Dir.)/MORALES PRATS, F *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 5^a ed., Elcano, 2005, pág. 520.

⁸ MUÑOZ CONDE, F *Derecho penal. Parte especial*, 17^a ed., Valencia, 2009, pág. 283; CASTIÑEIRA PALOU, MT “Delitos contra las relaciones familiares”, en SILVA SÁNCHEZ, JM (Dir.)/RAGUÉS VALLÈS, R *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 2^a ed., Barcelona, 2009, pág. 166; BLANCO LOZANO, C “Los delitos contra las relaciones familiares en el Código penal español”, *Anuario de Justicia de Menores*, 2004, n° IV, pág. 114.

⁹ BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A “Delitos contra las relaciones familiares”, en VIVES ANTÓN, TS *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Valencia, 1996, págs. 1053 y 1054; MORETÓN TOQUERO, MA *La suposición de parto, la ocultación y sustitución de niños y el “tráfico de menores”*, Barcelona, 2001, pág. 8; CARBONELL MATEU, JC “Los delitos contra las relaciones familiares en el Código penal de 1995”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Vidal Guitarte*, t. I, Valencia, 1999, pág. 176.

¹⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C “La protección penal del derecho del menor a conocer la propia identidad: análisis del denominado delito de “Tráfico de menores”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2001, 5, págs. 67 y sigs.

vista de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, cuyo art. 5.5 sólo permite a los hijos nacidos por fecundación con contribución de donante o donantes obtener información general de éstos que no incluya su identidad, la cual sólo podrá desvelarse de forma excepcional y siempre que fuere indispensable para evitar un peligro cierto para la vida o salud del hijo o para cumplir el fin de las leyes procesales penales.

En coherencia con la configuración del bien jurídico, sujeto pasivo del delito es el menor cuya filiación se ve afectada ⁽¹¹⁾. Un bien jurídico personalísimo pero indisponible e irrenunciable. Para algunos autores el sujeto pasivo es doble: el menor y el Estado ⁽¹²⁾, debido a la dimensión pública que se otorga al bien jurídico protegido; y en fin, quienes sostienen que lo protegido es la fe pública limitan la condición de sujeto pasivo sólo al Estado o a la Comunidad ⁽¹³⁾.

La doctrina requiere, además, que se trate de un recién nacido o, al menos, que tenga apariencia de recién nacido ⁽¹⁴⁾, pues la necesidad de vincularlo a un parto o nacimiento impone una clara limitación cronológica. Sin embargo, MUÑOZ CONDE admite la posibilidad de que lo sea también un niño de más edad siempre que no tenga conciencia aún de sus relaciones de familia ⁽¹⁵⁾. En cualquier caso, el niño, además, ha de estar vivo ⁽¹⁶⁾. La jurisprudencia, en este sentido, ha estimado que constituye tan sólo una falsedad la mera inscripción en el Registro Civil de un niño inexistente (SSTS 26-12-1928, 6-6-1980).

2. Sujeto activo: su carácter de delito de participación necesaria

Como consecuencia de la interpretación que se hace de la conducta típica, la doctrina discute si el sujeto activo debe quedar limitado o no a la mujer. Para la posición mayoritaria ⁽¹⁷⁾ se trata de un delito especial propio, en la medida en que

¹¹ MUÑOZ CONDE, F *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 283; CARBONELL MATEU, JC/GONZÁLEZ CUSSAC, JL “Delitos contra las relaciones familiares”, en VIVES ANTON, TS/ORTS BERENGUER, E/CARBONELL MATEU, JC/GONZÁLEZ CUSSAC, JL/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2004, pág. 365; GONZÁLEZ RUS, JJ “Delitos contra...ob.cit.”, pág. 402; MUÑOZ SÁNCHEZ, J *ComCP*, pág. 1108.

¹² De este parecer, QUERALT JIMÉNEZ, JJ *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 335; JIMÉNEZ DÍAZ, MJ “Análisis de algunas...” *ob.cit.*, pág. 299

¹³ Vid. BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A “Delitos contra...ob.cit.”, pág. 1054.

¹⁴ Entre otros, CORTES BECHIARELLI, E *Aspectos de los delitos...ob.cit.*, pág. 54; PRATS CANUT, JM “Delitos contra...ob.cit.”, pág. 521; JIMÉNEZ DÍAZ, MJ “Análisis de algunas...” *ob.cit.*, pág. 299.

¹⁵ MUÑOZ CONDE, F *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 283.

¹⁶ Así RODRÍGUEZ MESA, MJ “De la suposición...ob.cit.”, pág. 499 se refiere a la falta de lesión del bien jurídico protegido; en la misma línea de ausencia de lesividad, aunque ahora referida al estado civil, CASTIÑEIRA PALOU, MT “Delitos contra...ob.cit.”, pág.167; en cambio, CORTES BECHIARELLI, E *Aspectos de los delitos...ob.cit.*, págs. 54 y 55 parece admitir la posibilidad de una suposición de parto de un nacido muerto en la medida que la declaración de alumbramiento y muerte incluye los datos de filiación del recién nacido muerto (art. 173 Reglamento del Registro Civil), de manera que se daría lugar a una filiación falsa. A mi modo de ver, más que de una suposición de parto se trata de una falsedad, pues la filiación como expresión de la adscripción a una familia y de las relaciones que comporta no se ha podido afectar.

¹⁷ De esta opinión se manifiestan MUÑOZ CONDE, F *Derecho Penal...ob.cit.*, pág. 283; BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A “Los delitos...” *ob.cit.*, pág. 1054; RODRÍGUEZ MESA, MJ “De las suposición de

sólo la mujer puede simular haber tenido un parto; mientras que otros autores (¹⁸) defienden el que pueda ser cometido por cualquiera, dado que no se trata tanto de simular un parto cuanto de simular un hijo, esto es, de adscribir un recién nacido a quien no es su madre natural. Éste es el pensamiento que entendemos preferible porque se aviene mejor con la finalidad de la norma, sin ir por ello en contra de la literalidad del precepto. En consecuencia, el marido de la madre supuesta, al igual que el facultativo que certifica un alumbramiento inexistente o un nacimiento atribuyendo una filiación que no es la verdadera, serán autores de este delito.

Por su parte, la Jurisprudencia tradicional se inclinaba por restringir la posibilidad de ser sujeto activo a la mujer (¹⁹), si bien la más reciente ha considerado autora de una suposición de parto a la abuela biológica que se hace pasar por la madre del niño presentando un parte facultativo inauténtico al Registro Civil (SAP, La Coruña, 1^a, 24/2002, 16-10); sin embargo, en otro caso se ha calificado como cooperación necesaria dar cobertura familiar a la apariencia de la filiación del menor por la madre, el padre y el marido de la acusada, sabiendo que ésta no había dado a luz al niño (STS 492/2007, 7-6).

En este punto hay que tener en cuenta que quien entrega al recién nacido no puede ser ni autor ni cooperador necesario de este delito. Su intervención constituye una participación necesaria que no ha sido conminada en este tipo penal, sino en el del art. 220.2 CP, por lo que su responsabilidad será la de autoría del delito de ocultación o entrega de hijo. En efecto, no se puede suponer un parto sin que alguien proporcione –entregue– un niño. Se tipifican así las dos conductas que integran el hecho y por tanto un solo delito, si bien como se verá más adelante, de forma no completamente simétrica, pues el tipo de entrega de hijo tiene un ámbito de aplicación más amplio al poder incidir sobre la filiación por nacimiento o por adopción.

3. Tipo de injusto

La conducta típica consiste en suponer un parto, esto es, en simular un nacimiento inexistente que presenta a un recién nacido como hijo de quien no es su madre natural. La referencia típica al parto plantea si es necesario para la realiza-

parto y de alteración de la paternidad, estado o condición del menor”, en ARROYO ZAPATERO, L/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I/FERRÉ OLIVÉ, JC/SERRANO PIEDECASAS, JR/TERRADILLOS BASOCO, JM (Dirs.) *Comentarios al Código Penal*, pág. 499; CARBONELL MATEU, JC “Los delitos...” ob.cit., pág. 176; PRATS CANUT, JM “Los delitos...” ob.cit., pág. 521.

¹⁸ Así, SUAREZ GÓNZALEZ, C “Delitos contra las relaciones familiares”, en RODRIGUEZ MOURULLO, G (dir.) *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997, pág. 651; QUERALT JIMÉNEZ, JJ *Derecho Penal...ob.cit.*, pág. 335; GONZÁLEZ RUS, JJ “Delitos...ob.cit.”, pág. 402; JAEN VALLEJO, M “Los delitos...” ob.cit., pág. 696; MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra las relaciones familiares”, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, Madrid, 2002, pág. 1429 y 1430; JIMÉNEZ DÍAZ, MJ “Análisis de...” ob.cit., pág. 298. CORTÉS BECHIARELLI, E Aspectos de los...ob.cit., pág. 56.

¹⁹ Vid. SSTs de 28 de septiembre de 1963, de 8 de octubre de 1966, 6 de junio de 1980 que lo configura como un delito personalísimo de la mujer.

ción del tipo que se realicen actos materiales de fingimiento de un parto o basta con que éste se acredite por cualquier otro medio falsario, por ejemplo presentando solicitud en el Registro Civil para inscribir como propio el hijo de otra. De forma casi unánime la doctrina interpreta que no es necesario ni que se simule un embarazo, ni tampoco que se simule fisiológicamente un parto, sino que basta con presentar un niño como fruto del alumbramiento de una mujer que no es su madre natural⁽²⁰⁾. La Jurisprudencia, por su parte, ha venido exigiendo la realización de actos materiales dirigidos a dotar de realidad el parto fingido (SSTS 28-9-1963, 8-10-1966, 6-6-1980), si bien la más reciente ha adoptado la interpretación doctrinal más amplia. Así considera cometido el delito con la presentación de la solicitud de inscripción al Registro Civil (SAP La Coruña, 1ª, 24/2002, 16-10; SAP 12/1999, 22-1), también cuando la madre natural se hace pasar por la madre supuesta en el hospital en que tiene lugar el alumbramiento (SAP Las Palmas, 2ª, 114/1999, 9-7), o cuando acaecido el alumbramiento e inscrito el recién nacido, éste fallece posteriormente, siéndole entregado a la madre un niño vivo que se hace pasar por el fallecido.

Son atípicas la simulación de embarazo y la de parto sin que exista niño vivo (STS 28-9-1963). No obstante, la Audiencia Provincial de Ourense, en Sentencia, 1ª, 7/2004, 9-6, aprecia detenciones ilegales y no suposición de parto en quien sustrae al niño, aprovechando un descuido del padre, con intención de apropiárselo de forma definitiva y a pesar de haber simulado un embarazo previo, pero sin haber tenido tiempo de presentarlo como fruto del alumbramiento ante su compañero sentimental.

En lo que afecta a los elementos subjetivos del tipo, se requiere dolo directo⁽²¹⁾, pues así lo impone el verbo típico (suponer). El dolo abarca el conocimiento de la suposición de parto, esto es, de la adscripción del niño a una madre que no es la suya. Un sector doctrinal y la jurisprudencia (STS 6-6-1980) han venido exigiendo un elemento subjetivo consistente en el ánimo tendencial de alterar el estado civil del menor⁽²²⁾. Debe rechazarse, pues si la conducta típica se interpreta de forma amplia como la adscripción de un niño a una madre que no la suya, el dolo del

²⁰ Por todos, GONZÁLEZ RUS, JJ “Delitos contra...ob.cit., pág. 402; MUÑOZ CONDE, F *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 283; PRATS CANUT, JM “Delitos contra...ob.cit., pág. 521. Mantienen, sin embargo, una interpretación restrictiva que limita la conducta típica a haber simulado un parto BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A “Delitos contra las...ob.cit., pág. 1054.

²¹ Entre otros, GONZÁLEZ RUS, JJ “Delitos contra...ob.cit., pág. 403, BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A “Delitos contra...ob.cit., pág. 1055; MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra...ob.cit., pág. 1109; JIMÉNEZ DÍAZ, MJ “Análisis de algunas...ob.cit., pág. 300; sin embargo, DIEGO DÍAZ SANTOS, MR *Los delitos...ob.cit.*, pág. 314, admite el dolo eventual cuando el sujeto tiene una intención diversa a la de su alteración de estado. A mi modo de ver, la existencia de un móvil o finalidad diversa no impide la existencia de un dolo directo, aunque sea de segundo grado.

²² De esta opinión, CORTES BECHIARELLI, E Aspectos de los delitos...ob.cit., pág. 51 que se refiere al ánimo tendencial de alterar la filiación biológica del sujeto; PRATS CANUT, JM “Delitos contra...ob.cit., pág. 521, para quien se concreta en el ánimo de perjudicar los derechos del menor; RODRÍGUEZ MESA, MJ “De la suposición...ob.cit., pág. 500.

sujeto comprende ya la alteración de la filiación del menor, con independencia de cuál sea el móvil o la finalidad del delincuente (favorecer o perjudicar al recién nacido) ⁽²³⁾.

4. Justificación

El deseo patológico de ser madre o padre no constituye ninguna causa de justificación, si bien podría llegar a una exención completa o incompleta o una atenuación de la pena por la vía de la alteración o anomalía psíquica (art. 20.1 CP, o del art. 21.1 CP en relación a éste) o del arrebatu u obcecación (art. 21.3 CP) o de una atenuante analógica ⁽²⁴⁾.

5. Iter criminis

El delito se consuma cuando concluye la conducta de simulación, presentando como propio el hijo que no lo es. La inscripción registral no es necesaria para la consumación, aunque puede ser el medio falsario elegido por el autor. Se ha estimado consumado el delito por la jurisprudencia con la expedición del parte facultativo del parto que en realidad no había tenido lugar (STS 6-6-1980). Es un delito de resultado en el que, por tanto, es admisible la tentativa ⁽²⁵⁾. Así, por ejemplo, el caso de la abuela que intentó inscribir en el Registro civil como hija suya a quien era realmente su nieta (SAP La Coruña, 1^a, 24/2002, 16-10), o de quien después de simular un embarazo durante meses se apodera de un bebé sin llegar a presentarlo como propio (sin embargo, absuelve SAP Orense, 1^a, 7/2004, 9-6).

6. Concursos

En el ámbito de los concursos destaca la relación de la suposición de parto con los delitos de falsedades, cuando tras suponer el parto se procede a la inscripción registral falsa. Tradicionalmente jurisprudencia (STS 6-6-1980) y doctrina han defendido la existencia de un concurso de delitos en la medida en que se afectan dos bienes jurídicos distintos ⁽²⁶⁾. Un sector doctrinal, en cambio, se ha manifestado partidario del concurso de normas ⁽²⁷⁾, dada la naturaleza falsaria de la suposición de parto y su identificación con la suposición de niño, interpretando que las

²³ Rechazan también un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo, DE FRUTOS GÓMEZ, C “Delitos contra las...ob.cit., pág. 222; MORETÓN TOQUERO, MA *La suposición de...ob.cit.*, pág. 12; MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra las...ob.cit., págs. 1109 y 1110; BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A “Delitos contra las...ob.cit., pág. 1055; JIMÉNEZ DÍAZ, MJ “Análisis de algunas...ob.cit., pág. 300.

²⁴ QUERALT JIMÉNEZ, JJ *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 336.

²⁵ De esta opinión también, QUERALT JIMÉNEZ, JJ *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 335;

²⁶ Por todos, DIEGO DÍAZ SANTOS, MR *Los delitos...ob.cit.*, pág. 313; MUÑOZ CONDE, F *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 283; PRATS CANUT, JM “Delitos contra...”ob.cit., págs. 521 y 522.

²⁷ Sin decantarse por uno u otro delito, BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A “Los delitos contra...ob.cit., págs. 1055 y 1056; JIMÉNEZ DÍAZ, MJ “Aspectos de algunas...ob.cit., págs. 303 y 304, quien defiende la existencia de un concurso medial.

falsedades constituyen un acto posterior copenado ⁽²⁸⁾ o bien que son de aplicación preferente por aplicación del principio de consunción ⁽²⁹⁾. En realidad habría que distinguir entre la declaración que efectúa el particular ante el Registro y la presentación de un certificado falso de nacimiento para proceder a la inscripción. En el primer supuesto, sólo habría delito de suposición de parto, dado que las falsedades ideológicas han quedado despenalizadas con el Código penal 1995. En cambio, surgirá el concurso cuando se falsifica el documento que acredita el nacimiento y que ha de presentarse ante el Registro ⁽³⁰⁾.

La jurisprudencia no suele apreciar falsedades en la solicitud de inscripción ante el Registro (sí lo hacen STS 28-9-1963, SAP Las Palmas, 2ª, 114/1999, 9-7), pero sí cuando se falsifica el certificado del facultativo para la inscripción en el Registro (SAP La Coruña, 1ª, 24/2002, 16-10; SAP La Rioja, 12/1999, 22-1).

Se ha planteado también por algunos autores ⁽³¹⁾ la posibilidad de concurso medial con la estafa para el caso de que una viuda presente un hijo, supuestamente del marido fallecido, convertido así en su heredero frente a los hermanos del fallecido.

En cuanto al Facultativo que certifica un nacimiento, atribuyendo una filiación que no es la verdadera, responderá bien como coautor de una suposición de parto con la agravación prevista en el art. 222 CP, si no se limita el sujeto activo de la suposición de parto a la madre; o bien como autor de unas falsedades y cooperador necesario en una suposición de parto ⁽³²⁾, si se limita dicho sujeto activo.

Habrá concurso de delitos con detenciones ilegales u homicidio si para conseguir al niño, cuyo parto se va suponer, se le sustrae del ámbito de custodia de sus padres o cuidadores o se mata a éstos (caso de STS 492/2007, 7-6).

²⁸ Por tanto, castigan por suposición de parto, QUERALT JIMÉNEZ, JJ *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 336; CARBONELL MATEU, JC “Los delitos...ob.cit.”, pág. 176; MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Los delitos contra...ob.cit.”, pág. 1111.

²⁹ Cfr. CORTÉS BECHIARELLI, E *Aspectos de los...ob.cit.*, págs. 59 y 60.

³⁰ Un examen de los distintos casos y de los tipos aplicables de falsedades, puede verse en JIMÉNEZ DÍAZ, MJ “Análisis de algunas...ob.cit.”, págs. 303 y sigs., según que el autor de la falsedad sea el particular o el facultativo y según que éste último actúe o no engañado por el primero. No obstante, algunas de las soluciones planteadas no dejan de ser controvertidas. En concreto, me refiero al supuesto en el que el facultativo actúa bajo un error invencible de tipo, en el que se propone el castigo del particular como inductor del tipo del art. 397 CP a pesar de ser éste especial propio. Se parte, así, de que el error de tipo incide en la culpabilidad del sujeto, naturaleza que no es compartida por la mayoría doctrinal que ve en tales casos una ausencia de tipo, lo que impide aplicar el principio accesoriedad para fundamentar la responsabilidad del *extraneus* como partícipe. Al no poder ser castigado tampoco como autor mediato, dado que no reúne las condiciones de autoría exigidas en el tipo, sólo se le podría exigir al particular responsabilidad por la suposición de parto.

³¹ Vid. CORTÉS BECHIARELLI, E *Aspectos de los...ob.cit.*, pág. 61, para quien el concurso surge entre las falsedades y la estafa; JIMÉNEZ DÍAZ, MJ “art. 220 CP”, en COBO DEL ROSAL, M (Dir.) *Comentarios al Código penal*, t. VII, Madrid, 1999, págs. 715 y 716, admitiendo el concurso siempre que la suposición de parto haya tenido lugar después de repartida la herencia para que pueda darse el necesario desplazamiento patrimonial.

³² En el mismo sentido, JIMÉNEZ DÍAZ, MJ “Análisis de algunas...ob.cit.”, pág. 304, modificando así la opinión manifestada en otro trabajo anterior, en el que se decantaba en este caso sólo por la punición de las falsedades (vid. “art. 220 CP”, en COBO DEL ROSAL (Dir.) *Comentarios...ob.cit.*, pág. 713).

7. Medidas civiles relacionadas con la suposición de parto

Dentro del ámbito de sucesiones, contempla el Código Civil algunas medidas para evitar la suposición de parto. En concreto, los arts. 959 y sigs. establecen una serie de precauciones para los casos en que la viuda queda embarazada y, por tanto, el hijo nazca después de fallecido el padre. Así, el Juez dictará las providencias convenientes para evitar la suposición de parto a petición de los herederos (art. 960 CC). La viuda, por su parte, debe poner en conocimiento de los que tengan derecho a la herencia la existencia del embarazo (art. 959 CC) y del momento del parto, para que puedan nombrar a persona que se cerciore de la realidad del alumbramiento. Si dicha persona fuera rechazada por la viuda, será nombrada por el juez, debiendo recaer tal nombramiento en facultativo o mujer (art. 961 CC).

II. LA OCULTACIÓN O ENTREGA DE HIJO

1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico sigue siendo la filiación legal, ya sea por razón de nacimiento o por adopción, pues es posible pensar en la entrega de un hijo adoptado a quienes no reúnen las condiciones de idoneidad exigidas por la normativa civil de adopción o de un hijo natural para que sea adoptado por terceros eludiendo la normativa que regula esta institución.

2. Su carácter de delito especial propio y de participación necesaria

Por lo que se refiere al sujeto activo, la expresión “hijo” limita, según el parecer de la mayoría doctrinal, esta posibilidad a los padres, convirtiendo al delito en especial propio⁽³³⁾. En consecuencia, la entrega realizada por cualquier tercero – que no es el padre o la madre- resultaría atípica, a no ser que mediara compensación económica, en cuyo caso sería aplicable el art. 221.1 CP. Un sector doctrinal minoritario⁽³⁴⁾ considera, en cambio, que las previsiones legales del apartado 4 del art. 220 para los ascendientes –pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad- y la del art. 222 CP para el educador, facultativo, autoridad o funcionario público – pena de inhabilitación especial de empleo o cargo público, profesión u oficio- avalan el que el delito pueda ser cometido por cualquiera. Tam-

³³ Por todos, MUÑOZ CONDE, F *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 284; BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 1056; GONZÁLEZ RUS, JJ “Delitos contra...”*ob.cit.*, pág. 403; MORETÓN TOQUERO, MA *La suposición de...ob.cit.*, pág. 14; JIMÉNEZ DÍAS, MJ “Art. 220” *ob.cit.*, págs. 720 y 721, reconociendo que esta interpretación provoca una laguna de punibilidad que debe ser rellenada por el legislador y no por el intérprete.

³⁴ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, JJ *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 336; CORTÉS BECHIARELLI, E *Aspectos de los delitos...ob.cit.*, págs. 81 y 82, quien además de referirse a la previsión en número aparte de las penas de inhabilitación especial, lo que da idea de que el sujeto activo puede ser o no uno de los padres,

bién el TS, en sentencia 1509/1992, 24-6, admite que el sujeto activo pueda serlo un tercero distinto de la madre. Entiendo que esta interpretación supera los límites del principio de legalidad, pues el apartado 2º, a diferencia del apartado 3 del art. 220 CP, menciona al “hijo”, y no al “niño” o “menor”. Por otro lado, este tipo delictivo está íntimamente relacionado con el de suposición de parto en el sentido de que la entrega de hijo constituye la tipificación de lo que, de otra manera, sería una participación necesaria impune en la suposición de parto. Además, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que la pena de inhabilitación especial prevista para los ascendientes en el apartado 4 del art. 220 CP es de aplicación potestativa, y en segundo término, que la referencia a los ascendientes debe quedar limitada a los padres que son los únicos sujetos a los que les corresponde el ejercicio de la patria potestad⁽³⁵⁾.

En cuanto al sujeto pasivo, éste es el hijo que se oculta o se entrega⁽³⁶⁾. A diferencia de lo que ocurre respecto de la suposición de parto, en la ocultación o entrega de hijo se acepta casi unánimemente por la doctrina⁽³⁷⁾ que no tiene que ser necesariamente un recién nacido, sino que puede serlo un menor o un incapaz siempre que no tengan conciencia de su filiación, pues de otro modo no se alcanzaría la finalidad típica. Resulta curiosa la distinta posición adoptada por gran parte de la doctrina según se trate de uno u otro delito, cuando buena parte del ámbito típico de la entrega u ocultación de hijo constituye la participación necesaria en una suposición de parto.

3. Tipo de injusto

Se trata de un tipo mixto alternativo: ocultar o entregar a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación. En ambos casos se priva al menor de las relaciones familiares que surgen por el nacimiento. Ocultar abarcará cualquier hecho que sustraiga la existencia del hijo al conocimiento de su familia. Se ha dicho que

alude a que se dota de mayor protección desde esta interpretación amplia; DIEGO DÍAZ SANTOS, MR *Los delitos...ob.cit.*, pág. 316; DE FRUTOS GÓMEZ, C “Delitos contra...”*ob.cit.*, pág. 219.

³⁵ En este mismo sentido, JIMÉNEZ DÍAZ, MJ “Art. 220” *ob.cit.*, pág. 722. Aunque desde otra posición CORTÉS BECHIARELLI, E *Aspectos de los delitos...ob.cit.*, págs. 86 y sigs. ya había puesto de manifiesto la limitación de la pena de inhabilitación especial del art. 220.4 a sólo los padres, por estos precisamente a los que les corresponde la patria potestad conforme al Código Civil, y reclamando su extensión a instituciones próximas como la tutela, guarda, curatela o acogimiento.

³⁶ QUERALT JIMÉNEZ, JJ *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 336 hace extensiva también esta condición a la comunidad.

³⁷ Entre otros, GONZÁLEZ RUS, JJ “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 403; MUÑOZ CONDE, F *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 284; CORTÉS BECHIARELLI, E *Aspectos de los delitos...ob.cit.*, pág. 83; MORETÓN TOQUERO, MA *La suposición de...ob.cit.*, pág. 14; JIMÉNEZ DÍAZ, MJ “Análisis de algunas...” *ob.cit.*, pág. 311; en cambio, lo limitan al recién nacido, CARBONELL MATEU, JC/ GONZÁLEZ CUSSAC, JL “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 365.

constituye el acto preparatorio de la posterior entrega, por lo que su tipificación constituye un adelantamiento de las barreras penales (³⁸).

Se discute en la doctrina si puede cometerse este delito por omisión a través de lo que se denomina una ocultación jurídica, consistente en no inscribir al hijo en el Registro Civil, de suerte que el tipo se entendería cometido una vez transcurrido el plazo legal establecido para su inscripción (³⁹). A mi modo de ver, el principio de legalidad exige que se produzca alguna conducta adicional que suponga además una ocultación material del hijo.

Hay ocultación cuando la madre oculta la existencia del hijo al padre, manifestándole que ha nacido muerto y presentando la inscripción en el Registro civil como hijo de padre desconocido (STS 1509/1992, 24-6 y SAP La Coruña, 1^a, 101/1998, 30-9).

En cuanto a la entrega consiste en poner al hijo bajo la custodia de terceros con la finalidad típica. Si mediara compensación económica el tipo aplicable sería el del art. 221.1 CP, por lo que la entrega se identifica con una donación de hijo (⁴⁰).

Además, el tipo del art. 220.2 CP exige expresamente la concurrencia de un elemento subjetivo además del dolo, consistente en la finalidad de alterar o modificar la filiación del hijo. Con ello quedan fuera del tipo ocultaciones o entregas del hijo que pueden tener otros fines lícitos, como la entrega del hijo para que pase unas días con otros familiares. Además, permite diferenciar la entrega de hijo del delito de abandono de menores, en cuanto que al quedar éste bajo la custodia de terceras personas para aparentar una filiación legítima, el resultado de peligro para el menor exigido en el abandono de menores no se produce (⁴¹). No debe confun-

³⁸ Vid. CUGAT MAURI, M “Delitos contra las relaciones familiares”, en CÓRDOBA RODA, J/GARCÍA ARÁN, M (Dirs.) *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t. I, Madrid, 2004, pág. 559.

³⁹ CORTÉS BECHIARELLI, E *Aspectos de los...ob.cit.*, págs. 74 y sigs., se manifiesta a favor de incluirla, si bien reconoce que constituye una interpretación extensiva contraria a reo, por lo que sería mejor su tipificación expresa. Admite también la ocultación jurídica, RODRÍGUEZ MESA, MJ “De la suposición...” *ob.cit.*, pág. 500. En este sentido QUERALT JIMÉNEZ, JJ manifiesta que se da cuando se oculta la existencia del menor al padre, al inscribirlo en el registro como de padre desconocido (*Derecho penal...ob.cit.*, pág. 336). Se rechaza expresamente esta posibilidad por constituir una analogía contra reo por JIMÉNEZ DÍAZ, MJ “Análisis de algunas...” *ob.cit.*, pág. 307. Admite también sólo la ocultación material, CARBONELL MATEU, JC/GONZÁLEZ CUSSAC, JL “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 365.

⁴⁰ En este mismo sentido, CORTÉS BECHIARELLI, E *Aspectos de los...ob.cit.*, pág. 80.

⁴¹ Vid. sobre el particular, CORTÉS BECHIARELLI, E *Aspectos de los...ob.cit.*, pág. 85; MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 1116; BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A “Delitos contra...” *ob.cit.*, págs. 1056 y 1057 consideran que con la nueva redacción dada al precepto por el Código penal de 1995 elimina el problema concursal en la medida en que ya no incluye el abandono entre las conductas recogidas en el tipo, al haberse suprimido la figura de la “exposición”. En este mismo sentido, también DE FRUTOS GÓMEZ, C “delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 220. Por su parte, DIEZ RIPOLLÉS, JL “arts 229-233”, en DIEZ RIPOLLÉS, JL/ROMEO CASABONA, C (Dirs.) *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. II, Valencia, 2004, pág. 1330 y 1331, entiende que no se produce el delito de abandono de menores (art. 229 CP) porque no se rompe el ejercicio de la guarda material cuando se entrega el menor a terceros que previamente han manifestado su disposición a asumir la guarda de facto a título propio, sin perjuicio de que se aprecie un delito de abandono de familia (art. 226 CP). Niega, en cambio, la existencia de éste delito por falta de peligrosidad, LAURENZO COPELLO, P “art. 226”, en DÍEZ RIPOLLÉS,

dirse este elemento subjetivo con el móvil del sujeto, esto es, con la razón o el porqué se busca dicha alteración de la filiación del menor: bien para beneficiarle o para perjudicarlo. La presencia del elemento subjetivo impone que el dolo deba ser directo ⁽⁴²⁾.

4. Justificación y exculpación

Se discute en la doctrina si una situación extremadamente paupérrima de la familia puede configurar un estado de necesidad. PRATS CANUT considera que en estos casos no hay merecimiento de pena, aunque se afecte la filiación del menor ⁽⁴³⁾. MUÑOZ SÁNCHEZ lo rechaza ⁽⁴⁴⁾ pues al existir otras vías de solución al conflicto no hay una verdadera situación de necesidad, mientras que QUERALT JIMÉNEZ considera que, todo lo más, puede admitirse una aplicación analógica de estado de necesidad incompleto ⁽⁴⁵⁾.

Por su parte, la jurisprudencia ha apreciado exención de la responsabilidad por miedo insuperable ⁽⁴⁶⁾ que supone una alteración psíquica grave del sujeto –se combinan, pues, las causas de los apartados 1 y 6 del art. 20 CP- en el caso de una madre que entrega su hijo a terceros, ocultando a su marido la existencia de éste, presionada por la carencia de medios para atender a su hijo, “con la posibilidad de perder los escasos medios con los que cuenta para el sustento de su otra hija pequeña, falta del mínimo apoyo del marido, quien además la maltrata” (SAP La Coruña, 1ª, 101/1998, 30-9).

5. Iter criminis y concursos

Se trata de un delito de resultado cortado, en el que no es necesario que se consiga la alteración o modificación de la filiación para que se consuma el delito, sino que bastará con llevar a cabo los actos de ocultación o de entrega con dicha finalidad ⁽⁴⁷⁾. Es un delito de mera actividad ⁽⁴⁸⁾, en el que la apreciación de la tentativa

JL/ROMEO CASABONA, CM *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t. II, Valencia, 2004, pág. 1251.

⁴² En este sentido, QUERALT JIMÉNEZ, JJ habla de un delito doloso de tendencia interna intensificada (*Derecho penal...ob.cit.*, pág. 337). Se refieren también a la restricción del tipo al dolo directo, MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 1116; JIMÉNEZ DÍAZ, MJ “Análisis de algunas...” *ob.cit.*, pág. 311; GONZÁLEZ RUS, JJ “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 403.

⁴³ Cfr. PRATS CANUT, JM “Delitos contra...” *ob.cit.*, págs. 522 y 523. Aquí hay que tener en cuenta que el autor centra el núcleo del injusto en la afectación de los derechos del menor que nacen de la filiación, de manera que si se genera una situación más beneficiosa para el menor, aunque se altere su filiación la conducta no será merecedora de pena. JIMÉNEZ DÍAZ, MJ “Art. 220” *ob.cit.*, pág. 724, también lo admite, al menos como causa de exculpación cuando se genera una incapacidad absoluta de los padres para criar al hijo.

⁴⁴ Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 1129.

⁴⁵ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, JJ *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 337.

⁴⁶ Esta posibilidad también ha sido admitida por JIMÉNEZ DÍAZ, MJ “Art. 220” *ob.cit.*, pág. 724 ante un mal amenazante para el hijo o para los padres, si no se desvincula al niño de su lado.

⁴⁷ De esta opinión también CORTÉS BECHIARELLI, E *Aspectos de los...ob.cit.*, pág. 80; MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 1116 y 1117; GONZÁLEZ RUS, JJ “Delitos contra...” *ob.cit.*,

es difícil en la práctica. RODRÍGUEZ MESA parece configurarlo como delito de resultado exigiendo que en todo caso la ocultación o la entrega produzcan como efecto la alteración de la filiación del menor (⁴⁹).

Son varias las cuestiones que surgen en el ámbito concursal. La primera de ellas afecta las falsedades cometidas para legitimar la nueva adscripción familiar, lo que dará lugar a un concurso ideal de carácter medial.

En cuanto al abandono de familia (art. 226 CP) o de menores (art. 229 CP), hay que entender que no se afecta la vida o seguridad del menor por cuanto éste no se abandona al cuidado de nadie, sino que se entrega para que el tercero asuma la guarda y custodia y los deberes inherentes a la patria potestad (⁵⁰). No puede interpretarse de otra manera la finalidad de alterar o modificar la filiación. No obstante, un sector doctrinal defiende la existencia de un concurso ideal entre el delito de abandono de familia (art. 226 CP) y el de entrega de hijo, en la medida en que los deberes asistenciales propios de la patria potestad se han incumplido por los padres, aunque se haya entregado el hijo a un tercero que los asume (⁵¹).

Finalmente, la existencia de lesiones o detención ilegal da lugar a un concurso real o ideal de delitos, según el caso (⁵²).

III. LA SUSTITUCIÓN DE UN NIÑO POR OTRO

1. El tipo doloso de sustitución

El art. 220.3 castiga la sustitución de un niño por otro con la pena de . Al igual que en los tipos de ocultación y entrega de hijo, el bien jurídico es la filiación legal, ya se obtenga por nacimiento o por adopción, si bien en el presente delito el contenido de injusto es doble al afectar a dos niños. Esta mayor antijuridicidad se ve reflejada en el incremento de pena respecto de los tipos contenidos en los otros números del art. 220 CP.

Por lo que se refiere al sujeto activo, estamos ante un delito común que, por tanto, puede ser cometido por cualquiera, incluidos los padres (⁵³), en cuyo caso se les

pág. 403; BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A “Delitos contra...” ob.cit., pág. 1057; CUGAT MAURI, M “Delitos contra...” ob.cit., pág. 560; DE FRUTOS GÓMEZ, C “Delitos contra...”ob.cit., pág. 220.

⁴⁸ En este mismo sentido, QUERALT JIMÉNEZ, JJ Derecho penal...ob.cit., pág. 337.

⁴⁹ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, MJ “De la suposición...” ob.cit., pág. 500.

⁵⁰ De esta opinión también, MORETÓN TOQUERO, MA *La suposición de...ob.cit.*, pág. 15; en este sentido, LAURENZO COPELLO, P “art. 226”, ob.cit., pág. 1251, considera que la conducta de abandono es atípica cuando se puede excluir de antemano todo riesgo para el bien jurídico, lo que ocurre cuando un tercero asume los deberes asistenciales del menor.

⁵¹ Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra...” ob. cit., pág. 1118; DÍEZ RIPOLLÉS, JL “arts. 229-233 CP”, ob.cit., pág. 1330 y 1331 y 1373.

⁵² En este sentido, QUERALT JIMÉNEZ, JJ *Derecho penal...ob. cit.*, pág. 336, considera que la ocultación de hijo es una detención ilegal privilegiada. Respecto del homicidio y las lesiones entiende que el concurso será ideal cuando se producen por imprudencia y real si son dolosas.

⁵³ Entre otros, QUERALT JIMÉNEZ, JJ *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 337; BOIX REIG, J/JAREÑO

podrá aplicar la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad prevista en el apartado 4 art. 220 CP. Si la sustitución se realiza entre varios responderán como coautores.

En cuanto a los sujetos pasivos son los niños sustituidos, cuya filiación se ve afectada. Otros autores incluyen también a los padres (⁵⁴) cuando no intervienen en la sustitución o incluso la comunidad (⁵⁵). Son dos las cuestiones controvertidas. En primer lugar, la que se refiere a la edad. La doctrina entiende que, respecto del tipo doloso, pueden ser tanto recién nacidos como niños de corta edad, siempre que no tengan todavía conciencia de la familia a la que pertenecen.

En segundo lugar, se discute si los niños intercambiados deben estar ambos vivos o es posible también la sustitución de un niño vivo por uno muerto. Para un sector doctrinal en este último caso no hay sustitución de un niño por otro, sino suposición de parto (⁵⁶). Por su parte, RODRÍGUEZ RAMOS distingue según que la muerte del niño incida o no en las relaciones jurídicas. Si incide hay delito de sustitución; en otro caso, sólo existe suposición de parto (⁵⁷). A mi modo de ver no hay razón que avale esta interpretación, pues el tipo no establece ninguna limitación (⁵⁸). Además, la calificación de suposición de parto se encuentra con el hecho de que en este caso no hay fingimiento de parto, pues éste acontece realmente, sino una suposición de niño, en cuanto que el menor se adscribe a quienes no son sus progenitores por nacimiento. Por otra parte, el amplio arbitrio judicial previsto en el tipo de sustitución (prisión de uno a cinco años) permite abarcar todos estos supuestos.

La conducta típica consiste en sustituir un niño por otro, esto es, en intercambiarlos. No es necesario que se produzca la inscripción registral para la consumación. Es más: dicha inscripción puede haber tenido ya lugar y efectuarse el intercambio con posterioridad a ésta. Tampoco es necesario que se altere efectivamente la filiación de los menores.

LEAL, A “Delitos contra...” ob.cit., pág. 1057; CUGAT MAURI, M “Delitos contra...” ob.cit., pág. 560; PRATS CANUTS, JM “Delitos contra...” ob.cit., pág. 524; MUÑOZ CONDE, F *Derecho penal...ob.cit.*, 17ª ed., pág. 284; MORETÓN TOQUERO, MA *La suposición...ob.cit.*, pág. 17.

⁵⁴ Cfr. CARBONELL MATEU, JC/GONZÁLEZ CUSSAC, JL “Delitos contra...” ob.cit., pág. 366.

⁵⁵ QUERALT JIMÉNEZ, JJ *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 337.

⁵⁶ De esta opinión, SERRANO GÓMEZ, A/SERRANO MAILLO, A *Derecho penal. Parte Especial*, 13ª ed., Madrid, 2008, pág. 327; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, JM *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, Madrid, 1990, pág. 300.

⁵⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, L “Delitos contra las relaciones familiares”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L/COBOS GÓMEZ DE LINARES, MA/SÁNCHEZ TOMÁS, JM *Derecho penal. Parte Especial II*, Madrid, 1997, pág. 71.

⁵⁸ Entre otros, también DE FRUTOS GÓMEZ C “Delitos contra ...” ob.cit., pág. 222; PRATS CANUTS, JM “Delitos contra...” ob.cit., pág. 524; GONZÁLEZ RUS, JJ “Delitos contra...” ob.cit., pág. 404; BOIX REIG, J /JAREÑO LEAL, A “Delitos contra...” ob.cit., pág. 1057, quienes acertadamente señalan que en este caso el niño muerto no podrá ser ya sujeto pasivo; MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra...” ob.cit., pág. 1120; RODRÍGUEZ MESA, MJ “De la suposición...” ob.cit., pág. 501; JIMÉNEZ DÍAZ, MJ “Análisis de algunas...” ob.cit., págs. 313 y 314.

En cuanto al aspecto subjetivo del tipo, se cuestiona si es o no necesario un ánimo o finalidad determinada en la conducta típica. PRATS CANUT sostiene en coherencia con su definición del bien jurídico, que debe concurrir la finalidad de perjudicar los derechos subjetivos del niño, de manera que si se persigue una finalidad beneficiosa para los niños la conducta debe reputarse atípica (⁵⁹). BOIX REIG/JAREÑO LEAL, por su parte, lo rechazan expresamente (⁶⁰). Desde la configuración que aquí se ha hecho del bien jurídico protegido no resulta defendible la presencia de un elemento subjetivo distinto del dolo que, en cualquier caso, debe ser directo (⁶¹).

2. La sustitución imprudente de un niño por otro

La sustitución imprudente de un niño por otro se tipifica en el art. 220.5 CP como un delito especial, pues se limita el sujeto activo a los responsables de la identificación y custodia de los niños en centros sanitarios o socio-sanitarios (⁶²). Se incluyen en esta categoría los pediatras, enfermeras y en general personas que trabajan en el nido custodiando a los recién nacidos (AAP Guipúzcoa, 13/2007, 3^a, 5-2). En consecuencia, la sustitución de niños realizada por terceros sólo será típica cuando concurra dolo.

Además requiere que la sustitución se realice en centros sanitarios o sociosanitarios. La ratio del precepto lleva a restringir el lugar de comisión a las zonas, dentro de dichos centros, dónde se procede a la identificación o custodia del niño y dónde por concurrir varios niños se pueda producir dicha sustitución imprudente, así, por ejemplo, el nido de la maternidad de un hospital (⁶³). Por centros sanitarios hay que entender, por tanto, hospitales. La referencia a los centros sociosanitarios resulta extraña y anómala, pues, por una parte, su significado en el ámbito sanitario no está relacionado con recién nacidos. En efecto, la expresión “socio-sanitario” se emplea en el ámbito de la sanidad para indicar un servicio de carácter integral, en el que no sólo se adoptan medidas curativas o sanitarias sino que también se incluyen medidas de soporte o rehabilitación y tratamiento o seguimiento especializado en centros de atención diurna que se prestan generalmente a personas de avanzada edad o

⁵⁹ Vid. PRATS CANUT, JJ “Delitos contra...” ob.cit., pág. 524.

⁶⁰ Vid. BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A “Delitos contra...” ob.cit., pág. 1058, pues indican que cuando el legislador lo ha querido lo ha previsto expresamente en estos tipos; de la misma opinión, MORETÓN TOQUERO, MA *La suposición de...* ob.cit., pág. 17; DE FRUTOS GÓMEZ, C “Delitos contra...” ob.cit., pág. 222.

⁶¹ De la misma opinión GONZÁLEZ RUS, JJ “Delitos contra...” ob.cit., pág. 404; MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra...” en *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1120; del mismo, “Delitos contra...” en *La ciencia...ob.cit.*, pág. 1439. Admite, no obstante, el dolo eventual, BLANCO LOZANO, C “Los delitos contra las relaciones familiares en el código penal español”, en *Anuario de Justicia de Menores*, 2004, IV, pág. 116.

⁶² Vid, entre otros, DE FRUTOS GÓMEZ, C “Delitos contra...” ob.cit., pág. 224; CUGAT MAURI, M “delitos contra...” ob.cit., pág. 561; MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra...” ob.cit., pág. 1121; PRATS CANUT, JJ “Delitos contra...” ob.cit., pág. 525.

⁶³ En este sentido, advierte QUERALT JIMÉNEZ, JJ *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 341, que no lo será, por ejemplo, el quirófano, si es que el recién nacido tiene que ser operado de cualquier enfermedad.

en general a personas que sufren una enfermedad crónica o terminal (⁶⁴) o bien para referirse a los centros de atención a los toxicómanos (⁶⁵). A este respecto QUERALT JIMÉNEZ sostiene que con la expresión sociosanitaria se quiere indicar que la función curativa no es la principal, sino que lo que se persigue es otra función social: educativa, terapéutica, de reinserción personal o familiar, etc. (⁶⁶). Por otra parte, difícilmente puede llevarse a cabo una sustitución imprudente de niños cuando estos han sido ya identificados y tienen sus rasgos formados. Por tanto, si a lo que quería referirse el Legislador era a las guarderías o escuelas infantiles, resultará sumamente difícil, por no decir imposible, la sustitución imprudente de un niño por otro, pues los rasgos identificativos de los menores estarán ya definidos. Con ello parece que la sustitución imprudente queda circunscrita a la que tiene lugar en la maternidad de los hospitales (⁶⁷).

Así las cosas, algunos autores limitan la condición de sujeto pasivo a los recién nacidos (⁶⁸) en la medida en que la acción imprudente de sustitución no puede tener lugar una vez identificados éstos y conocidos sus rasgos, pues las limitaciones típicas del lugar de comisión y del sujeto activo no dejan posibilidad a otra interpretación.

Sólo es típica la imprudencia grave, esto es, una infracción grave de las normas de cuidado en lo relativo a la identificación y custodia de niños. No se comparte la propuesta de QUERALT JIMÉNEZ de considerar grave toda negligencia profesional en este ámbito (⁶⁹). La SAP Guipúzcoa, sección 3ª, de 5 febrero de 2007 recuerda a este respecto que la gravedad se produce “por inobservancia de la *lex artis* y de las precauciones más elementales...”. La imperfección del sistema de identificación adoptado puede ser determinante para la calificación de la imprudencia del facultativo en la medida en que no disponga de los medios tecnológicos adecuados para realizar con precisión esta tarea. Así, el sistema de pulsera no resulta satisfactorio, pues fácilmente puede deslizarse de las extremidades del niño, aunque aquélla esté bien colocada (⁷⁰).

⁶⁴ Así, por ejemplo, en el Decreto 242/1999, de 31 de agosto de la Generalitat de Catalunya, o Decreto 24/2004, 16 de abril de la Comunidad autónoma de La Rioja.

⁶⁵ Así, por ejemplo, en el Decreto 118/1992 de la Comunidad Autónoma de Canarias.

⁶⁶ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, JJ *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 340.

⁶⁷ La posibilidad del tipo imprudente referido a la identificación de recién nacidos en salas de maternidad ya fue planteada por DIEGO DÍAZ-SANTOS, MR *Los delitos contra...ob.cit.*, pág. 316, respecto del derogado art. 468 CP 1973, en el que como es de todos sabido regía el sistema de clausula general en la incriminación de la imprudencia.

⁶⁸ Vid. CORTÉS BECHIARELLI, E *Aspectos de los... ob.cit.*, pág. 70; MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 1121, nota 87; JIMÉNEZ DÍAZ, MJ “art. 220” *ob.cit.*, pág. 732.

⁶⁹ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, JJ *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 341.

⁷⁰ En este sentido, MORETÓN TOQUERO, MA *La suposición de...ob.cit.*, pág. 18, se refiere a otros sistemas de identificación más fiables como el llamado Documento de identificación sanitaria materno-filial, en el que además de las huellas del hijo se recogen las de la madre y la firma de ésta junto a la de los profesionales que la asistieron. Críticamente con lo inadecuado de los sistemas de identificación en las maternidades se manifiesta, JIMÉNEZ DÍAZ, MJ “Análisis de algunas...” *ob.cit.*, pág. 317.

3. Iter criminis y concursos.

Tanto en el tipo doloso como en el imprudente, la consumación se produce por la sustitución material de un niño por otro, sin necesidad de inscripción o de alteración efectiva de la filiación. Parece configurarlo, en cambio, como delito de resultado MUÑOZ SÁNCHEZ, al exigir junto a la sustitución material la producción de un estado del que se presume la adscripción del niño a una familia que no es la suya, admitiendo tanto la tentativa acabada como la inacabada. Así califica de tentativa acabada el caso en que, efectuada la sustitución del recién nacido por una de las madres en el hospital, la otra se da cuenta del cambio procediendo a la restitución; y como tentativa inacabada cuando se está procediendo a la sustitución material sin que llegue a realizarse el intercambio efectivo, al ser sorprendido ⁽⁷¹⁾. En cambio, la doctrina mayoritaria, por la que me inclino, parece decantarse por un delito de mera actividad, dado que basta con la sustitución material de un niño por otro para entender consumado el delito ⁽⁷²⁾.

La doctrina es unánime en afirmar que, aunque se afecta a la filiación de dos niños, hay un solo delito de sustitución de un niño por otro. El mayor contenido de injusto se ve reflejado en la mayor gravedad de la pena (prisión de uno a cinco años).

En cuanto a las falsedades en que se pueda incurrir con la inscripción posterior en el Registro Civil, la mayoría doctrinal ⁽⁷³⁾ aboga en este caso por un concurso ideal de delitos frente a la opinión de algunos autores que consideran que se trata de un acto posterior copenado ⁽⁷⁴⁾ o de un caso de aplicación del principio de consumación ⁽⁷⁵⁾, pues se busca legitimar la nueva adscripción familiar. Nos inclinamos por la interpretación mayoritaria, pues, de una parte, son dos los bienes jurídicos afectados y por otra, como se ha indicado más arriba la sustitución puede llevarse a

⁷¹ Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra...”, en *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1122; del mismo “Delitos contra...” en *La ciencia...ob.cit.*, pág. 1441. Considera también que es delito de resultado QUERALT JIMÉNEZ, JJ *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 338, aunque sólo en su modalidad dolosa, pues la imprudente entiende que es delito de mera actividad (*ibidem*, pág. 341). En este sentido, también parecía configurar el derogado tipo del art. 468 CP 1973 como delito de resultado, DIEGO DÍAZ-SANTOS, MR *Los delitos contra...ob.cit.*, pág. 315, al admitir la posibilidad de tentativa y frustración.

⁷² Cfr. CARBONELL MATEU, JC /GONZÁLEZ CUSSAC, JL “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 366; GONZÁLEZ RUS, JJ “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 404; PRATS CANUT, JM “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 524; BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 1058; RODRÍGUEZ MESA, MJ “De la suposición...” *ob.cit.*, pág. 501; JIMÉNEZ DÍAZ, MJ “Análisis de algunas...” *ob.cit.*, pág. 314;

⁷³ Así, DIEGO DÍAZ-SANTOS, MR *Los delitos contra...ob.cit.*, pág. 315 y 316; MORETÓN TOQUERO, MA *La suposición de...ob.cit.*, pág. 17; PRATS CANUT, JM “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 524; RODRÍGUEZ MESA, MJ “De la suposición...” *ob.cit.*, pág. 501; JIMÉNEZ DÍAZ, MJ “art. 220” en *Comentarios...ob.cit.*, pág. 728 y 729, aboga por un concurso real, aunque en escrito posterior (“Análisis de algunas...” *ob.cit.*, pág. 314) matiza calificándolo de concurso medial.

⁷⁴ QUERALT JIMÉNEZ, JJ *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 338, quien destaca como argumento la mayor pena de la sustitución frente a la falsedad documental; MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra...” en *La ciencia...ob.cit.*, pág. 1441; del mismo, “Delitos contra...” en *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1123; BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 1058.

⁷⁵ CORTÉS BECHIARELLI, E *Aspectos de los...ob.cit.*, pág. 66.

cabo de forma independiente de la inscripción registral, en el sentido de que puede acontecer tanto antes como después de realizada aquella.

IV. LA VENTA DE NIÑOS PARA LA ADOPCIÓN ILEGAL

La introducción en el Código penal de 1995 del delito de venta de niños para la adopción ilegal obedece, por un lado, a la necesidad social de dar cobertura a la laguna de punibilidad ⁽⁷⁶⁾ que este fenómeno representaba respecto del derogado CP 1973. La venta de niños para su adopción ilegal quedaba así impune, pues resultaba de difícil encaje en los tipos de entrega u ocultación de hijo, cuando el sujeto activo no era el progenitor, o en los de abandono de menores, dado que faltaba el elemento de la situación de peligro o desamparo del menor ⁽⁷⁷⁾. Su razón de ser también ha de buscarse, por otro lado, en el cumplimiento de normas internacionales asumidas por el Estado español, a saber, el Convenio europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores de 20 de mayo de 1980 (BOE 1-9-1984), la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño celebrada el 20 de noviembre de 1989 (BOE 13-12-1990), el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, firmado el 29 de mayo de 1993 (BOE 1-8-1995). En esta línea el protocolo facultativo sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Resolución de la Asamblea General 54/263 de 25-5-2000, entrada en vigor el 18-1-2002 y ratificado por España 18-12-2001), en su art. 3.1, a) ii) ordena a los Estados miembros, en relación con la venta de niños, la sanción penal de la inducción, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción. Por su parte la Jurisprudencia cifra la *ratio legis* en evitar que el menor sea tratado como una mercancía, susceptible de ser comprado y vendido (AAP Vizcaya, 1ª, 16/2005, 13-1).

1. Bien jurídico protegido: ¿delito pluriofensivo?

Para la determinación del bien jurídico protegido en este delito la doctrina atiende, de una parte, a la existencia de compensación económica en la entrega -a diferencia del tipo del art. 220.2 CP-, y de otra a la elusión de los procedimientos lega-

⁷⁶ Vid. a este respecto la memoria de la Fiscalía General de Estado de 1991.

⁷⁷ Cfr. SUAREZ GONZÁLEZ, C “Delitos contra las relaciones familiares”, en RODRIGUEZ MOURULLO, G (dir.) *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997, pág. 654; BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A “Los delitos contra...”, ob.cit., pág. 1059; críticamente con la intervención penal en esta materia PRATS CANUT, JM “Delitos contra...” ob.cit., pág. 527; CUGAT MAURI, M “Delitos contra...” ob.cit., pág. 563 y 564; DE FRUTOS GÓMEZ, C “Delitos cotnra...” ob.cit., pág. 225 y 226; A favor expresamente, TORRES FERNÁNDEZ, ME *El tráfico de niños para su adopción ilegal*, Madrid, 2003, págs. 27 y sigs., quien recoge una reflexión sobre el marco sociológico de este fenómeno criminal.

les de guarda, acogimiento o adopción que exige el tipo. Así, para la mayoría lo protegido es, junto a la tutela de la filiación legal o sólo adoptiva o del sistema legal de guarda, acogimiento y adopción, la dignidad del niño que se ve afectada, al ser éste objeto de comercio y, por tanto, tratado como una cosa o mercancía ⁽⁷⁸⁾. Se configura, así, como un delito pluriofensivo, con un plus de injusto respecto de los tipos contenidos en el art. 220 CP.

Para BOIX REIG/JAREÑO LEAL, sin embargo, no hay un bien jurídico cualitativamente diferenciable del protegido en los tipos del art. 220 CP, que en su opinión se sitúa en el ámbito de la fe pública ⁽⁷⁹⁾. Por su parte, MUÑOZ SÁNCHEZ identifica el bien jurídico protegido con la integridad moral del menor en los procesos de adscripción familiar o filiación, configurándolo como un tipo cualitativamente diverso de los contenidos en el art. 220 CP ⁽⁸⁰⁾. Para VILLACAMPA ESTIARTE, en cambio, el bien jurídico en los arts. 220 y 221 es común y se cifra en el derecho del niño a conocer su propia identidad ⁽⁸¹⁾. A mi modo de ver la afectación a la dignidad del niño está presente tanto en una entrega gratuita como en una entrega onerosa. La compensación económica, si se quiere, pone de manifiesto una mayor desvaloración de la vida humana por su equiparación a una cantidad dineraria. En este sentido, el art. 35 de la Convención de Derechos del Niño reclama la actuación de los Estados para impedir cualquier tipo de venta o *trata* de niños para cualquier fin o en cualquier forma. Además no hay que olvidar que el art. 221 CP restringe su ámbito de aplicación al tráfico de niños para establecer una relación análoga a la de filiación, excluyendo otras finalidades –tráfico de órganos, explotación sexual, laboral, etc.- que afectan en la misma o mayor medida a la dignidad humana, y que el legislador ha situado en el ámbito de protección de otros bienes jurídicos. Todo ello me lleva a considerar que el bien jurídico protegido en los tipos del art. 220.2 y del art. 221 CP debe ser el mismo: la filiación legal en cuanto que da cuenta de las relaciones familiares de procedencia del menor.

En coherencia con la configuración del bien jurídico, sujeto pasivo es el menor y, para algunos, también los padres cuando la entrega se haga sin su consentimiento

⁷⁸ Vid. CARBONELL MATEU, JC/GONZÁLEZ CUSSAC, JL “Delitos contra...” ob.cit., pág. 367; GONZÁLEZ RUS, JJ “Delitos contra...” ob.cit., pág. 404; MUÑOZ CONDE, F *Derecho penal...ob.cit.*, 17^a ed., pág. 285; MORETÓN TOQUERO, MA *La suposición de...ob.cit.*, pág. 20; TORRES FERNÁNDEZ, ME “art. 221”, en COBO DEL ROSAL, M (dir.) *Comentarios al Código penal*, t. VII, Madrid, 1999, pág. 747; de la misma, *El tráfico de...ob.cit.*, págs. 91 y sigs.

⁷⁹ Tampoco un mayor injusto, sino que la compensación económica incide en un incremento de la reprochabilidad, cfr. BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A “Delitos contra...” ob.cit., pág. 1059. Considera también que el precio implica un mayor reproche de la conducta, PRATS CANUT, JJ “Delitos contra...” ob.cit., pág. 527.

⁸⁰ Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra las relaciones...” en *LH Cerezo Mir*, pág. 1443; del mismo, “Delitos contra...” ob.cit., pág. 1125.

⁸¹ Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C “La protección penal del derecho...”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 5, 2001, pág. 67 y sigs.

(⁸²). La doctrina discute sobre si debe existir algún límite cronológico más allá de la mayoría de edad -18 años. Así hay quienes defienden que en la medida en que es posible la adopción hasta ese límite de edad, el sujeto pasivo del delito no debe quedar limitado a un niño de corta edad (⁸³); en cambio, para otros se debe restringir esta posibilidad al menor que no sea consciente de su relación de filiación o de adscripción familiar (⁸⁴).

2. Sujeto activo

Puede serlo cualquiera. Es un delito común que, por tanto, puede ser cometido por los padres o por terceros, con o sin consentimiento de los padres. A esta conclusión se llega a la vista de la referencia típica al “hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco”.

Además se caracteriza por ser un delito plurisubjetivo o de participación necesaria en sentido amplio, del tipo de los de encuentro, pues la entrega no puede ser concebida sin la recepción o aceptación que realiza otro sujeto. No se puede entregar el niño a uno mismo. Hay, pues, una pluralidad de conductas y de sujetos, con cuya confluencia o encuentro se produce la afectación de un sólo bien jurídico (⁸⁵). Este hecho hace que tanto el que entrega como el que recibe sean coautores (⁸⁶) del mismo delito de tráfico.

El art. 221.2 CP asigna la misma pena al intermediario. Una equiparación penológica a la del autor que se cuestiona por la naturaleza diversa que puede tener su intervención: desde ser un verdadero coautor por ejecutar la entrega o la recepción, hasta desarrollar tareas más propias de una participación necesaria o no (captador de posibles clientes, negociar o facilitar el acuerdo, cuidar al niño, trasladar al niño, etc.). De no haberse previsto expresamente, siempre podría haberse sancionado al intermediario recurriendo a las reglas generales de participación. No ocurre así, en cambio, respecto del receptor, pues al ser un partícipe necesario queda sustraído a la aplicación de dichas reglas, dado que realiza una conducta implícitamente prevista en el tipo penal. Su conminación penal en el apartado 2 del art. 221 CP resulta, por tanto, obligada si se le quiere sancionar penalmente, como así se ha hecho.

⁸² En este sentido, TORRES FERNÁNDEZ, ME *El tráfico...ob.cit.*, pág. 106; de la misma, “art. 221”, *ob.cit.*, pág. 756; QUERALT JIMÉNEZ, JJ *Derecho penal... ob.cit.*, pág. 342;

⁸³ Así, MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra...” *ComCP*, pág. 1126; del mismo “delitos contra...” *LH Cerezo Mir*, pág. 1444; CUGAT MAURI, M “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 564 y 565, quien excluye a los adultos aunque sean incapaces; GONZÁLEZ RUS, JJ “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 404.

⁸⁴ De esta opinión, CORTÉS BECHIARELLI, E *Aspectos de los...ob.cit.*, pág. 96; BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 1059; RODRÍGUEZ MESA, MJ “De la suposición...” *ob.cit.*, pág. 503; TORRES FERNÁNDEZ, ME *El tráfico...ob.cit.*, pág. 106, de la misma, “art. 221”, *ob.cit.*, págs. 756 y 757; VILLACAMPA ESTIARTE, C “La protección penal...” *RDPP*, 5, 2001, pág. 73.

⁸⁵ Vid. sobre el concepto de participación necesaria y su diferenciación de los delitos plurisubjetivos, CARRASCO ANDRINO, MM *Los delitos plurisubjetivos ...ob.cit.*, págs. 50 y sigs.

⁸⁶ Vid. sobre la problemática CARRASCO ANDRINO, MM *Los delitos plurisubjetivos ...ob.cit.*, pág. 101.

Sin embargo, de modo erróneo la doctrina ⁽⁸⁷⁾ y la jurisprudencia sostienen en esta hipótesis la calificación de cooperación necesaria. Así, se ha castigado como cooperator necesario en el delito del art. 221.2 CP al abogado amigo que acompaña al falso padre al Uruguay, alquila apartamento, realiza las gestiones de inscripción del hijo en el Consulado español, etc., y como intermediaria a la persona que busca a la madre embarazada y la cuida hasta el alumbramiento y entrega posterior del menor a cambio de dinero (SAN 60/2008, 23-10).

El apartado 3 del art. 221 CP prevé una agravación para el caso de que los hechos se cometan utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan a niños, lo que implica, por un lado, la imposición a los culpables de una pena de inhabilitación especial, y por otro, como medida facultativa, la clausura temporal o definitiva de tales establecimientos. Con respecto a lo primero hay que entender que dicha pena es cumulativa respecto de las establecidas en los apartados anteriores, y ello aunque el tipo se haya olvidado de decir “además de las penas anteriores” ⁽⁸⁸⁾. La medida de clausura, por su parte, no es más que una consecuencia accesoria, cuyos criterios de aplicación deben ser extraídos de lo dispuesto en el art. 129 CP.

Finalmente, el art. 222 CP incluye otra agravación que afecta al sujeto activo cuando es un educador, facultativo, autoridad o funcionario público, que determina la imposición de una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio. El facultativo comprende no sólo a los médicos, sino también a las matronas, personal de enfermería y a cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria.

3. Conducta típica: requisitos

Consiste en entregar al niño mediante una compensación económica, eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción y con la finalidad de establecer una relación análoga a la filiación. Al igual que en el tipo del art. 220.2 CP, la entrega supone la incorporación del niño a una nueva familia, distinta de aquella a la que se había vinculado por nacimiento o por adopción.

⁸⁷ Vid. CORTES BECHIARELLI, E *Aspectos de los delitos...ob.cit.*, pág. 103; SUAREZ GONZÁLEZ, C “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 656; MORETÓN TOQUERO, MA La suposición de...*ob.cit.*, pág. 21; MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Los delitos contra...” *LH Cerezo Mir*, pág. 1447; del mismo, “Los delitos contra...” *ComCP*, pág. 1130; como forma de participación que ha sido así elevada expresamente a autoría lo consideran BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 1059; GONZÁLEZ RUS, JJ “delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 405; RODRÍGUEZ MESA, MJ “De la suposición...” *ob.cit.*, pág. 503 y 504. En cambio, lo califican de coautoría partiendo de la naturaleza pluripersonal del tipo TORRES FERNÁNDEZ, ME *El tráfico de...ob.cit.*, pág. 131 y 132; de la misma, “art. 221” *ob.cit.*, pág. 754; VILLACAMPA ESTIARTE, C “La protección...” *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 5, 2001, págs. 71 y 72; parece inclinarse por esta calificación también QUERALT JIMÉNEZ, JJ *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 343, al reconocer su naturaleza de delito de encuentro.

⁸⁸ De esta misma opinión, DE FRUTOS GÓMEZ, C “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 230; CARBONELL MATEU, JC/GONZÁLEZ CUSSAC, JL “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 368.

La entrega debe producirse mediando compensación económica. Con ello, se hace referencia a una prestación valorable económicamente, que puede ser directamente el pago de una cantidad de dinero, la cancelación de una deuda o la prestación de un servicio de forma gratuita. Piénsese, por ejemplo, en el pago de los gastos médicos en una gestación por sustitución, prohibida por el art. 10 ley 14/2006 sobre Técnicas de reproducción asistida. Así en el caso de la Sentencia de la AP de Vizcaya, 1ª, 13-1-2006, lo es la entrega de cantidades importantes de dinero –si bien, no admiten quienes intentan la adopción que sea como pago por los niños-; también de sumas de dinero enviadas al Uruguay para la construcción de una pequeña vivienda y sus muebles (SAN 60/2008, 23-10). La compensación económica se configura como elemento objetivo del tipo que expresa el móvil o la razón de la entrega y de la recepción del niño, siendo suficiente con el acuerdo del precio, sin necesidad de que se haya efectivamente entregado. Se expresa, así, un mayor desvalor de acción, no una mayor reprochabilidad del sujeto (⁸⁹). Si la entrega se efectúa a título gratuito será aplicable el art. 220.2 CP, siempre que el sujeto activo sean los padres, en otro caso, la conducta es atípica (⁹⁰).

Además, la entrega debe realizarse eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción. Se ha criticado por la doctrina la dicción legal, al equiparar la adopción a la guarda o al acogimiento, cuando de ellas sólo la figura del acogimiento familiar puede llegar a conformar una situación semejante, capaz de modificar de facto la adscripción familiar del niño (⁹¹). Resulta atípica, en consecuencia, la entrega efectuada por precio, pero respetando la normativa sobre adopción, aunque, como indica TORRES FERNÁNDEZ, ello ya representaría un incumplimiento de dicha normativa (⁹²). Lo que abre la pregunta acerca de si cualquier infracción de esta normativa sería típica o se requiere la omisión absoluta del procedimiento legalmente previsto. Si tenemos en cuenta la ratio del precepto y el bien jurídico protegido, la conclusión debe ser la de exigir una omisión absoluta, esto es, que se establezca una apariencia de filiación al margen del procedimiento

⁸⁹ Entienden que es un elemento que incide en una mayor reprochabilidad del hecho, BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A “Delitos contra...”ob.cit., pág. 1059; PRATS CANUT, JM “Delitos contra...” ob.cit., pág. 564. Consideran, en cambio, que representa un plus de injusto CARBONELL MATEU, JC/GONZÁLEZ CUSSAC, JL “Delitos contra...” ob.cit., pág. 367; CORTÉS BECHIARELLI, E *Aspectos de los delitos...ob.cit.*, pág. 95; TORRES FERNÁNDEZ, ME *El tráfico de niños...ob.cit.*, pág. 112, de la misma “art. 221” ob.cit., pág. 760, VILLACAMPA ESTIARTE, C *RDPP*, 5, 2001, pág. 74;

⁹⁰ Así, PRATS CANUT, JM “Delitos contra...”ob.cit., pág. 527 y 528; BOIX REIG, J/ JAREÑO LEAL, A “Delitos contra...” ob.cit., pág. 1060.

⁹¹ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C *RDPP*, 5, 2001, pág. 75; TORRES FERNÁNDEZ, ME “art. 221”, ob.cit., pág. 760 y sigs.; de la misma, *El tráfico de niños...ob.cit.*, pág. 113 y sigs. CORTÉS BECHIARELLI, E *Aspectos de los delitos...ob.cit.*, pág. 97 y sigs., además, advierte que se ha omitido la tutela como figura más próxima las relaciones paterno-filiales. CUGAT MAURI, M “Delitos contra...” ob.cit., pág. 566, critica la referencia al acogimiento y la guarda, pues al dirigirse a establecer una relación análoga a la filiación, el procedimiento infringido será sólo el de adopción.

⁹² Vid. TORRES FERNÁNDEZ, ME “art. 221”, ob.cit., pág. 760; de la misma *El tráfico de niños...ob.cit.*, págs. 112 y 113.

legalmente establecido para la adopción (⁹³). Así cuando se falsean documentos para la entrada en España de los niños –acta notarial, pasaporte, etc.–, tratando de dar apariencia a una supuesta adopción (SAP de Vizcaya, 1^a, 13-1-2006). No así cuando se trata de meros incumplimientos contractuales de alguna de las partes dentro de un procedimiento legal de adopción (SAP Madrid, 7^a, 11-2-2003).

4. Elementos subjetivos del tipo

El tipo incluye un elemento subjetivo del injusto consistente en la finalidad de establecer una relación análoga a la filiación. Una vez más la dicción legal ha sido objeto de crítica, pues es difícil determinar a qué quiere referirse el legislador cuando habla de relación análoga a la de filiación, si como es de todos sabido la adopción genera una relación de filiación (⁹⁴). Más bien parece que lo que se ha querido indicar con dicha expresión es una relación de filiación ficticia, en el sentido de que se produce una apariencia de filiación que no se sustenta jurídicamente, al igual que ocurría en los tipos del art. 220 CP (⁹⁵). Se ha dicho, además, que ésta finalidad en realidad está presente en el sujeto que recibe al niño, pero no en el que lo entrega, quien se guía por la finalidad de obtener un beneficio económico (⁹⁶). Lo cierto es que, en mi opinión, dicha finalidad debe estar presente en ambos, pues es el elemento que permite diferenciar este delito de otros en los que se persiguen finalidades distintas como la de explotación sexual, laboral o la venta de órganos (⁹⁷).

Es un delito de resultado cortado (⁹⁸), ya que no es necesario que se logre establecer efectivamente esa apariencia de filiación. La exigencia de esta finalidad hace que el delito sólo admita el dolo directo (⁹⁹), debiendo abarcar el conocimiento del beneficio económico y de la elusión de los procedimientos legales.

⁹³ En este mismo sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C *RDPP*, 5, 2001, pág. 78.

⁹⁴ Críticamente, QUERALT JIMÉNEZ, JJ *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 343;

⁹⁵ Así se refieren a una especie de filiación de hecho o adscripción o pertenencia a otra familia MUÑOZ CONDE, F *Derecho penal...ob.cit.*, 17^a ed., pág. 285; GONZÁLEZ RUS, JJ “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 404 y 405; BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 1060; CARBONELL MATEU, JC/GONZÁLEZ CUSSAC, JL “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 367; QUERALT JIMÉNEZ, JJ *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 343; TORRES FERNÁNDEZ, ME “art. 221” *ob.cit.*, pág. 762 y 763; VILLACAMPA ESTIARTE, C *RDPP*, 5, 2001, pág. 78 y 79. En cambio dotan de un contenido más amplio a esta finalidad, abarcando no sólo las relaciones paterno-filiales sino también las derivadas del acogimiento y la guarda, MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra...” *ComCP*, pág. 1128 y 1129; del mismo “Delitos contra...” LH Cerezo Mir, pág. 1446.

⁹⁶ Cfr. BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 1060, considerando adecuada la expresión legal utilizada para definir este elemento subjetivo.

⁹⁷ En este sentido también CUGAT MAURI, M “Delitos contra las...” *ob.cit.*, pág. 566; RODRÍGUEZ MESA, MJ “De la suposición...” *ob.cit.*, pág. 504; MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra...” *ComCP*, pág. 1129.

⁹⁸ Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra...” *ComCP* 1447; QUERALT JIMÉNEZ, JJ *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 342; VILLACAMPA ESTIARTE, C *RDPP*, 5, 2001, pág. 73;

⁹⁹ Cfr. GONZÁLEZ RUS, JJ “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 405; MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra...” *ComCP*, pág. 1129.

5. Justificación

Al igual que ocurría en el tipo de entrega de hijo del art. 220.2 CP, se puede plantear si la situación económica de grave pobreza que impide mantener al hijo justificaría la conducta de entrega a cambio de una compensación económica. MUÑOZ SÁNCHEZ niega la existencia misma de situación de necesidad en la medida en que el conflicto se podría solucionar por otros medios, como es solicitar a la entidad pública competente las medidas de protección pertinentes (¹⁰⁰). Sin embargo, esta afirmación debería ser matizada, pues los medios sociales de asistencia no son los mismos en todos los países. Ahora bien, adviértase que la exención completa o incompleta no alcanza al receptor o al intermediario, que no están sometidos al principio de accesoriedad en la medida en que intervengan como coautores (SAN 60/2008, 23-10, madre en situación de extrema pobreza entrega el hijo a español que se hace pasar por su padre biológico, ayudado por un abogado amigo).

6. Iter criminis

Se configura mayoritariamente como un delito de mera actividad, pues se consuma con la mera entrega del niño a cambio de precio, sin necesidad de que se produzca efectivamente una apariencia de filiación. No obstante, TORRES FERNÁNDEZ considera que el resultado estriba en el cambio de esfera o de ámbito de custodia del menor de quien lo entrega a quien lo recibe (¹⁰¹). Se cuestiona además si para la perfección del delito es necesario también el que se haya obtenido el precio o compensación económica. La mayoría así lo requiere (¹⁰²); en cambio, para otros (¹⁰³), a los que nos adherimos, es suficiente con que la entrega se realice una vez acordado el precio, sin necesidad de que se haya pagado. Esto es, basta con que la entrega se realice motivada por una compensación, sin necesidad de que ésta acontezca efectivamente. Entendemos que al estar tipificada también la intermediación, será suficiente para la tentativa con que se haya acordado el precio o la com-

¹⁰⁰ Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra...” *ComCP*, pág. 1129; del mismo “Delitos contra...” *LH Cerezo Mir*, pág. 1446. En contra también TORRES FERNÁNDEZ, ME “art. 221” *ob.cit.*, págs. 765 a 768, pues considera que incide en la dignidad del menor, un bien jurídico de carácter o valor absoluto que nunca puede ser de menor valor.

¹⁰¹ Cfr. TORRES FERNÁNDEZ, ME “Art. 221” *ob.cit.*, pág. 758; de la misma *El tráfico de niños...ob.cit.*, pág. 109

¹⁰² PRATS CANUT, JM “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 527; MORETÓN TOQUERO, MA *La suposición de...ob.cit.*, pág. 21; TORRES FERNÁNDEZ, ME “art. 221” *ob.cit.*, pág. 759; de la misma, *El tráfico de niños...ob.cit.*, pág. 109 y sigs; SUAREZ GONZÁLEZ, C “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 655; CUGAT MAURI, M “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 565; parece exigir también el pago para la consumación BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 1059 y 1060; RODRÍGUEZ MESA, MJ “De la suposición...” *ob.cit.*, pág. 503.

¹⁰³ CORTES BECHIARELLI, E Aspectos de los delitos...*ob.cit.*, pág. 96 y 97; GONZÁLEZ RUS, JJ “delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 405; DE FRUTOS GÓMEZ, C “Delitos contra...” *ob.cit.*, pág. 228 y 229; MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra...” *ComCP*, pág. 1130; VILLACAMPA ESTIARTE, C *RDPP*, 5, 2001, pág. 74.

pensación económica, sin que se haya comenzado a realizar la entrega del niño (¹⁰⁴). Así, la SAP Madrid, 23^a, 509/2003, 21-7, condena por tentativa, cuando, acordado el precio, no se llega a efectuar la entrega del niño por ser detenidos en ese preciso momento por la policía.

7. Concursos.

En el ámbito concursal, lo primero que hay que tratar es la relación que existe con los tipos del art. 220, concretamente con el de entrega de hijo, y el de suposición de parto. Se ha sostenido que el art. 221 CP es un tipo agravado (¹⁰⁵) en razón de la compensación económica, pues la elusión de los procedimientos legales de adopción en realidad es un elemento implícito en los tipos del art. 220 CP. En consecuencia, su relación es la de especialidad respecto a los tipos del art. 220 (¹⁰⁶). VILLACAMPA ESTIARTE sostiene, sin embargo, la existencia de una relación de subsidiariedad, pues entre estos tipos no se da una vinculación lógica de inclusión, sino más bien de interferencia (¹⁰⁷). Dicho de otro modo, ambos tipos contienen elementos de especialidad no previstos entre sí.

Con respecto a las falsedades que se cometen por la inscripción posterior del niño así entregado, hay que entender que se produce un concurso ideal de delitos (¹⁰⁸), dado que se afectan dos bienes jurídicos distintos. Si bien, un sector doctrinal valora la posterior inscripción como un acto posterior copenado, en la medida en que se trata de dar cobertura legal a la aparente relación de filiación así creada (¹⁰⁹).

Por lo que se refiere a los delitos de abandono de menores (art. 229 CP y sigs.) y de familia (art. 226 CP y sigs.), si la entrega genera una situación de inseguridad para el menor, habría un concurso ideal de delitos con el tipo del art. 229 CP. Si la entrega se efectúa por el guardador de hecho sin consentimiento de los padres o de quien le hubiera confiado el menor, esto es, concurriendo las condiciones del tipo del art. 231 CP, se produciría un concurso de normas, a resolver a favor del art. 221 CP, pues en éste está implícita la infracción del deber legal de guarda o custodia (¹¹⁰). En este punto, sin embargo, DÍEZ RIPOLLÉS entiende que existe concurso ideal entre el art. 221 CP y el art. 231CP, si quien entrega al menor es el delegado paterno, del tutor o guardador encargado de toda la guarda personal del menor, o entre el art. 221 CP y el abandono de familia, si la entrega la efectúan los titulares

¹⁰⁴ De esta opinión también, CORTÉS BECHIARELLI, E *Aspectos de los...ob.cit.*, pág. 97.

¹⁰⁵ Cfr. CASTIÑEIRA PALOU, MT “Delitos contra...” *ob.cit.*, 2^a ed., pág. 168.

¹⁰⁶ De esta opinión también, MUÑOZ SÁNCHEZ, J “delitos contra...” *ComCP*, pág. 1132; TORRES FERNÁNDEZ, ME “art. 221” *ob.cit.*, págs. 768 y sigs.; DÍEZ RIPOLLÉS, JL “arts. 229-233 CP”, *ob.cit.*, pág. 1376, nota 303.

¹⁰⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C *RDPP*, 5, 2001, pág. 84 y 85.

¹⁰⁸ Vid. TORRES FERNÁNDEZ, ME “art. 221” *ob.cit.*, pág. 772; de la misma *El tráfico de niños...ob.cit.*, pág. 140.

¹⁰⁹ Vid. CORTÉS BECHIARELLI, E *Aspectos de los...ob.cit.*, pág. 102.

¹¹⁰ En este sentido, vid. TORRES FERNÁNDEZ, ME “art. 221 CP”, *ob.cit.*, págs. 772 y 773; de la misma, *El tráfico de niños...ob.cit.*, págs. 140 y 141.

de la guarda o los delegados que sólo están encargados de la custodia ⁽¹¹¹⁾. A su modo de ver, sólo existe concurso de normas con el abandono propio (art. 229 CP) ⁽¹¹²⁾

Por último, se ha llamado la atención sobre la relevancia de la conducta del intermediario, en supuestos de adopción internacional irregular, a los efectos del tráfico ilegal de personas del art. 318 bis CP y en el que al tener que aplicar el tipo agravado del número 3 por ser la víctima un menor de edad, la pena sería incluso superior a la prevista para el progenitor que entrega o para el receptor ⁽¹¹³⁾.

8. Cuestiones procesales

El apartado 2 del art. 221 CP al declarar punibles la recepción y la intermediación en el tráfico de menores aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero, recoge una regla específica de atribución de competencia a los tribunales españoles, que se ha interpretado como manifestación del principio de justicia universal, al no indicarse nada en el precepto sobre la nacionalidad de los sujetos ⁽¹¹⁴⁾ o, de modo más restrictivo, exigiendo una vinculación nacional, bien porque se hubieran realizado actos ejecutivos en España o bien porque se establezca una relación similar a la de filiación con trascendencia en el territorio español ⁽¹¹⁵⁾.

Parece lo más razonable exigir alguna conexión del hecho con el Estado español, pues de otro modo la jurisdicción penal española alcanzaría una extensión desmesurada. En consecuencia, esta cláusula servirá para perseguir en España las entregas acaecidas en el extranjero a adoptantes españoles o residentes en España, que introducen al menor en nuestro país, o los casos en que se han realizado parte de los actos ejecutivos en España. Así la Audiencia Nacional se declara competente en el caso de entrega de recién nacido en Uruguay, reconocido falsamente como hijo extramatrimonial de español e inscrito así en el Registro Civil Central de España (SAN 60/2008, 23-10).

Resulta también controvertido en este punto si dicha aplicación extraterritorial de la ley penal española afecta sólo al receptor y al intermediario o se extiende también a quien entrega. De forma crítica con la dicción literal del precepto un

¹¹¹ Cfr. DIEZ RIPOLLES, JL « Arts. 229-233 CP », ob.cit., pág. 1376.

¹¹² Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, JL “arts. 229-233 CP”, ob.cit., pág. 1376, nota 303.

¹¹³ Vid. críticamente, VILLACAMPA ESTIARTE, C *RDPP*, 5, 2001, pág. 80.

¹¹⁴ Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra...” *ComCP*, pág. 1131; del mismo “Delitos contra...”, *LH Cerezo Mir*, pág. 1448; sin establecer tampoco límites, RODRÍGUEZ MESA, MJ “De las suposición de...” ob.cit., pág. 504; PRATS CANUT, JJ “Delitos contra...” ob.cit., pág. 529 se refiere también a un principio ultraterritorial de justicia supletoria.

¹¹⁵ En este sentido restrictivo se pronuncian CORTÉS BECHIARELLI, E *Aspectos de los...* ob.cit., págs. 104 y 105; GONZÁLEZ RUS, JJ “Delitos contra...” ob.cit., pág. 405; SUAREZ GONZÁLEZ, C “Delitos contra...” ob.cit., pág. 656; QUERALT JIMÉNEZ, JJ *Derecho penal...* ob.cit., pág. 343 y 344; DE FRUTOS GÓMEZ, C “Delitos contra...” ob.cit., pág. 230; TORRES FERNÁNDEZ, ME “art. 221” ob.cit., pág. 777; de la misma *El tráfico de niños...* ob.cit., págs. 160 y 161.

sector doctrinal pone de manifiesto que en los casos en que la entrega se efectúa en el extranjero los tribunales penales españoles sólo pueden juzgar a quien recibe y al intermediario, pero no a quien entrega, pues a este sujeto se refiere el art. 221.1 CP y no el art. 221.2 CP (¹¹⁶). Para otros, en cambio, la conducta a la que se refieren los números 1 y 2 del art. 221 CP es la misma, sólo que vista desde la perspectiva de distintos sujetos que tienen que intervenir necesariamente en el hecho delictivo para que éste acontezca. Se interpreta así que la referencia a la entrega del art. 221.2 CP lo es al hecho típico y por tanto, afecta tanto a quien recibe, al intermediario como a quien entrega (¹¹⁷).

BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO LOZANO, C “Los delitos contra las relaciones familiares en el Código penal español” *Anuario de Justicia de Menores IV* (2004).
- BOIX REIG, J “Ocultación o exposición de hijo (art. 468 del Código penal), Comentarios a la Legislación Penal, t. V, vol. 2, Madrid, 1985, págs. 1027 y sigs.
- BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A “Delitos contra las relaciones familiares”, en VIVES ANTÓN, TS (Coord.) *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Valencia, 1996, págs. 1042 y sigs.
- CARBONELL MATEU “Los delitos contra las relaciones familiares en el Código penal de 1995, en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Vidal Guitarte*, Valencia, 1999.
- CARBONELL MATEU, JC/GONZÁLEZ CUSSAC, JL “Delitos contra las relaciones familiares”, en VIVES ANTON, TS/ORTS BERENGUER, E/ CARBONELL MATEU, JC/GONZÁLEZ CUSSAC, JL/MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2004, págs. 359 y sigs.
- CARRASCO ANDRINO, MM *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Granada, 2002.
- CASTIÑEIRA PALOU, MT “Delitos contra las relaciones familiares” en SILVA SÁNCHEZ, JM (Dir.) *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2^a ed., Barcelona, 2009, págs. 163 y sigs.
- CORTES BECHIARELLI, E *Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores*, Madrid, 1996.
- CORTÉS BECHIARELLI, E *Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores*, Madrid, 1996.

¹¹⁶ Cfr. CARBONELL MATEU, JC/GONZÁLEZ CUSSAC, JL “Delitos contra...” ob.cit., pág. 367; RODRÍGUEZ MESA, MJ “De la suposición...” ob.cit., pág. 504; MORETÓN TOQUERO, MA La suposición...ob.cit., pág. 23.

¹¹⁷ Vid. TORRES FERNÁNDEZ, ME “art. 221” ob.cit., págs. 777 a 779; de la misma *El tráfico de niños...ob.cit.*, págs. 161 a 163; de la misma idea parecen ser BOIX REIG, J/JAREÑO LEAL, A “Delitos contra...” ob.cit., pág. 1060.

- CUGAT MAURI, M “Delitos contra las relaciones familiares”, en CORDOBA RODA, J/GARCÍA ARÁN, M (Dir.) *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. I, Barcelona, 2004, págs. 541 y sigs.
- DE FRUTOS GÓMEZ, C “Delitos contra las relaciones familiares” en FERNÁNDEZ PINÓS, JE *Delitos contra el honor y delitos contra las relaciones, derechos y deberes familiares*, Barcelona, 1998, págs. 169 y sigs.
- DIEGO DÍAZ-SANTOS, MR *Los delitos contra la familia*, Madrid, 1974.
- DÍEZ RIPOLLES, JL “Arts. 229-233 CP”, en DIEZ RIPOLLES, JL/ROMEO CASABONA, CM (Dir.) *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. II, Valencia, 2004, págs. 1307 y sigs.
- GONZÁLEZ RUS, JJ “Delitos contra las relaciones familiares (I)” en COBO DEL ROSAL, M (Coord.) *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid, 2004, págs. 397 y sigs.
- JAÉN VALLEJO, M “Art. 220 CP”, en COBO DEL ROSAL, M (Dir.) *Comentarios al Código Penal*, t. VII, Madrid, 1999, págs. 693 y sigs.
- JIMÉNEZ DÍAZ, MJ “Análisis de algunas figuras delictivas que atentan contra la filiación: el artículo 220 del Código Penal español”, en AAVV: *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro homenaje al Prof. Dr. Ferrando Mantovani*, Madrid, 2006, págs. 293 y sigs.
- JIMÉNEZ DÍAZ, MJ “art. 220”, en COBO DEL ROSAL, M (Dir.) *Comentarios al Código Penal*, t. VII, Madrid, 1999, págs. 703 y sigs.
- LAURENZO COPELLO, P “art. 226 CP”, en DIEZ RIPOLLES, JL/ROMEO CASABONA, CM (Dir.) *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. II, Valencia, 2004, págs. 1227 y sigs.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, JM *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, Madrid, 1990.
- MORETÓN TOQUERO, MA *La suposición de parto, la ocultación y sustitución de niños, y el “tráfico de menores”*, Barcelona, 2001;
- MUÑOZ CONDE, F *Derecho penal. Parte Especial*, 17ª ed., Valencia, 2009.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra las relaciones de filiación”, en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, págs. 1423 y sigs.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J “Delitos contra las relaciones familiares” en DIEZ RIPOLLES, JL/ROMEO CASABONA, CM (Dir.) *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. II, Valencia, 2004, págs. 1099 y sigs.
- PRATS CANUT, JM “Delitos contra las relaciones familiares” en QUINTERO OLIVARES, G/MORALES PRATS, F *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 5ª ed., Elcano, 2005, págs. 503 y sigs.
- QUERALT JIMÉNEZ, JJ *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª ed., Barcelona, 2008.
- RODRÍGUEZ MESA, MJ “De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor”, en ARROYO ZAPATERO, L/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I/FERRÉ OLIVÉ, JC/GARCÍA RIVAS, N/SERRANO

- PIEDECASAS, JR/TERRADILLOS BASOCO, JM (Dir.) *Comentarios al Código Penal*, págs. 498 y sigs.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L “Delitos contra las relaciones familiares” en RODRÍGUEZ RAMOS, L/COBOS GÓMEZ DE LINARES, MA/SÁNCHEZ TOMÁS, JM *Derecho penal. Parte Especial II*, Madrid, 1997, págs. 65 y sigs.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C “Delitos contra las relaciones familiares”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G (Dir.) *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, págs. 645 y sigs.
- TORRES FERNÁNDEZ, ME *El tráfico de niños para su “adopción ilegal”. El Delito del artículo 221 del Código penal español*, Madrid, 2003;
- TORRÉS FERNÁNDEZ, ME “Art. 221”, en COBO DEL ROSAL, M (Dir.) *Comentarios al Código Penal*, t. VII, Madrid, 1999, págs. 735 y sigs.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C “La protección penal del derecho del menor a conocer la propia identidad: análisis del denominado delito de “tráfico de menores”, en *RDPP*, 2001, 5.
- SERRANO GÓMEZ, A/SERRANO MAILLO, A *Derecho penal. Parte Especial*, 13^o ed., Madrid, 2008.