

UNIVERSIDAD DE GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

EL DELITO DE PRACTICA ILEGAL DE DETENCION  
POR FUNCIONARIO PUBLICO).

VºBº  
EL DIRECTOR

J. Morillas

Tesis doctoral presentada  
por el Lcdo. D. Guillermo Portilla Contreras, realizada bajo la dirección del Prof. Dr. D. Lorenzo Morillas Cueva, Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

GRANADA

1987

INDICE

Indice .....	2
Introducción .....	21
Abreviaturas .....	29

PRIMERA PARTE

BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE DETEN-  
CION ILEGAL PRACTICADO POR FUNCIONARIO PUBLICO.

I. ANALISIS DE LOS CRITERIOS SELECCIONADOS EN LA CONFIGURACION DEL CONCEPTO DE BIEN JURIDICO.....	35
1. Fundamento teórico y naturaleza de los bie- nes colectivos.....	37
2. Crítica a la teoría de los bienes "difusos". Especial con. deración de la tesis de W. Ha- ssamer.....	39
3. Repercusión de la teoría sistémico-funciona- lista sobre la utilidad del concepto de bien jurídico. Análisis del planteamiento de G. - JAKOBS.....	46
4. Tres concepciones diferentes en torno a la	

conformación de un concepto de bien jurídico y política-criminal.....	49
A) Tesis Realista .....	51
a) Principios informadores .....	51
b) Crítica de MARINUCCI al modelo de Ciencia integral del Derecho penal defendido por BARATTA.....	51
B) Tesis Reformistas .....	52
a) Principios informadores .....	53
b) Utilización de la técnica del uso alternativo del Derecho.....	53
C) Tesis basada en la unión de los niveles culturales y económicos en el origen de las formas jurídicas.....	54
a) Análisis crítico de la teoría del uso alternativo del Derecho.....	54
b) Criterios rectores de una política criminal de las mayorías.....	57

## II. ANALISIS DEL CONCEPTO "SEGURIDAD INTERIOR" DEL ESTADO.

1. Origen de los actuales delitos contra la seguridad interior del Estado .....	58
A) El "Crimina maiestatis" como primer antecedente de los delitos contra la seguridad - estatal.....	58
B) Modelo de seguridad propuesto por el Có-	

digo napoleónico de 1810 .....	60
a) Formulación de BENTHAN.....	61
b) Incorrecta interpretación de la tesis de BENTHAN por la doctrina liberal....	61
c) Equivalencia de la fórmula lesa majes- tad-seguridad interior del Estado.....	62
2. Evolución del contenido del concepto "segu- ridad interior" en España.....	63
A) Identificación de los valores Orden Públi- co-Seguridad interior en los diferentes - Códigos penales.....	64
B) Repercusión de la Ley de 29 de Marzo de - 1941 en el tratamiento unificado de esta materia.....	65
C) El Anteproyecto de Código penal de 1938 - como primer precedente del análisis del - delito de detención ilegal, en el título dedicado a la Seguridad del Estado.....	65
D) Análisis del fundamento de la concepción "Seguridad del Estado" como respuesta a- la ideología del Estado-persona.....	68
3. Necesidad de la desaparición del actual títu- lo II del Código penal y propuesta alternati- va.....	71
III. BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE FUN- CIONARIOS EN EL EJERCICIO DE SUS CARGOS.....	74
1. Consideraciones Preliminares.....	74

2. Relación entre el delito de detención ilegal practicado por funcionarios y los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos.....	75
3. Análisis del bien jurídico tutelado en los delitos de los funcionarios en el servicio de sus cargos.....	76
A) Tesis basadas en el "deber del cargo"....	77
B) Tesis basadas en la relación Administración-ciudadanos.....	77
C) Planteamientos doctrinales actuales sobre el interés protegido en los delitos de funcionarios.....	79
a) Estado de la discusión en Alemania Federal.....	79
b) Argumento de "imparcialidad" y "eficiencia en Italia.....	81
c) Fundamento de las diferentes concepciones en España.....	82
a') Especial consideración de la tesis de OCTAVIO DE TOLEDO, basada en el criterio comunidad-Estado.....	83
b') Análisis de la propuesta de BACIGA LUPQ.....	84
D) Crítica al fundamento teórico de la relación ciudadano-Administración.....	86
E) El interés general como criterio sistemático en la determinación del bien jurídico en los delitos de funcionarios; Pro -	

puesta Alternativa.....	90
IV. BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE DETEN - CION ILEGAL PRACTICADA POR FUNCIONARIO PUBLICO..	96
1. Consideraciones Preliminares.....	96
2. Actual regulación sobre el bien jurídico pro tegido en el delito de detención ilegal prac ticada por funcionario en Derecho Comparado..	97
A) Alemania Federal.....	97
a) Análisis y crítica de la reforma "das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch" - de 2.3.1974.....	97
b) La libertad de movimientos, como valor defendido doctrinal y jurisprudencial- mente.....	102
c) Crítica.....	104
B) Italia.....	105
a) El abuso de poder como criterio siste- matizador.....	105
b) La autodeterminación en el espacio co- mo interés protegido en la doctrina y jurisprudencia italiana.....	109
c) Crítica.....	110
C) Francia.....	111
a) La doble incriminación, como sistema - basado en el ejercicio o no de funcio- nes públicas.....	111
b) La libertad de locomoción como único -	

interés tutelado.....	113
c) Crítica.....	114
3. La doble incriminación en España de los atentados a la libertad individual como criterio sistemático: Consecuencias.....	116
A) El concepto de detención: como elemento clave en la determinación del bien jurídico en el delito de detención ilegal practicada por funcionario.....	118
a) Concepto de detención en la Constitución de 1978.....	119
b) Concepto de detención en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	121
c) Concepto de detención en la Ley de Habeas Corpus.....	124
d) Concepto de detención en la legislación internacional.....	125
a') En el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950..	126
b') En el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966..	128
e) Concepto de detención en el Código Penal.....	130
a') Concepto de detención preventiva..	130
b') Regulación penal de la detención preventiva.....	132
c') Subsidiariedad del artículo 194 -	

del Código penal en relación al - 184.....	135
d') Criterios sostenidos en torno a - las garantías del detenido por los códigos penales anteriores al de - 1944.....	137
4. Bien jurídico en el delito de detención ile- gal practicada por funcionario público y di- ferencias con la detención ilegal de particu- lares.....	141
A) Planteamientos doctrinales sobre el bien jurídico sustentado en los delitos de de- tenciones ilegales de particulares y fun- cionarios.....	143
a) Planteamiento que sostiene la identi- dad del interés protegido.....	144
b) tesis basada en la desigualdad de inte- reses por el abuso de funciones públi- cas.....	144
c) Diferencias entre los bienes jurídicos de ambos delitos.....	146
B) Tesis jurisprudencial sobre el bien jurí- dico del delito de detención ilegal prac- ticada por funcionario público.....	152
5. El bien jurídico del delito de detención ile- gal practicado por funcionarios en los re- cientes movimientos reformadores.....	156
A) Proyecto de Código penal de 1980.....	156

B) Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983.....	159
6. Conclusiones Generales sobre el bien jurídico: Propuesta que se realiza.....	165
Notas.....	176

SEGUNDA PARTE

EL TIPO DEL ARTICULO 184 DEL CODIGO PENAL...	239
I. TIPICIDAD OBJETIVA DEL DELITO DE DETENCION ILEGAL PRACTICADO POR FUNCIONARIO PUBLICO.....	240
1. Sujeto Activo.....	240
A) Concepto penal de funcionario público....	240
a) Consideraciones Preliminares.....	240
b) Análisis del concepto penal de funcionario público previsto en el artículo 119,3º del Código Penal, como elemento normativo del tipo.....	243
a') Tesis basada en la "participación".	243
b') tesis estricta de la "incorporación".....	244
c') Crítica.....	244
c) Elementos integrantes del concepto - "función pública".....	246
a') Tesis subjetiva.....	246

b') Tesis objetiva.....	248
c') Tesis mixta.....	250
B) Aplicación del concepto penal de <u>funciona</u> rio público a diferentes casos de deten - ción.....	250
a) Detención realizada por un particular en los supuestos previstos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	251
a') La detención como derecho otorgado al particular.....	251
b') Equiparación entre particular y - funcionario público.....	254
b) Casos de incompetencia del funcionario que efectua la detención.....	259
a') Usurpador de funciones.....	259
b') Funcionario de hecho.....	260
c) Detención practicada por "funcionarios" con finalidad privada.....	261
a') Análisis del elemento subjetivo - "finalidad pública".....	261
a'') Posición Jurisprudencial.....	263
b'') Diferentes casos de detención practicadas por funcionarios- públicos caracterizadas por - la presencia o ausencia del - elemento "finalidad pública"..	264

C) Delimitación de los posibles sujetos activos.....	266
a) Consideraciones preliminares.....	267
b) Autoridad judicial y Ministerio Fiscal.....	268
c) Análisis del concepto "Autoridad" a efectos penales.....	269
d) El agente de la autoridad como concepto que abarca a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.....	273
e) La Policía Judicial. estructura y funcionamiento.....	275
a') Ineficacia del concepto elaborado.	276
b') Análisis de la reforma efectuada por la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de 1986....	279
c') Crítica y propuesta alternativa....	280
2. Sujeto Pasivo en el delito de detención ilegal practicada por funcionario público.....	286
A) Consideraciones Preliminares.....	286
B) Delimitación del concepto de sujeto pasivo en este delito.....	287
a) Tesis de la equivalencia.....	287
b) Tesis cuantitativas.....	288
c) Tesis cualitativas.....	289
a') Rechazo del sujeto pasivo "Comunidad".....	290
b') El funcionario como sujeto pasivo.	291

c') El extranjero como sujeto pasivo....	291
3. La Conducta en el delito de detención ilegal de funcionarios.....	292
A) Consideraciones introductorias.....	292
B) Estudio de la Conducta típica del delito de privación de libertad en el Derecho Comparado.....	294
a) Alemania Federal.....	294
b) Italia.....	295
c) Francia.....	297
C) Análisis de la conducta descrita en el artículo 184 del Código penal de "practicar ilegalmente cualquier detención".....	298
a) Antecedentes.....	298
b) Diferentes planteamiento sobre el contenido de la mencionada conducta.....	301
a') Tesis jurisprudencial.....	301
b') Tesis doctrinal.....	303
c) Análisis del término "ilegalmente"....	308
a') Contenido del elemento ilegalidad en el Derecho Comparado.....	313
a'') Alemania Federal.....	314
b'') Italia.....	319
c'') francia.....	325
b') Análisis del contenido del elemen	

to ilegalidad en España.....	327
a'') Supuestos de detención previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	328
b'') Requisitos imprescindibles en la práctica de cualquier detención.....	334
a''') Especial consideración del elemento valorativo "motivos racionalmente bastantes".....	334
b''') Presunción de no comparecencia.....	339
c''') Fianza.....	339
c'') Detención por la comisión de faltas.....	341
d'') Supuestos de detención en la L.O.P.....	342
e'') Supuestos de detención en la L.P.S.....	347
f'') Prácticas ilegales de privación de libertad.....	353
a''') Retención.....	354
b''') Redadas.....	359
c''') Controles Policiales.- Especial consideración del control de alcoholemia.....	361
g'') Supuestos especiales de de -	

tención por la cualidad del sujeto pasivo.....	368
a''') En relación al extranjero.....	368
a''''') Casos de detención preventiva en la Ley de Extradición pasiva 4/1935 de 21 de Marzo.....	370
b''''') Casos de detención preventiva en la Ley de Derechos y Libertades de los extranjeros en España 7/1985 de 1 - de julio.....	373
b''') En la jurisdicción militar.....	379
a''''') Requisitos exigidos en la práctica de la detención de un militar.....	380
b''''') Diversos casos de detención de personas sometidas a la jurisdicción militar.....	381
c''') Supuestos de detención de inimputables.....	384
a''''') Detención de menores.....	384
b''''') Detención de enajenados....	387
d''') Otros supuestos de detención....	389
a''''') Detención de personas con enfermedades infecto-conta-	

giasas.....	389
b''''') El arresto del quebrado....	390
h''') Las garantías del detenido como elemento integrador del contenido de la ilegalidad.....	393
a''''') Consideraciones Preliminares..	394
b''''') El derecho a ser informado....	396
c''''') Derecho a guardar silencio....	398
d''''') derecho a designar abogado....	399
e''''') derecho a la asistencia letrada.....	400
f''''') Restricción de las garantías en los supuestos de incomunicación.....	405
g''''') Derecho al plazo legal de entrega a la autoridad judicial o puesta en libertad.....	407
h''''') Derecho a instar el procedimiento de habeas corpus.....	417
i''') La "forma" de practicar la detención como componente del elemento ilegalidad.....	419
a''''') Consideraciones Preliminares..	419
b''''') El principio de menor lesividad como criterio orientador de la actividad policial.....	420
c''''') Principios que rigen el uso de la violencia policial en general.....	421

a''''') Criterio de adecuación.....	421
b''''') Criterio de oportunidad....	422
c''''') Criterio de proporcionali- dad.....	423
d''''') Principios que rigen el uso de ar ma de fuego.....	424
a''''') Grave riesgo para la vida o la integridad física.....	424
b''''') Peligro para la seguridad ciudadana.....	425
c''''') Conclusiones.....	427
j''') Suspensión de las garantías a través de la legislación excepcional.....	429
a''''') Suspensión colectiva.....	430
b''''') Suspensión individual.....	434
4. Naturaleza del delito.....	438
A) Consideraciones Preliminares.....	438
B) Consecuencias de su naturaleza de simple actividad.....	438
c) Instantaneidad y permanencia.....	440
II. TIPICIDAD SUBJETIVA DEL DELITO DE PRACTICA ILE GAL DE DETENCION POR FUNCIONARIO PUBLICO.....	446
1. Contenido del dolo.....	446
2. El delito culposo de detención ilegal prac- ticado por funcionario público.....	447

A) Criterios de Derecho Comparado.....	448
B) Planteamiento Jurisprudencial y doctrinal en España.....	450

### III. CAUSAS DE ATIPICIDAD

1. Consideraciones Preliminares.....	455
2. Análisis del Cumplimiento del Deber en el - desarrollo de la función pública "Detención".	455
A) Introducción.....	455
B) Estudio del empleo de la coacción estatal como justificación en Alemania Federal...	456
a) Criterios que determinan el empleo de la coacción estatal en la práctica de la detención.....	457
b) Diversas tesis sobre la posibilidad - de aplicar los parágrafos 32 y 34 del StGB a ilícitos policiales.....	461
a') Tesis amplia.....	462
b') Tesis estricta.....	463
c') Planteamiento de WINERFELD.....	465
d') Planteamiento de GÜNTHER.....	465
C) El cumplimiento del Deber como expresión del ejercicio legítimo del cargo en Espa ña.....	467
a) Posición jurisprudencial.....	468
b) Posición doctrinal.....	473
a') Principios básicos sobre la coac-	

ción estatal.....	473
a'') Crítica del elemento "examen conforme a deber" como subje tivo de justificación.....	474
b'') Consecuencias del incumplimiento de algunos de los cri terios básicos que limitan - la violencia estatal.....	475
b') Características específicas del - uso de arma de fuego.....	477
c') Sobre la aceptación de causas de justificación, como legítima de- fensa y estado de necesidad en - materia de coacción estatal.....	479
d') Conclusión.....	480
3. Estudio de los supuestos de obediencia debi da a ordenes ilegales de detención.....	481
IV. CAUSAS DE JUSTIFICACION.....	487
1. Irrelevancia del consentimiento.....	487
2. estado de necesidad y legítima defensa.....	489
V. CULPABILIDAD.....	490
1. El error de prohibición en delitos con ele- mentos especiales del deber jurídico.....	490
A) Tres planteamientos distintos sobre la - categoría del error que recae sobre un - elemento especial del deber jurídico.....	490

a) Crítica a la tesis sostenida por BACI GALUPO.....	492
b) Crítica a la tesis defendida por MUÑOZ CONDE.....	493
B) Consecuencias de la teoría del elemento de valoración global del hecho en materia de error.....	493
VI. "ITER CRIMINIS".....	497
1. Tentativa y Frustración.....	498
VII. PROBLEMATICA DE LA AUTORIA Y PARTICIPACION.....	499
1. Consideraciones introductorias.....	499
2. Autoría.....	501
A) Inaplicabilidad de la teoría del dominio del hecho en estos delitos.....	501
B) Tesis de la lesión de un deber específico.....	503
C) Aplicación de la tesis de ROXIN a diferentes supuestos de autoría.....	503
3. Participación.....	507
A) Unidad del título de imputación y principio de accesoriadad como criterios básicos.....	507
VIII. CONCURSO DE DELITOS Y NORMAS.....	510
1. Introduucción.....	510

2. Naturaleza del 184 en relación a los tipos penales 185,186,187 y 188.....	511
3. Relación entre el delito de arrogación de atribuciones judiciales y el 184.....	513
4. Especialidad del 184 respecto a los delitos de usurpación de atribuciones judiciales y atentado a la autoridad.....	516
5. Concurso entre detención ilegal y coacciones.....	518
6. Controles y Redadas ilegales.....	520
 IX. ESPECIAL REFERENCIA A LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE "PREVALERSE DEL CARACTER PUBLICO QUE TENGA EL CULPABLE".....	 521
 X. SISTEMA SANCIONATORIO: PENA, MEDIDAS DISCIPLINARIAS Y RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL ESTADO.....	 524
1. Características del método de punición.....	524
2. Ineficacia del 204 bis a).....	528
3. Análisis de las penas de Inhabilitación Absoluta y Suspensión.....	532
4. Sanciones disciplinarias.....	536
5. Responsabilidad Subsidiaria del Estado.....	541
Notas.....	545
Resumen.....	713
Indice Jurisprudencial.....	721
Bibliografía.....	731

## INTRODUCCION.

En los sistemas representativos occidentales, el argumento, esencialmente formal, de las garantías a los derechos fundamentales del ciudadano se convierte en el elemento que instrumentalizado al servicio de creación de imágenes/no realidades, posibilita la extendida idea de que el ejercicio de la libertad y como consecuencia el principio de seguridad del individuo frente al Estado es un hecho real y por tanto indiscutible.

Consiste la ficción, en un simple mecanismo de garantías de procedimiento de la libertad "individual" que hace olvidar la exigencia de necesidades y defensas colectivas, reconduciendo el concepto liberal de democracia a la exigua y no por ello plena, confirmación de la existencia de una legislación eufemísticamente autocalificada como respetuosa con los derechos individuales esenciales. Así, se articulan en el nivel de criminalización primaria, un teórico entramado que pasa por el reconocimiento constitucional de un determinado valor fundamental y el correspondiente tipo penal que sanciona cualquier infracción del mismo como consecuencia de la lógica interna entre legislaciones que deben responder a similares fuentes ideológicas, y que no se coordina con el posterior proceso secunda-

rio de persecución y enjuiciamiento de las conductas infractoras.

La constatación de lo anteriormente expuesto, se observa esencialmente en cualquiera de los atentados a los derechos fundamentales del ciudadano protegidos por la Constitución frente al Estado, y en concreto en el delito objeto del actual análisis (detención ilegal practicada por funcionario público). De esta manera, el reconocimiento constitucional de la libertad, que representa la difícilmente imaginable represión del poder en su faceta de autolimitación estatal, significa la creación de un conjunto de normas mínimas, base de la hipotética seguridad jurídica del individuo. A dicho fin, acompaña un marco penal que aparentemente cumple el papel de sancionador, pero que a través de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, ámbito de discrecionalidad administrativa, aceptación del riesgo permitido, privilegio estatal del error, etc., conduce al vacío legal más absoluto y por tanto a la impunidad de las actuaciones estatales.

La elección de un tema donde el conflicto, seguridad de Estado-seguridad personal, refleja la dialéctica de la contradicción entre el desarrollo y la función del Estado y la defensa de los intereses comunitarios, permite comprobar la subordinación de estos a aquellos en una relación desigual donde la autoprotección responde al principio de reproducción del mecanismo de defensa, y las garantías de los intereses ciudadanos representan simplemente la necesidad del cumplimiento formal de los postulados teóricos del marco social en el que se desenvuelve, en ausencia de las bases que permiten la efectiva realización de tales

principios. El estudio, se centra en el tipo básico de detenciones ilegales -184-, que reúne precisamente las características que denunciábamos, por una parte, su enclave sistemático no oculta la pretensión de la afirmación de la seguridad interior como razón de Estado, mientras que una interpretación del bien jurídico acorde a las necesidades sociales no impide reconocer que sea otro el interés tutelado, la seguridad del ciudadano frente a las actuaciones estatales caracterizadas por la infracción de las garantías en el procedimiento de privación de libertad, que no supone la transformación de la idea de legitimación que inspira el proceso expuesto.

Un estudio de estas características presenta ciertas dificultades en el marco de la Ciencia Jurídica, ya que su carácter nada neutral ha posibilitado el garantismo, por una parte, y la escasez doctrinal y jurisprudencial por otra, promocionando la creencia de la inexistencia de prácticas restrictivas de derechos en función del expreso reconocimiento constitucional, y manifestando el desinterés por una criminalización secundaria que cuestionaría la labor de tutela que corresponde a la Administración en los sistemas democráticos.

De lo expuesto, no debe deducirse que la investigación se ha desarrollado exclusivamente en enclaves político-criminales, siempre insuficientes si no responden a la elaboración dogmática de los conceptos utilizados, y por tanto a un sistema propio de teoría jurídica del delito que se manifiesta frente a determinadas concepciones como método parcial de análisis, ya que su instrumentalización es consecuencia de opciones

adoptadas en el marco de la filosofía del derecho, donde el rechazo del dualismo estricto kantiano y la lógica hegeliana permite el desarrollo de una metodología donde la base naturalista del sujeto subordina la misma subjetividad, favoreciendo un sistema donde se combinan el análisis lógico-formal y la estructura histórica del tipo correspondiente. Es la Dogmática jurídica la que proporciona los criterios que fundamentan la crítica político-criminal, pues como afirma GIMBERNAT posibilita "al señalar límites y definir conceptos una aplicación segura y calculable del derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución" (1).

Ahora bien, un análisis dogmático no implica la abdicación valorativa kelseniana y por tanto la separación positivista entre derecho, moral y política, ni debe caer en la abstracción de la concepción de LUHMANN al rechazar el criterio de las consecuencias en la delimitación de lo lícito, que puede desencadenar en un procedimiento uniforme de legitimación de los valores existentes (2). Por el contrario, contribuye a la configuración del principio de seguridad jurídica, aunque puede convertirse, y de hecho es utilizada, como instrumento de selección de los conceptos jurídicos, cuya ampliación o limitación está en función del interés dominante, que puede no corresponderse con los valores colectivos, como consecuencia de la contradicción interna del Derecho, que a la vez que posibilita la producción en nombre de los principios de libertad e igualdad, establece los criterios que demarcan las re-

laciones sociales. En esta línea EDELMAN señala que el derecho, como toda ideología, "tiene por función camuflar las relaciones reales. Pero de un lado, el desciframiento de esta función es privilegiada en la medida misma de la formalidad del derecho, y del otro lado, su relación contradictoria en el Estado revela la especificidad de la instancia jurídico-política que pertenece a la vez al aparato del Estado y al sistema de los aparatos ideológicos del Estado" (3).

Esta ambivalencia funcional se manifiesta también en nuestro estudio, ya que es precisamente el uso de una determinada técnica de dogmática jurídica la que origina concepciones estrictas del bien jurídico, que favorece la defensa de valores abstractos como seguridad interior-orden público, y por contra la exclusión de intereses comunitarios, la sistematización de los delitos de funcionarios en base a la infracción del deber del cargo, la privatización del derecho penal sólo en detrimento de derechos fundamentales, la reducción de la ilegalidad a la privación de la libertad de movimientos, la exclusión de las formas culposas de comisión del delito de práctica ilegal de detención de funcionario público, la ampliación de los conceptos de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en defensa de la "seguridad ciudadana", la extensión de las causas de justificación, de legítima defensa y estado de necesidad justificante a ilícitos policiales en el uso de la coacción estatal, la evaluación del "examen conforme a deber", no en los presupuestos de valoración del error, sino como elemento subjetivo de justificación, la equiparación entre las eximentes putativas y las de cumplimiento del deber y obediencia debida, el rechazo de los elementos de valoración global del hecho

laciones sociales. En esta línea EDELMAN señala que el derecho, como toda ideología, "tiene por función camuflar las relaciones reales. Pero de un lado, el desciframiento de esta función es privilegiada en la medida misma de la formalidad del derecho, y del otro lado, su relación contradictoria en el Estado revela la especificidad de la instancia jurídico-política que pertenece a la vez al aparato del Estado y al sistema de los aparatos ideológicos del Estado" (3).

Esta ambivalencia funcional se manifiesta también en nuestro estudio, ya que es precisamente el uso de una determinada técnica de dogmática jurídica la que origina concepciones estrictas del bien jurídico, que favorece la defensa de valores abstractos como seguridad interior-orden público, y por contra la exclusión de intereses comunitarios, la sistematización de los delitos de funcionarios en base a la infracción del deber del cargo, la privatización del derecho penal sólo en detrimento de derechos fundamentales, la reducción de la ilegalidad a la privación de la libertad de movimientos, la exclusión de las formas culposas de comisión del delito de práctica ilegal de detención de funcionario público, la ampliación de los conceptos de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en defensa de la "seguridad ciudadana", la extensión de las causas de justificación, de legítima defensa y estado de necesidad justificante a ilícitos policiales en el uso de la coacción estatal, la evaluación del "examen conforme a deber", no en los presupuestos de valoración del error, sino como elemento subjetivo de justificación, la equiparación entre las eximentes putativas y las de cumplimiento del deber y obediencia debida, el rechazo de los elementos de valoración global del hecho

y por consiguiente la directa aplicación del error de tipo o de prohibición al margen de que recaiga sobre los presupuestos objetivos, base de la valoración o sobre la valoración misma, la admisión de la tesis del dominio del hecho en delitos con elementos especiales del deber jurídico, la ruptura del título de imputación en la teoría de la participación, la aceptación del plazo de detención como condición objetiva de punibilidad, o la indiferenciación entre el ilícito disciplinario y el penal basada en la errónea concepción del abuso de poder, etc.

Frente a esta instrumentalización de la dogmática, he pretendido hacer uso de la misma con la intención de conseguir conceptos que permitiesen una interpretación acorde a las exigencias y necesidades sociales ante las intervenciones estatales en materia de libertad y seguridad del ciudadano. Por esta razón, se han desestimado los criterios de sistematización basados en la seguridad interior, deber del cargo, la reducción del interés protegido a la libertad ambulatoria, y se ha elaborado la construcción del bien jurídico en torno a los elementos "seguridad", como valor subordinado a premisas constitucionales de carácter adjetivo, y del abuso de poder como elemento cualificador en aquellos supuestos en los que sea el medio utilizado en la infracción del bien jurídico. Por otra parte, una correcta precisión de los rasgos esenciales que configuran el concepto de funcionario público, permite mediante la exigencia de realización de una finalidad pública, eliminar el agravio comparativo, que en relación al sistema sancionatorio existía respecto al particular, así como una interpretación amplia del elemento ilegalidad como componente de la conducta típica

de este delito permite conformar el bien jurídico en base a los supuestos, formas y garantías del detenido.

La admisión del "ilegalmente" como elemento de valoración global del hecho, en función de la alteración del principio regla-excepción entre la tipicidad y antijuricidad, posibilita la distinción entre el error que recae sobre la base objeto de la valoración y la valoración misma, alcanzandose resultados correctos dogmáticamente y también más justos político-criminalmente. En este sentido, se sostiene la tesis estricta, no solo al restringir los criterios de la coacción estatal a la puesta en peligro de la vida o integridad física de alguien, sino también respecto a la admisión del estado de necesidad justificante y la legítima defensa del funcionario con carácter excepcional, la reducción de la obediencia debida a los supuestos de estado de inexigibilidad y de error, la irrenunciabilidad del consentimiento, etc.

En definitiva, en esta aproximación al estudio del delito de detención ilegal practicado por funcionarios, las conclusiones político-criminales son directa consecuencia de las opciones dogmáticas defendidas, que evidencian la necesidad de seguir cuestionando el sistema de garantías que constituyen el concepto de seguridad del ciudadano ofertado por los sistemas democráticos, mientras que al amparo de la ideología de los derechos humanos siga siendo una constante la degradación de la libertad (4).

NOTAS.

(1) Vid GIMBERNAT ORDEIG; "¿Tiene un futuro la dogmática juridico-penal?" en Estudios de Derecho Penal, Civitas, Madrid, 1976, pág. 78. Del mismo modo GOMEZ BENITEZ considera que "la dogmática penal conforma -como técnica que es- la infraestructura jurídica del Derecho penal; por eso su utilización sirve de "fundamento" para la resolución de los casos concretos". Vid El Ejercicio legítimo de cargo, Madrid, 1980, pág. 15.

(2) Vid N.LUHMANN; Sistema jurídico y Dogmática jurídica. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1983, págs. 90 y 91.

(3) Vid B.EDELMAN; La Práctica ideológica del Derecho, Tecnos, Madrid, 1980, pág. 172, nota 74.

(4) Vid el informe de la Asociación pro-derechos Humanos de 1986.

## INDICE DE ABREVIATURAS

A.	: Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia.
ADPCP	: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
AE	: Alternativentwurf (Proyecto Alternativo).
AJ	: Actualidad Jurídica.
AP	: Archivio Penale
art.	: artículo
AT	: Allgemeiner Teil (Parte General).
BBG	: Bundesbeamtengesetz (Ley federal de Funcionarios).
BGH	: Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo federal).
BJC	: Boletín de jurisprudencia constitucional.
BT	: Besonderer Teil (Parte Especial)
CE	: Constitución española.
CC	: Código civil.
CCir	: Código de la circulación.
CEDH	: Convención Europea de Derechos del Hombre
cfr	: confrontar
CJC	: Colección de Jurisprudencia Criminal.
CJM	: Código de Justicia Militar (derogado).
CP	: Código penal.
CPM	: Código penal militar.
CPC	: Cuadernos de Política criminal.
D (RD)	: Decreto (Real decreto).
DP	: Doctrina Penal.
DRiZ	: Deutsche Richterzeitung.
DStR	: Deutsches Strafrecht, Neue Folge

EJS	: Enciclopedia Jurídica Seix.
ECMF	: Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.
fasc.	: fascículo
Fest.	: Festsschrift (Libro homenaje).
FP	: Foro Penale
FTS	: Fiscalía del Tribunal Supremo.
GA	: Goldammer's Archiv für Strafrecht
GP	: Giustizia Penale
GS	: Der Gerichtsaal
IP	: L'Indice Penale
JA	: Juristische Arbeitsblätter.
JR	: Juristischer Rundschau.
JuS	: Juristische Schulung.
JZ	: Juristenzeitung.
KJ	: Kritische Justiz.
L	: Ley.
LEC	: Ley de enjuiciamiento civil.
LECr	: Ley de enjuiciamiento criminal.
LEMF	: Ley del Estatuto del Ministerio Fiscal.
LGP	: Ley orgánica general penitenciaria.
LJ	: Ley de la Jurisdicción contencioso/administrativa.
LK	: Leipziger Kommentar (citado por autor y edición).
LOAES	: Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio.
LOFCS	: Ley orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
LOP	: Ley de orden público.
LOPJ	: Ley orgánica del Poder Judicial.
LOTCC	: Ley orgánica del Tribunal Constitucional.
LP	: Ley de Policía (derogada).
LPJDFP	: Ley de Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

- LPRS : Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.
- LRJAE : Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado.
- LRL : Ley de régimen local.
- MDR : Monatsschrift für deutsches Recht
- M SchrKrim : Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform (1904-05/1936). Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform (1937/1944).
- M SchrKrim : Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (desde 1953)
- MF : Ministerio Fiscal.
- MStGB : Militär-Strafgesetzbuch (Código penal militar alemán -derogado-)
- NEJ : Nueva Enciclopedia Jurídica Seix.
- NJW : Neue Juristische Wochenschrift.
- OLG : Oberlandesgericht (Tribunal Supremo de cada Estado Federal).
- PANCP : Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal (1983).
- PCP : Proyecto de Código penal (1980).
- PE : Parte especial.
- PG : Parte general.
- Q.Cr : Questione Criminale.
- RA : Repertorio ARANZADI.
- RAP : Revista de Administración Pública.
- RBG : Reichsbeamtengesetz (Ley imperial de funcionarios).
- RDCir : Revista de Derecho de la Circulación.
- R.D.P. : Revista de Derecho Público
- RDPC : Revue de Droit Pénal et de Criminologie
- RDPI : Revista de Derecho procesal iberoamericana.

- REDA : Revista española de Derecho administrati-  
vo.
- REDC : Revista española de Derecho constitucio-  
nal.
- REDM : Revista española de Derecho militar.
- REP : Revista de Estudios penitenciarios.
- Rev. de DP  
Crim. : Revue de Droit penal et de Criminologie.
- RFDUC : Revista de la Facultad de derecho de la  
Universidad Complutense.
- RG : Reichsgericht (Tribunal del Imperio).
- RGLJ : Revista General de Legislación y Juris-  
prudencia.
- RJC : Revista Jurídica de Catalunya.
- R.Int.DP : Revue Internationale de Droit pénal.
- Riv.ita.  
Dir.Pen. : Rivista Italiana di Diritto e Procedura  
Penale.
- ROMF : Reglamento orgánico del Estatuto del Mi-  
nisterio Fiscal.
- ROPG : Reglamento orgánico de la Policía guber-  
nativa.
- ROFA : Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.
- RPDP : Revue Penitentiaire et de Droit Penal.
- RScCrim : Revue de Science Criminelle et de Droit  
Pénal Comparé.
- s/f : sin fecha
- SK : Systematischer Kommentar
- SchwZSt : Schweizrische Zeitschrift für Strafrecht.
- StGB : Strafgesetzbuch (Código penal).
- StPO : Strafprozessordnung (Ordenanza Procesal  
penal).
- Straf. : Strafrechtliche

STC : Sentencia del Tribunal Constitucional.  
STDm : Sentencia del Tribunal de derechos Humanos.  
STS : Sentencia del Tribunal Supremo español.  
TC : Tribunal Constitucional.  
TTM : Tribunal Tutelar de Menores.  
TS : Tribunal Supremo.  
UZwG : Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges (Ley de utilización de la coacción directa).  
vid. : véase  
ZStW : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

PRIMERA PARTE

BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE  
DETENCION ILEGAL PRACTICADO POR FUNCIONARIO  
PUBLICO.

I. Análisis de los criterios seleccionados en la configuración del concepto de bien jurídico.

Previo al desarrollo del bien jurídico protegido en el delito de detención ilegal practicada por funcionario público, parece imprescindible una toma de posición en la doble discusión doctrinal sobre la utilidad del concepto de bien jurídico y los criterios seleccionados en la elección del mismo.

Tras lo que podría hoy calificarse como el fracaso de las tesis liberales y sociológicas en la elaboración del concepto de interés tutelado (1), debido a la amplitud de las primeras y la falta de determinación de las segundas, una vez descartados los intereses éticos e individualistas, se acentúa la necesidad de -- construir, no tanto un concepto de bien jurídico como los criterios que permitan la elección o exclusión de los valores a proteger. Para realizar esta operación hay que partir del análisis de los actuales criterios metodológicos y por tanto del cómo, y en función de qué intereses han sido elaborados.

Es preciso determinar por tanto, cuales son esos valores utilizados como el instrumento adecuado en la valoración del capital y su reproducción. Sólo mediante la constatación de las necesidades inherentes a las fases económicas, es posible la determinación de los intereses a proteger (2).

Las características del actual sistema económico son las que corresponden al periodo de decadencia propio del proceso lógico en el que se encuentra inmerso; capitalismo tardío, ello hace que la concentración internacional del capital, más la centralización, se conviertan

en las claves de un sistema, caracterizado, como dice F. GALGANO, "en que el elemento común a los eslabones intermedios del capitalismo resida en lo que los economistas lamentan como las perversiones del sistema económico, la progresiva renuncia a los mecanismos de mercado, la degeneración de la economía capitalista en capitalismo "protegido", economía que sobrevive sólo en base a la tremenda expansión de la mano pública, sólo en virtud de las ayudas del apoyo público a la producción, de las aportaciones estatales..." (3).

En éste modelo de Estado prima la intervención económica en favor de determinados sectores de la burguesía y, en concreto, de las industrias deficitarias y los grandes monopolios. Todo ello condiciona una política -criminal que responde plenamente a las necesidades creadas y que se basa esencialmente, como mantiene Baratta, "en la máxima efectividad del control social de aquellas formas de desviación que son disfuncionales al sistema de acumulación capitalista (delitos contra la propiedad y desviación política), compatibles con la medida mínima de transformación del sistema mismo y contemporaneamente, sobre la máxima inmunidad asegurada a comportamientos socialmente dañosos e ilícitos pero funcionales al sistema, o que solo expresan contradicciones internas a los grupos sociales hegemónicos (ciertas formas de delitos económicos relativos a la competencia y al antagonismo entre grupos capitalistas)" (4). Simultáneamente, es un hecho aparentemente contradictorio, la criminalización de conductas que representan la ejecución de las claves del desarrollo económico del sistema productivo; convirtiéndose en imprescindible la investigación de las causas que contribuyen a la sanción de actuaciones "funcionales" al sistema. Y en este sentido,

no cabe la menor duda de que la técnica de los bienes difusos ha contribuido notablemente a ello, aunque, al mismo tiempo, ha establecido ciertas bases, como la intervención de tutela en función de prevención y la represión referida exclusivamente al peligro, que posibilita, entre otras, la estrategia estatal de supresión del enemigo interno a través de la legislación de emergencia.

La crítica a la teoría de los bienes difusos debe realizarse, no desde la perspectiva que identifica los "nuevos valores" colectivos con los intereses económicos, sociales y políticos de grupos de presión (5), al margen de las necesidades sociales, reivindicando con ello un concepto de bien jurídico tradicional en el que no tiene cabida la evolución fruto de la dialéctica social, sino desde la revisión de la auténtica efectividad de tales planteamientos.

#### 1. Fundamento teórico y naturaleza de los bienes colectivos.

La protección de los bienes colectivos es simplemente reflejo del cambio de modelo estatal que le sirve de soporte. Así, como los conceptos "igualdad" y "libertad" eran fundamentos teóricos del Estado liberal, y los derechos humanos su ideología, los derechos sociales se convierten en la clave del Estado asistencial, del Estado social y democrático de Derecho. Si el individuo es el protagonista del Estado liberal, el desarrollo de los instrumentos que facilitan la participación de las mayorías en el mecanismo de producción estatal, se constituye en la esencia del Estado de Derecho.

Si trasladamos estas consideraciones al ámbito del derecho penal, ello significaría necesariamente un cambio de actitud en los modelos represivos, de modo que, frente a la defensa de bienes jurídicos individuales, se convierte en exigencia ineludible la protección de todos aquellos comportamientos que imposibilitan la dialéctica social y por tanto, el desarrollo participativo de los ciudadanos en el control de los aparatos estatales, siempre y cuando se quiera mantener cierta coherencia interna con las formulaciones sociales constitucionales. Esta sería la señal de que el derecho penal, en su función de protección de los intereses fundamentales del sistema, se ha conformado de modo dinámico aceptando la existencia de esenciales intereses colectivos, que hacen viable la participación y al mismo tiempo posibilitan la exclusión, mediante un proceso de privatización, de aquellos intereses que no afectan en esencia al desarrollo de la colectividad.

Curiosamente, así como la doctrina ha elaborado los principios fundamentales del derecho penal sobre las exigencias del modelo de Estado, no ocurre otro tanto en relación a los bienes colectivos ya que, según se dice, tales bienes crean graves dificultades de aceptación por los peligros que, tanto técnica como políticamente, representan. Así, estamos presenciando un progresivo y parece que irrenunciable movimiento de repulsa hacia dichos intereses, basado fundamentalmente en dos motivos; el primero de ellos, parte de que tales bienes, favorecen la introducción de la técnica de creación de los delitos de peligro, y en segundo lugar, se denuncia la infracción del principio de intervención mínima y, con ello, la función promocional que parecen querer otor

garle los partidarios de los mismos al Derecho penal.

Es conveniente reflejar cuales han sido las críticas realizadas sobre la teoría de los bienes sociales, por uno de los autores que han delimitado el ámbito de actuación de los bienes colectivos y los peligros que conllevan su aceptación; W. HASSEMER.

2. Crítica a la teoría de los bienes "difusos".  
Especial consideración de la tesis de W. Has-  
semer.

W. Hassemer, desde unos postulados discutibles, critica las nuevas teoría de aproximación vitimológica con las que se crean dos nuevas necesidades: A) El aumento de la consideración de la víctima del delito y b) La privatización del Derecho Penal (6).

Este autor denuncia que "en los más recientes desarrollos de la política-criminal (bienes difusos, criminalidad anticipada) se tiende a confundir los límites entre el Derecho Penal y el ilícito administrativo, a reconducir la retribución de un ilícito a guía de comportamiento y los bienes jurídicos a funciones" (7).

Entiende Hassemer que se está produciendo una deforme reducción del concepto de bien jurídico a través de la introducción de substratos en el Código penal, no precisados con exactitud y de la criminalización del peligro. Así que, "por muy legítimos que puedan ser tales intereses (delitos tributarios, contra el medio ambiente... etc.) no son bienes jurídicos en el sentido tradicional, sino objetivos de organizaciones políticas, sociales, económicas. El Derecho penal no tutela ya víctimas sino funciones" (8).

Con la intención de evitar esta progresiva degradación del concepto de bien jurídico, propugna una serie de reivindicaciones que consisten en: a) La renuncia a la introducción de nuevos bienes jurídicos universales. b) La renuncia a la criminalidad anticipada, c) Existencia de un daño efectivo, d) Adaptación de la criminalización a la técnica de tutela, e) Debe realizarse en los delitos de peligro una descripción precisa del bien jurídico tutelado .(9).

En definitiva, HASSEMER mantiene que con la tendencial sustitución de bienes jurídicos individuales por los colectivos, se está negando viabilidad a la teoría del bien jurídico, al infringirse el principio según el cual los bienes jurídicos deben tener un substrato y ser lo más perceptibles posibles (greifbar), dando lugar con ello a la indiferenciación entre el derecho criminal y el derecho penal accesorio (Nebensstrafrecht), a la protección de funciones, en vez de sustancias y a la introducción de los delitos de peligro por medio de la Vorfeldkriminalisierung, lo que concede al juez la posibilidad de descubrir y determinar el bien jurídico tutelado, al no disponerse de una diferencia precisa del bien tutelado y, en definitiva, al abandono del dogma del bien jurídico (10).

Esta tesis ha sido desarrollada en nuestro país recientemente por MIR PUIG, al considerar que "el Estado social puede confundir la necesidad de favorecer determinados intereses colectivos difundidos entre amplias capas de la población, con la conveniencia de una intervención penal para prevenir su ataque. La bondad de una acción de gobierno para la colectividad, no justifica sin más que busque el apoyo de un arma

tan lesiva como el derecho penal" (11). Este autor denuncia que se está produciendo una tendencia general a la aplicación del derecho penal en contra del principio de intervención mínima, incurriendo al mismo tiempo en el error de concederle valor promocional, sin que en realidad se produzcan modificaciones profundas del sistema económico, por lo que la ley penal "puede acabar convirtiéndose en coartada ideológica" (12), provocando con ello el aumento del derecho penal accesorio" (13).

Concluye MIR que "el uso de una sanción tan grave como la pena requiere el presupuesto de una infracción igualmente grave" y por tanto, que "sólo la consideración social de los que es un delito y un delincuente, supone un juicio de desvalor correspondiente a aquel arraigo y cualitativamente diferenciado del que se atribuye a la infracción de cualquier otra clase de normas" (14). Al enlazar este planteamiento con el de la prevención general positiva, deduce que "sólo cuando la amenaza penal apoye una norma penal primaria convincente para desplegar una función de prevención general positiva, de confirmación y afirmación de una convicción social, debe intervenir el derecho penal" (15).

En resumen, en opinión de estos autores se está produciendo una progresiva degradación del concepto de bien jurídico, que conduce a la ineficacia del concepto material del mismo debido a:

1º) La infracción del principio de intervención mínima, a través de la protección de valores no asumidos socialmente, confundiendo los límites entre el derecho penal y el *Nebenstrafrecht*. 2º) La defensa de los intereses colectivos conlleva la creación de tipos de

peligro abstracto y, consecuente ente, la imposible concreción de los mismos. 3<sup>2</sup>) Que la concepción que fundamenta la defensa de los valores colectivos es la de entender que el derecho penal tiene una función promocional.

En relación a la primera de las críticas expuestas hay que recordar, como hace MARINUCCI, que un caso de fraude alimentario (Acoraza--do Potemkim) pudo ser la gota que desbordó el vaso de una revolución (16). Con ello, queda demostrada la importancia que pueden llegar a adquirir determinados intereses colectivos y, al mismo tiempo, que el principio de intervención mínima no imposibilita per sé la protección penal de los derechos colectivos esenciales en la vida social, sino precisamente todo lo contrario, debe significar la exclusión de los actuales intereses que no se corresponden con las necesidades sociales, así como la inclusión de valores que determinen el desarrollo y la participación en el aparato estatal.

El argumento de la inflación del derecho penal a costa del Nebenstrafrecht supone que la defensa de intereses colectivos debe realizarse al margen del derecho penal, al tratarse de valores pertenecientes a otras ramas de ordenamiento jurídico. Esta concepción clásica, se opone a las mismas corrientes neoliberales que acepta el protagonismo estatal en estas materias mediante su incidencia en la infraestructura económica, partiendo incluso de una graduación jerárquica de los intereses a proteger, de la que se excluyen, de forma general, los que no estén arraigados en la conciencia social.

Sin duda, tales planteamientos se asientan en

bases falsas; así como el derecho a la libertad e igualdad conformaban la ideología de los derechos humanos con exclusión de las bases materiales que los hacía viables, los derechos económicos se convierten en el Estado asistencial, en el único medio que el ciudadano ostenta para reconvertir la formalidad de aquellos principios en reales posibilidades de intervención en la relación de producción. Del mismo modo, el derecho penal ha protegido estos derechos formales, con exclusión de los económicos, frente a las agresiones intervencionistas del Estado. Difícilmente puede engendrarse la conciencia social del derecho a ejercitar los intereses económicos, laborales, ecológicos, etc., cuando, ni han sido previamente reconocidos como derechos básicos del ciudadano, junto a las garantías formales, ni tienen la categoría de esenciales, por la falta de protección penal.

La carencia de conciencia social por la ausencia de práctica en el ejercicio de la libertad, no puede permitir la consideración de los intereses colectivos como simples actividades administrativas de escasa relevancia, pues son ellos, precisamente, los que hacen posible el desarrollo de las demás garantías, sin los cuales se convertirían en meras declaraciones programáticas. Un ciudadano puede asumir sin dificultad alguna su derecho a la vida, libertad, propiedad, etc. ... pero puede que aún no haya interiorizado el derecho a instar el procedimiento de habeas corpus en el momento en que crea ser objeto de una detención ilegal.

La ausencia de conciencia colectiva por ignorancia de los derechos que se ostentan, no puede soportar la desprotección de tales garantías esenciales en el

funcionamiento de la vida comunitaria; de igual manera, la falta de ejercicio democrático de los derechos económicos, laborales, etc., no puede servir de escudo a los que practican la corrupción como modelo de comportamiento habitual.

En cuanto a la segunda de las críticas, es necesario decir que, efectivamente, es rechazable cualquier técnica cuya utilización facilite la creación de delitos de peligro abstracto (17). Esto no significa que la defensa de los bienes colectivos implique directamente el nacimiento de estos tipos, sino que ello depende de las condiciones metodológicas establecidas; los delitos de peligro abstracto pueden surgir no sólo con la protección de bienes que afecten a la colectividad, sino también en los tradicionales. "seguridad del Estado", deber del cargo, fidelidad y relación de obediencia a la Administración, etc. ... pues, como dice BUSTOS RAMIREZ, "el problema sería entonces otro, cual es: si la mencionada estructura de estos bienes jurídicos contiene una característica de tipo negativo, la exclusión de toda precisión del bien jurídico" (18).

En mi opinión, es absolutamente imprescindible la concretización de los intereses colectivos, de forma que si tal determinación no fuese posible, es debido a la inexistencia del valor que se pretende proteger (19). La solución no pasa, por tanto, por la denuncia de la indeterminación, que conduce a la impunidad, de las conductas que afectan a los intereses más esenciales de la colectividad, sino en la exigencia de concreción de los valores a proteger y, consecuentemente, en la exclusión de los tipos de peligro abstracto, fruto, en la mayoría de los casos, de la ineficacia del método

empleado. Es necesaria la individualización de los bienes tutelados, pero no sólo en los intereses colectivos, sino también en todos los demás, de modo que no se proteja la libertad, vida, propiedad etc. en abstracto, sino las concretas relaciones en que se manifiestan la vida, propiedad o libertad, del mismo modo que la seguridad del Estado o la Administración Pública.

En relación a la última de las críticas que niegan la función promocional del derecho penal, es evidente que el derecho penal no puede ser el medio que realice las transformaciones sociales, que conduzca a las modificaciones de las relaciones de producción, que fije la igualdad dentro de la desigualdad del sistema, pues ello supondría desconocer el ámbito de actuación de las demás fuerzas sociales y del conjunto de aparatos del Estado. Ahora bien, la pena como instrumento del Estado contribuye al establecimiento del modelo del funcionamiento del mismo mediante la defensa de los valores básicos en su configuración.

Resulta, cuando menos sorprendente, observar cómo el hecho de que el derecho penal cumpla la misión de conservación de los intereses que sirven de base al modo mismo de producción, no es cuestionado por la doctrina, la misma que reacciona de forma instantánea cuando se trata de la protección de los valores colectivos, por adquirir entonces el derecho penal un carácter promocional. Cuando se trata de conservar el esquema de intereses que fundamentan el sistema, el derecho penal demuestra ciertamente no tener un carácter promocional, pero es el medio más importante con que cuenta el Estado para proteger el modelo establecido.

El derecho penal no promociona los cambios sociales, sino todo lo contrario: conserva la jerarquía de valores que fundamentan el Estado en el que se desarrollan, justificándose la reacción penal, sólo cuando dicha jerarquía es afectada. Al mantenerse que los intereses colectivos no pueden ser protegidos penalmente, ya que el derecho penal no debe ostentar la función de crear e impulsar las modificaciones esenciales del sistema, se está incurriendo en un error, ya que cuando se propugna la intervención del derecho penal en la protección de los valores sociales, colectivos, no se está confirmando la función promocional del derecho penal, sino su carácter y naturaleza de conservación de aquellos intereses que resultan fundamentales para la colectividad. El derecho penal no crea e impulsa tales intereses, sino que tan sólo debe reconocerlos como fundamentales y, en consecuencia, protegerlos.

3. Repercusión de la teoría sitémico-funcionalista sobre la utilidad del concepto de bien jurídico. Análisis del planteamiento de G. JAKOBS.

Por otra parte, también mediante la técnica de los bienes sociales, y en un sentido completamente opuesto, la virtualidad funcional del bien jurídico es sometida a revisión y discutida en el seno de la teoría sitémico-funcionalista, representada entre otros por Günther Jakobs. Se parte de un principio básico: en el Derecho Penal lo esencial no es la protección de bienes jurídicos, sino la protección de normas, dado que los bienes se convierten en "jurídicos" en el momento en que son protegidos normativamente (20). De esta forma, lo empírico carece de valor frente a la "signifi-

cación", y por ello (ejemplifica G. Jakobs), en los delitos contra el patrimonio se protege, no las cosas o la relación propietario-cosa, sino la vigencia de la norma que protege la propiedad (21).

Como consecuencia de esta tesis el delito no se caracteriza básicamente por el daño producido, sino por el sentido de infracción, de infidelidad al ordenamiento. Si el delito no es algo externo, sino negación de la norma, la pena no tiene la función de evitar la lesión de bienes jurídicos, sino la confirmación de la vigencia de la misma. Se otorga, pues, a la pena, la función de mantenimiento del mandato jurídico como criterio orientativo de las relaciones sociales (22).

Esta concepción del bien jurídico, como estado positivamente valorado y por tanto caracterizado por la sustitución del "bien penal" por el bien protegido por la norma, enlaza con la concepción neokantiana, así como con la doctrina del daño social de Amelung y la tesis de la aproximación victimológica. Utilizándolas como punto de partida, aunque derivando consecuencias ajenas al origen de tales planteamientos, Jakobs niega la efectividad del concepto de bien jurídico como integrante del actual sistema penal (23). Este autor parte, como Amelung, de la doctrina de los sistemas sociales de Parsons y Luhman, concibiendo la sociedad como un sistema de interacciones, pero, mientras que para Amelung la crítica al concepto de bien jurídico se basa en su incapacidad para limitar el *ius puniendi* estatal ante la falta de un fundamento social, Jakobs va más allá de la tesis de Amelung, al afirmar que no es tan importante el hecho como suceso exterior perturbador por procesos de interacción, como la validez de la norma en sí. (24). Por este motivo, la defensa del ordenamiento no se realiza a través de los bienes jurídicos, ya que la suma de todos los intereses tutelados no dibujan el ordenamiento social, sino que representan una simple

fracción del mismo (25). Así, la vida, la libertad... etc., no son por sí solos bienes jurídicos, al considerarse que su existencia está en función de su "ser" en la unidad social (26).

Si en las tesis funcionalistas predomina el valor funcionalidad o disfuncionalidad del hecho realizado con el desarrollo normal de los sistemas sociales, al margen de la infracción moral o ética que el mismo conlleve, la pena depende exclusivamente de su necesidad en cuanto a la defensa de la sociedad se refiere, en la teoría sistémica prevalece la fidelidad a la norma como el elemento rector que debe dirigir el funcionamiento del Derecho Penal (27).

A la base ideológica que le proporciona el funcionalismo, se añade la utilización deforme de la técnica desarrollada por un sector doctrinal, que unía en el concepto de bien jurídico no sólo los tradicionales valores jurídicos individuales, sino también las necesidades colectivas. En este sentido, hay que precisar que la teoría de los "bienes difusos" tal como evoluciona originalmente, nada tiene que ver con el uso realizado por los partidarios de la tesis sistémica. En aquella teoría, la discusión se centraba exclusivamente en si en realidad significaba un avance el que, frente a la concepción individualista del bien jurídico, en defensa de intereses privados, se propugnase la protección de otros valores de carácter social, o si, por el contrario, ello representaba la consagración de la fase asistencial del Estado y por tanto, al ser un estado inherente al capitalismo monopolístico, los efectos repercutirían directamente sobre la misma clase que se pretendía proteger (28).

Desgraciadamente, el desarrollo posterior de esta tesis por los planteamientos sistémico-funcionalistas, ha engendrado un cambio en el sistema y función

del Derecho Penal que ha favorecido, entre otras cosas, la idea de inutilidad del concepto de bien jurídico, al emplear una teoría que únicamente pretendía la ampliación del marco de los valores protegidos, como medio para la desaparición de una de las escasas garantías del ciudadano.

La teoría sistémico-funcionalista, tiene un carácter absolutamente formal que se manifiesta incapaz de ofrecer soluciones, pues su configuración varía según el derecho penal que analicemos. De este modo la conducta será disfuncional siempre que se infrinja la fidelidad a la norma, que se convierte en el único elemento inmutable de una relación en la que carece de significación la protección de intereses.

Frente a esta tesis, es necesario seguir reivindicando el concepto de bien jurídico como límite a la actuación del Estado en su máxima expresión de moldeador cualitativo y cuantitativo de la reacción penal. La renuncia del mismo supondría el abandono de una de las adquisiciones liberales básicas, reemplazándolo por una pretendida defensa de la fidelidad al Derecho que, debido a su abstracción, no permite ninguna delimitación del poder de actuación estatal y que facilita la profundización en la conciencia social de la aceptación "moral", mediante la interiorización colectiva de la fidelidad normativa al esquema que contribuye a la reproducción de los valores vigentes.

En definitiva, el rechazo de tales planteamientos, conduce de modo inevitable a la necesidad de responder a las siguientes cuestiones.

4. Tres concepciones diferentes, en torno a la conformación de un concepto de bien jurídico y política criminal.

¿Contribuye la teoría de los bienes difusos a la legitimación del desarrollo de la transformación de las estructuras económicas, en base a la consideración de que las prestaciones sociales son conquistas de las clases sometidas y no consecuencia de la dirigida evolución del sistema?. Y al mismo tiempo, ¿facilitan la intervención estatal en aquellas materias en las que necesita del respaldo popular; (recuerdese la intervención de los partidos de la izquierda parlamentaria en la elaboración de las legislaciones contra el terrorismo)?. La respuesta a estas interrogantes debe realizarse, no ya en el ámbito de la problemática del bien jurídico, sino en el más amplio de la existencia de una política criminal alternativa y la realidad del uso alternativo del derecho.

Una toma de posición en relación a la teoría de los bienes difusos y, en general, sobre los criterios que deben regir su determinación, pasa en definitiva por el análisis previo de las diferentes elaboraciones doctrinales sobre la posibilidad de existencia de una política alternativa de bienes jurídicos. Hasta la actualidad se han venido desarrollando básicamente tres planteamientos: El que pretende, en base a una formulación "realista", adecuar el derecho penal a la jerarquía de valores constitucionales, teniendo como finalidad la conservación del Estado social y democrático de derecho; El que, utilizando la Constitución, no como fin o ideal político, sino como medio estratégico, emplea algunas secciones de la misma para alcanzar mejoras sustanciales en los intereses de las clases inferiores, conformando así una política criminal alternativa. Y finalmente, el que parte de la modificación de las estructuras económicas como exigencia para la obtención de un sistema cultural y dogmático, de una superestructura jurídica que permita el desarrollo "efectivo" de

una política criminal alternativa.

A) Tesis Realista.

a) Principios informadores.

El primero de ellos, sustentado entre otros por ROXIN y MARINUCCI (29), intenta la construcción de un / sistema de bienes jurídicos en base a las indicaciones constitucionales, aunque sin olvidar tampoco los resultados de las investigaciones criminológicas (30). Las / características de esta construcción se basan en que se concretizan los bienes institucionales del mismo modo / que los individuales, en su aspecto dinámico, se intentan evitar las categorías genéricas de bien jurídico // (orden público, moralidad pública, etc.), y se adoptan / los intereses sociales, diferenciándose en ello de las tesis propiamente liberales que siguen criterios hermenéuticos y de legitimación negativa.

En definitiva, se persigue la defensa del Estado social y democrático de derecho como único sistema / viable, donde, en opinión de ANGIONI, "la clase dirigente no tiene tantas posibilidades de imponer su código / de intereses, pues gracias a la pluralidad, son muy diversos los intereses en juego" (31).

b) Crítica de MARINUCCI al modelo de Ciencia integral del Derecho penal defendido por BARATTA.

En la defensa de estas tesis, MARINUCCI ha llegado a sostener una agria polémica con BARATTA, al sustentar éste la posibilidad de creación de una política / criminal de las clases subalternas.

Considero interesante reflejar sólo parte de esta discusión, pues es indiciaria de las diferencias de fondo existentes entre tales planteamientos.

En opinión de MARINUCCI, la tesis de BARATTA "esboza una estrategia de larguísimo periodo, proyectada en una ciencia jurídica del mañana que, integrándose en la criminología de la ciencia penal sobre el que edificar "cualquier cosa mejor que el derecho penal" (32). Por lo que deduce MARINUCCI, "BARATTA se mueve contra toda perspectiva real de reforma, con lo cual se mantendrá el dominio perenne de la burguesía italiana, hostil a reformas sustanciales... y acepta el dominio como un dato inmodificable" (33). Apoyando las ideas de MARINUCCI, ROXIN ha criticado cualquier intento que tenga la finalidad de reformar sustancialmente el sistema, manifestando que "en un último análisis, se retorna al derecho penal de la retribución y, bajo la bandera del progreso, se sirve a la reacción" (34).

La contestación de BARATTA a las objeciones realizadas por estos autores parte de la comparación de ambas tesis, al manifestar que "contraponiendo a esta perspectiva radical, una perspectiva reformista a la criminología crítica una criminología axiológica, MARINUCCI se resigna a declarar, como único posible proyecto de derecho penal racional en Italia, un proyecto de racionalización neocapitalista del sistema, que retorna al viejo modelo integrado, que ha guiado, en los últimos decenios, el movimiento internacional de reforma". Concluye BARATTA afirmando que, "tanto ROXIN como MARINUCCI, con el clásico argumento del reformismo, que refutando el pasado y teniendo un futuro muy distinto del presente, lo convierten en un instrumento de conservación y legitimación de éste último" (35).

#### B. Tesis Reformistas.

Tras esta simple descripción de la polémica

suscitada, es necesario un análisis más profundo de las tesis de BARATTA, que se incardinan en lo que hemos calificado como aquellos planteamientos que configuran el uso alternativo del derecho, como el instrumento adecuado en la construcción de una política criminal alternativa. Además de este autor, FERRAJOLI en Italia y OCTAVIO DE TOLEDO y BUSTOS RAMIREZ en España, entre otros, parten, en su mayoría, de la necesidad de crear una política criminal alternativa, cuyo principio básico debe ser no "una criminalización alternativa, sino la más drástica reducción posible del sistema penal" (36).

a) Principios informadores.

La base de esta tesis radica en el concepto de Ciencia integral del derecho penal, (37) que permite emplear la técnica jurídica al servicio de las ciencias sociales, mientras que el marco mínimo donde se desenvuelven es el Estado social y democrático de derecho (38), siendo las indicaciones constitucionales su fundamentación jurídica (39). Tal como especifica FERRAJOLI, "la llamada a la Constitución que ha suscitado objeciones de la izquierda y la derecha, se basa en que es una norma de carácter ambiguo y de compromiso, de inspiración burguesa, fruto del compromiso entre las diversas fuerzas políticas que intervienen en su formación... pero es la ley más avanzada de nuestro ordenamiento, en el que se han introducido importantes principios normativos, favorables a la emancipación de las clases populares que constituyen el fruto de las conquistas realizadas por el movimiento obrero y democrático, en un momento particularmente feliz de nuestra historia" (40).

b) Utilización de la técnica del Uso alternativo del Derecho.

Aquí es, sin duda, donde reside la diferencia

entre ambos planteamientos, ya que, para éste último, ni el Estado Social y Democrático de derecho, ni la propia Constitución, constituyen un ideal en sí mismo, pero posibilitan la estrategia de utilizar tan sólo el contenido de la Constitución, que representa una función alternativa a los criterios jurisprudenciales dominantes, y por tanto ofrecen una utilización instrumental (41). Se manifiestan, por consiguiente, partidarios de un uso alternativo del derecho con fines sociales, que, en opinión de BARATTA, no significa "renunciar a reformas posibles, sino, y es oportuno decirlo así, elegir y valorar la reforma sobre la base de su posibilidad de transformar radicalmente el sistema en los intereses de las clases subalternas" (42).

C. Tesis basada en la unión de los niveles culturales y económicos en el origen de las formas jurídicas.

Es precisamente una concepción radicalmente diferente, en lo que respecta a la efectividad real del empleo alternativo del derecho, lo que caracteriza la tercera de la tesis que voy a exponer y que suscribo plenamente.

a) Análisis crítico de la teoría del uso alternativo del Derecho.

Si se considera que el ordenamiento jurídico es fruto de las relaciones de poder del capital en el seno del aparato estatal, hablar entonces de un uso alternativo del derecho como estrategia de lucha contra dichas relaciones de poder, sería ilusorio. De éste modo, se suele mantener, por parte de los partidarios de las tesis reformistas, que es posible un uso revolucionario de la Constitución burguesa. Parten de l in-

interpretación alternativa de determinadas cláusulas como el medio que posibilita el ascenso de las clases populares. Al seleccionar una de dichas cláusulas (art. 9 aptdo. segundo) de la Constitución, observamos que tan sólo tienen carácter programático, excesivamente general, que no permite tan siquiera una construcción jurídica paralela, pues ello supondría una contradicción con la propia configuración del Estado que ofrece la misma Constitución. Modelo éste incompatible con la posibilidad de remover los obstáculos que imposibilitan el acceso de los ciudadanos a la vida económica, ya que, precisamente, representa la consagración de la desigualdad a través del reconocimiento del sistema económico mixto (44).

El artificioso esquema revisionista se fundamenta en las tesis neo-granscianas de división entre distribución y producción, lo que representa la configuración de una teoría o la práctica social, separada de la estructura, y una teoría de la superestructura como relativamente autónoma de las estructuras y de la práctica. Ello representa la imposibilidad de controlar el proceso de criminalización primario.

En el análisis crítico que realiza GOMEZ BENITEZ de la ideología reformista de la *Questione Criminale*, se denuncia la remisión del problema al ámbito de la distribución, con lo que en realidad se pretende lograr, según dicho autor, "una política del movimiento obrero, que incida reformándola sobre esta distribución, ya que ésta ha sido previamente identificada como proceso de criminalización. Se intenta de esta manera teorizar sobre el Estado como Estado-social, ya que es en esta esfera de la distribución en la que, según esta concepción el Estado, aparece como Estado social relativamente autónomo respecto a la producción capitalista" (45).

Las tesis reformistas cometen el error de distanciar la forma jurídica de la estructura económica, única responsable de las transformaciones, operando la revisión, no en las bases de las relaciones de producción, sino en los agentes de la distribución. Por esta razón, planteamientos como los de FERRAJOLI o MARCONI, que defienden la creación de garantías sociales de existencia como hipótesis estratégicas de política criminal, conduce, como reconoce GIORGIO BARATTA, no tanto a la autonomía de la forma jurídica y de la legalidad burguesa, como a la autoconsistencia absoluta de la sociedad burguesa y del sistema capitalista" (46)

Hay que concluir que la técnica del uso alternativo del derecho no puede conducir nunca a una efectiva política criminal alternativa, ya que no incide en ninguno de los factores que representan las claves en las relaciones de producción. Las posibilidades quedan reducidas únicamente a la consecución de cambios, en ningún caso sustanciales, que tienen como efecto inmediato la legitimación del sistema económico en el que se desarrollan.

Es el propio proceso evolutivo de las estructuras económicas, el que exige la introducción y defensa de los nuevos intereses que se constituirán en bienes jurídicos. Esto no significa que los conflictos sociales hayan perdido la categoría de impulsores de las transformaciones, sino la instrumentalización de los mismos en la definitiva conformación del modelo del Estado. La aceptación, sin más, de una autolimitación estatal en la selección de los bienes jurídicos como consecuencia de los criterios elaborados por los teóricos del Estado liberal y asistencial, no representa otra cosa que la confirmación de la función legitimadora que los mismos cumplen.

Es cierto que la introducción de nuevos valores de protección posibilitan, teóricamente, ya que no suele tener repercusión alguna en el posterior ámbito de criminalización secundaria, un desarrollo de los intereses sociales, pero, al mismo tiempo, permiten el "garantismo" y con ello, la defensa absoluta del Estado social y democrático de derecho. De esta manera, la construcción de un sistema cerrado de bienes jurídicos basados en el carácter pluralista y consensual de los mismos, imposibilita la entrada de cualquier otro valor "enemigo" del sistema.

b) Criterios rectores de una política criminal de las mayorías.

Reconociendo por tanto el doble papel que representa todo planteamiento en torno al bien jurídico, considero que cualquier fórmula que se oferte en la elaboración de los criterios que configuren un concepto de bien jurídico, que pretenda básicamente la descriminalización como hipótesis de una política criminal de las mayorías, debe partir de los siguientes postulados: 1º Del impulso de la conflictividad social. Sólo la dialéctica de la presión permite la concesión estatal. 2º De una valoración social del interés protegido, donde el concepto de perjuicio social se determina en base a las técnicas del labelling approach, modificadas en el sentido de establecer la conexión entre los niveles culturales y económicos en el origen de las formas jurídicas, que supone la aceptación de la tesis de los bienes colectivos como medio de ruptura con la tradicional concepción liberal de bien jurídico, sin que sean aceptables ni la técnica ni los resultados dogmáticos a los que conduce. 3º De una revisión crítica de la Constitución, como consecuencia de la adopción de criterios que responden a las necesidades e intereses conflictuales, y que provocan la exclusión de las

valoraciones morales, individuales, e incluso sociales, que no tengan el carácter de fundamentales.

Con estos elementos se contribuye realmente al proceso de privatización del derecho penal, pues se excluyen todos aquellos valores que no corresponden con el concepto de bien jurídico, mantenido en base a los criterios de fragmentariedad y última ratio que éste ostenta.

## II. ANÁLISIS DEL CONCEPTO "SEGURIDAD INTERIOR" DEL ESTADO.

En el procedimiento de determinación del interés tutelado en el delito de detención ilegal practicada por funcionario público, es imprescindible delimitar el alcance y la significación del Título segundo del código penal, referente a la seguridad interior del Estado, dada la ubicación sistemática del delito objeto de estudio. A continuación, se analiza si el actual título II responde a los criterios fundadores de una concepción autocrática de Estado y, por tanto, lo contradictorio de su admisión en un sistema democrático-constitucional. Y al mismo tiempo, si ello conduce al rechazo de la "seguridad interior estatal" como valor fundamental y, consecuentemente, a la necesidad de formular una alternativa en relación al bien jurídico de aquellos delitos que actualmente se encuentran bajo dicha rúbrica.

### 1. ORIGEN DE LOS ACTUALES DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD INTERIOR DEL ESTADO.

#### A. El "crimina maiestatis" como primer antecedente de los actuales delitos contra la seguridad estatal.

El antecedente de estos delitos se encuentra en el "crimina maiestatis", que representaba la simbología Estado-Monarca (47), mediante el concepto de soberanía (maiestas) que, como ha descrito Tagliarini (48), "se haya referido a la suprema autoridad del Estado (primero el rey, después el pueblo y el senado)" (49). Una correcta comprensión de dicho concepto exige su descomposición en las dos atribuciones que lo conforman: "potestas" y "dignitas", imperio y dignidad-honor eran las connotaciones esenciales de un sistema en el que cualquier infracción de los mismos y, en consecuencia, de los intereses del Estado, eran considerados como delitos de lesa majestad (50).

Entre los orígenes de la Lex Julia, en los que únicamente se sancionaban los atentados al Emperador, y el posterior proceso criminalizador, se produce una ampliación desmesurada del delito de lesa majestad, ya que asume también la defensa de los intereses religiosos, económicos, funcionamiento de la Administración, etc. Se convierte así éste delito, en el principal instrumento político de la Monarquía, pues reconduce la infracción de los valores fundamentales del sistema al máximo de gravedad, representado por la infracción del poder de imperio del monarca (51).

Esta evolución elefantiásica adquiere su más alto nivel durante el corporativismo medieval, culminando finalmente en la fase de la monarquía absoluta, en donde se sancionan, no sólo los delitos dirigidos contra la persona del monarca, sino también los efectuados por los funcionarios en incumplimiento de sus órdenes, y en definitiva, toda acción que perjudicase, aunque fuese indirectamente, la monarquía. Este proceso ha sido definido por Messina como un fenómeno de "gigantismo, en el que el crimen maiestas va avanzando y comprendiendo mayores áreas de comportamientos criminales en los cuales hay un mínimo político.... La multiplica-

ción de los sujetos de maiestas (natural consecuencia del crecimiento de una concepción burocrática del Estado y del poder), conduce a la politización de los delitos comunes" (52).

B. Modelo de seguridad propuesto por el Código napoleónico de 1810.

El concepto de "lesa majestad", finalmente, culmina con la introducción de valores tales como paz y tranquilidad públicas, que supuso el desarrollo de un efecto multiplicador de los intereses protegidos al servicio de las necesidades del Estado-Monarca. Esta evolución facilitó que las propuestas alternativas, (contraídas a ese concepto amplio de lesa majestad), de las corrientes Iluministas, tuviesen rápidamente una consagración positiva. Así es como, con el movimiento codificador, se comenzó a utilizar el modelo propuesto por el código napoleónico de 1810, con la finalidad de delimitar el marco de actuación del delito de lesa majestad, tras privarle de parte de su contenido. De esta forma, en un sólo título, destinado a los "Crímenes y Delitos contra la Cosa Pública", se reúnen los delitos contra la seguridad del Estado (cap. I), los delitos contra la Constitución (cap. 2) y los delitos contra la paz pública (cap. 3) (53). Considerándose como delitos contra el Estado no sólo los que afectan a su seguridad, sino también los contrarios a la Constitución y al Orden público.

La amplitud del concepto elaborado, apenas limitaba el de la regulación absolutista, ya que al sustituir la maiestas por la soberanía, la veneración y la obediencia continuaban siendo los factores decisivos en la criminalización. Esta nueva formulación de los delitos contra la soberanía, que pretendía eliminar los abusos en los que incurría una configuración como

la de los delitos de esa majestad, no sólo no lo consigue, sino que, y debido a una incorrecta interpretación de la tesis de BENTHAN sobre la división de los delitos, amplía el ámbito de los intereses del Estado (54).

a) Formulación de BENTHAN.

En efecto, BENTHAN, al clasificar los delitos en públicos y semipúblicos, distinguió, dentro de aquellos, los que atacaban la esencia misma del Estado y los que sólo afectaban a su forma de ser. El mismo, reconocía que "una de las grandes dificultades que presentan los delitos que afectan el interés público, es que la mayoría no tienen una concreta denominación y ello da lugar a perífrasis largas y oscuras" (55).

De este modo, estableció una separación entre aquellos delitos que afectaban a la seguridad exterior del Estado, como eran los de traición, espionaje y piratería y aquellos otros que tan sólo representaban un ataque a la soberanía, reducida a las infracciones efectuadas contra la forma de gobierno, la rebelión ofensiva y defensiva, la persona del soberano y la difamación política.

b) Incorrecta interpretación de la tesis de BENTHAN por la doctrina liberal.

Las tesis liberales, partiendo de este planteamiento, cometen el error de equiparar los conceptos seguridad interior-soberanía, sin apreciar que éste se utiliza, en la teoría de BENTHAN, de forma mucho más reducida, aludiendo a los intereses de la Monarquía y nunca a los sociales, como pretendían los partidarios de la revolución burguesa.

Esta interpretación justificaría las nuevas

regulaciones legales del siglo XIX, que no responden al concepto de soberanía, sino al más amplio de seguridad interior del Estado. Así, el código penal de 1822 recoge en el título III los delitos contra la seguridad interior del Estado y contra la tranquilidad y el orden público, siguiendo el esquema del Código penal napoleónico de 1810, si bien excluye de la concepción más amplia "Delitos contra el Estado", los delitos contra la seguridad exterior del Estado y los delitos contra la constitución, que, por el contrario, si aparecían en aquél (56).

Si el esquema utilizado era, básicamente, una reproducción del Código penal francés, la influencia doctrinal de BENTHAN fué decisiva, tal como reconoció el propio CALATRAVA en la sesión del día 6 de enero de 1822, al admitir una propuesta del Colegio de Cádiz, consistente en que, en vez de delitos contra la sociedad, se adoptase la división de BENTHAN de delitos públicos y semipúblicos y se comenzara por los privados (57).

La nueva regulación supuso, como expone OCTAVIO DE TOLEDO, "el autonomismo de los delitos contra la función pública, de los delitos de lesa majestad, porque ya no se encuentra en ellos un ataque contra el Estado y la transformación de los delitos de traición en los delitos contra la seguridad exterior e interior del Estado" (58).

c) Equivalencia de la fórmula lesa majestad-seguridad interior del Estado.

Los delitos de lesa majestad van a concentrarse

en el nuevo título "seguridad interior del Estado" en su más amplia consideración, pues se recoge, no sólo los ataques a la forma de gobierno, sino también las conductas que atentan contra la tranquilidad y el orden público; aunque también es cierto que se sancionan los atentados al Rey y a la religión como delitos contra la Constitución, intentando con ello mantener un sistema de defensa de los principios liberales, fundamentos del nuevo régimen, por encima de los delitos que sólo afectan al funcionamiento del mismo (59).

En opinión de G. MARCONI, "la nueva regulación es obra de la definitiva superación de la concepción tópico-casuística del crimen *laesae-majestatis* y del inicio de una elaboración de la materia de los delitos políticos sobre bases meramente lógicas. La dificultad de salir de la lógica de la lesa majestad era, en este análisis, superada gracias a la investigación y a la definición de los límites y modos de demarcación de las conexiones existentes entre los intereses relativos a la existencia del Estado, ya sea como entidad jurídica, como Constitución política, y los intereses inherentes a la persona del soberano, que se reserva en todo caso la representación moral del Estado" (60).

En esta línea, el nuevo título "Seguridad interior del Estado", será el soporte que sirva a la protección de los valores esenciales en el funcionamiento del aparato estatal, representando, al mismo tiempo, la conservación de figuras propias de los delitos de lesa majestad y divinidad, como tendremos ocasión de comprobar en el desarrollo de este estudio.

## 2) EVOLUCION DEL CONTENIDO DEL CONCEPTO "SEGURIDAD INTERIOR". EN ESPAÑA.

Si el análisis del crimen *laesae-majestatis* es impor-

tante, como precedente que fué de los delitos que conforman el título referente a la seguridad interior del Estado, también lo es conocer la evolución del contenido de dicho título para comprender el significado de la actual regulación.

Pretendo demostrar la conexión que siempre ha existido entre los conceptos orden público y seguridad interior del Estado, con la finalidad de denunciar el carácter artificioso que éste último adquiere al desprenderse de cualquier posible función y depender casi exclusivamente de la regulación que de los delitos, que teóricamente atacan los intereses estatales, realizare el título referente al orden público.

A) Identificación de los valores de Orden Público-Seguridad Interior en los diferentes Códigos penales.

Ambos, orden público y seguridad interior, aparecen indisolublemente unidos en los códigos penales de 1822 y 1848, regulándose en un sólo título indistintamente sus materias. A partir del código penal de 1870 desaparece de la rúbrica la expresión seguridad interior, siendo la mayoría de los delitos en él contenidos, regulados a través del nuevo y exclusivo título referido al orden público (61).

Con la desaparición del Estado, el concepto de orden público alcanzaba un desarrollo extraordinario, que respondía a las estructuras clásicas del capitalismo contemporáneo, que no identificaba los valores fundamentales del sistema con la existencia de una gran seguridad interna, fruto de un Estado fuertemente centralizado.

El concepto "seguridad interior" del Estado, subordinado al criterio seguido en relación a las nece-

sidades de orden público, perdió todo su valor al adquirir éste la competencia sobre delitos como: rebelión, sedición, atentado y resistencia a la autoridad, desobediencia, desacatos, injurias y amenazas a la autoridad, desordenes públicos... etc.

B) Repercusión de la Ley de 29 de Marzo de 1941 en el tratamiento unificado de esta materia.

Esta situación permanece hasta la aparición de la ley 29 de Marzo de 1941 de Seguridad del Estado, que procede al tratamiento unificado de lo que anteriormente eran títulos independientes, como seguridad exterior, orden público y algunos de los delitos contra la Constitución (62). Es la primera vez que se realiza la formulación en un sólo título de tan diversos delitos, bajo el denominador común de atentar contra "el prestigio y la seguridad del Estado", por ser sus repercusiones "públicas y sociales".

La pregunta, que inmediatamente surge, es la de si ello supone un cambio en la concepción de Estado, o si, por el contrario, la utilización del concepto seguridad estatal no responde a ninguna modificación estructural. Antes de contestar a esta pregunta, es necesario puntualizar que, si bien la ley de 1941 fué la primera en fusionar positivamente y en un sólo título los delitos contra la seguridad exterior, orden público y parte de los delitos contra la Constitución, tal idea procedía del Anteproyecto de Código penal de 1938, elaborado por F. T. de JONS. (63)

C) El Anteproyecto de Código penal de 1938 como primer precedente del análisis del delito de detención ilegal, en el título dedicado a la Seguridad del Estado.

La técnica utilizada por el Anteproyecto era similar, al considerar que bajo los nuevos títulos 2º y 3º, referidos a los delitos contra el Estado y Orden Públicos, se agrupan en los delitos contra la seguridad interior, exterior, orden público y la mayoría de los delitos contra la Constitución. Por vez primera, y en la sección segunda, aparecen previstos los delitos de funcionarios con infracción de los derechos cívicos, como delitos contra el Estado, algo realmente inusual, ya que nunca ostentaron tal condición, sino que, y en el caso concreto de la práctica ilegal de detención efectuada por funcionario público, se había situado bajo las siguientes rúbricas: Delitos contra la Constitución y el orden político de la Monarquía (código penal de 1822), delitos contra la Constitución (C.F. 1870 y 1932), delitos contra los poderes públicos y la Constitución (c.p. 1928), delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos (c.p. 1848).

Es por tanto en el Anteproyecto de Código penal de 1938, donde se produce, no sólo el primer intento de concentración de los delitos contra el Estado, incluyendo los delitos contra la Constitución, sino, y precisamente por esta razón, la regulación originaria de la detención ilegal practicada por funcionario público como delito contra la seguridad del Estado (64).

Esta sistematización propuesta por el Anteproyecto de código penal de 1938 se hace realidad, aunque con dimensiones más reducidas al no incluir determinados delitos contra la Constitución, en la ley de 29 de Marzo de 1941, y finalmente, en el Código penal de 1944, al regular como delitos contra la seguridad interior del Estado, los que antes constituían básicamente los títulos relativos a la Constitución y Orden Público (65).

En relación al delito de detención ilegal practicado por funcionario público, el código penal de 1944 mantiene el criterio del Anteproyecto de c.p. de 1938, al regularlo como delito contra el Estado, sin seguir en éste caso la dirección emprendida por la ley de seguridad del estado de 1941, que excluía de su casuística tipología precisamente este delito (66). Lo que evidencia que, en la materia objeto de análisis, el precedente lo constituye el Anteproyecto de c.p. de 1938, y no la ley de seguridad del Estado de 1941. En efecto, si bien el título II del Código penal responde al trasvase efectuado de los delitos que integraban la ley de seguridad del Estado de 1941, lo que significaba mantener la confusión de intereses con aquellos que afectaban al orden público y la Constitución, no responde en absoluto a la sistemática allí utilizada cuando prevé delitos como la blasfemia o la detención ilegal practicada por funcionario (67). Aquellos delitos no respondían a la nueva concepción del Estado autoritario, sino que, y en relación siempre a la noción "seguridad estatal" representaban una necesidad sistemática, pues suponían infracciones de los valores constitucionales, en ese preciso momento inexistentes. Al desaparecer la Constitución como criterio selectivo, las infracciones del modelo de funcionamiento estatal pasan inmediatamente a considerarse ataques al Estado, mientras que las infracciones de los derechos individuales, aunque no constituyen elementos esenciales del sistema y, solo por razones técnicas de necesidad instrumental, son entendidas como ataques a la seguridad interior del Estado, recuperando de este modo su carácter de delitos de lesa majestad.

Ello explicaría la necesidad y urgencia de una ley como la de seguridad del Estado que reordenase los atentados a los valores más fundamentales en la defensa

del nuevo sistema, y la consecuente integración en un sólo título de todos aquellos delitos. Con este sistema, se consideran como delitos contra el Estado conductas que no afectaban las bases estructurales del mismo, salvo que se considerase que tales infracciones pertenecían a la categoría conceptual de crimina maiestatis, como el último grado de la evolución en la divinización del monarca (68).

D) Análisis del fundamento de la concepción "Seguridad del Estado" como respuesta a la ideología del Estado-persona.

En este momento, es necesario contestar a la interrogante planteada anteriormente sobre si la incorporación de la rúbrica "Seguridad interior del Estado", presupone un cambio en la concepción del Estado, y si ello es así, si responden al mismo planteamiento los delitos e los funcionarios contra el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos por las leyes.

El Título "Seguridad del Estado" representa, teóricamente, un cambio en la defensa de determinados intereses estatales frente a la uniforme regulación de los delitos de lesa majestad, que suponían la consideración conjunta de hechos atentatorios contra el monarca, la forma de gobierno, la tranquilidad pública, o los principios informadores del sistema. La nueva sistemática posibilita la separación, en general, de los tres grandes apartados; Seguridad, Constitución y Orden público, pero tan sólo en el plano procedimental, ya que su contenido sigue siendo prácticamente el mismo, pudiendo afirmarse que la regulación prevista en los códigos liberales es idéntica a la realizada en el Anciano Régimen (69). La similitud es tal, que Sbricoli ha llevado a afirmar que "la mayor diferencia

entre el crimen *laesae maiestatis* y el delito contra la seguridad del Estado, estriba en las diversas experiencias en que se sitúan los dos sistemas, en el diverso orden de exigencias expresadas en el Estado de las dos épocas y, porqué no, en la distinta relación de los juristas con la estructura de poder de un lado y con la ciencia jurídica de otro" (70).

La ideología liberal que desarrolla el concepto "seguridad del Estado", pretende la reducción del concepto de delito político y, con ello, de los intereses estatales, por medio de su separación de aquellos otros atentados a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, que se reconocen en la Constitución como delitos contra la misma. El resultado logrado es bien diferente, predomina la idea "seguridad" respecto, no del ciudadano, sino del gobierno (con el que se identifica plenamente), ya que la ambigüedad del concepto permite su instrumentalización en defensa de los intereses políticos de las clases dirigentes, como previamente lo fué el delito de lesa majestad en su función de conservación de la monarquía (71).

Tras la pretendida defensa de la seguridad estatal se esconde, generalmente, la sanción de "la desobediencia", de la crítica, y de todas aquellas conductas que representan un peligro para el desarrollo y la reproducción del modelo social establecido.

Si el concepto de "seguridad" liberal mantiene (72), en cierto modo, los contenidos de la concepción del crimen *laesae maiestatis*, la auténtica transformación del criterio "seguridad" estatal", se produce con la desaparición del sistema democrático y el consecuente desarrollo de los esquemas propuestos por el Anteproyecto de c.p. de 1938, al consagrarse definitivamente en el c.p. de 1944 (73)

Esta sistemática, es producto de una nueva concepción del Estado identificada con el Estado-persona de carácter totalitario y opuesta, por tanto, al Estado-comunidad. Se desarrolla un proceso de mistificación de la persona jurídica "Estado", que posibilita la metamorfosis de cualquier delito en atentado a los valores esenciales del sistema, la sanción de las primarias manifestaciones del proceder humano como actitud política y, finalmente, crear la ficción jurídica del Estado-Gobierno que, como dice PANAGIA, permite "la distinción entre sujeto pasivo de la conducta y del delito" (74).

Esta abstracción, que permite la identificación Estado-gobierno y la ostentación de éste, como sujeto pasivo, de un bien jurídico maiestático, provoca el aumento de la esfera de criminalización en congruencia con una idea defensiva del poder frente a las "agresiones" políticas del ciudadano.

El hecho de que las infracciones cometidas por los funcionarios contra los derechos de los ciudadanos se sancionen como atentados contra el Estado, no es contradictorio con el planteamiento que se viene sosteniendo, puesto que se corresponde con la evolución que sufre el concepto de lesa majestad que, en su fase de máxima degradación, sanciona las conductas de los funcionarios (prolongación del poder) por afectar la maiestas soberana.

En definitiva, es la "desobediencia" como reminiscencia de una concepción absolutista de Estado, el elemento esencial que caracteriza la nueva formulación, y no la defensa de las garantías del ciudadano frente al poder, como pretende, entre otros, MUÑOZ CONDE, cuando mantiene que en el título segundo del código penal existen dos concepciones de "seguridad", "una primera, donde es la seguridad que deben tener los ciudadanos en que

el Estado ajuste su actuación a las normas fundamentales o constitucionales, aprobadas por esos ciudadanos democráticamente y otra, consistente en una dominación política frente a los ciudadanos (75). Este autor ofrece una visión del concepto seguridad que no se corresponde con el origen y evolución del mismo. La solución no radica en intentar construir un concepto de Seguridad estatal abierto a la protección de los derechos fundamentales del ciudadano, sino en demostrar la incompatibilidad del mismo con los principios de un Estado democrático.

Del mismo modo, cuando BUSTOS RAMIREZ afirma que "Seguridad del Estado y derecho de la persona no aparecen como términos contrapuestos, sino que, por el contrario, base de la seguridad del Estado es el reconocimiento de tales derechos y su debida protección, especialmente en relación a la actividad del propio Estado", está realizando un análisis del concepto liberal de seguridad, en el que el formal respeto de los derechos individuales es fundamento del sistema, pero que no se corresponde en absoluto con el concepto de seguridad producto de una involución autoritaria del Estado, no caracterizado precisamente por el respeto de tales derechos (76). Sólo abstrayéndose de tal tipo de análisis, es posible concluir que el actual título segundo del Código penal atiende a las expectativas de un Estado de Derecho.

### 3) NECESIDAD DE LA DESAPARICION DEL ACTUAL TITULO II DEL CODIGO PENAL Y PROPUESTA ALTERNATIVA.

El título "seguridad interior", como consecuencia de la progresiva degradación sufrida por la concepción liberal limitada a la regulación del Orden y Poderes públicos, se convirtió, en virtud de las concep-

ciones totalitarias dominantes, en el instrumento utilizado en la lucha contra el disenso político.

Su carácter incostitucional, debido al incumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 1,1 de la Constitución para un Estado social y democrático de Derecho, impone la ineludible necesidad de su transformación (77) y sustitución por otro que evocase la relación Estado-comunidad frente a la de Estado-gobierno habitual (78).

En este sentido, es necesario crear una sistemática que proteja el desarrollo de las instituciones básicas en el ordenamiento democrático y que, al mismo tiempo, sean capaces de facilitar las necesarias modificaciones de los mismos como resultado de los cambios sociales. El esquema propuesto debe basarse en la defensa de tres elementos básicos: en primer lugar, la protección de los órganos constitucionales elementales en el funcionamiento del Estado democrático; en segundo lugar, la defensa de las actividades desarrolladas por aquellos; y en tercer lugar, la protección del libre ejercicio de los derechos políticos fundamentales.

De forma semejante, la mayoría de la doctrina italiana ha propuesto la sustitución de la fórmula "Delitos contra la personalidad del Estado", por otra basada en la infracción de los principios fundamentales y primarios, que hacen del Estado-colectividad sujeto pasivo en los delitos políticos, para evitar lo que, como MANZINI revela, se ha convertido en tradicional, y que es que "en el Estado democrático no sólo se ha mantenido el complejo de incriminaciones fascistas, sino que se ha demostrado una tendencia a un rigor aún mayor"(79).

Trás lo expuesto, es evidente que los delitos

cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos fundamentales previstos en la sección 2ª del título 2º del c.p. y, en particular, el delito de práctica ilegal de detención, no suponen infracción alguna de la seguridad estatal, como manifiesta RODRIGUEZ RAMOS cuando considera que "es un gran error considerar bien jurídico protegido la seguridad interior del Estado, pues el abuso de tales libertades cívicas significan un atentado contra la libertad de los ciudadanos y sólo algunos casos, contra la seguridad interior del Estado, y tales supuestos cuentan ya con una protección específica" (80). La irregularidad de su ubicación sistemática se debe, sin duda, a la nueva concepción del Estado y a las necesidades de ampliar al máximo la existencia de los delitos políticos, que conduce a la incongruencia metodológica de fusionar en un sólo título los delitos contra la Constitución y Orden Público.

Hay que adecuar la estructura penal a la social y por tanto, es necesario proceder a la reforma del actual título segundo del código penal, mediante la supresión del mismo y el trasvase de los delitos en él comprendidos a los restantes títulos del c.p., en base al bien jurídico que realmente se afecte, sobre el fundamento teórico de que la seguridad estatal no constituye ningún bien jurídico. En esta línea metodológica, el delito de práctica ilegal de detención efectuada por funcionario público (si tal reforma se realiza), es susceptible de ser reconducido a los siguientes títulos: En primer lugar, el título VII "De los delitos de los funcionarios públicos en el servicio de sus cargos", en segundo lugar, al título XII "De los delitos contra la libertad y seguridad" y finalmente, al título que resulte de la necesaria reforma del título II, que puede afectar tanto a la Constitución como a la seguridad, entendida ésta última como el conjunto de

garantías que todo ciudadano posee frente al ejercicio del poder.

A continuación, se procede a la determinación del título que debe recoger el delito de detención ilegal practicado por funcionario público, siendo previamente necesario delimitar los bienes jurídicos protegidos en los títulos anteriormente mencionados.

En primer lugar, se analizará el actual título VII del código penal, relativo a los delitos efectuados por los funcionarios en el servicio de sus cargos.

### III. BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE FUNCIONARIOS EN EL EJERCICIO DE SUS CARGOS.

#### 1) Consideraciones preliminares

El interés en la determinación del bien jurídico protegido en los delitos de funcionarios, reside, en que la existencia de un título como el VII del código penal, dedicado exclusivamente a las infracciones de valores jurídicos por parte de los funcionarios, posibilita la creencia de que hay, o bien un interés jurídico común a todos los delitos de funcionarios, o que los mismos deben agruparse en torno al criterio sistemático establecido por el carácter del sujeto activo (funcionario público). Tanto si se opta por una u otra solución, el delito de detención ilegal practicado por funcionario sería uno más de los delitos de funcionarios en el ejercicio de sus cargos, y su ubicación sistemática debería de ser la del título VII.

Ahora bien, si se demuestra que no existe un bien jurídico común a todos los delitos de funciona-

rios, sino que se trata, en algunos casos, de meras infracciones administrativas y en otros se afectan intereses fundamentales, pero protegidos previamente en otros títulos del código penal, descartándose la posibilidad de que sea la condición de funcionario el criterio que aglutine estos delitos, por ser contrario a la concepción del bien jurídico como único método válido en la selección de los valores protegidos, se llegaría a la conclusión siguiente: el título VII del código penal no tiene razón de existir, por lo que tampoco el delito de detención ilegal de funcionario tiene allí su ubicación.

2) Relación entre el delito de detención ilegal practicado por funcionarios y los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos.

El delito de práctica ilegal de detención efectuada por funcionario, tan sólo excepcionalmente ha sido regulado como un delito de los cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Esto ocurría en el código penal de 1848, que incluyó el título VIII, "De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos"; un capítulo, el VIII, dedicado a los "Abusos contra particulares", donde se recogía dicho delito.

La ideología liberal va a conceder a la defensa de los derechos individuales el carácter de básicos, considerando este tipo de delitos como infracciones de la propia Constitución, clave y centro del nuevo Régimen.

El cambio sustancial de valores que representa la sustitución de la rúbrica en el delito que se analiza, se produce, en opinión de OCTAVIO DE TOLEDO, como

consecuencia de "rebajar la esencia del bien jurídico contemplado en una operación que cuadra muy bien con el calificativo de autoritario liberal", que ANTON ONECA da al código de 1848 y con la concepción semiautoritaria imperante en el Estado" cuando se dictó dicho texto legal" (81).

La clásica regulación liberal del delito de detención ilegal de funcionario como delito contra la Constitución, se repite nuevamente en el código de 1870, debido fundamentalmente a la reafirmación del liberalismo por medio de la Constitución de 1869 (82).

Para comprender la escisión que se produce en la regulación de este delito, es necesario el análisis del bien jurídico tutelado en los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos. Con ello, se conseguiría demostrar, o que el objeto tutelado es el mismo en todos los delitos de funcionarios o, por el contrario, que cada delito defiende un concepto diferente y, por tanto, exige una regulación sistemática también distinta e independiente.

### 3) ANALISIS DEL BIEN JURIDICO TUTELADO EN LOS DELITOS DE LOS FUNCIONARIOS EN EL SERVICIO DE SUS CARGOS.

En la discusión sobre el contenido de la anti-juridicidad de estos delitos, se producen básicamente dos planteamientos; Uno, en el que se identifican bien jurídico con incumplimiento del deber del cargo y otro, en el que se rechaza tal fusión, aunque se acepta como un hecho real la existencia del incumplimiento del deber, considerándolo como objeto, sólo y exclusivamente del derecho disciplinario.

En este segundo planteamiento, coexisten a su

vez dos alternativas: Una primera, que parte de la relación funcionario-Administración en la determinación del bien jurídico y otra, en la que lo fundamental es la relación ciudadano-funcionario.

A) Tesis basadas en "el deber del cargo".

La consideración del incumplimiento del deber del funcionario en relación a la Administración, es consecuencia del planteamiento de fidelidad establecido en las relaciones entre la Administración pública y los miembros, ya sean funcionarios o ciudadanos. La ausencia de cumplimiento del mandato impuesto por aquella, conforma el contenido de la antijuridicidad en esos delitos.

Al sancionar la desobediencia como interés jurídico fundamental, estas tesis eliminan la relación sociedad-individuo de la concepción liberal, para configurar definitivamente al Estado-Administración que utiliza al ciudadano como instrumento en su funcionamiento, y construye la lógica de la sanción penal sobre la mera "infidelidad" del funcionario público.

En estos planteamientos, se confunde el incumplimiento del deber del cargo con las relaciones de servicio, ya que la infracción del deber únicamente tiene incidencia en la relación que se establece entre funcionario y Administración, siendo su naturaleza exclusivamente disciplinaria (83).

B) Tesis basadas en la relación Administración-ciudadanos.

Posteriormente, se aprecia un cambio, desde luego no sustancial, en estas tesis, como consecuencia de la exigencia de la necesidad de un bien jurídico, es

decir, de que el valor jurídico tutelado tenga el rango de fundamental y, por tanto, que el interés sea de naturaleza penal y no simplemente un ilícito administrativo. A esto, hay que unir el desfase que en un Estado democrático representaba el mantener la concepción autoritaria, que desplaza la necesidad del bien jurídico en la teoría jurídica del delito.

Con las nuevas fórmulas adoptadas, "buen funcionamiento de la Administración", "fidelidad", "dignidad", "prestigio de la Administración, se pretende el encubrimiento de la infracción del deber del cargo como bien jurídico afectado. Son estos conceptos (reversos del deber del cargo), los que se mantienen mayoritariamente en la actualidad, quizás por la desidia y pasividad absoluta de doctrina y jurisprudencia, como el objeto de tutela en los delitos de funcionarios.

Lo positivo de este nuevo planteamiento, es que centra el estudio de los delitos de funcionarios en la relación existente entre ciudadanos y Administración, reduciendo el incumplimiento del deber a ilícito administrativo en su relación estatal, con competencia exclusiva del derecho disciplinario. Se pretende con ello reestructurar los delitos en examen, excluyendo aquellas tesis que basan el bien jurídico en la subordinación "oficial", para fundamentarlo en las exigencias ciudadanas frente a la actuación del Estado.

El principal argumento utilizado en la defensa de estas tesis, se basa en que "el deber que auténticamente es relevante para el derecho penal, en punto al bien jurídico protegido de los tipos de delitos de funcionarios referidos a la Administración pública, es el deber de ésta y por tanto de las personas físicas que lo componen, de servir a los que administran". (84)

Si el servicio a los ciudadanos es el argumento

base de ésta tesis, la discusión se centra, lógicamente, en la determinación de la naturaleza penal o disciplinaria del incumplimiento del deber. A este fin, parten de la distinción relación de servicio-deber del cargo, considerando que en la relación de servicio, el deber existe con respecto a la comunidad, por lo que una infracción de la misma, al ser de interés general, afecta al derecho penal, mientras que en la infracción del deber del cargo, la única relación existente es la disciplinaria, funcionario-Administración, sin que tenga algún sentido la aplicación del derecho penal, pues se trata de un simple ilícito administrativo.

C) Planteamientos doctrinales actuales sobre el interés protegido en los delitos de funcionarios.

Es necesario, en este momento, analizar cual es el estado de la discusión en la doctrina alemana, italiana y española, para concretar los principios fundamentales sobre los que se asienta.

a) En Alemania Federal, la doctrina sigue partiendo mayoritariamente de la relación Administración-funcionario en la determinación del bien jurídico en los delitos de funcionarios (85). Aunque, últimamente es ostensible un cambio en el sentido de dicha relación, al introducirse junto a la infracción del deber del cargo la incriminación de valores como fidelidad al Estado, y la integridad del aparato funcional.

Tan sólo y con carácter excepcional, un sector de la doctrina alemana defiende el principio de los intereses generales como un elemento básico en la delimitación del bien jurídico, reduciendolo, como hace DREHER, "a la confianza de la generalidad en el recto funcionamiento de la función pública" (86), o KHOLER,

al definir los delitos de cargo como "lesiones que afectan a los intereses generales" (87). Pero, incluso en estos casos, el elemento "interés general" no aparece como el único método en la determinación del valor protegido, sino que fundamentan el bien jurídico de estos delitos como fusión del interés general, más la infracción del deber de fidelidad o el abuso de poder. Como demostración de lo que acabo de exponer, valga la definición que de los delitos contra la función pública realiza el mismo DREHER, al considerar que en estos delitos se viola "la relación de fidelidad al Estado y la confianza de la generalidad en el recto funcionamiento de la función pública, además del abuso de la función pública a través del autor" (88).

Sobre esta misma idea se introduce una variante, como la sostenida por FRANK BINDING y JUGER THAN, que consideran al "abuso de poder" como el principal motivo de cualificación y el único criterio válido en la distinción entre el ilícito penal y el Administrativo (89). El abuso de poder es definido por BINDING como expresión de la relación de superioridad que ostenta el funcionario con respecto de la comunidad, siendo, por tanto, el factor determinante del ilícito penal y el que establece las diferencias respecto al derecho disciplinario" (90).

Al margen de estos planteamientos, que sitúan a la colectividad como uno de los factores decisivos, pero en ningún caso el único, en la determinación del bien jurídico, se puede afirmar que la tesis dominante en Alemania Federal defiende, por encima de éste elemento, la integridad del aparato funcional, residiendo el contenido del injusto en estos delitos, como expone CRAMER, en "la transgresión de la regularidad del desarrollo de la función pública y en la lesión de los inte

reses del Estado y en la apariencia de un recto desarrollo de los aparatos administrativos". (91).

b) En Italia, se construye la teoría sobre las claves "imparcialidad" y "eficiencia" en las prestaciones a los ciudadanos, reconocidas en el artículo 97, 1º, de la Constitución. Sobre ellas se argumenta, como hace RAMFIONI, que tienen un valor preceptivo y que, tanto la imparcialidad como el buen funcionamiento de la Administración, "son los valores-fines constitucionalmente prefijados que deben caracterizar la acción de la Administración, entendida en el sentido estricto" (92).

El concepto de "buen funcionamiento" no se identifica con el de prestigio, pureza, o confianza de la Administración, sino que, como afirma BRICOLA, es sinónimo de eficiencia, es decir, de conformidad al interés público (93). Argumento éste que enlaza con la opinión de TAGLIARINI sobre que la actividad administrativa, a través de la correcta distribución en los intereses, debe perseguir el buen funcionamiento de la Administración (94).

Con estos criterios, se intenta dar prioridad a la relación ciudadano-Estado frente a la ya clásica de funcionario-Administración, todavía subyacente en el Código ROCCO, donde prevalece aún el prestigio y el normal funcionamiento de la Administración como bien jurídico tutelado. Con este cambio, se va a considerar como bien jurídico en los delitos de funcionarios la "imparcialidad", entendida como "modo de distribuir equitativamente entre los ciudadanos la utilidad y los sacrificios derivados de la acción administrativa" (95).

El fundamento de estas tesis, reside nuevamente en la discusión en torno a la naturaleza del ilícito

penal o administrativo, que ostentan las infracciones de valores como el prestigio de la Administración o la propia fidelidad.

c) En España, como ya se vió en el apartado anterior, la tesis mayoritaria es la que concibe el deber del cargo como bien jurídico en los delitos de funcionarios, siendo tan sólo algunos autores, como QUINTANO RIPOLLES o RODRIGUEZ DEVESA, los que han cuestionado la naturaleza del deber como objeto fundamental de protección y la misma necesidad de un título, como el VII, que unifique todas las infracciones efectuadas por los funcionarios.

Siguiendo las tesis alemanas fundamentadas en la relación de servicio a la comunidad, QUINTANO RIPOLLES establece una división en orden a la naturaleza de los delitos de funcionarios. De este modo, frente a las infracciones "formales", que sólo incumplen la relación de deber, opone aquellas otras que, partiendo de la relación de servicio, conculcan también los intereses generales. Los primeros tendrían el carácter de disciplinarios y los segundos carácter penal (96).

RODRIGUEZ DEVESA va a ser quien, por vez primera, discuta la existencia de un bien jurídico común a todos los delitos de funcionarios, exigiendo el análisis particularizado de cada uno de ellos. En su opinión, el rasgo distintivo del ilícito disciplinario y el penal, radica en el concepto de abuso de poder, en cuya ausencia tan sólo se cometería un ilícito administrativo (97).

En los planteamientos de estos autores se observa una falta absoluta de concrección en las propuestas, puesto que QUINTANO nunca determinó cuales eran

esas infracciones meramente formales, constitutivas del ilícito administrativo y al mismo tiempo, tampoco ofreció ningún método que permitiera la definición de los intereses generales. Por su parte, RODRIGUEZ DEVE-SA, si bien aprecia la innecesidad de un título como el VII, ya que no tiene sentido la agrupación de bienes jurídicos diferentes en un sólo título, se contradice cuando elabora el concepto de abuso de poder como el criterio distintivo del ilícito penal, pues ello no significa otra cosa que trasladar la realización establecida en torno al deber del cargo a la naturaleza penal.

Quien definitivamente ha establecido en España los criterios determinantes de las tesis que parten de la relación Comunidad-Estado, ha sido OCTAVIO DE TOLEDO en su trabajo dedicado a la prevaricación del funcionario público (98).

a') Especial consideración de la tesis de OCTAVIO DE TOLEDO, basada en el criterio Comunidad-Estado.

Este autor considera que hay que partir del "interés de todos los ciudadanos, del conjunto social en que la Administración desempeñe su actividad conforme a determinadas exigencias. Un interés social (que puede y debe tener rango constitucional), en el mantenimiento de estas exigencias cuando el funcionario actúa ejerciendo su cargo" (99).

En el desarrollo de su tesis, diferencia el derecho disciplinario del penal, pues "en la primera, interesa la idea de mantener tal organización y en la segunda, que las actividades estatales dirigidas a la comunidad le sean correctamente prestadas, tal y como estos individuos exigen y precisan" (100).

Partiendo del concepto Administración-ciudadanos, OCTAVIO DE TOLEDO configura como bien jurídico en los delitos de funcionarios la "función pública", que concreta en los valores de independencia e imparcialidad en la Administración de justicia y legalidad, imparcialidad y buen funcionamiento en la Administración pública. Por ello mismo, considera que no es suficiente la infracción del deber del cargo, sino que es necesario el ataque a un determinado bien jurídico (101).

Estos planteamientos, los concreta a la hora de definir el bien jurídico en el delito de prevaricación de funcionario público, cuando considera que el interés protegido lo representa "la legalidad en el desempeño del servicio a la sociedad que la Administración presta a través de sus funcionarios" (102).

Esta concepción del bien jurídico en los delitos de funcionarios de OCTAVIO DE TOLEDO, ha sido criticada por BACIGALUPO, que, aunque también establece como base la relación Administración-ciudadano, manifiesta que la propuesta de OCTAVIO DE TOLEDO "no se diferencia de las que se reducen a la infracción de los deberes propios del cargo, pues cada vez que el funcionario infringe deberes infringe dicho bien jurídico" (103).

#### b') Análisis de la propuesta de BACIGALUPO

BACIGALUPO pretende, en base a las tesis de MAURACH (confianza pública en la pureza del ejercicio del cargo), corregidas por las exigencias de adaptación a los principios de un Estado de Derecho en el ejercicio del servicio público, mantenida por SCHMIDHAUSER, limitar el anterior concepto y, de este modo, entiende

que en los delitos de funcionarios se deben alcanzar comportamientos que, en primer lugar, importen un ejercicio contrario al deber de la función pública, pero, además, supongan una lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial, de acuerdo a los principios de un Estado de Derecho (104).

Tiene razón BACIGALUPO al exponer que en el concepto de bien jurídico ofrecido por OCTAVIO DE TOLEDO, cada vez que el funcionario incumple el deber, está, al mismo tiempo, infringiendo el interés basado en la legalidad del ejercicio de la actividad administrativa (por ejemplo), ya que en dicha teoría el incumplimiento del deber es sinónimo de perjuicio a los intereses generales de la comunidad, que se manifiestan en la ilegalidad, ineficacia o parcialidad en el desarrollo de la actuación pública. Por esta razón, siempre que se produzca tal infracción del deber devendrá el perjuicio social y con ello, la necesidad de actuación penal.

Para evitar este efecto condicionado, y por tanto que el delito de funcionario no sea consecuencia directa de la mera infracción del deber, BACIGALUPO exige un nuevo elemento consistente en que, además, se produzca la lesión de confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial de acuerdo a los principios del Estado de Derecho.

Pero en realidad, ¿esta confianza pública no se pierde o cuando menos disminuye, en el momento en que el funcionario infringe el deber que la ley le impone?. ¿En que casos no se vería afectada la confianza pública?

En mi opinión, el planteamiento de BACIGALUPO no supone, aunque lo intenta, una limitación de la te-

sis DE OCTAVIO DE TOLEDO, sino que se mantiene en la misma línea desde el momento en que el incumplimiento del deber conlleva la automática pérdida de la confianza pública, en el ejercicio de las actividades administrativas o judiciales. Considero, que si bien es acertada la idea de limitar la concepción del deber del cargo mediante la exigencia de infracción de un verdadero bien jurídico, ni la legalidad en el desarrollo del servicio ni la pérdida de la confianza pública, propuestas respectivamente por OCTAVIO DE TOLEDO y BACI GALUPO, constituyen el método adecuado, pues tanto uno como otro son el reflejo condicionado de la infracción del deber y, en consecuencia, de la mera desobediencia.

D) CRITICA AL FUNDAMENTO TEORICO DE LA RELACION CIUDADANO-ADMINISTRACION.

Las bases teóricas de una formulación sobre los delitos de funcionarios, deben partir, en primer lugar, de la relación Administración-ciudadano y al mismo tiempo, del rechazo de las tesis del deber del cargo como bien jurídico protegido. Ahora bien, es necesario precisar que se observa en los partidarios de las tesis que sostienen la relación Administración-ciudadano una cierta desconexión estructural, que se refleja en las condiciones históricas en que fijan dicha conexión.

En este sentido, considero imprescindible situar la relación en el contexto histórico en el que se convierte en realidad. Si del concepto Estado-funcionario se evoluciona hasta llegar al de Administración-ciudadano, no se puede incidir en el error de plantear tal hecho como conquista de la clase burguesa, sino, en todo caso, como cesión absolutista, en la fun-

ción de mediar entre la sociedad civil y el Estado, actuando la Administración como delegación de ésta en aquella (105).

HEGEL desarrolló su tesis sobre el concepto de "sociedad civil" en la obra Teoría del Estado, partiendo de las fórmulas que, aunque lejanas a sus planteamientos, fueron base del mismo de SMITH sobre la posible autonomía de la sociedad civil en base al concepto de economía autónoma. El ideal de HEGEL era la monarquía constitucional, con separación entre la Iglesia y el Estado, que constituyen las bases de la teoría basada en la superación de los intereses egoistas de la sociedad civil y del Estado como sociedad política, mediante soluciones políticas elaboradas al margen de la misma sociedad civil.

Frente a este planteamiento, MARX propuso como medio de superación de las contradicciones de la sociedad civil, el socialismo, siendo el sufragio universal, el proletariado y la democracia, los medios necesarios para conseguirlo (106). Será esta concepción la que utilice en el análisis de la dicotomía sociedad civil-Estado.

Durante el feudalismo no existieron diferencias entre la sociedad civil y el Estado, que únicamente aparecen con el triunfo de las tesis capitalistas que destruyen la estructura social feudal y la relación Estado-sociedad. En ese momento, es donde se produce la pugna dialéctica entre la lucha económica y la lucha política de clases, que designan, en opinión de POULANTZAS, "la antinomia específica del Estado capitalista y de las relaciones de producción en el modo de producción capitalista se refleja en el campo de la lucha de clases, en una autonomía de la lucha económica y de la lucha política de clases" (107). Estas contradic-

ciones las supera el Estado recurriendo a la subordinación de las propias clases dominantes, lo que conlleva la disputa entre clases con idénticos intereses económicos y, al mismo tiempo, la ineludible necesidad de crear una estructura que fuese el medio idóneo para lograr la estabilización de la sociedad civil (108).

Una vez realizada la separación entre el Estado y la Sociedad civil, aquél adopta la posición de protector de las clases hegemónicas. A partir de ese momento, se crean los instrumentos necesarios que mantienen una aparente relación con la comunidad, basada en la representatividad de la sociedad civil, del órgano legislativo en el Estado y del ejecutivo y judicial en aquella.

La Administración será el vínculo a través del cual el Estado va a controlar (mantener las relaciones) a la sociedad civil, pues, como el propio HEGEL reconoce, "el sostenimiento del interés universal del Estado y de lo legal de esos derechos particulares y el retrotraimiento de éstos a aquellos, exige un desempeño por los delegados del gobierno, por los empleados ejecutivos del Estado considerados como órgano de mediación, encontrándose las clases por una parte, entre el gobierno en general y por la otra, entre el pueblo disuelto y las esferas e individuos particulares" (109).

Se produce automáticamente un proceso de burocratización del legislativo, mientras que el ejecutivo alcanza su más alta posición. Con ello, se destruyen las bases de la Administración feudal y tiene lugar el nacimiento del funcionario profesional, que se extiende dando lugar al denominado "ejército de funcionarios". En la nueva categoría de funcionario aparece

mucho más clara, como expone GARCIA MARIN , "la distinción entre aquel agente ligado a la persona real y protector de una serie de competencias, cuyo más directo beneficiario era el Príncipe, que al mismo tiempo, en cualquier momento podía desposeerlo del cargo y el actual oficial, al que se le han encomendado una serie de funciones, de cuyo cumplimiento la propia comunidad se erige en fiscalizadora"(110).

La Administración va a adoptar la posición de tutela y servicio, aparentando servir y representar a la comunidad, cuando en realidad reproduce las bases y relaciones de producción capitalistas. La única participación que se permite a la sociedad en el ejecutivo, será el control de la elección de oficios, pero a pesar de eso, en la Baja Edad Media se mantiene el principio de servicio a la comunidad como único motivo de actuación del oficial.

La Administración se convierte, por tanto, en una de las condiciones generales de producción creadas por el Estado, debido, como acertadamente piensa MANDEL, "a la incapacidad que en algunos momentos tienen las clases dominantes para crearlas ellos mismos" (111). OMAR GUERRERO resume perfectamente esta evolución cuando dice que "el ejecutivo ha llegado a ser el centro del poder superior del Estado, debido a la decadencia del Parlamento como centro de poder de las clases, así como la existencia paralela de otras corporaciones claustrales y la conjugación de los intereses de la burguesía y las actividades del ejecutivo"(112).

A través del desarrollo de las funciones públicas, el Estado asume la dirección de la sociedad civil (modelo burgués), adquiriendo la Administración como instrumento estatal el dominio de aquella. Sólo así es posible entender el doble juego adoptado por la Ad-

ministración en su función de servicio, pero sobre todo de control, de tutela y dominación.

El carácter representativo que se le atribuye no es más que un acto de sumisión, ya que, al actuar en defensa de determinadas clases, la Administración en su calidad de delegada de la comunidad sólo actúa en interés de la unidad burguesa (113).

Esta es, en resumen, la base de la que parto en el análisis de la relación Administración-ciudadano, en la creencia de que, si bien la misma representa una evolución respecto a la mencionada y ya criticada conexión entre funcionario y Administración, supone, al mismo tiempo, la consagración de la reproducción de los intereses de un sistema que utiliza a la Administración como servidora e ingerente en la sociedad civil.

E) EL INTERES GENERAL COMO CRITERIO SISTEMATICO EN LA DETERMINACION DEL BIEN JURIDICO EN LOS DELITOS DE FUNCIONARIOS; PROPUESTA ALTERNATIVA.

Es necesario el desarrollo de una sistemática que, respetuosa con el principio de separación de poderes, diferencie los delitos contra la Administración de Justicia de aquellos que afectan a la Administración pública, a pesar de que, como señala PAGLIARO, "la disciplina penal obedece a una lógica interna a sí misma: es la de asegurar la tutela de la entera actividad del Estado y de los otros entes públicos. Frente a esta exigencia global, poco importa al derecho penal si la actividad tutelada es legislativa, administrativa, o jurisdiccional de gobierno" (114).

Para conseguir esta finalidad, es preciso abandonar el criterio subjetivo de agrupación en base al sujeto activo del delito, exigiendo la infracción de un bien jurídico constituido por los intereses generales de los ciudadanos, además de la infracción del deber del cargo (115).

Reconociendo como correcto el planteamiento que sitúa la problemática en la relaciones Administración-ciudadano, relegando la subordinación del funcionario a la Administración al derecho disciplinario, disiento de OCTAVIO DE TOLEDO en el hecho de mantener que únicamente la infracción del deber supone un ataque a los principios de legalidad, eficacia o buen funcionamiento de la Administración y, por tanto, una degradación de la relación de servicio que aquellos deben a la sociedad. Al mismo tiempo, no comparto la tesis de BACIGALUPO, pues la pérdida de la confianza pública es un hecho simultáneo al incumplimiento del deber de funcionario.

Si en la elaboración de una teoría sobre el bien jurídico en los delitos de funcionarios partimos de criterios constitucionales, como el representado por el artículo 103 de la Constitución, que preceptúa que "la Administración Pública sirve a los intereses generales con objetividad y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho", resultaría imprescindible no sólo comprobar la infracción del deber del cargo, sino, esencialmente, si con la misma se produce la conculcación de alguno de esos intereses generales a los que la Administración pública sirve (116).

No basta, para la existencia del delito, el

mero incumplimiento del deber, aunque ello repercuta en el buen funcionamiento de la Administración, ni la disminución o pérdida de la confianza pública, sino que se necesita la lesión de un bien jurídico representado por la exigencia constitucional de un interés general. Que dicho interés se corresponda a veces con la legalidad o imparcialidad de la actuación, no imposibilita esta tesis, sino todo lo contrario, demuestra la necesidad del análisis individualizado de cada uno de los delitos de funcionarios. De modo que, de los delitos que actualmente ocupan el título VII del código penal, habría que excluir a todos aquellos que simplemente consistan en la infracción de un deber (por no constituir éste un bien jurídico), y trasladar al correspondiente título todos los que supongan la infracción del bien jurídico "interés general" (117).

Es necesario el estudio pormenorizado de cada uno de los delitos del título VII del código penal, que determine con precisión si se infringe, en primer lugar, la función pública, y al mismo tiempo, un interés general, en la infracción cometida por funcionario público. Así, es posible que en los delitos de prevaricación, la infidelidad en la custodia de presos, de documentos, violación de secretos, desobediencia y denegación de auxilio, anticipación, prolongación y abandono de funciones, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales y finalmente en las negociaciones prohibidas a funcionarios, el bien jurídico coincida con la función pública y, en concreto, con los intereses generales compuestos por la legalidad o imparcialidad, pero existen otros, como los abusos contra la honestidad efectuados por funcionarios, en los que si el bien jurídico es la libertad sexual del título IX del c. p., representando el abuso de la función el

medio necesario utilizado por el funcionario en la comisión del delito.

Por lo cual, a pesar de infringirse un deber, éste no se corresponde con el buen funcionamiento de la Administración, sino con la libertad sexual, o, como máximo, podría dar lugar a un delito pluriofensivo que conculcase los valores de libertad sexual y función pública (118).

Pero existen otros delitos, como el de cohecho, del art. 390 del código penal, que sancionan la falta de probidad del funcionario protegiendo la denominada "integridad funcional", lo que representa el castigo de la mera desobediencia al margen de la verdadera existencia de un bien jurídico protegido.

Ello demuestra la necesidad de despenalizar todas aquellas conductas que no afectan a bienes jurídicos fundamentales y, al mismo tiempo, supone la reconversión de los mismos en ilícitos administrativos.

De este breve repaso (no era mi intención un análisis profundo de los delitos del título VII del código penal por no ser este el lugar más apropiado para ello), de los delitos de funcionarios públicos, se desprende que: existen algunos de ellos que contradicen simplemente el deber del cargo, debiendo pasar a constituir la categoría de ilícitos administrativos, otros en los que se afectan bienes jurídicos distintos a la propia función, exigiendo por ello una regulación independiente basada en el interés precisamente infringido, y finalmente, aquellos otros que basados en la infracción del deber, lo utilizan como el medio necesario en la conculcación de un valor jurídico fundamental, debiendo regularse en aquellos títulos que protejan el bien jurídico preponderante.

Tan solo deben de regularse como delitos contra la Administración pública o de Justicia, los que infrinjan los intereses generales de los ciudadanos mediante el desarrollo de la función pública y no estén previstos en otro de los títulos del c. penal.

Con esta descripción se justifica la confusión sistemática del código penal español, que efectúa una doble tipificación de los delitos de funcionarios, pues no sólo se regulan en el título VII, sino también en la sección II del capítulo II del título II del código penal.

¿Que sentido puede tener una regulación semejante?. La única respuesta posible se encuentra en que, en estos casos, a pesar de infringirse también la función pública, el legislador, en base a las valoraciones que tienen por origen las ideas Iluministas, decidió la separación de aquellos delitos de funcionarios en donde se afectaban las garantías fundamentales del ciudadano, de aquellos otros en los que, en un principio, tan solo se infringía la función pública, al considerar esencial y por tanto más importante, la defensa de las garantías individuales que el desarrollo de la Administración.

A pesar de esta explicación, tiene razón BACIGALUPO al considerar que "algunos delitos del título VII afectan a determinados derechos de la personas en forma no sustancialmente diversa de la de aquellos que se agrupan como delitos contra la seguridad interior del Estado, así los artículos 383, 384, 385, 386, 402...". Tampoco se puede afirmar que los delitos previstos entre los hechos punibles contra la seguridad interior del Estado, tengan en todos los casos por sujetos pasivos a particulares y no a la propia Administración" (119).

La doble regulación de los delitos de funcionarios, así como la dificultad en la determinación del bien jurídico en el capítulo VII del código penal, se justifican porque las hipótesis allí recogidas presentan naturaleza, en la mayoría de los casos, pluriofensiva. La única forma de solucionar esta confusión de bienes jurídicos en un sólo título, pasaría por la privación de toda sacralidad a la función pública, lo que conlleva, inevitablemente, la reducción a ilícito administrativo de toda conducta que sólo represente una infracción del cargo por el carácter fragmentario de la tutela penal (120).

El delito de detención ilegal practicada por funcionario, pertenece a la categoría de los delitos de funcionarios que, infringiendo un bien jurídico distinto a la función pública, se caracterizan por la infracción del deber del cargo. En este sentido, afecta a la función pública en la medida en que se incumplen los requisitos estatutarios, pero no porque se lesione ningún interés fundamental relativo al buen funcionamiento de la Administración en relación a los ciudadanos.

Por estas razones, su ubicación; como la de todos los delitos de funcionarios que afectan un bien diferente al de la función pública, debe ser, no el título VII, sino aquel que proteja el valor fundamental infringido por el funcionario, ya que el cargo es la mayoría de las veces sólo el medio utilizado para la comisión del delito.

#### IV. BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE DETENCION ILEGAL PRACTICADA POR FUNCIONA- RIO PUBLICO.

##### 1. Consideraciones Preliminares.

Desechados como bienes jurídicos del delito de detención ilegal practicada por funcionario, tanto la seguridad interior del Estado como el deber del cargo o el buen desarrollo de la Administración, es necesario concretar definitivamente el interés protegido en dicho delito.

En éste apartado se pretende demostrar que el bien tutelado no es exclusivamente la libertad de movimientos, sino la seguridad del ciudadano frente a las actuaciones de los representantes estatales. Ello significa que la libertad de movimientos deja de ser el principal valor protegido, convirtiéndose en una más de las garantías que todo individuo ostenta ante el procedimiento de privación de libertad.

La "seguridad" sería un concepto de naturaleza pública que delimita el ámbito de actuación de los agentes gubernamentales, configurando las garantías frente al poder. De no aceptarse esta tesis, consagraríamos la impunidad absoluta (al ámbito penal me refiero exclusivamente) de cualquier infracción de las garantías ciudadanas, ante la privación de libertad, al no existir ningún otro medio de sancionar tales conductas.

Antes de proceder al análisis de los distintos elementos que confirman a la "seguridad" como el fundamental interés protegido en el delito de detención ilegal practicada por funcionario, es imprescindible comprobar la actual regulación y el estado de la discusión

que, sobre el bien jurídico de éste delito, existe en Alemania, Italia y Francia.

2. ACTUAL REGULACION SOBRE EL BIEN JURIDICO  
PROTEGIDO EN EL DELITO DE DETENCION ILEGAL  
PRACTICADA POR FUNCIONARIO EN DERECHO COM-  
RADO.

A) ALEMANIA FEDERAL

a) Análisis y crítica de la reforma "des Einfü-  
hrungsgesetz zum Strafgesetzbuch" de 2.3.  
1974.

En la actualidad, la privación de libertad ejecutada por funcionario (Freiheitsberaubung in Amt), no constituye un tipo autónomo, ni se utiliza en su regulación la doble sistematización habitual en países como Francia o España, que distingue entre las conductas del particular y las del funcionario. Por el contrario, éste tipo de detención se regula exclusivamente a través del párrafo 239, que no establece ninguna distinción entre las privaciones de libertad ejecutadas por funcionario o particular (121).

La condición de funcionario no representa, pues, en principio, ni un privilegio ni una agravación, al aplicársele la misma sanción que la que le corresponde al particular que desarrolle una conducta semejante. Ahora bien, es preciso aclarar que no siempre fué así, sino que éste modelo de sistematización es producto y consecuencia de la reforma "das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB) de 2.3.1974, que derogó el párrafo 341 (ubicado en el capítulo vigésimo octavo dedicado a los delitos en la función pública), que sancionaba al "funcionario que de propósito, sin ser com-

petente, realiza una detención, arreste y aprehenda o mantenga de forma coactiva o prolongue la duración de una privación de libertad", con la sanción prevista en el parágrafo 239 más una pena de tres meses de prisión (122).

El parágrafo 341 constituía simplemente una cualificación agravada del parágrafo 239, puesto que, siendo el bien jurídico básicamente el mismo, la libertad de movimientos en ambos delitos, la diferencia se situaba en el carácter del sujeto activo, funcionario, y en una especial relación con respecto al Estado que determinaba la agravación. El hecho de ser un delito de funcionario en el desarrollo de la función pública, no impidió el que la doctrina alemana se manifestara unánimemente en favor de su incriminación como delito contra la libertad, tal como ocurre en la actualidad.

El intento de reducir al mínimo las cualificaciones de los delitos de funcionarios con relación al tipo base, representado por la conducta de particular, ha sido una constante en Alemania que se remonta al año 1959, cuando se proyecta la desaparición de dichas cualificaciones, sin que tal reforma tuviese el éxito deseado, permaneciendo algunos delitos de funcionarios públicos en la función pública como simples agravaciones; tal es el caso de los delitos de los párrafos 340, 341, 342, 347, 348, 350, 351 (123). Esta idea culmina con la reforma de 1974, que representaba una de las más deseadas aspiraciones de la mayoría de la doctrina alemana que concebían la privación de libertad de funcionario como una "demnach in den Leichterem" del 239, aptdo. primero y, por analogía, una contravención del 239, aptdos. segundo y tercero (124). De este modo, la argumentación de SCHAFFER, consistente en afirmar que el 341 es sólo una cualificación del 239 por "lo que en realidad hace aquel tipo es reconverti-

ble el más general del 239, cualificándose por ser el autor un funcionario público" (125), se va a repetir en el resto de autores, siendo la única diferencia la distinta concepción en cuanto al carácter propio o impropio de los delitos de funcionarios, ya que, sólo en el último caso, la condición de funcionario es una causa de cualificación.

En este mismo sentido, aunque sin aportar ningún argumento nuevo a la discusión, SCHÖNKE-SCHRÖEDER consideró como delito impropio de funcionario la detención ilegal de funcionario en el ejercicio de la función pública y, por tanto, tipo cualificado del 239 (126), y PETER-PREISENDANZ concretaba que si realmente importante era el parágrafo 239 aptdo primero, mucho más lo era el aptdo segundo y tercero con relación a la especial cualificación del 341 (127).

Pero si existía unanimidad en cuanto al criterio de sistematización establecido, no ocurría otro tanto con lo que concierne al interés protegido por el parágrafo 341. En efecto, la discusión se centra en si el objeto de protección de la norma es la cualidad de funcionario (PFEIFFER MAUL y SCHULTE) (128), la relación de fidelidad al Estado (DREHER) (129), el abuso de la función de la Administración estatal (LISZT y ALLFELD) (131), o la misma violación de un deber especial (MEZGER y WELZEL) (132).

De entre estos planteamientos prevalecen, en mi opinión, tanto el que fundamenta como objeto de protección en el delito de privación de libertad de funcionario "el abuso de poder", definido por JURGEN THAN al explicar el principal motivo de la cualificación del funcionario como "el especial peligro de abuso de poder, básicamente a través de los órganos de persecución penal y la aplicación que estos poseen de los medios

procesales" (133), y aquel otro que parte de la "BEAMTE NEIGENS-CHAFT", es decir, de la especial condición del funcionario, retrocediendo por tanto la argumentación al área de los deberes del cargo, que determinan las actividades de carácter funcional con relación al Estado (134).

Será éste último el planteamiento que predomine, pues, aunque se reconoce que el bien jurídico en estos delitos es de naturaleza compleja, al ejecutarlos los funcionarios están lesionando fundamentalmente la confianza del Estado mediante el incumplimiento de deberes (135).

Este era el estado de la cuestión hasta que se produce la ya anteriormente mencionada reforma de 1974, que deroga el parágrafo 341, dejando exclusivamente al parágrafo 239 la regulación de todas las privaciones de libertad que se realicen, ya sean de particulares o funcionarios. El motivo de dicha reforma lo encontramos en la exposición de motivos de la Entwurf Einfuhrungesetzer zum Strafgesetzbuch, cuando, en relación al parágrafo 341, dice lo siguiente: "el título de la parte especial sobre los delitos en la función pública contenía un gran número de delitos de función pública impropios, así que, cuando el autor no era portador de dicha función, tenía una sanción inferior a la que se aplicaba cuando el autor era portador de la misma..., el cambio sin duda se debía a una necesidad de política criminal, pues los principales tipos que se mantenían en el título sobre los delitos de función pública, presentan numerosas dudas sistemáticas. Y sin una definitiva pronunciación sobre el tratamiento de los delitos impropios de funcionarios, se dispuso la derogación de varios preceptos de la parte especial, a causa de la readaptación de la pena del parágrafo 239, que deja sin contenido el tipo básico" (136).

Con la desaparición del elemento "vorsätzlich" del apartado primero del 239 y, esencialmente, con la elevación de la pena que se efectúa en dicho párrafo, las diferencias disminuían notablemente en relación al 341, a pesar de que todavía se mantenía la calificación en torno al bien jurídico protegido en ambos delitos; la libertad de movimientos en el 239 y la relación funcionario-Estado en el 341. Intereses jurídicos diferentes que imposibilitaban la unificación en un sólo párrafo, atendiendo exclusivamente a la similitud entre las penas de ambos.

No fué éste el criterio sostenido por el Deutscher Bundestag al entender que, "como ahora concuerdan las penas del 239 y del 341, no hay más necesidad de mantener la detención ilegal, la privación de libertad en el ejercicio de la función pública" (137), ya que reduce las diferencias, no a la existencia de un bien jurídico distinto, sino a la desigualdad entre las penas de ambos delitos. Al producirse el efecto de asimilación de las penas de ambos párrafos, deja de tener sentido, en opinión del legislador, la regulación prevista del 341, puesto que el interés tutelado es el mismo, configurándose una sistematización en donde la condición de funcionario deja de ostentar una calificación agravatoria.

Esta poco convincente motivación de la reforma, que no justificaba de ningún modo cómo era posible la absorción por el párrafo 239 de un delito que afectaba a un bien jurídico completamente distinto, en base exclusivamente al establecimiento de la igualdad entre las sanciones, ha sido duramente criticada por HEINZ WAGNER en su excelente trabajo sobre "die Neue Tendenzen in Bereich der Amtsdlikte", cuando sostiene que el motivo de dicha reforma "no fué político-criminal, ya que no es efectiva la prevención con los tipos de pri-

vación de la libertad en la función pública, con la determinación de una sanción superior en tres meses; El motivo de la reforma en este punto concreto es pues, falso" (138).

Se configura, de este modo, un sistema unificado de regulación de la privación de libertad en el que el carácter de funcionario no provoca la cualificación, sino que se constituye como una más de las manifestaciones del parágrafo 239, asumiendo, consecuentemente, el valor sustentado por el mismo.

Es necesario proceder al análisis del interés tutelado en el 239, por ser éste el parágrafo que regula las privaciones de libertad de funcionarios en el ejercicio de la función pública.

b) La libertad de movimientos, como valor defendido doctrinal y jurisprudencialmente.

El parágrafo 239 se haya situado en el capítulo decimooctavo, relativo a los delitos contra la libertad personal y responde a los principios generales que conforman los atentados a la libertad de movimientos, ya definida por BINDING como el objeto de tutela en éste delito (139).

La doctrina alemana es unánime al considerar que la libertad de movimientos es el bien jurídico en el parágrafo 239, siendo posible efectuar una separación entre aquellas tesis que reducen el concepto de libertad de movimientos a la capacidad actual del mismo, y las que admiten también la posibilidad potencial de su ejercicio.

De este modo, frente a los planteamientos que definen la libertad de movimientos como "posibilidad

de mantenerse o no voluntariamente en un determinado lugar, según la elección individual" (140) de OLSHAUSEN, (141) PETERS-PREISENDENZ (142) y MAURACH (143), se encuentran aquellos otros que, imperantes en la actualidad, lo conceptúan como "la potencial e individual libertad de movimientos en el sentido de una libertad de opción al cambio de lugar" (144) de PFEIFFER (145), OTTO (146), WESSELS (147), BLOY (148), DREHER-TRONDLE (149), HORN (150); ESER (151), BOCKELMANN (152), BLEI (153), SCHMIDHÄUSER (154), LAKNER (155), BENFER (156), GEERDS (157) y GEEPERT (158). En estas últimas tesis se protege, no sólo la opción del individuo a irse o permanecer en un lugar determinado, sino también y fundamentalmente, la idea de potencialidad en el sentido de capacidad (Fähigkeit) potencial de movimientos, aunque en el caso concreto no se quisiera hacer uso de dicha posibilidad.

La jurisprudencia alemana se ha decidido finalmente también por ésta última tesis, al afirmar que el centro nuclear de este tipo reside, no en la posibilidad de cambio de lugar, con exclusión de la voluntad, sino en la potencial capacidad de cambio de lugar o fijación de la permanencia en concreto (159). En definitiva, se ha definido el bien jurídico protegido en parágrafo 239 como "la potencial e individual libertad de movimientos, sin que sea de interés el uso que en concreto del mismo se puede realizar" (160).

La privación de libertad realizada por un funcionario, como vimos, se subsume en el parágrafo 239, adquiriendo por tanto la protección de la potencial capacidad de movimientos el valor de interés esencial frente a la actuación oficial. Ello significa, inicialmente, que tan sólo se protege una de las distintas garantías que se poseen ante la privación de libertad,

la libertad de movimientos, permaneciendo impunes las demás para la doctrina alemana, por inexistencia de tipos penales que permitan su inclusión.

c) Crítica.

Si bien es cierto que, salvo la libertad de movimientos, las restantes garantías del detenido ante la privación de libertad carecen de protección penal, quedando reducida su infracción a las categorías del derecho disciplinario, no comparto la tesis dominante en la doctrina alemana que equipara el tratamiento de las conductas de particulares y funcionarios, puesto que existen posibilidades legales de que esto no sea así. Efectivamente, es correcto el planteamiento que aplica el 239 y por tanto la misma sanción, a las infracciones de la libertad de movimiento efectuadas tanto por particulares como por funcionarios, siempre y cuando estos últimos no se sirvan del cargo que ostentan, ya que si esto es así, desde ese preciso instante estaríamos en presencia de un concurso de normas con el parágrafo 345 y no ante la aplicación instantánea del 239.

Si el funcionario realiza la privación de libertad utilizando como instrumento el cargo, devendría un concurso de normas entre el 239 y el 345, que debe resolverse en virtud de la especialidad de éste último en relación a la infracción del particular. Esta argumentación sólo ha tenido hasta ahora reflejo en una Landgericht de Mainz, en la que se establece que "efectuada la privación de libertad a través de un funcionario, se puede considerar como un tipo agravado siempre que entre el acto y el ejercicio del cargo exista una relación de causalidad" (161).

Considero que es una solución que repara, en

cierta medida, la indefensión en la que el ciudadano alemán se encuentra tras la reforma de 1974 y que, al mismo tiempo, gradúa proporcionalmente la gravedad de las conductas según se realicen por particular o funcionario que actúa sin servirse del cargo que ostenta, y por funcionario cuando lo utiliza instrumentalmente. En este último caso donde y, por razón de especialidad, debe aplicarse el parágrafo 345.

B) ITALIA.

a) El abuso de poder como criterio sistematizador.

La privación ilegal de libertad se regula en Italia de forma unitaria, en lo que al bien jurídico respecta, pero estableciendo ciertas diferencias en relación a la finalidad perseguida por el funcionario público. De éste modo, las conductas privativas de libertad se encuentran reguladas como delitos contra las personas del título XII y en concreto ubicadas en el capítulo II, "delitos contra la libertad individual" y en su sección II de "los delitos contra la libertad personal".

La privación de libertad puede adoptar dos formas únicamente: la del secuestro de personas y la de arresto ilegal, previniéndose la infracción de algunas de las garantías del detenido como indebidas limitaciones de la libertad personal o abusos de la autoridad contra arrestados y detenidos (162).

La figura del secuestro abarca, no sólo las privaciones de libertad realizadas por los particulares, sino también las efectuadas por los funcionarios cuando

actúan con móvil privado. En estos últimos casos se agrava la responsabilidad del autor (funcionario público), por la utilización que hace del cargo para llevar a cabo acciones privadas (163). El arresto ilegal tan sólo regula las detenciones realizadas por el funcionario que, excediéndose de sus atribuciones, tiene la intención de entregar el detenido a la autoridad judicial (164).

El bien jurídico en los delitos de secuestro de personas y de arresto ilegal es exactamente el mismo: la libertad personal reducida en virtud del artículo 13 de la constitución italiana a las garantías frente a las detenciones, inspecciones y violencias morales y arbitrarias, lo que ha favorecido una interpretación del interés tutelado limitado exclusivamente a la libertad de movimientos.

Si realmente es la libertad de movimientos el único bien protegido en estos delitos, cuál sería la diferencia entre las figuras del secuestro y el arresto ilegal y, lo que es más importante, en qué se distinguirían la forma agravada de secuestro relativa al funcionario y el arresto ilegal.

Entre el secuestro y el arresto ilegal, la diferencia radica únicamente en el abuso de funciones, es decir, "en el abuso de los poderes inherentes a sus funciones", que se da en el arresto y que no tiene lugar en el tipo básico de secuestro, sin que la condición de funcionario sea, en éste caso, el factor que delimita ambas figuras, ya que es posible que el funcionario sea sujeto activo del delito de secuestro, siempre que al llevar a cabo su actuación no abuse del cargo que ostenta. Mientras que la diferencia entre la forma agravada de secuestro y el delito de arresto ilegal, se establece sólo en el ámbito de la finalidad per-

seguida por el funcionario mediante el abuso de sus funciones, si la finalidad es pública, es decir, si el funcionario pretende la entrega del detenido a la autoridad judicial, abusando de sus funciones, nos encontraremos ante el delito de arresto ilegal y si, por el contrario, el funcionario se sirve de su condición para cumplir de esa forma cualquier finalidad privada, estaremos en presencia de la forma agravada de secuestro.

La importancia de estas distinciones se materializan en las sanciones aplicables, cuya gravedad depende, en primer lugar, de la finalidad perseguida y en segundo lugar, del empleo abusivo de las funciones, de forma que la sanción de menor gravedad es la que le corresponde al funcionario que ejercita la detención ilegal con finalidad pública (reclusión de hasta tres años), siguiéndole en gravedad la sanción aplicable a particulares y funcionarios que no abusan del cargo con finalidad privada (seis meses a ocho años), siendo finalmente la de mayor gravedad la que le correspondería al funcionario que, con finalidad privada, abusara de los poderes inherentes a las funciones que desempeña (de uno a diez años) (165).

La doctrina italiana, salvo algunas excepciones que analizaremos, mantiene el criterio expuesto de que las diferencias entre estos delitos se reducen a los casos de abuso de poder ejercitado por los funcionarios.

En efecto, tan sólo excepcionalmente se ha mantenido que las diferencias entre estos tipos no residen en el ejercicio del abuso de poder, sino en el carácter del sujeto activo; son los casos de GIOTTO BONINI, al considerar que, tanto en el secuestro como en el arresto ilegal, el objeto tutelado es únicamente la libertad

de locomoción y la diferencia el carácter del sujeto activo (166) y el de SALTELLI, al reducir la figura del secuestro y arresto ilegal a la simple privación de la libertad personal como "libertad de locomoción en el espacio, de la libertad de elección del lugar en el que se quiere permanecer" (167).

Por el contrario, la mayoría de la doctrina italiana, tras establecer las diferencias entre la violencia privada y estos delitos, en torno "a que, mientras en la violencia privada la privación de libertad está circunscrita a un momento singular del proceso de autodeterminación y de acción, en aquel la limitación se extiende a toda una amplísima zona de la libertad personal: la libertad de locomoción" (168), reafirma la categoría del abuso de poder como la única tesis válida en la distinción entre los atentados a la libertad personal. Así, MANZINI parte de que el bien jurídico tutelado en ambos delitos es el mismo, la libertad individual, pero la razón de la agravación del funcionario con respecto al secuestro y de la autonomía del arresto ilegal por ser el sujeto activo funcionario, radica en que, además de la violación de la libertad personal, en tales casos se produce una violación del deber que estos han contraído con la Administración" (162).

Se reproduce, de esta forma, la discusión doctrinal a la que ya aludía al hacer referencia al bien jurídico "deber del cargo", puesto que la agravación de la responsabilidad del funcionario no depende de la relación comunidad-funcionario, sino de la de Funcionario-Estado (170), tal es el caso de ALIMENA que, a pesar de reconocer que los intereses protegidos son los mismos, considera que se distinguen "por la especial cualidad del sujeto activo (funcionario público) y por el medio del que se sirve: el abuso de sus fun-

ciones o la omisión de las condiciones o de las formalidades exigidas por la ley" (171). RANIERI (172), DALLO RA (173), LATTANZI (174) o GARAVELLI, denuncia la escasa relevancia práctica de la relativa incriminación de los delitos de funcionarios mediante el arresto ilegal, ya que es "bien extraño el caso del funcionario que, con la intención de poner al arrestado a disposición de la autoridad competente, dolosamente proceda a un arresto abusivo o mantenga a alguien siempre con dolo en estado de detención injustificado" (175).

b) La autedeterminación en el espacio como interés protegido en la doctrina y jurisprudencia italiana.

Se podría resumir el planteamiento dominante en Italia recurriendo a las consideraciones de ANTOLISEI, cuando expone que "se trata de hechos que tienen por efecto la pérdida o la disminución de la libertad del individuo, a través de la violación de los deberes inherentes a las funciones públicas o el abuso de los poderes que les están conferidos. Así, por tanto, lesionan también un interés de la Administración pública (son delitos pluriofensivos)" (176).

Por otra parte, la jurisprudencia italiana utiliza argumentos similares a los empleados por la doctrina; así, en cuanto al bien jurídico tutelado, se entiende que es "la libertad física como posibilidad de movimiento en el espacio" (177), mientras que el elemento de la arbitrariedad del acto es integrante del hecho constitutivo del delito, diferenciándose del secuestro no agravado por la cualidad del funcionario público (178).

c) Crítica.

Si en relación al método de unificación de los delitos de privación de libertad en torno al bien jurídico, libertad de movimientos, considero incorrectos los planteamientos de la sistematización italianos, es justo reconocer que la jerarquización de los tipos y la agravación en orden a la finalidad y al medio utilizado por el funcionario, conduce a una más lógica y racional regulación de la privación de libertad, que, a su vez, debería de dar como resultado una efectiva transformación de estos delitos en base a la diferencia ción de bienes jurídicos. Por otro lado, si se observa detenidamente, las tesis de la doctrina italiana se redu cen a la defensa del bien jurídico libertad individual como libertad física de movimiento, dejando libre de protección las infracciones de la mayor parte de las garantías que toda persona posee ante la privación de la libertad. De hecho es así, puesto que tan sólo encuentran protección penal las siguientes garantías infringidas: recibir a un detenido sin la correspondiente orden de la autoridad competente, no obedecer la orden de liberación de la autoridad competente, y aplicación al detenido de medidas de rigor no permitidas por la ley. El incumplimiento del resto de garantías del detenido por parte de los funcionarios, sólo conlleva la aplicación de medidas disciplinarias.

Se ha intentado, por una parte, proteger la libertad de movimientos como el fundamental interés tutelado en los artículos 605 y 606, excluyendo de su regulación la infracción de las garantías ante la privación de la libertad, que aparecen, (sólo algunas), en los tipos referidos a las indebidas limitaciones de la libertad personal y en los abusos de la autoridad contra los arrestados y detenidos, pero, por otra parte, y al mismo tiempo, no se han previsto la defensa del

resto de las garantías, dando lugar a una construcción artificial que facilita la impunidad de las conductas más graves de los funcionarios.

C) FRANCIA.

a) La doble incriminación, como sistema basado en el ejercicio o no de funciones públicas.

En este país la privación de libertad está sometida al sistema de doble incriminación, regulándose los actos atentatorios contra la libertad individual cometidos por funcionarios públicos, como delitos contra la Constitución, en su vertiente de atentado a la libertad, mientras que los arrestos, detenciones y secuestros ilegales efectuados por los particulares, se ubican en la sección relativa a los delitos contra personas (179).

En relación a los funcionarios públicos, se prevé en el artículo 114 del código penal francés la sanción de cualquier acto arbitrario o atentado contra la libertad individual, o los derechos cívicos, de uno o de una pluralidad de ciudadanos, e incluso contra la propia Constitución, efectuado por un funcionario público, un agente o cualquier persona propuesta por el gobierno, tanto si lo ordena como si procede él mismo a su ejecución (180). En cuanto a los particulares (aunque es posible en algunos casos la inclusión de funcionarios públicos), el tipo básico es el artículo 341, que prevé la sanción de todo aquel que, sin orden de la autoridad constituida, y fuera de los casos ordenados por la ley, arreste, detenga o secuestre a cualquier persona (181).

Las diferencias entre ambos delitos residen, en primer lugar, en la sanción aplicable; mientras las

privaciones de libertad de particulares contienen sanciones que oscilan entre los dos años y la reclusión a perpetuidad, los atentados de los funcionarios públicos únicamente pueden ser castigados con la pena de degradación cívica (182). En segundo lugar, la distinción recae no tanto en la cualidad de funcionario del sujeto activo, como en el ejercicio de las funciones públicas, que se constituye en el elemento que delimita la existencia de un tipo penal u otro. Así, si el funcionario público persigue otra finalidad que no sea la de entregar el detenido a la autoridad judicial, el artículo aplicable será siempre el 341, quedando el 114 reducido a aquellos casos en los que se produce un "exceso de celo" en el cumplimiento de sus funciones por parte del funcionario público. Este es el motivo que justifica una sanción menor, ya que la actuación en ejercicio de las funciones presupone una gravedad inferior a la que se caracteriza por el desarrollo de finalidades exclusivamente privadas, como son los casos del particular o del propio funcionario que, al efectuar la detención, no pretenden la entrega del detenido a la autoridad judicial. Este planteamiento ha sido rechazado por GARÇON, pues entiende que el funcionario no puede nunca cometer el delito previsto en el artículo 341, ya que "no es posible que el legislador haya previsto los mismos hechos en dos artículos diferentes y que los magistrados apliquen uno u otro indistintamente" (183), y por GARRAUD, que no prevé la posibilidad de actuación por móviles privados de los funcionarios públicos (184).

Estos autores incurren en un doble error; primero, al considerar que entre los artículos 341 y 114 no existe diferencia alguna, desde el momento en que a través del 341 se sanciona la actuación del funcionario en desarrollo de una finalidad privada, y segundo, al negar la posibilidad de motivaciones privadas en

los funcionarios. El hecho de sancionar la conducta privada del funcionario mediante el 341, no implica la identidad con el 114, sino la existencia de dos ámbitos absolutamente delimitados de actuación, correspondiendo al 114 la sanción exclusivamente de los atentados a la libertad individual practicados por funcionarios en el ejercicio de una finalidad pública. Por esta razón, no es que no existan móviles privados en las actuaciones de los funcionarios, sino que su conducta se equipara en esos casos a la de los particulares, entre otras razones, por ser el artículo 114 un tipo privilegiado en relación al 341.

b) La libertad de Locomoción como único interés tutelado.

Aquella interpretación errónea se justifica por la concepción dominante sobre el bien jurídico tutelado en ambos delitos, que se reduce a la privación de la libertad de locomoción (185), siendo el ejercicio de las funciones la característica que los diferencia (186). De este modo, se centra la distinción entre el tipo del 341 y el 114 en la finalidad pública o privada del funcionario en el ejercicio de sus funciones, argumentando CHAVEAU et HELLIE que "el funcionario, cuando incumple los deberes en relación al individuo al que priva de libertad, incumple los deberes con la sociedad, pues abusa de la confianza que le otorga la misma para su protección y defensa, en los casos en que actúa por pasión o por ira, pero en los casos de error o exceso de celo no se puede manifestar que sea contrario a la cosa pública" (187), se pretende con ello distinguir los casos de extralimitación del servicio con finalidad pública, de aquellos otros en los que predomina el abuso de poder en la obtención de una finalidad privada.

Es muy importante destacar cómo, en la definición del bien jurídico en los delitos de los funcionarios contra el ejercicio de la libertad individual y los derechos cívicos de los ciudadanos, predomina la concepción comunidad-funcionario, ya que al tratarse de delitos pluriobjetivos, en los que el elemento común viene representado por la libertad de movimientos, el abuso de poder como infracción de la confianza pública, se convierte en el interés esencial y, además, el único criterio válido de distinción. Esta idea ha sido desarrollada por un sector de la doctrina francesa como VOUIN (188), o MERLE y VIRTU, para los que "dicho abuso de autoridad debe castigarse, pues pone en peligro la fé y la confianza pública en los organos administrativos y en la rectitud de la acción administrativa y el funcionamiento de las estructuras administrativas" (182).

La jurisprudencia francesa ha considerado también a la libertad de movimientos como el bien jurídico tutelado en estos delitos (190), estableciendo que, entre las figuras del 114 y el 341, no existe una separación absoluta, de forma que los funcionarios públicos devienen en simples particulares, siendoles aplicables el artículo 341 cuando actúen como consecuencia de intereses puramente privados o para satisfacción de sus pasiones personales, y no en el ejercicio de sus funciones y por abuso de la autoridad delegada (191).

c) Crítica.

Por lo expuesto se comprueba que ni la doctrina ni la jurisprudencia han admitido, junto a la libertad de movimientos, la inclusión de las garantías ante la privación de la libertad, lo que sorprende por la amplitud del precepto analizado (114) que hace referencia

no sólo a la libertad individual entendida como libertad de movimientos, sino también a los derechos cívicos y otros atentados a la propia Constitución, que posibilita la interpretación de las garantías del detenido como el bien jurídico tutelado en dicho delito (192). De no admitirse esta solución, la infracción de los derechos de cualquier ciudadano ante la privación de la libertad, serían absolutamente impunes, también en Francia.

El sistema francés de doble incriminación, precedente del modelo español, confirmaría el privilegio punitivo de las acciones ejecutadas por funcionarios, de no aceptarse la interpretación consistente en equiparar sus actos a las de los particulares, cuando el funcionario no ejecuta ninguna función pública. Siendo, por otro lado, razonable que la sanción aplicable al funcionario que se excede en el cargo con una finalidad exclusivamente pública, tenga una pena inferior a la del particular o funcionario que carecen de la misma. La tesis contraria, es decir, la que mantiene la sistemática en función del carácter del sujeto activo, consagraría una irritante e insostenible desigualdad punitiva en favor del funcionario.

En relación al bien jurídico, considero correcta la distinción que se realiza en base a la jerarquización entre los delitos contra la Constitución y los delitos contra las personas, como símbolo de la tipificación de conductas que atentan contra bienes jurídicos diferentes, que, al mismo tiempo, debería conllevar un cambio en la posición doctrinal dominante, ya que, evidentemente, no se trata del mismo bien jurídico (libertad de movimientos), sino de valores absolutamente distintos por la posición que adopta el ciudadano frente a los mismos (contradicción entre derechos objetivos y subjetivos), lo que determina la admisión de las ga-

rantías ante la privación de libertad y, entre ellas, la libertad de locomoción como el interés básicamente tutelado en el actual artículo 114 del código penal francés.

3. LA DOBLE INCRIMINACION EN ESPAÑA DE LOS ATENTADOS A LA LIBERTAD INDIVIDUAL COMO CRITERIO SISTEMATICO: CONSECUENCIAS.

El sistema seguido en nuestro país es el modelo francés de la doble incriminación, al regularse en títulos diferentes, las privaciones de libertad realizadas por particulares y los atentados a la libertad individual ejecutados por funcionarios públicos, de modo que las primeras de estas conductas se ubican en el título doce, relativo a los delitos contra la libertad y seguridad, y los actos de funcionarios se prevén como delitos contra la seguridad interior del Estado en el título segundo (195).

Las diferencias entre ambos residen, esencialmente, en el carácter del bien jurídico protegido, pues mientras que en el caso de los particulares existe unanimidad a la hora de entender que se trata de la libertad de movimientos, no ocurre otro tanto con las infracciones efectuadas por los funcionarios contra la libertad individual de los ciudadanos, concebidos como delitos pluriobjetivos, donde la determinación del interés tutelado se convierte en el principal problema a resolver, siendo precisamente su delimitación, el objetivo prioritario de esta investigación.

El delito analizado, se encuentra inmerso entre aquellos delitos que afectan al ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes (194), y, al contrario de la expresa alusión que en el título

XII se hace de las detenciones ilegales, al referirse a las privaciones de libertad realizadas por particulares, en esta sección no existe una concreción de los tipos penales que regulan las infracciones de la libertad individual, sino una colección de delitos de funcionarios, caracterizados por afectar cada uno de ellos a determinadas garantías de los ciudadanos. De entre ellos, sólo algunos prevén sanciones en caso de incumplimiento de ciertas garantías del individuo ante la privación de libertad, por lo que se constituye, en principio, como base de estudio. De forma que, las infracciones de las garantías del detenido previstas en los tipos, 184, 185, 186, 187 y 188, serán las claves que permitan la definición del bien jurídico protegido en el delito de detención ilegal practicada por funcionario (1955).

En la selección de aquellos tipos penales referentes a la detención ilegal de funcionario, es necesario delimitar y al mismo tiempo, partir, del concepto de detención que representa el "quid" de su interpretación. Ello es imprescindible, no sólo para concretar los tipos objeto de análisis, sino también para confirmar cual de las tesis sostenidas en relación al bien jurídico es la correcta. Como es conocido, la discusión se centra alrededor de la libertad de movimientos o las garantías del ciudadano ante la privación de libertad, como intereses protegidos en el delito de detención ilegal de funcionario. Según se siga un concepto de detención basado en la simple aprehensión material, u otro que tenga por objeto, no el momento de captura física, sino también el conjunto de derechos que pertenecen al ciudadano ante la privación de libertad, variará notablemente tanto el bien jurídico defendido en éste delito, como el alcance de los tipos analizados.

Parto de un principio general: "seguridad", como

garantía de los ciudadanos frente al poder, compuesta por los derechos que un individuo posee ante la privación de la libertad y ejercitable contra el Estado y sus funcionarios. La defensa de un principio como éste, no sería posible si el concepto de detención sostenido se limitase exclusivamente a la protección de la libertad de movimientos, dando lugar a la impunidad de las acciones contrarias a las garantías ante la detención. Por este motivo, sostengo que el concepto de detención posibilita una interpretación como la anterior, que abarca, junto a la aprehensión física, la infracción del resto de garantías que conforman el concepto "seguridad".

Pretendo demostrar, en el siguiente apartado, que el concepto de detención no se reduce al momento de aprehensión material, y por tanto, el error en el que incurren los partidarios de las tesis consistentes en que el bien jurídico protegido no puede ser otro que la libertad de movimientos, dejando libre de protección la infracción de las garantías que conforman la seguridad, prevista, incluso, constitucionalmente (196).

A) EL CONCEPTO DE DETENCION: COMO ELEMENTO CLAVE EN LA DETERMINACION DE BIEN JURIDICO EN EL DELITO DE DETENCION ILEGAL PRACTICADA POR FUNCIONARIO.

El artículo 184 del código penal, primero, de los delitos de funcionarios de la sección segunda que hace referencia a la detención, y, como veremos posteriormente, tipo básico en relación a los que afectan a la privación de libertad, sanciona al funcionario que "practicare ilegalmente cualquier detención"; Ahora bien, qué se entiende por "detención", cuál es el contenido de la misma, son las preguntas a las que no respon

de de forma expresa el código penal, por tratarse de normas penales en blanco, que exigen una complementación ajena a la propia legislación penal, y a las que voy a contestar mediante el análisis del concepto de detención existente en nuestra legislación positiva.

a) CONCEPTO DE DETENCION EN LA CONSTITUCION DE 1978.

La Constitución española regula el derecho de toda persona a la libertad y seguridad en el artículo 17, y , aunque no ofrece una definición del concepto de detención, formula los requisitos a los que tiene que conformarse necesariamente toda normativa que prevea dicha medida cautelar (197).

Tal artículo exige que la privación de libertad debe realizarse sólo en los casos y en la forma previstos en la ley. Lo que significa que la detención debe ejecutarse en atención, exclusivamente, a los supuestos que, previa y legalmente, hayan sido establecidos, y al mismo tiempo, ello supone que deban respetarse las garantías elaboradas en previsión de la privación de libertad. De este modo, aunque los casos de detención se encuentran, en su mayoría, regulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al mismo tiempo también coexisten otras posibilidades, en virtud de la legislación de peligrosidad, orden público, extradición, etc., que dificultan el poder fijar con precisión los supuestos legales, en detrimento de la seguridad jurídica del ciudadano.

En cuanto a la forma en que debe realizarse la detención, la Constitución elabora una serie de principios básicos: 1) Respeto del plazo establecido en la práctica de la detención preventiva. 2) Derecho a

asistencia letrada. 3) Derecho a ser informado inmediatamente de las razones de la detención. 4) Derecho a ser informado de sus derechos. 5) Derecho a no ser obligado a declarar. 6) Derecho al procedimiento de Habeas corpus, cuando crea que la detención es ilegal.

Estos derechos han sido desarrollados mediante ley Orgánica, básicamente a través de la ley 14/1983 de 12 de Diciembre, que modificó el artículo 520 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, adaptándolo a las exigencias constitucionales y por ley 6/1984 de 24 de Mayo que preveía el procedimiento de Habeas Corpus, como dispuso el apartado cuarto del art. 17 de la Constitución.

El delito de detención ilegal de funcionario debe, según lo expuesto, configurarse en base a los principios constitucionales, por lo que y en una primera aproximación, se podría hablar de detención ilegal en los siguientes casos:

- A) Cuando la privación de libertad se efectúa fuera de los casos permitidos por las leyes.
- B) Cuando dicha privación es legal, pero se incumplen las formas establecidas.

Se configura un concepto de detención, en donde la libertad de movimientos constituye uno más de los derechos en los que se descompone el elemento "seguridad", ante la pérdida de la libertad frente a las actuaciones estatales. De este modo, la detención no se limita exclusivamente a la ilegalidad, en el instante mismo de la privación de la libertad, sino que abarca además los actos simultáneos y posteriores a la misma (198).

Es necesario comprobar si éste concepto inicial de detención, previsto en el artículo 17 de la Cons

titución, se corresponde con el existente en otras normas de nuestro ordenamiento.

b) CONCEPTO DE DETENCION EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

El artículo 489 de la ley de Enjuiciamiento Criminal tampoco define el concepto de detención, pero delimita la legalidad o ilegalidad del mismo al establecer que nadie podrá ser detenido" sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban" (199). Existe, por tanto, una total coincidencia entre la concepción constitucional y la procesal penal, al configurar un ámbito de extensión de la detención que no se reduce al inicio de la puesta en práctica de la medida cautelar y que permite establecer los criterios determinantes en la aplicación del delito de detención ilegal de funcionario.

La Ley de Enjuiciamiento criminal desarrolla y concreta algunos de los casos y formas a los que debe amoldarse el ejercicio de la práctica de la detención por parte del funcionario, al mismo tiempo que establece los supuestos en los que un ciudadano cualquiera puede, (ostenta el derecho), detener, eso sí, respetando ciertas garantías del detenido, que se concretan en la obligación de justificar, si el detenido lo desea, el haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en algunos de los casos del artículo 490 y en la necesidad de entregar al detenido a la autoridad judicial, o ponerlo en libertad dentro de las veinticuatro horas siguiente al acto de la misma (200).

Se pueden resumir los casos de detención previstos por la Ley de Enjuiciamiento criminal, a los siguientes supuestos:

- A) Delitos en flagrancia o cuasiflagrancia (nº primero y segundo del artículo 490) (201).
- B) Fuga del detenido o preso (nº 3, 4, 5, y 6 del art. 490) (202).
- C) Rebeldía (procesado o condenado) numero 7 del art. 490 (203).
- D) Procesado por delito cuya sanción sea superior a la de prisión menor (nº 2 del 492) (204).
- E) Presunción de rebeldía del procesado, salvo que preste fianza bastante (nº 3 del 492) (205).
- F) Cuando existan motivos bastantes para creer que ha cometido un delito alguien aún no procesado (nº 4 del 492) (206).
- G) Por falta, cuando no tuviese domicilio conocido o no diese fianza bastante (495) (207)

Por su parte, los derechos recogidos en la Ley de Enjuiciamiento criminal son los siguientes:

- 1) Derecho a ser puesto en libertad o entregado al juez en el plazo de veinticuatro horas (208).
- 2) Derecho a ser puesto en libertad o en prisión en setenta y dos horas, a contar desde que el detenido le fuese entregado al juez (209).
- 3) Derecho a que la detención se practique en la forma que menos perjudique al detenido en su persona, reputación y patrimonio (210).
- 4) Derecho a ser informado, inmediatamente y de forma que sea comprensible, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten (211).
- 5) Derecho a guardar silencio (212).
- 6) Derecho a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable (213).
- 7) Derecho a designar abogado (214).
- 8) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia (215).
- 9) Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto (216).
- 10) En los casos en que sea menor de edad o inca

pacitado, ostenta el derecho consistente en que la autoridad comunique la detención a quien ejerza la patria potestad, tutela o guarde de hecho (217). 11) Derecho a que la autoridad judicial y los funcionarios comuniquen al Colegio de Abogados el nombre del defensor elegido (218). 12) Derecho a la "asistencia" del Abogado (219). 13) Derecho a escribir a los funcionarios superiores del orden judicial (220). 14) Derecho del incommunicado a las garantías previstas en el artículo 520, con las excepciones del 527 (221). 15) Durante la incommunicación no se puede interrumpir ni impedir la relación con el abogado (221). 16) Derecho a que no se adopten contra el detenido medidas de seguridad extraordinarias (222).

Como es fácil de apreciar, se constituye un concepto de detención en el que se conjugan tanto la libertad, y, más concretamente, la libertad de movimientos, que se infringe siempre que la detención se realice fuera de los casos establecidos, como la seguridad en su concepción más amplia de conjunto de garantías que protegen la libertad del ciudadano, representadas por los diferentes derechos que configuran las "formas de la detención", que se transforman en ilegal en los casos de infracción de las mismas (224). El incumplimiento por el funcionario de cualquiera de estas garantías, conlleva la ilegalidad inmediata de la detención practicada, incluso en aquellos casos en los que la privación de movimientos se llevase a cabo en los casos establecidos en la ley y, por tanto, en virtud de lo ordenado en el artículo 492 de la ley de Enjuiciamiento criminal.

De no admitirse este planteamiento, la infracción de uno cualquiera de estos derechos, al no implicar una afección de la libertad de movimientos que pue-

de ser incluso legal, sería impune.

c) CONCEPTO DE DETENCION EN LA LEY DE HABEAS  
CORPUS

En la ley 6/1984 de 24 de mayo reguladora del procedimiento de "Habeas corpu-s", se define, a los efectos de la misma, la detención ilegal.

A tales efectos, se consideran personas ilegalmente detenidas:

- a) Los que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurren los supuestos legales o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las leyes.
- b) Los que estén ilícitamente internados en cualquier establecimiento o lugar.
- c) Los que lo estuvieran por plazo superior al señalado por las leyes, si, transcurrido el mismo, no fuesen puestos en libertad o entregados al juez más próximo al lugar de la detención.
- d) Los privados de libertad a quienes no le sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garanticen a toda persona detenida." (225).

Al margen de alguna pequeña matización, como la de entender que tanto el apartado c) como el d) podrían haberse omitido, sin que eso significara una limitación del concepto de detención utilizado, ya que en el apartado a, se recogen todas las posibles formas de efectuarse la privación de la libertad, considero que, a pesar de que el derecho a ser entregado en el

plazo correspondiente, así como todos los derechos que la Constitución y leyes procesales garantizan, se encuentran protegidos en el primer apartado, al hacer referencia no sólo a los supuestos legales sino también a las formalidades y requisitos exigidos por las leyes, en dicha ley se ratifica el concepto de detención que ahora sostenido.

Esta ley, no sólo ofrece un concepto amplio de detención, sino que además y por vez primera, permite la demarcación de la legalidad e ilegalidad a efectos penales, confirmando la tesis que vengo sosteniendo, consistente en la consideración de los derechos del detenido como el bien jurídico en el delito de la práctica ilegal de la detención realizada por funcionario. Ello se confirma desde el momento en que, según esta ley, la calidad de persona detenida ilegalmente no depende necesariamente del instante en que tal privación de libertad se produce, sino que depende de la legalidad de todo el proceso de privación de libertad, por lo cual una detención inicialmente legal se transforma en ilegal por la falta de cumplimiento del plazo señalado o de cualquiera de las demás garantías previstas.

d) CONCEPTO DE DETENCION EN LA LEGISLACION INTERNACIONAL.

El artículo 10 de la Constitución española establece que "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, ratificados por España". Siendo, por esta razón, necesario el análisis de la legislación internacional, que ratificada por nuestro país, establezca criterios determinantes

en la elaboración de un concepto de detención medio, por el que se comprobará si el mismo coincide o no con el de la legislación interna y, por tanto, si se limita a una concepción estricta de la privación de la libertad.

En la Declaración de Derechos Humanos de 10 de Diciembre de 1948, no se llega a definir la detención, realizándose exclusivamente una mera declaración programática del derecho a la libertad y a la seguridad y al principio en virtud del cual nadie puede ser arbitrariamente detenido, preso, ni desterrado (226), por lo que resulta de escaso interés en la materia.

a') En el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950 (227).

Se regula el derecho a la libertad y seguridad en el artículo 5, estableciendo los principios básicos de la privación de libertad (228). Estos principios se estructuran en orden a una serie de supuestos y garantías, que son los siguientes:

- 1) "Detención preventiva o internamiento conforme a derecho por desobediencia a una orden judicial, o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley.
- 2) Detención preventiva o internamiento conforme a derecho en el caso de que existan indicios racionales de infracción, o cuando se estime necesario para impedir la comisión de éste o que haya después de haberlo realizado.
- 3) Internamiento para vigilar su educación o detención de un menor conforme a derecho

con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.

- 4) Internamiento conforme a derecho de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.
- 5) Detención preventiva o internamiento de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio, o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

Además de poder efectuarse la detención sólo en los casos previstos por el Convenio, se exige que la privación de libertad reúna una serie de garantías mínimas:

A) Derecho a la información, en el más breve plazo, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella. B) Derecho a ser conducido sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley. C) Derecho a presentar un recurso ante órgano judicial sobre la legalidad de la privación de libertad. D) Derecho a reparación por la detención ilegal.

En este concepto de detención formulado por el Convenio, la legalidad o ilegalidad de la detención depende de que la restricción de la libertad se realice sólo en los supuestos previamente establecidos, respetando el procedimiento previsto y conforme a los derechos que la misma garantiza. El incumplimiento de alguna de estas garantías, sea la que fuere, convierte en ilegal la detención, confirmándose de esta forma que el concepto de detención, en ningún caso, puede reducirse a la simple aprehensión material, al instante físico

de pérdida de la libertad de movimientos, sino que es un proceso global en el que tan importante es la pérdida de la libertad física de movimientos, como la infracción de cualquiera de los derechos que corresponden al detenido.

b') El Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1966. (229)

En el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1966, se va a repetir la ya conocida, por habitual, fórmula de que "nadie podrá ser privado de libertad (que abarca tanto al aresto como a la prisión preventiva) salvo por causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido por ésta", estableciendo los criterios exigibles en torno a los derechos que le corresponden a toda persona detenida:

- 1) Derecho a ser informado en el momento de la detención de los motivos de la misma.
- 2) Derecho a ser conducido sin demora ante el juez.
- 3) Derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que decida, en la menor brevedad posible, sobre la legalidad de su detención.
- 4) Derecho a reparación efectiva tras una detención ilegal" (230).

La infracción de cualquiera de estas garantías, así como la extralimitación de los supuestos legales, convierten en ilegal a la detención.

Este concepto de detención no difiere mucho del expuesto por el Convenio de derecho humanos y libertades públicas, salvo en lo que respecta a la elaboración de los criterios básicos de los supuestos en los que la privación de libertad puede realizarse. De

forma que, mientras en dicho Convenio se establecían de forma exhaustiva todos los casos en que era factible la detención, en el Pacto tal enunciación se delega a la legislación de cada uno de los países que lo suscribe, con el evidente riesgo que una actitud así conlleva.

Entre el Convenio y el Pacto se lleva a cabo la realización de un estudio sobre el derecho de cada persona a estar libres de arrestos, detenciones y exilios arbitrarios, preparado por un comité designado por la comisión de derechos humanos en la sesión setenta de dicha comisión en 1961, (231) y, pese a que nunca llegó a entrar en vigor, puede sernos útil en cuanto contribuyó a la creación de las bases necesarias en la construcción del concepto de detención. Este comité, en la elaboración de un concepto de detención o arresto arbitrario (recuérdese que en la legislación internacional el arresto equivale a nuestra figura de detención preventiva, mientras que la detención representa a la prisión preventiva), llegó a la conclusión de que la privación de libertad es ilegal siempre y cuando se efectue sin motivos, al margen del procedimiento previsto legalmente o, por el contrario, en los casos en que dicha restricción se realice bajo las previsiones legales, pero siendo incompatibles con el respeto por el derecho a la libertad y seguridad de la persona (232). Se afirma nuevamente que la libertad de movimientos supone tan sólo uno de los derechos que el ciudadano ostenta frente a las actuaciones estatales, configurándose el delito de detención ilegal en torno a la infracción de las garantías del individuo ante la privación de libertad y exclusivamente en base a la privación ilegal de la libertad de movimientos.

e) CONCEPTO DE DETENCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL.

Hasta el momento, todos los textos legales analizados coinciden en un concepto de detención que concibe la detención ilegal, no reducida a la restricción de la libertad de movimientos, sino como incumplimiento de las garantías del ciudadano ante la privación de libertad, siendo por tanto necesario comprobar si tal concepción es la utilizada por el código penal o, por el contrario, participa de los criterios estrictos limitados a la libertad de locomoción. Hay que examinar, por tanto, si la regulación penal es coherente con los criterios expuestos o si, por el contrario, mantiene un concepto reducido.

Pero antes de proceder al análisis de la regulación que el código penal realiza de la detención, creo conveniente hacer una serie de consideraciones sistemáticas que facilitarán el posterior estudio.

En el ordenamiento procesal español la privación de libertad puede ser practicada por: el particular siempre que se encuentre en alguno de los supuestos fijados en el artículo 490 de la ley de enjuiciamiento criminal, la autoridad o agente de la policía judicial en virtud de artículo 492 de dicha ley y el juez o tribunal, siempre que se produzcan los casos previstos en el artículo 494, pudiendo por consiguiente distinguirse entre las detenciones decididas por el agente de la policía judicial o la misma autoridad, en base a las obligaciones legales impuestas, y aquellas otras ejecutadas por ellos, pero ordenadas por la autoridad judicial.

a') Concepto de detención preventiva.

El concepto de detención comprende el periodo

que transcurre entre que la privación de libertad es decidida por el funcionario policial o por el juez, y la puesta en libertad (decidida por juez o funcionario), o pase del detenido a la condición de preso preventivo. En dicho concepto, se pueden distinguir dos momentos procesales distintos: uno primero, en el que se recogen las garantías del detenido durante el periodo consistente en la privación de libertad efectuada por la policía judicial (actuando por propia iniciativa bajo los postulados legales o por decisión de la autoridad judicial), hasta la puesta en libertad o entrega del detenido a la autoridad judicial. El hecho de que tal detención sea ordenada o no por la autoridad judicial, influye y tiene incidencia únicamente en el plazo de entrega al mismo, que en unos casos será inmediata (cuando existe orden de detención judicial) y en otros el polémico plazo constitucional, como tendremos ocasión de comprobar.

El segundo periodo, comprendería las garantías del detenido desde el instante en que se realiza la entrega a la autoridad judicial del detenido, hasta el preciso momento en que se acuerda su libertad o prisión preventiva (233).

La detención será ilegal siempre que se infrinja cualquiera de las garantías, pertenezcan a uno u otro periodo. Con este planteamiento se consigue, además, que exista plena coincidencia entre las distintas legislaciones, al considerar la detención como el acto por el que una persona es privada de su libertad en virtud de la ley, comprendiendo el periodo que se extiende entre el momento en que el interesado pierde la libertad y el momento en que es conducido ante la autoridad judicial competente que ordena la libertad o prisión preventiva del detenido, durante el cual deben respetarse todas las garantías previstas por el

ordenamiento ante la privación de libertad (234).

b') Regulación penal de la detención preventiva

Dentro de la sección segunda del capítulo segundo, ubicado en el título segundo del código penal, que hace referencia a los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes, se encuentran los tipos penales (184 a 188) que sancionan conductas que conculcan determinadas garantías fundamentales del detenido y preso.

En la exposición de estos tipos, referentes a las infracciones de las garantías fundamentales del ciudadano en la privación de libertad, mantengo el criterio sistemático de establecer una separación entre los distintos atentados de los derechos del detenido ya expuesto (235). Distinguiré, de este modo, entre aquellas infracciones de las garantías del detenido que tienen lugar en la fase que transcurre entre la práctica de la detención por la autoridad o agente de la misma y la entrega a la autoridad judicial, y los que pertenecen a la segunda fase, constituida por el periodo comprendido entre la puesta a disposición judicial y la liberación o puesta en prisión preventiva del detenido.

Aplicando este esquema a los delitos referentes a la infracción de los derechos del detenido, el resultado sería el siguiente: A la primera fase pertenecerían las siguientes conductas:

1) Privar de libertad (236) ilegalmente; 2) No poner a disposición (judicial) de la autoridad competente, al detenido en las setenta y dos horas siguientes a la práctica de la detención (237). 3) Dejar transcurrir veinticuatro horas, sin poner en conocimiento

de la autoridad judicial haber recibido en calidad de detenido a cualquier persona (238). 4) Negar certificación de la detención, o no dar curso a cualquier solicitud relativa a su libertad (239).

A la segunda fase corresponden:

- 1) Dilatar el cumplimiento de un mandato judicial para que se ponga en libertad a un detenido (240).
- 2) No poner en libertad al detenido que no hubiese sido constituido en prisión en las setenta y dos horas siguientes a las que en que aquel hubiese puesto la detención en conocimiento de la autoridad judicial (241);
- 3) No poner en libertad o no constituir en prisión por auto motivado, a cualquier detenido en setenta y dos horas a partir de haber sido puesto a su disposición (242);
- 4) Retener en calidad de preso al detenido cuya libertad procesa (243);
- 5) Dejar de transcurrir el término fijado de setenta y dos horas, sin notificar al detenido el auto constitutivo en prisión o dejando en libertad (244);
- 6) Dilatar dar cuenta de cualquier solicitud de un detenido relativa a su libertad de los tribunales (245).

Si el concepto de detención se basa en la privación de libertad efectuada en los supuestos, y con arreglo a los procedimientos y formas prescritas legalmente, tal y como se dispone en la legislación constitucional, procesal e internacional, la detención ilegal sería el resultado de la infracción de cualquiera de las garantías que sustentan la restricción de la libertad. Ello significa que todas las conductas anteriormente descritas compondrían el delito de detención ilegal, sin que éste se reduzca a la privación ilegal de la libertad de movimientos, pues ello es consecuencia inevitable del absurdo de reducir el concepto legal de detención a una sólo de sus facetas, lo que ocurre des-

graciadamente con frecuencia cuando se simboliza la detención ilegal en el artículo 184, como manifestación de la libertad de locomoción.

El concepto de detención se extiende a la consiguiente infracción de cualquier garantía del detenido, lo que significa que, de lege data, no se limita al artículo 184 del código penal, sino que alcanza también a los tipos penales 185 a 188. Ahora bien, el 184 representa el tipo básico, puesto que regula, no sólo las privaciones de libertad efectuadas fuera de los casos establecidos, sino que también alude a las restricciones de libertad que no respetan las formas, requisitos, procedimientos y, en general, los derechos que corresponde al detenido que no esten expresamente tipificados. Su papel en la actualidad tiene, en algunos casos, carácter subsidiario, pues solamente se aplicaría cuando el derecho afectado no tuviese una regulación expresa, pero, al mismo tiempo, significa el único medio de sancionar las conductas que infringen las demás garantías, que no tienen acogida en el resto de tipos referentes a la detención ilegal. Con esto se demuestra que el artículo 184 no se reduce a la privación de la libertad de movimientos y que, de lege ferenda, sería suficiente con su existencia para que quedasen protegidas todas las garantías del ciudadano ante la privación de libertad, ya que los demás tipos penales que hacen referencia a la infracción de determinadas garantías del detenido, podrían subsumirse en el mismo sin que ello fuese en perjuicio de la regulación de los derechos del detenido.

La importancia del artículo 184 deriva, en la actualidad, no sólo de ser el único precepto que sanciona la infracción de la libertad de movimientos practicada por un funcionario, sino precisamente de ese carácter subsidiario que ostenta que contribuye a no de-

jar impunes las conductas que afecten a garantías no previstas expresamente, como es el caso de las contenidas en el artículo 520 de la ley de Enjuiciamiento Criminal (246). Esto es así debido a que, al regular las garantías del detenido, el código penal no ha sido exhaustivo, dejando sin protección la mayor parte de los derechos del ciudadano ante la privación de libertad, lo que se explica, sólo en parte, por el tardío reconocimiento que las garantías procesales han tenido en nuestro país, (la reforma procesal penal del artículo 520 de la ley de enjuiciamiento criminal es de 1983), siendo necesaria e imprescindible una modificación de los actuales preceptos que prevén las infracciones de los derechos del ciudadano reconocidos por las leyes. Hasta que dicha reforma se realice, los atentados a las garantías del detenido no previstos expresamente, deben sancionarse a través del artículo 184, ya que si esto no fuese así, se llegaría al absurdo de sancionar conductas como la negación de la certificación de detenido y se dejaría impunes otras, como la de falta de asistencia letrada, la no información de los derechos al detenido, o al no instar el procedimiento de habeas corpus, etc.

c') Subsidiariedad del artículo 194 del código penal en relación al 184.

La razón de considerar como contenido de la antijuridicidad de este delito, no exclusivamente la libertad de movimientos, sino la "seguridad" en su acepción de conjunto de garantías que todo ciudadano ostenta ante la privación de libertad, no procede únicamente del concepto de detención, elaborado en base a la legislación existente, sino, esencialmente, de la incoherencia que representa que la conculcación de los derechos del detenido permanezcan impunes. En efecto, la impunidad sería un hecho constatable a pesar de la vía

que abre el artículo 194 del código penal, al sancionar "al funcionario público que impidiere a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por las leyes", ya que la ambigüedad del concepto "derechos cívicos" (247) y la práctica jurisprudencial, que desde la aparición expresa de tal regulación nunca la ha aplicado a estos casos, así lo impiden. Pero no obstante y aún suponiendo que tal precepto fuese aplicable, no hay que olvidar la naturaleza subsidiaria del mismo, que lo condiciona a la inexistencia de otros tipos penales que sancionen las infracciones de los derechos del detenido (248), lo que hace imprescindible, en primer lugar, demostrar la imposibilidad de sancionar este tipo de atentados a través de otros medios.

Ahora bien, es preciso aclarar que, debido precisamente al carácter genérico y ambiguo de la definición ofrecida por el 194, es necesaria su existencia, pues ello permite la teórica sanción de aquellas conductas que suponen infracciones de determinados derechos fundamentales aún no previstas por el código penal, como ciertos atentados a los derechos electorales, al derecho de reunión o asociación, etc. (249).

El principal motivo para descartar la posible aplicación del 194 radica en su naturaleza subsidiaria, ya que desde el momento en que se demuestra que las infracciones de las garantías del detenido están previstas en los tipos penales 184 a 188, decae la única razón de poder tipificar estas conductas a través del mismo. Por el contrario, el concepto de "derechos cívicos" sí permitiría una interpretación favorable a su aplicación, puesto que, si bien en un principio (códigos penales de 1870 y 1932), (250) se regulaban en distintos preceptos las infracciones de los derechos de reunión, asociación, etc., sin que en ellos aparecieran los derechos o garantías del detenido, con la nueva

formulación del 184, que tiene lugar en el código penal de 1944, se posibilita una interpretación favorable por la amplitud del concepto utilizado, que, en opinión de CORDOBA RODA, equivale a "derechos políticos, por lo que no sólo equivaldría a la pura y simple facultad de no ser perturbado en la titularidad de determinados bienes, sino también en la de ejercitar ciertos tipos de actividad" (251).

En conclusión, sólo partiendo de un planteamiento del bien jurídico limitado a la privación de la libertad de movimientos, sin la inclusión de las restantes garantías del detenido, es posible mantener la opción del 194 como fórmula aplicable a estos casos. De otro modo, es imposible su virtualidad por la condición eminentemente subsidiaria que ostenta.

El concepto amplio de detención aquí sostenido no es producto de una extensiva interpretación de la legislación existente, sino consecuencia de la importancia que, tanto constitucional como penalmente, han alcanzado los derechos del detenido a través de la historia legislativa de nuestro país. Para demostrar esta aseveración basta recordar cómo en los códigos penales anteriores al de 1944 se mantuvo una regulación que favorecía la interpretación que vengo defendiendo, aunque hay que reconocer que decisivamente influida por las directrices marcadas por el ordenamiento constitucional de la época (que es objeto de análisis en otro apartado de éste trabajo, (252).

d') Criterios sostenidos en torno a las garantías del detenido por los códigos penales anteriores al de 1944.

En apoyo de la tesis sostenida, considero de

interés citar cual ha sido el concepto de detención ilegal defendido en los códigos penales anteriores al de 1944. De este modo, comenzaré analizando la concepción utilizada por el código penal de 1822.

Dentro de los delitos contra la libertad individual de los españoles, ubicado en el título correspondiente a los delitos contra la Constitución y orden público de la monarquía, se distinguía entre los atentados contra la libertad individual y las detenciones arbitrarias (253). Por atentados contra la libertad, se entendían todas aquellas privaciones de libertad ejecutadas por funcionarios fuera de los casos y formas previstas en los artículos 172, aptdo. 1º y 287 de la Constitución (254), por lo que el delito de arresto se configuraba en base a la infracción de los siguientes derechos: 1) Privar de libertad sin tener como finalidad el bien y la seguridad del Estado. 2) No entregar el arrestado al juez en un plazo de cuarenta y ocho horas. 3) Cuando se utilizara la fuerza en la detención, salvo en los casos de resistencia o temor de fuga. 4) Ocultar el detenido al juez. 5) No presentar el detenido al juez, una vez arrestado. 6) Mantener el arrestado en calabozo a subterráneos o malsanos (255).

Las "detenciones arbitrarias", por su parte, sólo podían ser cometidas por funcionarios, y en ellas lo esencial no era la privación de libertad de movimientos, sino la infracción de determinadas garantías del detenido, entre las que se encontraban: 1) No recibir la declaración del detenido en veinticuatro horas. 2) No comunicarle en veinticuatro horas el nombre del acusador ni los motivos de la detención. 3) Incomunicar indebidamente al detenido (256).

Como se observa, entre el delito de arresto y el de detención arbitraria se configuraba un concepto

de detención que no se reduce a la privación de la libertad de movimientos, sino que se extiende a algunos de los derechos del detenido, lo que demuestra, una vez más, la incoherencia de los planteamientos que rechazan la posibilidad de aplicar la detención ilegal a aquellos casos en los que no existe una referencia directa a la restricción física de la libertad, argumentando que una interpretación semejante obedece a criterios que no responden al análisis del contexto en el que la privación de la libertad se produce.

Se sigue manteniendo el concepto amplio de detención que se extiende también a la infracción de las garantías fundamentales en el código penal de 1848, al sancionar dentro del título dedicado a los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos, como abusos contra los particulares, la privación ilegal de movimientos y la infracción de ciertas garantías del detenido y preso (257), que la doctrina de la época conceptuaba como detenciones arbitrarias conjuntamente, distinguiendo entre las detenciones graves y las menos graves (258).

De este modo, tenían la consideración de detenciones arbitrarias graves las siguientes:

- 1) No dar cumplimiento al mandato de soltura.
- 2) Prolongar o decretar la incomunicación de un arrestado.
- 3) Negar certificación de la detención.
- 4) No dar parte de una detención arbitraria (259).

Mientras que eran consideradas detenciones arbitrarias menos graves:

- 1) Ordenar o ejecutar ilegalmente o con incompetencia manifiesta de la detención.

- 2) No poner en libertad al detenido cuando pro-  
da.
- 3) Recibir en calidad de detenido sin mandato  
escrito de la autoridad competente.
- 4) Ocultar un detenido a la autoridad judicial
- 5) No recibir declaración al detenido.

En el código penal de 1870, dentro del título relativo a los delitos contra la Constitución como delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales, sancionados por la Constitución, se regulaba esencialmente a través del artículo 210 la sanción de las infracciones de las garantías previstas en los artículos 2º, 3º y 4º de la Constitución de 1869. Estableciéndose como requisitos básicos de la detención, que ésta sea siempre por razón de delito y que no estén en suspenso las garantías constitucionales. Por lo que resultaba un concepto de detención arbitraria que recogía la infracción de los supuestos legales, así como la de las garantías, formas y las privaciones de libertad realizadas durante la suspensión de las garantías, pero con incumplimiento de los modos y motivos exigidos legalmente.

La misma Constitución de 1869, en su artículo 9º, definía como autores de detención arbitraria y sujetos por tanto a indemnización, a los que efectuen la detención sin tener por causa la realización de un delito, si la entrega del detenido no se realiza en el plazo de veinticuatro horas o si la privación de libertad se lleva a cabo sin mandato judicial (269).

En los artículos 210 a 214 se sancionaban, tanto la privación de libertad de movimientos que no se realizara por razón de la comisión de un delito, como la infracción de las garantías constitucionales, a pesar de que algún autor, como VIADA, considerase rechazable.

la consideración de detención arbitraria, ya que, en su opinión, "no se trata de verdadera detención ilegal, sino de abusos por parte de los encargados de la custodia" (261).

En cuanto al código penal de 1928, poco hay que decir, desde el momento en que la sección relativa a los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, está integrada por las mismas conductas del código penal de 1870, al remitir el artículo 269 su desarrollo a futuras leyes especiales, aplicándose hasta que llegase ese momento los tipos penales equivalentes del código anterior (262).

Tampoco el código penal de 1932 supuso ningún cambio respecto a la sistemática formulada ya en el código penal de 1870 (263), confirmándose de este modo un concepto de detención que permite concebir la infracción de las garantías, de los derechos del detenido como bien jurídico en el delito de detención ilegal realizado por funcionario público, incluso en los códigos penales anteriores al de 1944.

4) BIEN JURIDICO EN EL DELITO DE DETENCION ILEGAL PRACTICADA POR FUNCIONARIO PUBLICO Y DIFERENCIAS CON LA DETENCION ILEGAL DE PARTICULARES.

Tras la determinación del concepto de detención, es preciso concretar el bien jurídico protegido en el delito de detención ilegal de funcionario, regulado en el artículo 184 del código penal, que, como vimos, representaba la clave de un modelo de regulación caracterizado por la previsión sancionatoria expresa de determinadas garantías del detenido (arts. 185-188),

pero que resulta insatisfactorio, por insuficiente, de no interpretarse la "seguridad", sino la libertad de locomoción, como el interés fundamental defendido en dicho tipo básico.

No interesa tanto el análisis de las concretas garantías recogidas en los artículos 185-188, como el conocimiento del bien jurídico del 184, puesto que de ello dependerá la racionalidad o no de la existencia del delito de detención ilegal de funcionario como independiente de las detenciones ilegales de particulares. Si el bien jurídico no es la seguridad como conjunto de garantías previstas constitucionalmente que ostenta todo ciudadano ante la privación de libertad, sino exclusivamente la libertad de locomoción, las diferencias entre el 184 y los tipos de detenciones ilegales de particulares no radicarían en el superior valor sustentado, sino tan sólo en la especial condición del sujeto activo o, con mucho, en las ya analizadas características de desobediencia y abuso de poder, careciendo entonces de sentido la doble incriminación, al poder resolverse la cuestión por medio de la agravación de la conducta cuando sea un funcionario quién actúa, o mediante la creación de tipos de detenciones de funcionarios independientes de la de los particulares, pero ubicada en el mismo título "delitos contra la libertad y seguridad de las personas".

Veamos, pues, cuales han sido las tesis que, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, se han desarrollado sobre el bien jurídico en el delito de detención ilegal de funcionario y sus diferencias, si las hay, con el delito de detención ilegal de particular, pero antes considero conveniente reseñar que, en mi opinión, el bien jurídico protegido en el 480 y ss. del código penal no tiene en absoluto nada que ver con el defendido por el 184, ya que si en éste lo esencial

es la posición del ciudadano ante el Estado a través de la infracción de los derechos reconocidos constitucionalmente, en el 480 no se trata de la conculcación de derechos subjetivos frente al Estado, sino, exclusivamente, de la protección de la libertad de movimientos del particular frente al particular. A favor de este planteamiento, cabe recordar cómo estos delitos nunca han tenido un tratamiento unificado en nuestra historia legislativa, salvo la excepción representada por el código penal de 1822, en el que se regulaban conjuntamente las detenciones de funcionarios y particulares dentro del título relativo a los delitos contra la Constitución y contra el orden político de la monarquía, como delitos contra la libertad individual (264).

A) PLANTEAMIENTOS DOCTRINALES SOBRE EL BIEN SUSTENTADO EN LOS DELITOS DE DETENCIONES ILEGALES DE PARTICULARES Y FUNCIONARIOS.

La doctrina ha mantenido, en relación al tema que analizamos, que no es otro que las diferencias entre los bienes jurídicos del delito de práctica ilegal de la detención ejecutada por funcionario público y el de la detención ilegal efectuada por particular, básicamente tres planteamientos: El primero de ellos consiste en la consideración de que el bien jurídico es el mismo en ambos delitos; el segundo, es el de los que sostienen que los bienes jurídicos son diferentes, defendiéndose en las detenciones de particulares la libertad de movimientos, mientras que en la de funcionarios se protegería el deber del cargo o la confianza pública en el desempeño del mismo. El tercero, considera que, siendo el interés tutelado diferente, dicha diferencia recaería en que, mientras en la detención ilegal de particulares se protege la libertad de movimientos, en la detención ilegal practicada por funcionarios se sanciona la infracción de los derechos fundamentales de la persona en la fase de privación de libertad.

a ) Planteamiento que sostiene la identidad de interés protegido.

La primera de estas tesis es sostenida por JIMENEZ DE ASUA al manifestar que "con éste sistema, resulta que un hecho de detención ilegal encuentra el tipo delictivo en uno u otro título, según que se realice por un funcionario público o un particular, no obstante ser idéntico el bien jurídico lesionado y ser la naturaleza de éste quien proporciona el criterio para la clasificación del libro segundo" (265). Parecidos argumentos mantienen, tanto CUELLO CALON, que, tras establecer la diferenciación únicamente en orden al carácter del sujeto activo, sostiene la imposibilidad de aplicar el artículo 480 a las conductas efectuadas por funcionarios (266), como PUIG PEÑA, que, aunque reconoce la virtualidad del 480 en relación a las actuaciones de funcionarios que no tengan finalidad pública, defiende la indiferenciación de ambas figuras (267).

Al plantear la igualdad de bienes jurídicos entre las detenciones ilegales de particulares y funcionarios, estos autores están elevando la condición del sujeto activo del delito a la categoría esencial, utilizada en la mecánica separación de ambas figuras delictivas.

b ) Tesis basada en la desigualdad de intereses por el abrazo de las funciones públicas.

La segunda de las tesis indicadas, sostiene la desigualdad entre las detenciones de particulares y funcionarios, pero no recae en la diferente afección de la libertad de movimientos, sino en el abuso de las funciones públicas que representa la actuación del funcionario. Fué GROIZARD el primero en esgrimir el crite-

rio del incumplimiento del deber como factor determinante en la delimitación de los atentados a la libertad rechazados por funcionarios, pese a reconocer la infracción del algún derecho constitucional en la comisión del artículo 210 del código penal de 1870; así, entendía que "los delitos contra la Constitución son, cuando la agresión proviene de la autoridad pública o de sus agentes, para proceder arbitrariamente contra la libertad personal. El fundamento de la imputabilidad, lo constituye el abuso de las funciones públicas, la transgresión de los deberes inherentes al ejercicio del cargo y la perturbación producida en el orden público por las mismas personas encargadas de conservarlo" (268). El uso abusivo de las funciones y, consecuentemente, el deber del cargo, se convierte en estos planteamientos en el factor que, junto a la privación ilegal de movimientos, conforma un bien jurídico distinto de aquel otro basado exclusivamente en la restricción de la libertad de locomoción, en la que no interviene ninguna extralimitación estatal. De éste modo, autores como, FERRER SAMA, (269), SAINZ CANTERO (270), CORDOBA RODA (271), pese a reconocer la existencia de la infracción de las garantías individuales en las detenciones practicadas por funcionarios, afirman que es el carácter abusivo de la función lo que en realidad conforma el contenido de la antijuridicidad de estos delitos, con lo que enmarcan la diferencia, no en las relaciones comunidad-funcionario, sino en la dependencia estatal de los portadores de la función pública.

Se puede afirmar, por tanto, que, dentro de las tesis que fundamentan la diferencia entre los delitos de detenciones de particulares y funcionario en el abuso de poder de estos últimos, existe a su vez una doble tendencia: la de los que sitúan la extralimitación en relación al Estado y la de los que conside-

ran que el abuso de poder, como criterio selectivo, se fundamenta en la especial relación de dependencia de los ciudadanos con respecto al poder de actuación de los representantes estatales. Y, por consiguiente, su desarrollo se produce en el marco de la dicotomía funcionario-comunidad. Como ejemplos de la subdivisión que se produce en el seno de las teorías que parten del abuso de poder como elemento que diferencia las detenciones de particulares de la de funcionarios, se pueden citar el planteamiento de POLAINO NAVARRETE, que desenvuelve en la relación Estado-funcionario al admitir que "en la detención ilegal se evalúa el objeto de tutela de la norma punitiva por el desvalor del acto, mientras que en la detención ilegal de funcionarios, en la ponderación del desvalor del autor..., al ejecutar la detención del funcionario, no sólo contraría la libertad de movimientos, sino que quebranta una especial obligación jurídica y vulnera la legitimidad de las prerrogativas que le ha concedido el ordenamiento jurídico" (272). Así como los de SAINZ PARDO (273) y MUÑOZ CONDE, para quien los delitos previstos en los artículos 184 y 480 son completamente distintos, puesto que "en el 184 se castiga el abuso del funcionario en el ejercicio de sus facultades... (274), se trata de garantizar el ejercicio de los derechos de la persona frente al ejercicio arbitrario y abusivo del poder estatal" (275); como se observa, estos autores, por el contrario, consideran esencial que la extralimitación se efectúe en el marco de la relación comunidad-Estado, por ser éste el ámbito en el que debe producirse la intervención penal.

c ) Diferencia entre los bienes jurídicos de ambos delitos.

La tercera y última de las tesis existentes

sobre el bien jurídico de los delitos de detenciones ilegales de particulares y funcionarios, se caracteriza por entender que el interés tutelado en ambos delitos es absolutamente diferente y que dicha diferencia no depende, ni de la condición del sujeto activo, ni de la extralimitación en el ejercicio de los poderes encomendados por parte de los funcionarios públicos, sino de la misma naturaleza del bien jurídico defendido, que en la detención efectuada por particulares sólo abarca la restricción de la libertad de movimientos y que en las detenciones de funcionarios se extiende al conjunto de garantías constitucionales y procesales que protegen al ciudadano frente a las acciones privativas de libertad de los mismos. El primer autor que elabora las bases iniciales de esta construcción fué ANTON ONECA, aunque previamente, ya JARAMILLO señalara que el elemento jurídico esencial del delito de detención ilegal "es la perturbación de un derecho constitucional", con lo que estaba planteando la cuestión en los términos que posteriormente serían los prácticamente decisivos en la conformación de un bien jurídico, caracterizado por la infracción de derechos constitucionales (276). ANTON ONECA consideraba que la expresión "práctica ilegal de detención" prohíbe interpretar la detención en sentido estricto como privación de la libertad de movimientos, encaminada a poner al sujeto a disposición de la autoridad competente"... pero la razón fundamental de la incriminación no está en las infracciones del deber de los funcionarios públicos, sino en la lesión de los derechos fundamentales de la persona, a los que especialmente se quiere proteger al crear aquellos específicos deberes, puesto que, si fueran los deberes los protegidos, su lugar sistemáticamente correcto sería el título dedicado a los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos" (277).

Este autor intenta, si bien no lo consigue, elaborar su argumentación sobre la crítica a los planteamientos basados en la infracción del deber del cargo y fundamentar la incriminación en base a la lesión de los derechos fundamentales frente a la libertad de movimientos, protegida en el delito de detención de particular, pero en su obra falta la concreción y delimitación de un bien jurídico basado en la infracción de los derechos fundamentales y, principalmente, se aprecia en la misma la confusión que subyace en la interpretación de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, al aceptar la infracción del deber del cargo como la clave del título VII, y rechazarla para los delitos de los funcionarios contra el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona reconocido por las leyes.

Quien realmente desarrolla esta tesis es QUINTANO RIPOLLES, a pesar de que en sus planteamientos existen ciertas contradicciones, como, por ejemplo, la representada por el cambio de criterio que en torno al bien jurídico de las detenciones ilegales se produce, al considerar previamente que "la distinción española de que en un caso se atenta contra el derecho individual y en el resto contra la libertad como un hecho, es de una artificiosidad rayana en la sofistería, pues el que sufre un daño tanto le dá que el objeto haya sido uno u otro" (278), y posteriormente, admitir que la "diferencia entre el título II y el XII radica en que en el título XII, las acciones recaen sobre concretos bienes de libertad y seguridad y no sobre valores abstractos de matiz más bien político que personal". Esto le lleva a la consideración de la existencia de intereses diferentes en ambos delitos, pues mientras en el título segundo se persigue una finalidad política caracterizada por la infracción de los derechos subjetivos individuales, en el título doce tan sólo se pre-

vén acciones individuales ajenas completamente a la naturaleza extrapenal, que caracteriza las conductas privativas de libertad realizadas por funcionarios (279).

Ahora bien, si es correcto afirmar que, mediante los mismos, se estaban formulando las bases originarias de lo que posteriormente sería la clave de las diferencias entre la detención ilegal de funcionarios y particulares, al subrayar el matiz político, la desigualdad de las posiciones en la relación funcionario-comunidad, no es menos cierto que QUINTANO nunca apreció una auténtica diversidad de bienes jurídicos entre estos delitos, sino exclusivamente una procedencia distinta, al afirmar que "el objeto es materialmente el mismo, tendría como fuente genética en los delitos del capítulo segundo, título segundo, las normas constitucionales, hoy encuadradas en el Fuero de los españoles, con sus complementos procesales concretos, mientras que en los del título doce la norma extrapenal será más bien de corte iusnaturalista", no respondiendo así a una concesión expresa de preceptos positivos" (280). Razón ésta por la que no creía necesaria la existencia de dos títulos diferentes que regulasen tales conductas, siendo suficiente con la creación de ciertos tipos agravantes en aquellos supuestos en los que, sin duda, la condición de autoridad elevaba la gravedad del hecho (281).

Por todo esto la tesis de QUINTANO resultaba insuficiente, ya que, si bien él tuvo el mérito de resaltar la diferente naturaleza de ambas figuras delictivas, le faltó quizás llevar ésta idea a sus últimas consecuencias, configurando en base al distinto origen de los mismos un bien jurídico que respondiese a las necesidades creadas y que, en ningún caso, podía limitarse a la restricción de la libertad física.

Con posterioridad, un sector de la doctrina viene repitiendo la argumentación de QUINTANO RIPOLES al establecer la diferencia entre ambos delitos, no en las características peculiares de su naturaleza, sino en la distinta calidad de las fuentes, en la diversidad de su origen. De éste modo, RODRIGUEZ RAMOS, partiendo de un concepto de detención que "depende de la estrechez o amplitud con que las normas jurídicas regulan los supuestos de detención permitidos u ordenados" (282), mantiene que el bien jurídico en el delito del 184 es "la libertad personal como garantía de particular frente al poder público y, más concretamente, frente a los agentes del mismo" (285), mientras que en el 480 se protege la libertad ambulatoria, pero de modo mediato se protegen otras libertades conexas o derivadas de la ambulatoria y la seguridad personal" (284). En una línea similar, VIVES ANTON considera que tan sólo existen diferencias cuantitativas entre estos delitos, basando la diferencia exclusivamente en el soporte constitucional del concepto libertad personal del artículo 184 del código penal, lo cual, dice éste autor, que la diferencia entre el 184 y el 480 radica en que el 184 regula la libertad de movimientos reconocida constitucionalmente, y el 480 la libertad de movimientos sin más, abstracción hecha de su reconocimiento constitucional (285).

La importancia de estos planteamientos reside, por tanto, en que, por vez primera, se aprecia una diferencia, aunque sea cuantitativa, en base a la fuente de procedencia del concepto libertad personal, que contribuye a la formulación de una construcción del bien jurídico de las detenciones practicadas por

funcionarios, ajena a las valoraciones efectuadas en la incriminación de las restricciones de la libertad realizadas por particulares. Pero, al mismo tiempo, la tesis sostenida seguía adoleciendo de incoherencia interna al no estructurar dichos delitos en relación a la existencia de intereses jurídicos, absolutamente distintos, sino en base exclusivamente del origen de los mismos.

Finalmente, ha sido BUSTOS RAMIREZ el primer autor que, desechando los criterios cuantitativos, y sin despreciar el camino emprendido previamente por los partidarios de una separación entre los bienes jurídicos en base al carácter político de la privación ilegal de libertad practicada por funcionarios públicos, ha concretado la diferencia entre ambos delitos de forma exclusivamente cualitativa. Para él, la diferencia entre uno y otro tipo penal está en el bien jurídico, es decir, que tiene que tratarse de dos bienes jurídicos "diferentes cualitativamente" (286) ya que, según BUSTOS, en el artículo 184 se protege "un bien jurídico institucional, es decir, un bien jurídico que recoge un conjunto de valoraciones que son el sistema garantizado por la Constitución, en otros términos, el sistema de control a las actuaciones de los poderes públicos" (287). En conclusión, sostiene la existencia de dos bienes jurídicos absolutamente diferentes: la libertad ambulatoria para el 480 y las garantías a la libertad en el artículo 184 (288).

Con posterioridad, ZUGALDIA ESPINAR ha confirmado esta tesis al elaborar una construcción de las detenciones ilegales que parte de la diferente naturaleza jurídica de ambos delitos, de forma que en las privaciones de libertad realizadas por funcionarios públicos, el bien jurídico protegido

serían las garantías previstas constitucionalmente ante la privación de libertad, admitiendo consecuentemente una concepción de libertad política, mientras que en las detenciones de particulares el interés protegido es únicamente la libertad de movimientos (289).

De las tesis expuestas, es evidente, por las razones que he venido sosteniendo a lo largo de este capítulo, que considero correcta aquella que parte de las diferencias cualitativas entre las detenciones ilegales de particulares y funcionarios, puesto que el problema no se reduce a las fuentes de procedencia de los intereses defendidos, sino a la diferente conformación de los bienes jurídicos. Es decir, no se trata de que la libertad de movimientos sustentada en las detenciones de particulares tenga un carácter iusnatural y la libertad de las detenciones de funcionarios un carácter eminentemente político, sino que en ambos tipos de detenciones no se protegen los mismos intereses, ya que en el 184 se trata del concepto de "seguridad" como conjunto de garantías del ciudadano frente a las actuaciones estatales, donde la libertad de movimientos tan sólo representa una más de las muchas que integran dicho concepto y, por contra, en el 480 se protege el valor libertad de movimientos con exclusión de cualquier otra garantía.

B) TESIS JURISPRUDENCIAL SOBRE EL BIEN JURIDICO DEL DELITO DE DETENCION ILEGAL PRACTICADA POR FUNCIONARIO PUBLICO.

La jurisprudencia suele mantener generalmente la igualdad entre los bienes jurídicos de las detenciones de particulares y funcionarios, al sostener que el interés protegido es, en ambos, la

libertad personal como expresión de espontaneo movimiento (290). Ahora bien, si la libertad de locomoción es el interés jurídicamente protegido, de forma indiscutible, en las detenciones de particulares para nuestros tribunales, no ocurre lo mismo con el bien jurídico de las privaciones de libertad realizadas por funcionarios, donde tienen su aparición nuevos valores, como tendremos ocasión de comprobar. Existe una concepción generalizada de la privación de la libertad de particulares, consistente en "impedir a una persona que se traslade donde quiera, bien con ánimo de atacar la libertad, suprimiendo su espontaneo movimiento o bien la privación de movimientos aunque dure pocos momentos o escasas horas" (291), que elimina cualquier otra posibilidad de entender que el artículo 480 comprenda otros valores distintos de la libertad de locomoción, pues, como expone la sentencia de 20 de Diciembre de 1974, "no hay encierro respecto del encerrado, ni detención sobre el que está detenido o preso, ni privación de libertad de los que carecían de ella", reduciéndose de este modo el ámbito de protección de estos tipos exclusivamente a la libertad física de movimientos, sin que la infracción de las garantías, cualquiera que fuere, tenga incidencia alguna en los mismos (292). Es por tanto la libertad ambulatoria el único bien protegido en el delito del 480 del código penal (293), aunque a veces se suelen emplear términos como los de "libertad subjetiva personal" (294), "libertad humana" (295), o el hacer todo lo que no perjudique a otro (296), entendidos en el sentido de libertad de locomoción.

En relación a la práctica ilegal de detención realizada por funcionario público de los arts. 184 y ss., la jurisprudencia ha considerado habitualmente que el bien jurídico protegido es la libertad individual en su acepción de libertad de movimientos

(297), pero excepcionalmente y tan sólo en algunos casos, no reduce el contenido de la antijuridicidad de los mismos a la simple privación de la libertad de locomoción, sino que lo extiende a las garantías y derechos del detenido. Las garantías cuya infracción ha dado lugar a la aplicación de los tipos referentes al delito de detención ilegal de funcionario, han sido definidas en algunas sentencias, como la de 14 de Junio de 1973 (esencial en esta materia al considerar como detención ilegal "el no respetar las garantías y principios procesales de los artículos 490, 492, 493" (298). Su importancia no reside en los derechos que en este caso protege, que no excede de la propia libertad de movimientos, sino en que representa la introducción de un nuevo elemento que permite la elaboración del concepto amplio de detención que vengo sosteniendo, como medida cautelar que se extiende, no sólo a la restricción de la libertad fuera de los casos previamente establecidos, sino también a toda infracción de los principios procesales que protegen la libertad individual. En este sentido, las sentencias de 19 de junio y 27 de noviembre de 1974, determinan que el concepto de detención que no se reduce a la simple privación de la libertad de movimientos sino que, por el contrario, abarca los derechos procesales y constitucionales al sostener que "la rúbrica del título II, capítulo II, sección II incardina los que atentan contra la libertad, individual, bien jurídico primario amparado por el artículo 18 del Fuero de los españoles y por el artículo 489 de la ley de enjuiciamiento criminal (299). Más recientemente, la sentencia de 27 de mayo de 1981 ha mantenido este criterio al afirmar que el derecho individual y fundamental de la libertad ambulatoria consagrado en el artículo 489 de la ley de Enjuiciamiento criminal, según el cual ningún español o extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en

la forma que prescriben las leyes y en el artículo 17 de la Constitución, según el cual toda persona tiene derecho a la libertad..., nadie puede ser privado de la libertad sino con observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y formas previstos en la Ley, de tal manera que la violación de este derecho básico encuentra la correspondiente sanción penal, en cuanto que el código penal la configura como delito y la castiga con la correspondiente pena de los artículos 184 y 480 y ss. que el infractor sea un funcionario público o un particular, pero la ilegalidad de la detención realizada por un funcionario público y que constituye elemento del tipo, hay que buscarla en las normas extrapenales..." (300). Al remitir a la legislación constitucional y procesal, están configurando un concepto de detención que contiene a la libertad ambulatoria como uno más de los derechos que ostenta todo detenido, rompiendo con el criterio jurisprudencial mayoritario que concibe la privación de la libertad de movimientos como el interés defendido en ambas figuras delictivas, siendo la condición de funcionario la única característica que delimita la aplicación del artículo 184 o el 480.

Siguiendo estos criterios, se han considerado como objeto del delito de detención ilegal de funcionario las siguientes conductas: retener en prisión a un sujeto a petición del interesado (301), incumplimiento de las formalidades legales (no llevar a cabo la formación de un expediente) (302), actuar de forma manifiestamente incompetente (303), el retraso en las formalidades legales (304), no poner al detenido a disposición judicial (305), la falta de motivación suficiente (306), efectuar una

incomunicación sin motivos legítimos (307). Ello demuestra que, aunque se aprecia una tendencia a la admisión de las garantías ante la privación de libertad como contenido de la antijuridicidad en este delito, la misma resulta del todo insuficiente al no producirse la extensión del efecto protector a todos los derechos que en la actualidad prevé la legislación constitucional y procesal. A pesar de ello, ya es suficientemente importante el que un sector de la jurisprudencia reconozca, mediante la admisión de un concepto de detención semejante, que el bien jurídico del delito de detención ilegal practicado por funcionario, abarque también a las garantías constitucionales y procesales, abandonando la tesis que sigue considerando la equivalencia entre los intereses del 480 y del 194.

5) EL BIEN JURIDICO DEL DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL PRACTICADO POR FUNCIONARIOS EN LOS RECIENTES MOVIMIENTOS REFORMADORES.

A) Proyecto de Código penal de 1980

El proyecto de código penal de 1980 mantiene el sistema de doble incriminación, regulando las privaciones de libertad realizadas por particulares como delitos contra la libertad y seguridad, mientras que las detenciones practicadas por funcionarios permanecen en la sección relativa a los delitos de los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona garantizados por la Constitución, pero ahora con la novedad de encontrarse

en el título dedicado a la Constitución, desapareciendo, por tanto, la rúbrica Seguridad interior del Estado (308).

Las novedades más interesantes que presenta este proyecto se pueden resumir en las siguientes: a) Se vuelve a la sistemática del código penal de 1822, desarrollada posteriormente por el código de 1870, en la que el delito de detención ilegal representa uno de los delitos contra la Constitución.

b) Se regula la detención ilegal de funcionarios como delito independiente y agravado en relación al de particulares.

c) Se ofrece un concepto de detención ilegal limitado a las privaciones de libertad efectuadas fuera de los casos o de los plazos establecidos en la ley (309).

Las consecuencias de tales modificaciones en relación a la sistemática del código penal de 1944 son, entre otras, que al seguir un esquema similar al utilizado por el código penal alemán anterior a la reforma de 1974, en la que, como se recuerda, el delito de privación ilegal de libertad de funcionarios (parágrafo 341) remitía la sanción al parágrafo 239, conservando una agravación con respecto al delito de funcionarios de tres meses de privación de libertad, se defiende simplemente la libertad de movimientos, que al mantenerse la agravación respecto al funcionario público al aplicarse la sanción de inhabilitación, más la que correspondería al tipo 178 referido a los particulares, se está formulando un concepto de bien jurídico reducido exclusivamente a la protección de la libertad de movimientos y caracterizado por la condición del sujeto activo. La independencia de los tipos obedece sólo a la especialidad y al carácter de funcionario del sujeto