



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa desclassificación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieren y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, dándose procedida, si correspondiera, en los términos establecidos en la legislación de protección de datos de carácter personal.

SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 3^a)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 42 99 30
Fax: 928 42 97 76
Email: s01audprov.Ipa@justiciaencanarias.org

Rollo: Apelacion autos
Nº Rollo: 0000476/2019
NIG: 3502643220180003487
Resolución: Auto 000147/2020

Proc. origen: Diligencias previas Nº proc. origen: 0003198/2018-00
Jdo. origen: Juzgado de Instrucción Nº 7 de Las Palmas de Gran Canaria

Intervención:
Apelante

Interviniente:

Abogado:
Ezequiel Benito Sanchez

Procurador:
Juan Marcos Deniz Guerra

AUTO

Ilmos/a Sres/a.:

Presidente:

Don Miquel Angel Parramón i Bregolat

Magistrado/a

Don Pedro Joaquín Herrera Puentes, (Ponente)

Doña I. Eugenia Cabello Díaz

En Las Palmas de Gran Canaria, a 28 de Febrero de 2020

Dada cuenta; y

HECHOS

PRIMERO: En procedimiento de Diligencias Previas más arriba referenciado se dictó con fecha de 2 de Octubre de 2018 auto por el que se decreta el sobreseimiento provisional por mor de lo dispuesto en el art. 641.1 de la LE Criminal, (no quedar debidamente justificada la perpetración de un delito), y el archivo de la presente causa.

Dicha decisión judicial ha sido recurrida en apelación por la denunciante Doñ , quien actúa representada por el Procurador Don Juan marcos Deniz Guerra y asistida por el letrado Don Ezequiel Benito Sánchez.

SEGUNDO: Admitido a trámite el recurso de apelación interpuesto se dio traslado a las demás partes por cinco días, interesando el Ministerio Fiscal su desestimación.

Seguidamente, se remitieron a esta Sala para la resolución del recurso interpuesto, designado ponente al magistrado Pedro Joaquín Herrera Puentes.

Tras la correspondiente deliberación quedaron las actuaciones pendiente de plasmar de la correspondiente resolución la decisión acordada.



RAZONAMIENTOS JURÍDICOS



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa dissociación de los datos de carácter personal que los mismos constituyean y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a las derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PRIMERO.- El ejercicio de la acción penal no es un derecho incondicionado a la plena sustanciación y continuación del proceso hasta que se celebre el juicio y se dicte finalmente sentencia.

Dicha actuación es compatible con la posibilidad de acordar antes de llegar a juicio:

- a) un sobreseimiento libre, (archivo definitivo), entre otros motivos por considerar que los *hechos objeto de investigación no son susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal*; y
- b) un sobreseimiento provisional, (archivo provisional), entre otros motivos cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos objeto de investigación, no existan indicios racionales solventes que avalen razonablemente su realidad. En este segundo supuesto, una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común conduce a sostener que no se justifica la continuación de un proceso penal para la investigación de unos hechos carentes de la necesaria base indiciaria de criminalidad, por si los mismos pudiesen ser constitutivos de delito, es decir, una investigación prospectiva, sin aportar un indicio objetivo de su realidad de conocimiento propio del querellante. Igualmente tampoco cabe sostener la continuación de un procedimiento penal cuando no existan indicios contra una persona determinada, aunque pueda resultar acreditada la comisión de un hecho delictivo.

No obstante, para acordar alguna de las decisiones referidas es necesario la existencia de una valoración jurídica de la misma, de conformidad con las consideraciones expuestas, que puede conducir a esos resultados. Tales decisiones obviamente no vulneran la tutela judicial efectiva del querellante o denunciante en su vertiente de acceso a la jurisdicción, dado que es doctrina constitucional reiterada la que señala que el ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y sustanciación plena del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que se inadmite o archiva antes de juicio (STC núm. 31/1996, de 27 de febrero, que se hace eco de las SSTC núm. 111/1995, de 4 de julio; 157/1990, de 18 de octubre; 148/1987, de 28 de septiembre ; y 108/1983, de 29 de noviembre)."

SEGUNDO.- Analizado el contenido de la denuncia y actuaciones seguidamente practicadas, no cabe otra cosa que entender que la decisión del Juez de instrucción de sobreseer, al amparo de lo establecido en el art. 641.1 de la LE Criminal, ha sido precipitada.

Ello es así, pues no se debe olvidar que el relato fáctico de la denuncia, el cual cabe tildar de detallado e ilustrativo, pone de relieve la posible existencia de un supuesto que cabe encuadrar dentro de esa conducta tipo que caracteriza a los conocidos popularmente como "robos de bebe". Es decir, el contenido denunciado se conecta con aquellas actuaciones organizadas o pseudo-organizadas que acaecieron durante un tiempo prolongado, (régimen franquista y durante los primeros años de la transición democrática), y que, a pesar de sus diferencias y peculiaridades, presentan en común su conexión con la retirada de un recién nacido de la esfera familiar biológica para seguidamente entregar su custodia, de manera espuria y definitiva, a otra familia.





El caso objeto de análisis, tal y como expone la denunciante, se refiere a Jesús , quien nació el pasado 20 de Junio de 1977 en la Clínica , ubicada en la calle de Las Palmas. En la denuncia se constata que ese día en la citada clínica Doña , a eso de las 8:30, tuvo un parto múltiple y alumbró a una niña y a un niño, quedando la pequeña con la madre mientras el pequeño fue retirado, a la par que se informaba a la familia que el mismo había nacido con el cordón umbilical alrededor de su cuello, que tal circunstancia le había provocado la fractura de la traquea y que, por tanto, debían atenderlo. A los dos días del nacimiento, (mañana del 22 de Junio), se comunica el fallecimiento del menor y se entrega al padre, Don , una caja de cartón precintada en cuyo interior se le dice que está el cuerpo sin vida de su hijo. Seguidamente el padre se dirige con la citada caja al cementerio de San Lazaro de Las Palmas de Gran Canaria, donde le estaba esperando un monje, quien se hizo cargo de la misma para finalmente dejarla dentro de una fosa común. (Fosa Común Número 41 Cuartel 2).

Tal denuncia ha sido formulada por una hermana mayor de los mellizos y en la misma también se recoge que su madre le dijo que cuando vio a su hijo recién nacido tenía la apariencia de un niño sano y se destaca que pesó 4 kilos, mientras que la melliza solo 1 kilo y 800 gramos. También se señala que el padre le manifestó que vio al recién nacido en los brazos de una enfermera, quien le apuntó que había comido bien, no observando nada fuera de la normalidad, (el niño no estaba en incubadora, no estaba entubado, no tenía respiración asistida...). Se reseña igualmente que ni el padre ni la madre vieron el cuerpo inerte del pequeño y que fue el mismo médico que atendió en el parto múltiple quien certificó la defunción.

El nacimiento de Jesús consta inscrito en el Registro Civil de Las Palmas y se señala que tuvo lugar el pasado 20 de Junio de 1977 a las 8:30 minutos. También consta en tal Registro la inscripción de su defunción con fecha de 22 de Junio de 1977 a las 9 horas. En la licencia para dar sepultura figura como causa de fallecimiento colapso circulatorio central y anoxia cerebral.

Se acompaña Libro de Familia del citado matrimonio, donde consta que tuvieron seis hijos, dos de ellos, Jesús , nacidos el 20 de Junio de 1977, constando como fallecido el primero, (22 de Junio de 1977).

El perfil genético de Do , madre de Jesús, se ha cotejado con los perfiles genéticos existentes en las bases de datos generada por LabGenetics para la búsqueda de familiares afectados por adopciones irregulares y sustracciones de recién nacidos. Y el resultado ha sido Negativo.

Sentado cuanto antecede, en principio conviene resaltar que esta Sala es consciente de la dificultad que entraña este tipo de investigaciones, por la lejanía en el tiempo de los hechos denunciados, opacidad con que se solían practicar operaciones de este tipo y falta de registros clínicos bien documentados. Pero, también lo es de la necesidad de llevar a cabo cuantas actuaciones sean necesarias para el esclarecimiento de lo ocurrido, (art. 777 de la LE Criminal). Más aún, cuando, como ocurre en el presente caso, existe base indicativa que nos lleva a valorar la posibilidad de que Jesús : pudiera no haber fallecido a los dos





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo gofrará llevártase a cabo previa discusión de los datos de carácter personal que los mismos constituyan y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial trato de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, saliendo procedida. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

días de nacer. A tal fin son reveladores los testimonios de los familiares más próximos al mismo y la insistencia de la familia en tratar de buscar una explicación a los puntos oscuros existentes, (retirada inmediata del recién nacido de la familia, causa de esa retirada, estado de salud, certificación de la muerte, causa que se señala, etc...) . Es de observar que existen lagunas y antinomias que hay que tratar de completar y aclarar. El menor en cuestión pudo haber fallecido en junio de 1977 y, en caso de que así no fuese, no se ha descartar la posibilidad de su entrega al nacer, de manera clandestina e irregular, a otra familia distinta a la biológica.

En tal sentido esta Sala, sin compartir la decisión judicial recurrida pero sin desmerecer la actuación policial y judicial hasta ahora desplegada, considera que la investigación e instrucción de esta causa penal ha de seguir abierta y agotar todas las vías posibles de actuación con el fin de aclarar lo sucedido. No se debe obviar que los hechos denunciados y ahora descritos pueden incardinarse en diferentes tipos penales, como: el delito de detención ilegal, (arts 163, 165 y en su caso 166 del vigente C. Penal); el delito de suposición de parto y el delito de alteración de la paternidad, estado o condición del menor, (arts 220 y sgtes); y el delito falsedad en documento público, (art. 390 y sgtes), entre otros.

Cierto es que los hechos se conectan con una época lejana y que es probable que hayan prescrito las infracciones penales que pudieran, en su caso, haberse cometido. Pero también lo es que aun es pronto para hacer tal valoración, siendo aconsejable, tal y como se deriva de lo dispuesto la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2012, (ver punto 5º), avanzar en la investigación y, en definitiva, agotarla, como antes se ha apuntado y puesto de relieve. Hay que tratar de acercarse a la realidad en esa necesaria búsqueda de la verdad material, antes de contemplar la posibilidad de adoptar un pronunciamiento sobre la extinción de una hipotética y aún incierta responsabilidad criminal.

Así las cosas, esta Sala, en consonancia con lo hasta aquí dicho, considera que una diligencia de investigación que no cabe descartar y que ha de llevarse a la práctica es la de analizar la posibilidad y viabilidad de poder examinar la fosa común 71 del Cementerio de San Lazaro de Las Palmas. Y a tal fin, si es posible, revisar su interior para comprobar si existen restos que pudieran corresponderse con los de recién nacidos y, en caso afirmativo, extraer, si igualmente fuera posible, los correspondientes perfiles genéticos y cotejarlos con los de la familia de Jesús . Para tal actuación se podrá contar con la inestimable y necesaria colaboración del Laboratorio de Genética del Instituto de Medicina Legal de Las Palmas, quien deberá hacer saber del apoyo profesional e institucional que precisa para tan laborioso menester. Igualmente, una vez programada tal labor, deberá ser informada con suficiente antelación la entidad responsable del Cementerio en cuestión a los efectos de poder ejecutarla sin contratiempos y con el menor menoscabo posible.

TERCERO.- Al derivarse de cuanto antecede una estimación del recurso interpuesto, procede declarar de oficio de las costas procesales.





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa discusión de los datos de carácter personal que los mismos contuvieren y con pleno respecto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cesados, ni comunicados con fines distintos a las leyes.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

LA SALA RESUELVE: **Estimar** el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 2 de Octubre de 2018 dictado por el Juzgado de Instrucción número Siete de Las Palmas y dejar sin efecto el sobreseimiento provisional y archivo acordado, para en su lugar continuar la correspondiente y necesaria instrucción judicial y practicar al respecto la diligencia acordada "in fine" en el razonamiento jurídico segundo, sin perjuicio de que, una vez practicada ésta y demás que considere oportunas, se proceda, con libertad de criterio, a adoptar alguna de las resoluciones previstas en el art 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Todo ello, con declaración de oficio de las costas procesales.

Lo mandaron y firmaron los/a Ilmos/a. Sres/a. del margen.

