

que realiza la restricción de la libertad, ya que el contenido de la antijuridicidad se conforma en base a la libertad de movimientos y no a la existencia de un bien jurídico diferente (310).

Por otro lado, la nueva definición de detención ilegal quebranta las posibilidades interpretativas que presentaban los anteriores conceptos, ya que al sustituir la rúbrica "el funcionario público que practicare ilegalmente cualquier detención", por aquella otra consistente en "el funcionario público que practicare cualquier detención fuera de los casos o más allá de los plazos determinados por las leyes", se excluye la interpretación basada en la admisión de los derechos y garantías del detenido como objeto de tutela en el delito de detención ilegal la realizada fuera de los casos y plazos previstos por la ley, se están marginando las detenciones en las que no se respeten las formalidades y garantías que también exigen las leyes. Algo que no ocurría con el anterior concepto, puesto que al no limitar la esfera de actuación, facilitaba una concepción más amplia, acorde con el principio de garantizar los supuestos reconocidos constitucionalmente.

Con un concepto de detención ilegal como el establecido por el proyecto de código penal de 1980, que excluye las garantías ante la privación de libertad al determinar los puestos aplicables, se desprotege definitivamente al ciudadano frente al Estado y, al mismo tiempo, convierte en formales todas las garantías y derechos que la Constitución y las leyes procesales establecen, abandonando además, como dice BUSTOS RAMIREZ, "toda la dirección garantista iniciada por QUINTANO RIPOLLES, seguida por VIVES

ANTON y CORDOBA RODA y que, además, ha sido el eje del presente trabajo; Pero no sólo eso, sino que se echa por la borda todo el nuevo espíritu de la Constitución, dejándose sin protección penal todo un conjunto de garantías básicas para el ejercicio de la libertad frente al Estado... el proyecto da la espalda a la Constitución de 1978 y entra claramente en contradicción con los principios fundamentales del Estado social y democrático de derecho" (311).

En conclusión, la proyectada reforma resulta lamentable, pues, por un lado, representaba el continuísmo al considerar como bien jurídico de ambas detenciones el mismo, la libertad de movimientos, razonando la separación sistemática únicamente en base al carácter de funcionario público del sujeto activo que transformaba, agravándola, la acción, y, por otra parte, eliminaba las posibilidades abiertas con la redacción del artículo 184 que permite una interpretación favorable a la admisión de las garantías, destruyendo así el concepto de detención elaborado por la legislación vigente. Adolece además de alguna incoherencia, como la representada por la tipificación de los casos en que se detuviere a una persona por razón de delito y no se pusiere a disposición judicial en las setenta y dos horas siguientes al acto mismo de la detención, (312) dicho supuesto está ya previsto en el artículo 606 cuando alude a la práctica de cualquier detención fuera de los... plazos previstos por las leyes (313).

B) Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983.

En la propuesta de anteproyecto de código penal de 1983 se sigue un confuso sistema mixto, que responde a la actual sistemática italiana y a la alemana anterior a la reforma de 1974. Así, al agrupar dentro del título V los delitos contra la libertad, las detenciones ilegales y secuestros, establece como atentados a la libertad, tanto las privaciones de libertad realizadas por particulares, como las ejecutadas por funcionarios (314). Regulando, como infracciones de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución, algunos de los casos que en el actual código penal y en el proyecto de 1980 se consideraban como integrantes de la figura de detención ilegal de funcionarios (315).

La nueva sistemática obedece básicamente a los postulados establecidos en el código penal italiano, si bien es cierto que la propuesta de anteproyecto introduce, en relación a éste, algunas alteraciones que desvirtúan el fundamento de aquel modelo. De éste modo, sanciona las detenciones de particulares y funcionarios como delitos contra la libertad, pero no gradúa la responsabilidad del funcionario en orden a la finalidad pública o privada que persiga, como se hace en el texto legal italiano, lo que conduce a una agravación de la sanción en relación al funcionario, inexistente en la legislación italiana debido al carácter público de su actuación. Las diferencias, por tanto, se reducen a la falta de cualificación especial, en el delito de detenciones particulares, en aquellos casos en los que el funcionario actúe con una finalidad privada, abusando del poder que su cargo le concede, y al mismo tiempo y como inmediata consecuencia, se desprende la consideración de la detención de funcionarios como tipo agravado de la

detención de particular, hecho que se evidencia en el momento en que se produce la remisión de la pena del artículo 162 al 158, confirmándose así la condición de cualificación agravada de la detención de funcionarios con respecto a la de particulares (316). Ello evidencia que, si bien el modelo utilizado en la regulación de la detención de funcionarios presenta formalmente una configuración semejante a la del código penal italiano, en realidad se corresponde con la regulación que de estas detenciones realizaba el código penal alemán antes de la reforma de 1974, ya que si la privación de la libertad era efectuada por un funcionario público, sea cual fuese su finalidad, tendría siempre un carácter agravado en relación a la del particular (317).

En orden al bien jurídico que se desprende de una sistematización semejante, es evidente que el artículo 162 adolece de los mismos defectos, ya criticados, al hablar del precepto 606 del proyecto de código penal de 1980, puesto que, al reducir la detención a la privación de libertad practicadas "fuera de los casos o más allá de los plazos determinados por las leyes", está imposibilitando una interpretación de las garantías ante la detención como el interés protegido en éste delito, reduciéndose, de esta forma, el ámbito de protección a la libertad de movimientos. Se confirma así la tendencia iniciada con el proyecto de 1980 de eliminar del concepto de detención la protección de los derechos del detenido, provocando con ello un vacío garantístico que obligó a los redactores de la propuesta del anteproyecto de 1983 a la tipificación de ciertas conductas, que, efectivamente, afectaban a algunos de los derechos fundamentales del ciudadano en la privación de libertad.

En efecto, al comprobarse que los tipos penales 156 y 162 eran insuficientes para sancionar las conductas que infringían determinados derechos fundamentales del ciudadano (318), se introduce como delitos de los funcionarios contra el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, los preceptos 540, 541, 542, 543, y 563, y pretenden cumplir la misión de ocupar el espacio que una redacción como la del artículo 162 deja descubierto. Se piensa que, de este modo, se cubren las necesidades expuestas de garantizar penalmente la infracción de la libertad de movimientos y del conjunto de garantías del ciudadano ante la privación de libertad, ya que, con el esquema utilizado, el delito de detención ilegal de funcionario prevé la sanción de aquellas conductas que atentan contra la libertad de movimientos, cuando éstas se realicen fuera de los casos o plazos previstos, y los delitos de los funcionarios contra el sistema de garantías previsto constitucionalmente sancionaría las infracciones que de los derechos del detenido tengan lugar (319).

Ahora bien, el resultado perseguido (protección de los derechos del detenido), no llega a conseguirse; en primer lugar, porque con la introducción por vez primera de un precepto como el 563, que prevé aquellos casos en los que la autoridad o funcionario público impidiera u obstaculizase el derecho a la asistencia de abogado al detenido o preso, procurare o favoreciere la renuncia del mismo (conducta ésta última lógicamente derogada por la ley 14/1983 de 12 de Diciembre, por la que la asistencia letrada se convierte en uno de los derechos irrenunciables), o no le informase de forma inmediata y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de

las razones de la detención, no se protegen determinadas garantías fundamentales del detenido, como el derecho a instar el procedimiento de habeas corpus el conjunto de derechos previstos en el capítulo IV de la ley de enjuiciamiento criminal, relativo al ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de abogado y del tratamiento de los detenidos y presos, debido, entre otros motivos, a la inexistencia de parte de los mismos a la hora de redactar dicha propuesta, resultando impune su infracción, ya que el comentado artículo 162 impedía una interpretación de las garantías como bien jurídico en éste delito, al abandonar la expresión "practicar ilegalmente cualquier detención" y limitarse a la privación de la libertad fuera de los casos y plazos establecidos legalmente.

Se desvirtúa, de esta forma, la pretendida protección de las garantías del detenido, ya que no sólo resulta insuficiente el nuevo precepto introducido, sino que además y en congruencia con la redacción del 162, quedarían impunes la infracción de todos aquellos derechos que no aparecen expresamente señalados en el 563 de la propuesta de anteproyecto. En segundo lugar, si la distinción que se pretendía hacer se basaba en la separación de la libertad de movimientos del resto de garantías que constituyen la seguridad del ciudadano ante la privación de libertad, tampoco se consigue, ya que, al regular como delito de funcionario contra ciertos derechos del detenido, la detención que efectuada por razón de delito se caracteriza por la no entrega a la autoridad judicial en el plazo de tiempo correspondiente, se está mezclando libertad de movimientos y el resto de derechos, puesto que, o bien se considera que en el artículo 162 se protege, junto a la libertad de

movimientos, en el plazo de entrega del detenido a la autoridad judicial como garantía del ciudadano ante la privación de libertad, o, por el contrario, que el plazo es una más de las vertientes de la libertad de movimientos; en el primero de los casos no tendría sentido la separación de las demás garantías, ya que si el artículo 162 prevé algunas de ellas no se explica la exclusión arbitraria de las demás, también protegidas procesal y constitucionalmente, y en el segundo de los casos expuestos, si el plazo constituye no una garantía diferente sino una faceta de la libertad de movimientos, no tiene ningún sentido la regulación prevista en el precepto 540, pues además de estar prevista esa conducta en el 162, no se corresponde con un sistema en el que se pretende unificar en un sólo título las privaciones de la libertad, con distinción de las infracciones de las garantías fundamentales (320).

Además de la innecesaria repetición de preceptos que regulan la misma conducta, y en relación a la artificiosidad de la separación entre las detenciones ilegales de funcionarios como atentados contra la libertad de movimientos y las infracciones de los funcionarios públicos contra los derechos garantizados por la Constitución, hay que señalar que, en los tipos penales 539, 540, 541 y 542, se produce continuamente la remisión en cuanto a la sanción aplicable al capítulo primero del título IV, es decir, las detenciones ilegales, confundiendo nuevamente los distintos criterios sistemáticos utilizados al estilo de la regulación alemana anterior a 1974 y demostrando la necesidad de un modelo en el que no se produzca la separación entre detención ilegal e infracción de determinadas garantías del detenido que se subsumen en aquel, ya que, como ha expuesto ZUGALDIA ESPINAR, "el artículo 162 debería ser ubicado en el título XX, capítulo II,

donde, por cierto, y esto es bastante indicativo, el legislador se le obligó a hacer constantes referencias al artículo 162, sin duda ubicado en un contexto distinto al que la corresponde" (321).

Si bien es cierto que con el traslado de dicho precepto al capítulo II del Título XX, se resolvería en parte esta caótica situación legislativa, no es menos cierto que la única solución pasa por la aceptación de un concepto de detención que abarque a los derechos del detenido, además de la libertad de movimientos y que, al margen de su ubicación sistemática, recoja las garantías procesales que desarrollan el artículo 17 de la Constitución, algo que resulta incompatible con la propuesta de anteproyecto de 1983, que imposibilita una interpretación semejante al concebir la detención ilegal de funcionario como privación ilegal de la libertad de movimientos, considerando la infracción de ciertas garantías del ciudadano ante la privación de libertad, como delitos cualitativamente diferentes.

6) CONCLUSIONES GENERALES SOBRE EL BIEN JURIDICO EN EL DELITO DE PRACTICA ILEGAL DE DETENCION DE FUNCIONARIO PUBLICO: PROPUESTA QUE SE REALIZA.

Se ha intentado demostrar que el concepto de detención de funcionarios no es un concepto reducido a la protección de la libertad de movimientos, sino que se extiende al conjunto de garantías que conforman la seguridad del ciudadano ante el ejercicio de la privación de la libertad por parte de los representantes del Estado. Si ello es así, no responderían a las bases exigidas ni la concepción alemana sustentada en la exis-

tencia de un único precepto regulador de la privación de la libertad ambulatoria, que excluye la protección de las garantías del detenido, y donde la condición de funcionario no representa ninguna cualificación, ni la tesis italiana, donde, a pesar de establecer la diferencia entre particulares y funcionarios, las mismas no residen en la calidad del bien jurídico (en ambos casos es el mismo; la libertad de locomoción), sino en el carácter del sujeto activo y a su vez en la finalidad pública o privada de la actuación del funcionario. Finalmente, tampoco los planteamientos franceses concuerdan con un concepto de detención elaborado conforme a los criterios procesales y constitucionales, pues, pese a la utilización del sistema de doble incriminación, será el ejercicio o no de funciones públicas y no la diferente naturaleza del bien jurídico, lo que decida la elección de los preceptos aplicables.

En cuanto a las diferentes tesis que se han elaborado en nuestro país, son rechazables tanto las que consideren que el bien jurídico es el mismo (libertad de movimientos), como las que establecen las diferencias en torno a la especial condición del sujeto activo y la correlativa infracción del deber del cargo, o las que siguen sosteniendo las simples diferencias cuantitativas entre los mismos. Este rechazo se produce, en el primero de los casos, por desconocer el ámbito de extensión del concepto de detención procesal y constitucional, donde la libertad de movimientos representa tan sólo una de las garantías del ciudadano ante la privación de la libertad y en el segundo, por crear la ficción del deber del cargo amparada en el marco del abuso de poder, para establecer la diferencia cualitativa entre el delito de particulares y funcionarios, sin tener en cuenta que la infracción del cargo o del deber no constituye por sí sola la infracción de ningún bien jurídico y que tan sólo representan el medio por

el que se atenta contra específicos derechos fundamentales del ciudadano.

También incompatible con un concepto de detención como el expuesto, sería la tesis que mantiene las diferencias exclusivamente cuantitativas entre los delitos de detención de particulares y funcionarios, aunque hay que reconocer que tales planteamientos, desarrollados por ANTON ONECA, QUINTANO RIPOLLES, o VIVES ANTON, tienen el mérito de limitar considerablemente el objeto de tutela, marcando las diferencias con el delito de detención ilegal de particulares, en base a la consideración de la infracción de la garantía formal del derecho del ciudadano a su libertad, utilizando como fuentes las normas procesales y constitucionales en vigor. Estos planteamientos, que ya dejan entrever la diferencia de naturaleza, y no simplemente cuantitativa entre ambos delitos, han sido finalmente desarrollados por BUSTOS RAMIREZ, estableciendo acertadamente la diferente calidad de los bienes jurídicos sustentados en la detención de funcionarios y de particulares, de modo que en el delito del 480 sólo se protege la libertad ambulatoria, mientras que en el previsto en el 184, serían las garantías a la libertad el interés jurídicamente protegido.

La aceptación de un concepto de bien jurídico en el delito de detención ilegal practicado por funcionario, como el propuesto por BUSTOS RAMIREZ, supone la independencia del mismo como delito especial propio, debido a la naturaleza del interés tutelado, que no sería la libertad de movimientos como singular valor del particular frente al particular, sino el conjunto de derechos reconocidos procesal y constitucionalmente, que toda persona, ante la privación de libertad, ostenta, no precisamente frente a sus iguales, sino

contra el Estado y por delegación de este contra sus representantes. La diferencia, no es por tanto simplemente cuantitativa, pues no se trata de que en el delito de detención de particulares se proteja una de las garantías y en el de funcionarios el conjunto de ellas que conforman la seguridad como valor protegido, sino que dicha diferencia es cualitativa, ya que parte de la desigualdad de la situación del ciudadano en las relaciones con el Estado. Ahí reside, realmente, la única razón de la existencia de una doble incriminación, donde las garantías que componen el concepto "seguridad" que determinan la necesidad de que la privación de libertad realizada por los funcionarios públicos debe amoldarse a las prescripciones constitucionales y, en definitiva, someterse a un tratamiento penal diferenciado de la simple restricción de la libertad efectuada por otro particular.

Ahora bien, la cualificación representada por la actuación pública del funcionario, no condiciona la agravación de la sanción a imponer, sino más bien todo lo contrario, ya que la detención ilegal ejercitada por un funcionario público con la intención de entregar el detenido a la autoridad judicial, o dejarlo en libertad en el supuesto de que no existan indicios objetivos de criminalidad, debe tener una sanción inferior a la que le corresponde a un particular o al propio funcionario que no actúa con una finalidad pública.

Todo ello significa que el delito de detención ilegal previsto en el artículo 184 del código penal, responde a un concepto de detención que comprende tan sólo aquellos casos de privación de libertad realizados por funcionarios públicos fuera de los casos, formas y garantías previstas legalmente en el ejercicio de una función pública (consistente en la entrega del de-

tenido a la autoridad judicial o, por el contrario, la puesta en libertad del mismo con los requisitos exigidos por la ley). En este concepto de detención tienen también cabida las actuaciones en el desarrollo de la función pública efectuadas por particulares (artículos 490, 491 y 496 de la ley de enjuicamiento criminal), que, como veremos en el apartado dedicado al análisis del sujeto activo del delito de detención ilegal de funcionarios, adquieren tal condición en virtud del artículo 119,3º del código penal.

Por contra, el delito de detención ilegal de particulares del 480 del código penal, abarcaría exclusivamente las privaciones de libertad ejecutadas con finalidad privada, entendida, como no desarrollo de una función pública, por lo que, consecuentemente, sujeto activo del mismo no lo sería sólo el particular, sino también el funcionario en su doble vertiente de actuación instrumental o no del cargo que ostenta para conseguir la realización de móviles privados. De este modo, se aplicaría el precepto 481,3º, sólo en aquellos casos en los que existiese una simulación de las funciones públicas y por tanto, exclusivamente en los supuestos en los que no se ejercita realmente la función pública, como son: las acciones de los particulares que aparenten el desarrollo de una función pública para conseguir alguna finalidad privada, o en los casos en los que es el propio funcionario el que abusa del poder que le ofrece su cargo para obtener resultados que nada tienen que ver con el ejercicio de la función pública (322).

En base a la necesidad de protección penal de los derechos que, procesal y constitucionalmente, se reconocen al ciudadano en el proceso cautelar de privación de libertad y esencialmente, en virtud del contenido

del concepto de detención utilizado, resulta imprescindible la reconducción de la protección de los derechos y garantías del ciudadano ante la privación de libertad, a través del delito de detención ilegal de funcionarios, ya que, de lo contrario, sería impune cualquier infracción de los mismos por parte de la representación estatal.

El bien jurídico del delito de detención ilegal de funcionarios estaría configurado, no sólo por las garantías previstas en los preceptos 187 y 188 del código penal, sino también por las siguientes:

- 1) Derecho a que la detención se efectue exclusivamente en los casos previamente establecidos por la ley.
- 2) Derecho a ser puesto en libertad o entregado al juez en el plazo de veinticuatro horas.
- 3) Derecho a que la detención se efectúe en la forma que menos perjudique al detenido en su persona, reputación y patrimonio.
- 4) 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.
- 5) Derecho a ser informado inmediatamente y de forma que sea comprensible, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten.
- 6) Derecho a guardar silencio.
- 7) Derecho a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable.
- 8) Derecho a designar abogado.
- 9) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee el hecho de la detención y el lugar de custodia.
- 10) Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto.

11) En los casos en los que sea menor de edad o incapacitado, quien ostenta el derecho consistente en que la autoridad comunique la detención a quien ejerza la patria potestad, tutela o guarde de hecho.

12) Derecho a que la autoridad judicial y los funcionarios comuniquen al colegio de Abogados el nombre del defensor elegido.

13) Derecho a la asistencia del abogado.

14) Derecho a escribir a los funcionarios superiores del orden judicial.

15) Derecho del incomunicado a las garantías previstas en el artículo 520 con las excepciones de 527.

16) Durante la incomunicación no se puede, bajo ningún concepto, interrumpir ni impedir la relación con el abogado.

17) Derecho a que no se adopten contra el detenido medidas de seguridad extraordinarias.

18) Derecho a instar el procedimiento de Habeas corpus.

19) Derecho a una reparación efectiva tras una detención ilegal.

La propia naturaleza del interés protegido convierte al delito en especial propio, lo que imposibilita, en principio, cualquier relación de subordinación con el delito de detención ilegal de particulares y, al mismo tiempo, justifica la existencia de una sistemática diferenciada en base a los diferentes intereses protegidos. De este modo, la detención ilegal de particulares debe continuar ubicada en el título relativo a los delitos contra la libertad, mientras que el delito de detención ilegal de funcionarios debe integrarse en el título que sustituya al actual título segundo "Seguridad interior del Estado" y que responda a la especial relación de desigualdad que se establece entre el ciudadano y el Estado, cuando es un representante

de éste último el que lleva a cabo la privación de cualquiera de los derechos expuestos.

Se debe sistematizar exclusivamente en orden al bien jurídico afectado y no a las abstracciones que sin duda conforman subsidiariamente el mismo, es decir, considero preferible la creación de un título que, respondiendo al concepto de seguridad de los ciudadanos frente a las actuaciones estatales, y donde en un principio tendría acogida los actuales delitos de la sección segunda del capítulo segundo del título segundo del código penal (323), a mantener un modelo de esquema basado en el efecto divinizador del Estado (Seguridad interior del Estado), o de la misma Constitución (delitos contra la Constitución), que oculta el verdadero interés tutelado en base a la simbólica protección del ciudadano mediante la tutela del Estado.

La alternativa debe formularse en torno esencialmente, a dos conceptos; "seguridad" y "abuso de poder". El empleo que se hace del principio de "seguridad" en la propuesta realizada, responde al clásico postulado liberal de que "ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido salvo en los casos determinados por la ley y en la forma en ella descrita" (324), que prohíbe al Estado atentar contra la libertad individual, salvo en los casos, formas y con las garantías previstas legalmente. La seguridad se convierte así en el principio de unión de todos los elementos protectores de la materia, garantizando al ciudadano el ejercicio de sus derechos, al mismo tiempo que obstaculiza al poder en la ejecución de posibles medidas arbitrarias que le priven de su libertad material, dando lugar a un concepto amplio de seguridad que no condena simplemente la privación de libertad, sino también toda forma

arbitraria de represión (325). Pero, como MARX decía, la seguridad jurídica es un valor adjetivo (326), un derecho cuya significación depende de lo que se trate de asegurar, y, por ello, variará en el sentido que lo haga el concepto "libertad". Esta subordinación de la seguridad a la previsión constitucional de la libertad adquiere un valor reducido básicamente a las garantías legales ante la privación de la libertad, aunque también pueda extenderse a los demás derechos de los ciudadanos frente a las actuaciones de los funcionarios como reminiscencia del liberalismo que configura un ámbito del que quedan excluidas los representantes estatales.

El uso que del concepto "abuso de poder" realiza, no hace referencia al ejercicio arbitrario del poder que ostenta el funcionario público, sino al uso de las facultades que tal poder comporta en menoscabo de las garantías del ciudadano. Ello no implica su elevación a la categoría de bien jurídico, sino tan sólo su carácter cualificador cuando el empleo de tales medios suponga la infracción de un bien jurídico determinado.

Es necesario distinguir entre la violación del deber y el abuso de poder, pues, como dice STORTONI, "en realidad abuso de poder y violación del deber no pueden, de forma simplicada, ser calificadas como las dos de una misma moneda, de tal modo que la alteración de una de ellas no implica automáticamente que la otra venga afectada... (327), ya que se ha evidenciado que, mientras el abuso de poder en sentido estricto se realiza a través de un acto público con relevancia externa en las relaciones jurídicas intersubjetivas, el abuso de la situación jurídica mantiene la violación de las

reglas inherentes a la organización del aparato burocrático" (328). A pesar de ello, existe una general confusión en nuestra doctrina entre estos conceptos, que posibilita la existencia de construcciones erróneas sobre la base de identificar la utilización de un medio determinado, como es el abuso de poder en la ejecución de un delito, con el interés fundamental tutelado, lo cual favorece la tesis del deber del cargo en los delitos de los funcionarios públicos, entendida de forma naturalística como desviación del destino natural de las obligaciones nacidas de la relación Administración-funcionario.

En aquellos supuestos en los que el funcionario ejerza la posición de poder que el cargo le concede, sin hacer uso de las facultades que el mismo posibilita, no estaremos en presencia de actos de abuso de poder, sino simplemente de abusos de la situación jurídica, en los que no hay directamente lesión de bien jurídico alguno, sino infracción del interés administrativo en el buen funcionamiento del aparato burocrático del Estado a través de la desobediencia funcional. Para que el abuso de poder pueda cualificar (agravando) la actuación del funcionario, es necesario que juegue el papel de índice de la ilicitud por estar en íntima conexión con el perjuicio del interés tutelado. Es decir, el abuso de poder no implica por sí mismo la infracción de ningún bien jurídico, ya que no asume en estos casos el desvalor penal del hecho constitutivo del delito y, como máximo, adquiere relevancia como agravante, únicamente cuando el prevalimiento de la situación conlleve el ejercicio de los medios necesarios para la infracción de las garantías del ciudadano.

En el concepto de abuso de poder que sostengo,

no basta con que el funcionario se sirva de su posición para realizar el delito, sino que debe realizar algún acto coercitivo entre los de su oficio, por lo que considero artificiosas aquéllas concepciones que, confundiendo la violación del deber con el abuso del mismo, es decir, la lesión de un bien jurídico con el simple abuso de una situación jurídica, configuran como bien jurídico de los delitos de funcionarios el abuso de poder como infracción del deber del cargo, manteniendo la ficción de la de-fraudación de las expectativas de los ciudadanos cuando en realidad contribuyen a la afirmación de la relación de poder entre la Administración y los mismos funcionarios (329).

En conclusión, el elemento "abuso de poder", sólo tiene carácter agravatorio cuando el mismo se ejerza utilizando las ventajas que el cargo le ofrece para efectuar la detención ilegal, siendo del todo indiferente la finalidad pública o privada de su actuación, que tan sólo repercute en la elección del precepto aplicable.

NOTAS

(1)

En efecto, el resultado de las tesis liberales en la elaboración de un concepto material de bien jurídico, no ha sido otro que la falta de concreción e indeterminación de los límites punitivos estatales, ya que al utilizar valores como "objeto", "autorealización" con enfoques constitucionales, en ausencia de auténticos criterios jerárquicos, ha legitimado determinados intereses que pueden no corresponderse con la dialéctica de los conflictos sociales actuales. Asimismo, no ha superado la confusión entre derechos fundamentales y bienes jurídicos, con la repercusión que ello representa en orden, prioritariamente a la determinación de la pena. Vid. sobre este planteamiento las siguientes obras: ROXIN; "Franz von Liszt y la concepción político criminal del Proyecto Alternativo" en Problemas básicos del Derecho penal, traducido por LUZON PEÑA, Madrid 1976 pág. 47; del mismo autor "Sentido y límites de la pena estatal" en op. cit. pág. 21; Fianda-ca; "Il bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale" en Bene Giuridico e Riforma de la Parte Speciale, Juvene Editore, Napoli, 1985, pág. 8 y ss; RUDOLPHI; "Die Verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in Festschrift für Honig. p. 158; MICHAEL MARX; "Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut", 1972, págs. 84 y ss. ANGIONI, "Bene costituzionali e criteri orientativi sull'area dell' illecito penale" en Bene giuridico op. cit. pág. 59 y ss p. 140; MUSCO, Bene giuridico e Onore, 1974. Milano pág. 115 y ss; BRICOLA, "teoría generale del reato" in Noviss. Dig. it. 1973, pág. 14. Frente a los planteamientos liberales de tendencia individualista, o de legitimación valor-Constitución, donde no se produce la subordinación de lo individual a lo social, surgen las tesis de carácter sociológico, que no han conseguido tampoco, en base al principio de perjuicio social, delimitar el ius puniendi estatal, aunque sí lo restringen al criminalizar, sólo, las conductas antisociales. Tales criterios, como reconoce GOMEZ BENITEZ, no impiden el carácter formal de la construcción, ya que "se trata de una solución relativa y formal ni más ni menos que lo que supone el actual Estado social-constitucional con su sistema de garantía formales. Pero en ese contexto, el criterio de perjuicio social se acomoda

más a una realidad estatal cada vez más distante del liberalismo, aunque igualmente superestructural y formal". p. 148 de Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: un estudio sobre las ideas de general y culpabilidad en la reforma penal española" en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº 3 1980. Sobre estos planteamientos, sin ánimo de ser exhaustivo, pueden verse las siguientes obras: AMELUNG; Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972. pág. 361; GOMEZ BENITEZ: "Sobre la teoría del "bien jurídico" (aproximación al ilícito penal) en Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense 1984, nº 69 pág. 111; MIR PUIG, "Introducción a las bases del Derecho Penal", Barcelona 1976, págs. 137 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. "Sobre el Concepto del Derecho penal, Madrid 1981, págs. 342 y ss.; pág. 90, COBO ROSAL Y VIVES ANTON: Derecho penal, parte general. Universidad de Valencia 1984, págs. 277 y ss. DIEZ RIPOLLES; "El Derecho penal ante el sexo". Barcelona, Bosch. 1981, pág. 31 y 72 y ss. W. HASSEMER; "Theorie und Soziologie des Verbrechens". 1973, págs. 147 y ss.

- (2) En este mismo sentido, Octavio de Toledo considera que "deben esclarecerse las razones de que el poder de criminalización se ejerza en determinados sentidos y no en otros: cuáles son los criterios que rigen su acción selectiva de comportamientos y por tanto de selección de los intereses afectados por tales comportamientos y por medio de la norma penal...". OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: "Sobre el concepto del Derecho Penal". Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Madrid 1981, pág. 348.
- (3) Vid. F. GALGANO: "Las instituciones de la economía capitalista." Valencia 1980, pág. 30.
- (4) Vid. A. BARATTA: "Criminología liberale e ideología della difesa social". en La Questione Criminale. núm. 1 de 1975, págs. 53 y 54.
- (5) Considero erróneo el planteamiento de W. Hassemer cuando sostiene que al defender bienes colectivos,

se está utilizando el derecho como instrumento de dirección política, infringiendo el principio Lisztiano de que el Derecho penal no debe superar nunca las barreras infranqueables de la política-criminal. Cfr. "Il Bene giuridico nel rapporti di tensione tra Costituzione e Diritto naturale" en Revista Dei delitti e delle pene; 1984, nº 2 págs. 112 y ss. Es erróneo, en primer lugar porque la tesis de los bienes difusos no es rechazable por la protección de auténticos bienes sociales, sino tan solo por las técnicas de prevención y garantismo que introduce. En segundo lugar porque la utilización del derecho de forma instrumentalmente política es un principio general y, por tanto, no es obra exclusiva de una determinada teoría.

- (6) Cfr. W. HASSEMER: "Il Bene giuridico nel rapporti di tensione tra Costituzione e Diritto naturale " en Rivista Dei delitti e delle pene. 1984, nº 2, pág. 111.
En la determinación de los bienes jurídicos, mantiene HASSEMER que las condiciones de transformación no tienen carácter objetivo, sino que son producto de un proceso comunicativo en virtud de que constituyen un fenómeno históricamente mutable. Por ello, ofrece una definición de política criminal limitada por concepciones constitucionales, como los derechos fundamentales, el sistema de organización del Estado y por el reconocimiento social de intereses. Vid. op. cit. pág. 107.
Cfr. por todos el trabajo de éste autor: "Theorie und soziologie des Verbrechens" 1973 págs. 147 y ss. en donde desarrolla los postulados filosóficos de su teoría partiendo de la tesis del labelling approach y de la psicología profunda de Freud.
- (7) Vid. "Il bene..." cit. pág. 112.
- (8) Ibidem, pág. 110.
- (9) Ibidem, pág. 113.
- (10) Vid. W. HASSEMER: "Spunti per una discussione sul

tema "bene giurídico e riforma della parte speciale" en AAVV Bene giurídico e riforma della parte speciale, Jovene Editore, Napoli, 1985, págs. 367, 368 y 369.

- (11) Vid. MIR PUIG, S.: "Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal en la reforma penal" (Texto presentado como ponencia en las jornadas homenaje al profesor SAINZ CANTERO, Granada, 1987) pág. 2.
- (12) Vid. Ibidem. pág. 4.
- (13) Vid. Ibidem. pág. 5.
- (14) Vid. Ibidem. pág. 6.
- (15) Vid. Ibidem. pág. 7.
- (16) Vid. G. MARINUCCI: "Relazione de sintesi" pág. 355 en AAVV. bene giurídico e riforma della parte speciale, ya citado.
- (17) Vid. BUSTOS RAMIREZ: "Los bienes jurídicos colectivos". en Estudios de derecho penal en Homenaje al Profesor LUIS JIMENEZ DE ASUA, pág. 160. En Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid 1986.
- (18) Vid. "Los bienes..." op. cit. pág. 158.
- (19) Vid. BUSTOS RAMIREZ: Ibidem, pág. 154.
- (20) Cfr. G. Jakobs: Strafrecht-Algemeiner. Teil pág. 31. W. de G. Berlin-New York 1983.
- (21) Cfr. G. Jakobs. op. cit. pág. 33.

- (22) Al definir Jakobs la pena como manifestación de la vigencia de la norma, aquella se conceptua como reacción a una infracción, no como comunicación penal. Para este autor la infracción siempre supone una defraudación, ya sea de expectativas cognitivas o normativas, por lo que la pena siempre representa la confirmación de la norma defraudada. Vid. G. Jakobs op. cit. pág. 7 y ss.
- (23) Cfr. Ibidem, pág. 7 y 36.
- (24) Con este planteamiento, Jakobs rompe la línea argumental de Amelung basada únicamente en la concepción del delito como procesos externos de interacción. Vid. Amelung: Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. 1972. págs. 350 y 361. Cfr. Jakobs. op. cit. pág. 36.
- (25) Cfr. Ibidem. pág. 36 y ss.
- (26) Cfr. Ibidem pág. 36.
- (27) Vid. por todos la correcta descripción que de la tesis funcionalista realiza GOMEZ BENITEZ en sus trabajos: Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española (Proyecto 1980 de Código Penal) Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense Madrid nº 3. 1980, pág. 148 y ss. "Sobre la teoría del "bien jurídico" (aproximación al ilícito penal): Revista de la Universidad Complutense. 1984, nº 69 pág. 111. Este autor parte de la siguiente idea: "La teoría del perjuicio social no es más que una opción determinada en la teorización sobre la conservación del Estado Social-constitucional, por lo que no se diferencia como punto de partida de cuantas teorías se asientan sobre la ideología del interés general y extraen fundamentalmente los necesarios límites al ius puniendi de los principios constitucionales". "Racionalidad... pág. 148. Por esta razón y aún reconociendo que "se trata de una solución relativa y formal, ni más ni menos que las que le impone el actual estado social-constitucional con su sistema

de garantías formales". "Racionalidad... pág. 150, considera que la tesis del perjuicio social se asemeja más a la realidad que las teorías individualistas liberales.

Pero para que el concepto social tenga eficacia, GOMEZ BENITEZ propone las siguientes correcciones: "El bien jurídico debe ser en todo caso y directamente, un concepto de contenido social, es decir, expresión directa de funcionalidad; El perjuicio social, que es el criterio por el que se dirige el proceso de criminalización, se identifica con la necesidad preventivo general de la pena; En consecuencia, el injusto penal deducido de ese proceso de criminalización, se refiere a peligros para los bienes jurídicos y no a su efectiva lesión (lo que no quiere decir que el desvalor de resultado intrascendente al respecto) y a hechos objetivamente innecesarios ex ante (lo que no es idéntico a la ausencia de causas de justificación)". Sobre la teoría... pág. 111.

- (28) Uno de los representantes de la teoría de los bienes difusos, SGUBBI, consideraba que el derecho a la salud, al trabajo, son instancias antagonistas a las posiciones económico-jurídicas dominantes, en la afirmación de un control sobre el desarrollo de la actividad económica en el ejercicio del poder de hecho". Vid. F. SGUBBI: "Tutela penale de "intessi diffusi" en; La questione Criminale, Año, 1, nº 3, 1975., Set.-Diciembre, pág. 439.
- En opinión de BARATTA, esta tesis tiene el mérito de "llevar la temática de las necesidades dentro de un contexto preciso y determinado, que concierne a la posibilidad de efectuar rápidamente su intervención sobre el derecho penal vigente, a través de la sustitución de la objetividad jurídica originaria con la nueva de los intereses difusos". Cfr. BARATTA: "Forma giurídica e contenuto sociale: considerazione in tema di labelling approach"; en *Ruta Dei delitti e delle penae* 1984 nº 2 pág. 254.
- (29) Vid. MARINUCCI: "Problemi delle riforma del diritto penale in Italia" en *Diritto penale in trasformazione de AAVV*, 1985 Milano, pág. 355.
- ROXIN: "Driendl Diskussionsbeiträge der Strafrechtstagung", 1979 in Bonn, in *Zstw*, 1980, pág. 207.

- (30) Con estas condiciones, entiende PULITANO que se configura "no un abstracto catálogo de objetos de tutela, sino de un modelo más articulado y flexible, que reúne los posibles objetos de tutela tras sí, con la técnica y funciones propias, no sólo del derecho penal, sino de los diversos sectores del ordenamiento". Vid. "La teoría del bene giuridico tra codicce e costituzione" en la pág. 119. Rvta. *Questione Criminali*, nº 7, 1981.
- (31) Vid.: ANGIONI: "Contenuto e funzione del concetto di bene giuridico", Milano, Giuffrè, editore, 1983, pág. 203.
Contra esta opinión de ANGIONI, ha reaccionado RESTA al considerar que "en una democracia el retraso del compromiso no puede tener otra consecuencia que la perpetuación de aquella inamovilidad codificativa que el mismo mantiene". Vid.: "Atteggiamenti verso la codificazione penale" en la rvta. *Questione criminale*, nº 7, 1981, pág. 139.
- (32) Vid. MARINUCCI: "L'Abbandono del Codice Rocco: tra rassegnazione e utopia". En *Diritto penale in trasformazione*. 1985, Milano, pág. 331.
- (33) Ibidem, pá. 333.
- (34) Vid. ROXIN, op. cit. pág. 207.
- (35) Vid. BARATTA: "Criminología Crítica e riforma penale. Osservazioni conclusive sul dibattito" il codice Rocco cinquant'anni dopo e risposta a MARINUCCI en rvta. *Questione Criminale*; nº 3, Settembre/Dicembre, 1981. Págs. 380, 381 y 382.
- (36) Vid. BARATTA: "Criminología crítica..." op. cit. pág. 376. BARATTA establece una distinción entre política penal y política criminal, "entendiéndose en la primera una respuesta a la cuestión criminal circunscrita en el ámbito del ejercicio de la función punitiva del Estado, y entendiéndose, en sentido amplio, la segunda como política de transformación social e institucional. Una política

criminal alternativa es la que escoge decididamente esta segunda estrategia, extrayendo todas las consecuencias de la conciencia cada vez más clara en cuanto a los límites del instrumento penal. Entre todos los instrumentos de política criminal, el derecho penal es, en último análisis, el más inadecuado". Págs. 213 y 214 de *Criminología crítica y Crítica del derecho penal*; Editorial Siglo XXI, primera edición en español 1986. BUSTOS RAMIREZ entiende esta política criminal como una política criminal crítica, que "no pretende la instauración de una política criminal alternativa hoy, sino llevar al sistema hasta sus últimos límites, con el objeto de ir forzando su ampliación progresiva". Pág. 164 de "Los bienes jurídicos colectivos"... op. cit.

- (37) Vid.: BARATTA: "Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale", págs. 55 y ss. en *Rvta. La Questione Criminale* nº 3, año 1. Settenbre/Dicembre, 1975. Más detenidamente, desarrolla este autor el contenido de la denominada Ciencia integral del derecho penal en su obra *Criminología y Dogmática penal, pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal* y en la *Questione Criminale*, nº 2, 1979, pág. 147 y ss.
- (38) En este sentido se manifiestan, entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO, op. cit. pág. 352 y ss. BUSTOS RAMIREZ: "Manual de Derecho penal Español, Parte General, Ariel, Barcelona, 1984. pág. 62; SOLA DUEÑAS, *Política social y política Criminal*, en A.A.V.V. "El pensamiento Criminológico II, Ed. Península, pág. 250 y ss. Barcelona 1983. Y HORMAZABAL, que considera que sólo en el Estado social y democrático de Derecho se pueden generar bienes jurídicos, ya que sólo él ofrece las condiciones estructurales necesarias para que se produzca la síntesis dialéctica", en "Política penal en el Estado Democrático" en ADP. 1984 Mayo-Agosto, pág. 343.
- (39) Vid. OCTAVIO DE TOLEDO, op. cit. pág. 353 y 354; SOLA DUEÑAS: "Política social..." op. cit. págs. 253 a 257.

- (40) Cfr. FERRAJOLI: "Replica en Introduzione a L'uso alternativo de AA.VV. Tomo II. pág. 288.
- (41) Vid GUASTINI: "Fundamenti teorici del cosiddetto L'uso alternativo di diritto" en Introduzione a L'uso alternativo del diritto. AA.VV. pág. 12. Tomo I op. cit....
- (42) Cfr. BARATTA: "Criminología crítica" .p. cit. pág. 380.
- (43) El aptdo. segundo del artículo 9 de la Constitución establece que "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivamente los obstáculos que impidan o dificultan su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y social".
- (44) Previsto en el artículo 38 de la Constitución.
- (45) Vid. GOMEZ BENÍTEZ: "Crítica de la política penal del orden público" en Cuadernos de política criminal. 1982. nº 16, pág. 88.
- (46) Cfr. BARATTA, op. cit. págs. 248 y 249.
- (47) Esta opinión es mayoritariamente aceptada por la doctrina; así, en España la comparten: QUINTANO RIPOLLES; Compendio de Derecho Penal, tomo II, Parte especial, Madrid, 1958, págs. 7; TERUEL CARRALERO: "La pluralidad legislativa en los delitos contra el Estado" en ADP, 1963, págs. 20 a 23; OCTAVIO DE TOLEDO; "El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del Título II del Código penal" en C.P. Cr. nº 1, 1977, pág. 115 y en La prevaricación del funcionario público, Civitas, Madrid; 1980, pág. 161.

En Italia, mantienen ésta tesis autores como MARCONI; "I delitti contro la personalità dello Stato. Profili storico-sistematici; Milano, 1984, pág. 12; FIORE, "Il reati di opinione", Edizione

Cedam Padova, 1965, pág. 17; MESSINA: Introduzione allo studio dei delitti contra la personalità interna della Stato; Milano, Giuffré, 1982, pág. 13.

TOMAS Y VALIENTE sintetiza perfectamente este planteamiento, al describir que "el paralelismo es perfecto con los delitos de lesa majestad divina, dios y Rey. He aquí los dos poderes absolutos, las dos personas soberanas en sus respectivas y jerarquizadas esferas". Pág. 239 de "El derecho penal de la monarquía absoluta", Tecnos, Madrid, 1969.

- (48) Vid. TAGLIARINI; "Il concetto di Pubblica Amministrazione del codice penale". Dott. a. Giuffré. Editore, Milano, 1973, págs. 36 y 37.
- (49) Vid. el trabajo excelente de BAUMAN; "The Crimen Majestatis in the Roman republic and Augustean Principate", 1967, pág. 7, sobre el contenido y extensión de dichos delitos.
- (50) Según TAGLIARINI, "potestad y dignidad, entendidos como poder de imperio, uno y como decoro, el otro, eran en la tradición romana las connotaciones esenciales de la soberanía y todo acto que atentaba contra ellas se consideraban como crímenes de lesa majestad, ya disminuyeran o paralizaran la potestad del imperio, ya ofendiera el decoro de la autoridad pública" op. cit. pág. 36.
- (51) Caracterizándose entonces, como expone SBRICOLI, el sistema del crimen laesae maiestatis porque "no se reduce al establecimiento de una serie importante de ocasiones de delinquir, ni toda su esencia se resuelve en la sutil construcción de un engranaje complicado, capaz de responder con prontitud y un área extensísima de toda amenaza política posible; la lesa majestad es, en efecto, un crimen atroz y enorme." Crimen laesae maiestatis, Milano, 1974, pág. 101 y ss.

- (52) Vid. MESSINA op. cit. pág. 263; por su parte, OCTAVIO DE TOLEDO considera que "los delitos de lesa majestad castigan cualquier acción de los "miembros" contra la cabeza y corazón o contra los brazos que ejecutan (y por ello quedan teñidos de su majestad) lo querido y sentido por el rey, lo mismo que a estos últimos cuando no llevan a cabo tal ejecución de conformidad con ese deseo o ese sentimiento". "El bien jurídico..." op. cit. pág. 116. En un sentido similar se expresa TERUEL CARRALERO, op. cit. pág. 20 y 21 y FIESTAS LOZA: "En los delitos políticos op.cit.pág 84 para el que el concepto de lesa majestad llega a ser el más indeterminado de todos los delitos: la idea de ofensa a la majestad era lo suficientemente amplia como para dar cabida a cualquier conducta molesta a los monarcas".
- (53) La sistemática del Código penal francés 1810 preveía dentro del título I relativo a los crímenes y delitos contra la cosa pública, los delitos contra la seguridad exterior del Estado, seguridad interior, revelación y no revelación de los crímenes que comprometen la seguridad interior o exterior del Estado, contra la Constitución y contra la paz pública.
- (54) Vid. TERUEL CARRALERO, op. cit. pág. 22.
- (55) Vid. BENTHAM; CEUURES. Scientia. Verlag AALEM 1969, traducts per DUMONT et LARUCHE, pág. 321. Para este autor, los delitos públicos debían clasificarse del siguiente modo: Delitos contra la seguridad exterior, contra la justicia, la policía, la fuerza pública, la riqueza nacional, la población, la soberanía y la religión. op. cit. pág. 323.
- (56) Por el contrario, BLECUA FRAGA considera que, en esta materia, el primer eslabón legislativo lo constituye el Código penal de 1848 y, al mismo tiempo, justifica la separación y diferenciación de los delitos contra el Estado, por la desaparición del Antiguo Régimen. "El delito de traición y la defensa nacional". Edersa, Madrid, 1983, págs. 71 y 72.

- (57) Cfr. El Diario de Sesiones nº 103. Sesión del día 6 de Enero de 1822 pag. 1661. Ello no impidió que fuese el propio Calatrava el que reconociera que el esquema utilizado no tenía porqué conformarse exactamente con el elaborado por BENTHAM. p. cit. pág. 1661.
- (58) Vid. OCTAVIO DE TOLEDO: "El bien jurídico..." pág. 116 y "La prevaricación..." pág. 163.
- (59) La libertad de la Nación, el rey, la religión y los derechos individuales, son las nuevas bases de funcionamiento del Estado y por tanto su defensa debe ser independiente de lo que se consideran atentados a la forma de gobierno existente.
- (60) Vid. MARCONI. op. cit. págs. 12 y 14.
- (61) En el código penal de 1822 los delitos contra el Estado se regulaban en dos títulos distintos. Diferenciándose entre aquellos que atentaban contra la seguridad exterior del Estado, y los que lo hacían contra la seguridad interior y la tranquilidad y el orden público. Estos delitos se diferenciaban notablemente de aquellos otros que, aunque regulados también como delitos contra la sociedad, ocupaban un título distinto; los delitos contra la Constitución y Orden político de la Monarquía, que precisamente regulaban la figura del delito de de
En el código penal de 1848 se mantiene la separación entre seguridad exterior e interior, abarcando este último los delitos contra el orden público.
En este caso, es el título VIII "De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos", el que recogía el delito objeto de análisis.
En el código penal de 1870 se establece una nueva distinción, al establecerse la dicotomía entre los delitos contra la seguridad exterior del Estado y los delitos contra el orden público, que mantienen a su vez el contenido de lo que antes eran exclusivamente delitos contra la seguridad interior del Estado. Las detenciones ilegales de funcionarios pasan al título referente a la Constitución.

El código penal de 1928 mantiene la división efectuada en el de 1870, es decir, seguridad exterior/orden público, siendo la detención ilegal regulada como un delito contra los poderes públicos y la Constitución. Idéntico planteamiento es el seguido por el código penal de 1931, salvo en lo referente al tratamiento del delito de detención ilegal que, al omitirse toda referencia a los poderes públicos, se considera exclusivamente como un delito contra la constitución.

(62) El contenido de la ley de 29 de Marzo de 1941 era el siguiente:

Dentro del Capítulo I, DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD EXTERIOR E INTERIOR DEL ESTADO Y CONTRA EL GOBIERNO DE LA NACION, regulaba las siguientes conductas: traición, sustitución del gobierno, reclutamiento de gentes, la conspiración y proposición, inducción, actos encaminados a la destrucción de obras, fábricas, explosivos, deposito de armas, entre otras.

El capítulo II recogía los delitos contra el Jefe del Estado, el III la revelación de secretos políticos y militares, circulación de noticias u rumores perjudiciales a la seguridad del Estado y ultrajes a la Nación. El IV las asociaciones y propagandas ilegales. El VI la suspensión de servicios públicos, paros, huelgas atentatorias a la seguridad del Estado, desobediencia a las ordenes del Gobierno. El VII los atentados y amenazas a las autoridades y funcionarios. El VIII los robos a mano armada y los secuestros, reducidos unicamente al caso previsto en el artículo 56 de dicha ley, es decir, cuando el particular intentare secuestrar a una persona. Sancionándose con la pena de muerte si se producía la muerte o la lesión grave de la víctima.

Esta ley respondió a las exigencias de un sistema político que necesitaba la unificación de los criterios de selección de las conductas delictivas en torno al concepto de Estado.

La propia exposición de motivos de esta ley confirma esta opinión, al declarar que "la imperfección con que nuestras leyes penales, plagadas de los prejuicios propios del momento legislativo en que fueron promulgados, sancionan cuando no olvidan muchos de los delitos contra el prestigio y la seguridad del Estado, requiere una meditada revisión de sus preceptos, singularmente en

aquellas formas de delincuencia que, por sus repercusiones públicas y sociales, hartó desatendidas en anteriores regímenes, merecen la atención preferente del nuevo Estado". Vid. repertorio de legislación Aranzadi 1941, ley de seguridad del Estado; vigor de leyes 1 de Marzo y 30 de Septiembre 1940 y 26 Octubre de 1939. Esta ley fue en un principio bien acogida por un sector de la doctrina, que emitió sobre ella todo tipo de elogios.

He seleccionado tan solo algunos de los más representativos de la época.

En primer lugar, fué JUAN DEL ROSAL quien consideró que "los redactores españoles de la citada ley han tenido en cuenta con muy buen acuerdo, las modernas leyes penales italianas y alemanas, pág. 51... Se sustituye la antigua concepción material del delito por la lesión o puesta en peligro de un deber". Pág. 52 de "Acerca del pensamiento penal español y otros problemas penales", Aldecoa, Madrid, 1942.

En opinión de SANCHEZ TEJERINA, "El Estado necesitaba con urgencia los instrumentos necesarios para mantener su seguridad y su prestigio", pág. 468 del Manual de Derecho penal español, tomo II, tercera edición, Reus, Madrid, 1942.

Para CUELLO CALON, esta ley tiene como fin la protección penal del Estado contra los hechos atentatorios contra su vida y su existencia normal y ordenada, pág. 61 de Derecho Penal, Apéndice con las recientes reformas del código penal y las leyes penales especiales últimamente promulgadas, segunda edición, Barcelona 1942.

Finalmente, PUIG PEÑA mantenía que "Aquel movimiento doctrinal de reacción rigorista contra la delincuencia política y la oleada legislativa mundial..., no podían dejar de sentir su influencia en la política legislativa del "Nuevo Estado español. Con asiento de referencia surge la ley de seguridad de exigencia actual indiscutible", pág. 11 de las últimas disposiciones penales, SCHMOLL, San Sebastian, 1943.

- (63) Así, el Anteproyecto de código penal de 1938 regulaba como delitos contra el Jefe de Estado, contra la gobernación del Estado, contra la forma de gobierno, los delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos cívicos, de los delitos cometidos por los funcionarios públicos con infracción de los

derechos cívicos, y finalmente, los delitos relativos a la libertad religiosa y al ejercicio del culto.

Vid. CASABO RUIZ: "El Anteproyecto de código penal de 1938 de FET y de la JONS", Universidad de Murcia, Murcia, 1978. Aunque para este autor las modificaciones introducidas, son de escasa entidad. Vid. op.cit., pág. 33.

- (64) En efecto, en dicho anteproyecto se produce la primera regulación del delito de detención ilegal efectuada por funcionario público, como delito contra el Estado, en la sección 2ª del capítulo relativo a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos cívicos. Esta sistemática se desvirtúa con el proyecto de código penal elaborado por el Ministerio de Justicia de 1939, ya que, si bien se sustituye el título relativo a los delitos contra la Constitución por el de seguridad interior del Estado, de ningún modo se incluye los delitos contra el orden público, que pasan a formar parte del título III, absorbiendo, por contra, los delitos que anteriormente tenían el carácter de anticonstitucionales. Previéndose el delito de detención ilegal de funcionario como uno de los delitos cometidos por funcionarios públicos del capítulo XIII del Título IX, relativo a los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Vid. CASABO RUIZ. "El proyecto de código penal de 1939", Murcia, 1978, pág. 119.
- (65) En el artículo 2º de las propuestas elaborada por las Cortes de 23 de Diciembre de 1944, se dispuso que "en el libro segundo se abrirá un título que se denominará "Delitos contra la seguridad interior del Estado". Dicho título sustituirá a los que actualmente figuran como títulos segundo y tercero del libro segundo" delitos contra la Constitución y el orden público". En dicho título se incluirán, en su parte pertinente, las definiciones de delito y sanciones a los aplicables comprendidos en la ley de seguridad del estado de 29 de Marzo de 1941".
- (66) La exclusión de la mayor parte de los delitos contra la Constitución realizada por la ley de 1941, se explica por el hecho de que tales conductas no

constituían verdaderos atentados de los principios de prestigio y seguridad estatales.

- (67) El delito de blasfemia no aparece en la ley de seguridad del Estado de 1941, ni constituyó nunca un atentado contra el orden público, sino, en todo caso, infracción de la Constitución (c.p. 1932). Lo que explicaría su inserción como delito contra la seguridad interior del Estado, por el trasvase que mecánicamente se realiza de los delitos contra la Constitución y Orden Público en el código penal de 1944.
- (68) En un sentido contrario a este planteamiento se manifestó PUIG PEÑA, al afirmar que la reforma introducida por el código penal de 1944 sobre el título segundo "Seguridad interior del Estado", merece plácemes, pues no tenía razón de ser un título autónomo para los mismos, cuando las consecuencias que pueden producir (quebranto de la seguridad interior del Estado) son susceptibles de cobijarse, perfectamente, dentro del título que recoge la protección penal de la vida interna de la comunidad política". En Derecho penal parte especial, 4ª ed. Madrid, Rvta. de Derecho Privado, 1955, pág. 41. Vid. de modo semejante se expresa FERRER SAMA; en "Comentarios al código penal"; Murcia, 1947, pág. 76 y curiosamente QUINTANO RIPOLLES, aunque desde un punto de vista exclusivamente sistemático, al considerar que con el nuevo título "se ha ganado en concisión y en equilibrio tectónico, consiguiendo una perfecta armonía frente al título anterior "contra la seguridad exterior del Estado". En Comentario al Código penal de 1944, volumen II. Rvta. de Derecho privado, Madrid, pág. 39, 1946.
- (69) Refiriéndose al caso italiano (aunque perfectamente extrapolable), afirma FIORE que "al cambio de titulación, no había correspondido una adecuada transformación de la especie y de la sustancia de la incriminación, así que el código del 59 comprendía prácticamente inalterables todos los casos ya contemplados como delitos de lesa majestad en el código sardo de 1839". En "I reati di opinioni" op. cit. pág. 16.

- (70) Vid. SBRICOLLI; "Crimen laesae maiestatis..." op. cit. págs. 101 y ss.
- (71) Es tan amplio el concepto utilizado, que, en opinión de AMATO, "es capaz de cubrir los intereses políticos de los grupos dominantes como también aquellos sociales". En "Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale". Milano. 1967. Coincide con este planteamiento PANAGIA: "Il reati politico nel sistema penale Italiano", pág. 68. Padova 1980.
- (72) En esta misma línea, PADOVANI entiende que con el esquema liberal "se perpetua el modelo estructural de la lesa majestad, que es en efecto lesa, como voluntad superior no reconocida". En "Bene giuridico e delitti politici" Contributo alla crítica ed alla riforma del titolo I, libro II, C.P." ... en AA.VV., Bene Giuridico e Riforma della parte speciale. J. Editore, Napoli, 1985.
- (73) Se configura de este modo un título, el segundo del código penal de 1944, que unifica en el concepto de Estado, el sistema maiestático del poder.
- (74) Vid. PANAGIA. op. cit. pág. 43. Esta relación Estado/Gobierno ha sido también denunciada por BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, al afirmar que "un Estado totalitario exige tener dentro de su arsenal legislativo una disposición o disposiciones que persigan, como único fin, el aseguramiento de su existencia mediante el castigo de aquellas conductas que atentan contra el bien jurídico "seguridad del Estado", pero utilizando una concepción amplia del mismo mediante la equiparación Estado y Gobierno. "En derecho represivo en España durante 1936-1945" en la Rvta. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 3, 1980, pág. 109.
- (75) Vid. MUÑOZ CONDE. "Derecho Penal", parte especial, 6ª ed. Universidad de Sevilla, Sevilla 1985, pág. 530.

- (76) Vid. BUSTOS RAMIREZ, "El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público", CPCr. nº 20, 1983, pág. 335.
- (77) Hace tiempo ya, que un sector representativo de la doctrina penal, viene reclamando esta necesidad de reforma. En 1972, dentro de las primeras jornadas de profesores numerarios de derecho penal y en el apartado correspondiente a las recomendaciones, se afirmaba, en la segunda de ellas, que "no debe esperarse a que se lleve a cabo tal reforma para revisar los delitos contra la seguridad interior del Estado, para presentar algunos de ellos en su regulación actual de defectos de forma y contenido contemplados a la luz de los principios del Estado al Derecho. "En Anuario de derecho penal y ciencias penales", 1972, pág. 616.
- (78) Este intento se realiza en el proyecto de código penal de 1980. En donde se producen mejoras sustanciales, al desaparecer el título relativo a la Seguridad interior del Estado, siendo sustituido por el de delitos contra los poderes y orden públicos y el de delitos contra la Constitución, que recoge los atentados a las instituciones básicas del ordenamiento, más los delitos cometidos contra el ejercicio de los derechos de las personas garantizados por la Constitución. Con ello, se consigue la separación entre los delitos relativos al orden público y los que afectan a la misma Constitución. En el Anteproyecto de código penal de 1983 se va a mantener esta separación, distinguiéndose entre los delitos contra los poderes y orden públicos, los delitos contra el sistema constitucional y los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, con lo que se adopta una sistemática que abandona la concepción totalitaria representada por el actual título II del código penal español.
- (79) Cfr. MANZINI: Citado por GALLO-MUSCO en *Delitti contra l'ordine Costituzionale*. Patron editore Bologna, 1984, pág. 12 Esta misma crítica ha sido realizada entre otros por: ROMANO "Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politici" en *Questione Criminale*, nº 1981 pág.

163, Panagia op. cit. pág. 44 PADOVANI Op. cit. pág. 24, Ettore GALLO y MUSCO en op. cit. pág. 12.

(80) Vid. RODRIGUEZ RAMOS, op. cit. pág. 348.

(81) Vid. OCTAVIO DE TOLEDO. "La prevaricación del funcionario público", pág. 177.

(82) Esta tesis es compartida por CASABO RUIZ, al sostener que "los redactores del código penal consideraron conveniente la creación de un nuevo Título dedicado a los delitos contra la Constitución, cometidos bien por particulares o funcionarios, es más, el epígrafe preciso que los atentados son "contra el ejercicio de los derechos individuales sancionados por la Constitución" ... En realidad, se produce una traslación de preceptos, conservándose entre las de los empleados en general, únicamente los abusos contra la honestidad, de la misma manera que ocurre en la actualidad".. En "Introducción al estudio de los delitos de funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos" en Escritos penales, Valencia, 1979, pág. 185.

(83) Esa concepción del "deber del cargo", es sostenida en Alemania por MEZGER y WELZEL al mantener como bien jurídico protegido en los delitos de funcionarios, "el deber oficial", cuya violación representa un atentado al desarrollo de la función pública. Vid. MEZGER StB II 87 así como WELZEL 77 Vorb. 2 citados por KOHLRAUSCH-LANGE, StB, 43. Auflage, Berlin 1961, pág. 674.

Así mismo, SCHONKE-SCHRODER, basándose en la tesis sostenida por LISZT y por ALLFELD en la línea de comprender la infracción del deber como una amenaza o intimidación de la Administración estatal, sostiene que "los funcionarios lesionan la confianza del Estado con el incumplimiento de sus deberes". Vid. SCHONKE-SCHRODER, Strafgesetzbuch Kommentar, Verlag C.H. Beck, München, 1974, pág. 1682.

En un sentido similar se expresa ROXIN, al entender que la infracción de un deber es el elemento esencial de estos hechos. Vid. Política criminal y sistema de derecho penal, Bosch, Barcelona, 1972, pág. 44.

En Italia, un sector mayoritario de la doctrina penal también sostiene como bien jurídico de estos delitos el deber del funcionario en relación a la Administración, en su clásica concepción de dignidad y prestigio. Cfr. en este sentido ANTOLISEI; "Manuale di diritto penale", parte speciale, Milano, Giuffrè Editore, 1982, pág. 141. PISAPIA; "Istituzioni di diritto penale: Parte Generales e parte speciale", Cedam, Padova, 1975, pág. 284. SANTORO. "Manuale di diritto penale", Turin, 1958, pág. 219 y 220.

En España, el deber del cargo ha sido también defendido mayoritariamente bajo las categorías de "prestigio", "pureza de la Administración" o "dignidad del cargo". De modo que el argumento de GROIZARD, al admitir que "la sustancia primaria determinante de la configuración científica de esta clase de delitos es la desobediencia al poder público", (Vid. GROIZARD y GOMEZ DE LA SERNA. "El código penal de 1870 concordado y comentado. 2ª edición. Tomo III, Madrid, 1911, pág. 91 y 92), se repite hasta la actualidad en autores como LOPEZ-REY y cuando realiza una distinción entre los delitos puros y mixtos de funcionarios, afectando los primeros a la dignidad del cargo y en particular, al deber que ello representa. Vid. Derecho penal, pág. 172. PUIG PEÑA. "Derecho penal", Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, tomo III, pág. 402, o MUÑOZ CONDE, al afirmar que el bien jurídico en los delitos de funcionarios radica en "un vago quebrantamiento de los deberes profesionales o en la pureza de la Administración Pública, en general, poco indicativo de la naturaleza de estos delitos", pág. 686 de Derecho Penal, parte especial, 6ª Edición, Universidad de Sevilla, 1985.

(84) Vid. OCTAVIO DE TOLEDO. "La prevaricación..." op. cit. pág. 243.

En general, sobre el deber de fidelidad, como "nuevo" concepto que pretende superar la teoría del deber del cargo, vease el trabajo de EMBID IRUJO: "La fidelidad de los funcionarios a la Constitución". Madrid 1987, pág. 49 a 96. De este estudio considero interesante citar una de las sentencias del Bverfg, 28,49 que tal autor analiza, pág. 76, como exponente del planteamiento utilizado. "El deber de fidelidad política -fidelidad al Estado y a la Constitución- ex ge algo más que una acción formal, correcta, desinteresada, fría, distanciada

interiormente frente al Estado y a la Constitución; la fidelidad exige al funcionario en particular, que se distancie claramente de los grupos y tentativas que ataquen, luchen y difamen a este Estado, a sus órganos constitucionales y al vigente orden constitucional. Del funcionario se espera que conozca y reconozca como un alto valor positivo - este Estado y a su Constitución, por el que merece la pena actuar a favor".

- (85) Vid. "La descripción, ya realizada, de la situación de la discusión en Alemania en la nota nº 37.
- (86) Vid. DREHER. "Strafgesetzbuch, 34 Auflage, München, 1974, pág. 1362.
- (87) Vid. KHOLER. "Leitfadem des Deutschen Strafrechts, Leipzig, 1912, pág. 158.
- (88) Vid. DREHER. op. cit. págs. 1362 y 1263.
- (89) Vid. BINDING. "Die Amtsverbrechen und seine legislatorische Behandlung" G.S. B.d. LXIV, 1904, pág. 10 y THAN. "Die Freiheits delikte", 1932, pág. 13.
- (90) Cfr. BINDING op. cit., pág. 10.
- (91) Vid. CRAMER en SCHÖNKE-SCHRÖDER, "Strafgesetzbuch Kommentar 22 Auflage", Verlag C.H. Beck München, 1985, pág. 1912.
- (92) Vid. RAMPIONI. "Bene giuridico e delitto dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione." Milano, 1948, pág. 260.
- (93) Vid. BRICOLA. "Tutela penale della pubblica amministrazione nel codice penale." Milano, Giuffré Editore, 1973, pág. 141.

- (94) Vid. TAGLIARINI. "Il concetto di pública amministrazione nel codice penale", Milano, Giuffrè Editore, 1973, pág. 141.
- (95) Vid. RAMPIONI. op. cit. pág. 261.
- (96) Cfr. QUINTANO RIPOLLES. "Curso de derecho penal II", pág. 550, Madrid, Rvta. Derecho Privado, 1963.
- (97) Vid. RODRIGUEZ FEVESA. "Derecho penal", parte especial. Madrid 1983, pág. 1077.
- (98) Vid. OCTAVIO DE TOLEDO. "La prevaricación del funcionario público", civitas, Madrid, 1980.
- (99) Ibidem, pág. 223.
- (100) Vid. Ibidem, op.cit. pág. 255.
- (101) Vid. op. cit. pág. 244. Este autor critica con toda razón a MUÑOZ CONDE, cuando este último confunde bien jurídico y deber como conceptos idénticos.
- (102) Vid. OCTAVIO DE TOLEDO, op. cit. pág. 333.
- (103) Vid. BACIGALUPO. "Sobre la reforma de los delitos de funcionarios" en Documentación jurídica, volumen II de Estudios sobre el libro II de la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal. Enero/Diciembre 1983, pág. 1099.
- (104) Vid. BACIGALUPO. op. cit. pág. 1099. El argumento de "la confianza pública" fué utilizado ya por algunos de los clásicos españoles, como GROIZARD, que mantenía que "la razón por la que las autoridades y sus agentes no cometen delito contra las personas, cuando arbitrariamente las privan de su libertad, es porque cometen otro mayor, abusando, en daño, de los derechos garantizados por la Constitución de los españoles, de la confianza pública en ellos

depositados". Vid. GROIZARD, op. cit. pág. 553.

- (105) El papel desempeñado por la Administración como órgano de subordinación obedece, como reconoce DEMICHEL, a que "el derecho aplicable a la Administración es una de esas categorías, de mecanismos que se sitúan a un nivel determinado de la organización social... un derecho que expresa la dominación de una clase y la resistencia de las clases dominadas". En "Le droit Administratif". Esscri de réflexion theorique, París, 1978, pág. 12.
- (106) Un desarrollo más amplio de estas tesis puede verse en la obra de MARX. "Crítica de la filosofía del Estado de Hegel", Edit. Grijalbo, Barcelona, 1974.
- (107) Vid. POULANTZAS. "Poder político y clases sociales en el Estado capitalista". Siglo XXI, 17ª edición. pág. 166.
- (108) MARX y ENGELS explican dicha subordinación cuando exponen que: "los individuos burgueses sólo pueden seguir explotando a otras clases y disfrutando apaciblemente de la propiedad, la familia, la religión y el orden, bajo la condición de que su clase sea condenada con las otras clases a la misma nulidad política; que para salvar la bata hay que renunciar a la corona y que la espada que había de protegerla tiene que pender al mismo tiempo sobre su misma cabeza, como la espada de Damocles". (Vid. MARX. "El dieciocho brumario en Obras escogidas". Tomo 1º, Progreso, Moscú, 1966, pág. 293, o cuando ENGELS considera que "a fin de que estos antagonismos, estas dos clases con intereses económicos en pugna no se devoren a sí mismos y no consuman a la sociedad en una lucha estéril, se hace necesario un poder situado aparentemente por encima de la sociedad y llamado a amortiguar el choque, a mantenerlo en los límites del orden" (Vid. ENGELS. "El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado" pág. 119.
- (109) Vid. HEGEL en "Filosofía del Derecho", Caracas, Venezuela, 1976, pág. 302.

- (110) Vid. GARCIA MARIN. "La Burocracia castellana bajo los austrias". Sevilla, 1^o, pág. 79.
- (111) Vid. MANDEL. "El Estado en la época del capitalismo tardío". C.E.P. nº 4, 1977, págs. 17 y 18.
- (112) Vid. OMAR GUERRERO. "La Administración Pública del Estado capitalista". Editorial Fontamara, México, 1981, pág. 97.
- (113) En opinión de Engels, los órganos administrativos ya no son representantes de los intereses colectivos de todo el grupo, asumen frente a cada comunidad particular una determinada posición que a veces puede ser incluso de contraposición". (Vid. Anti-Düring; México, Grijalbo, 1975, pág. 173.
- (114) Vid. PAGLIARO. "Principii di diritto penale", Parte Speciale, seconda edizione, 1981, Milano, Giuffré, pág. 2.
En la misma línea, CASABO RUIZ mantiene que con estos nuevos títulos "la búsqueda concreción y claridad de la rúbrica se difumina y cae en los mismos vicios que la tradicional de los funcionarios públicos" pág. 194. Basándose en que con el concepto de Administración Pública es imposible deslindar a dichos delitos de aquellos otros dirigidos contra la Administración de Justicia, lo que "obliga a buscar un concepto lo mas amplio posible de Administración Pública, que practicamente resulta inválido por su excesiva generalidad". (Vid. "Introducción al estudio de los delitos de funcionarios públicos...en el ejercicio de sus cargos" en Escritos Penales, Valencia, 1979, pág. 195.
- (115) Es curioso observar la contradicción en la que incurre CASABO RUIZ, al proponer la adopción de un criterio clasificatorio objetivo basado en la idea de agrupación conjunta de todos los delitos de funcionarios, cuando previamente manifiesta que el criterio que atiende "a la cualidad de funcionario o empleado público, parece subrayar la idea de dependencia o de subordinación y facilita una visión de estos delitos como infracciones de deberes específicos, como el de obediencia o fidelidad (Vid.

op. cit. pág. 191).

- (116) Al ser misión de la Administración "servir con objetividad los intereses generales", los principios de legalidad e imparcialidad se convierten en trascendentes, siempre y cuando con su infracción se afecte al desarrollo de los intereses generales. La simple infracción de la imparcialidad que no conlleve el deterioro de dichos intereses, no adquirirá de ningún modo el carácter de delictivo.
- (117) Ello simplemente en virtud del carácter fragmentario que el derecho penal ostenta.
- (118) En contra de esta opinión se manifiesta OCTAVIO DE TOLEDO, al considerar que en tales delitos predomina el ataque a la función pública. (Vid. op. cit. pág. 147).
- (119) Vid. BACIGALUPO. Op. cit. pág. 1096. También OCTAVIO DE TOLEDO, que "en cada uno de los delitos de la sección II del Capítulo II del título II, hay también una infracción de un deber cometido por el funcionario público, sujeto activo y sin embargo nadie mantiene que en esa infracción reside el contenido de la antijuridicidad de tales delitos, ni que estos sean cualitativamente más graves faltas disciplinarias, elevadas a la categoría de delito. Ello se debe... al bien jurídico afectado por estos delitos, bien jurídico que se residencia en los derechos de la persona que suelen tener un reflejo constitucional explícito" (Vid. op. cit. 256).
- (120) Vid. en un sentido similar RAMPIONI. op. cit. pág. 265.
- (121) En éste párrafo se prevén los siguientes supuestos:
- 1) Quien encierre a un hombre contra derecho o de cualquier otra manera le prive del uso de su libertad personal, será penado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.
 - 2) Si la privación de libertad ha durado más de una semana o si se ha causado una lesión corporal

grave (pgfo 224) en el privado de libertad con la privación de libertad o con el trato que haya tenido lugar durante la misma, se aplica pena privativa de libertad de uno a diez años. En casos menos graves la pena es privación de libertad hasta cinco años o multa.

3) Habiendo causado la muerte del privado de libertad, la privación de libertad o el tratamiento que haya tenido lugar durante la misma, se aplica pena privativa de libertad no inferior a tres años. En casos menos graves, la pena es de privación de libertad de tres meses a cinco años.

- (122) El parágrafo 341 establecía que: "el funcionario que de propósito sin ser competente, realiza una detención, arreste provisionalmente y aprehenda o mantenga coactivamente, o prolongue la duración de una privación de libertad, cometerá el tipo del 239 sin perjuicio además de la pena de tres meses de prisión".
- (123) Vid. en este sentido KOHLRAUSCH-LANGE. "Strafgesetzbuch, 43, Auflage, Berlin, 1961, pág. 674.
- (124) Cfr. NIVERA "Strafgesetzbuch, 6ª, Auflage, 1968, pág. 309.
- (125) Vid. SCHAFER en "Leipziger Kommentar" párrafos 263-370, 9ª Auflage, 1977, Berlin, pág. 38.
- (126) Vid. SCHÖNKE-SCHRÖDER "Strafgesetzbuch Kommentar" Verlag C.H. Beck München, 1974, pág. 1709. Y en la misma línea WAGNER, "Neue Tendenzen im Bereich der Amtsdelikte" en Zeitschrift für Rechtspolitik, 1975, pág. 274.
- (127) Vid. PETERS-PREISENDANZ. "Strafgesetzbuch, J. Schweiter" Verlag, Berlin, 1973, pág. 642.
- (128) Vid. MAUL; SCHULTE; PFEIFFER. "Strafgesetzbuch Kommentar", J. Verlag, 1969, pág. 973.

- (129) Vid. DREHER. "Strafgesetzbuch", 34 Auflage, München, 1974, pág. 1363.
- (130) Vid. SCHONKE-SCHRÖDER. "Strafgesetzbuch Kommentar", Verlag C.H. Beck, München, 1974, pág. 1682.
- (131) Vid. LISZT u ALLFELD en Binding; "Lehrbuch des gemeinen Deutschen strfrechts," Besonderer Teil, Leipzig, 1902. Pág. 407.
- (132) Vid. MEZGER, StB. II 87 y WELZEL 77 Vorb. 2, citados por KOHLRAUSCH. Lange, op. cit. pág. 674.
- (133) Vid. JURGEN THAN. "Die Freiheitsdelikte," op. cit. pág. 13.
- (134) En este sentido se expresan PFEIFFER y SCHULTE en op. cit. pág. 973.
- (135) Vid. SCHÖNKE-SCHRÖDER op. cit. 1974 pág. 1682. Me remito en este lugar a lo ya expuesto en el apartado referente al análisis del título VII de código penal, referente a los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.
- (136) Vid. ENTWURF eines Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch, pág. 266. Deutscher Bundestag-6. Wahlperiode Drucksache VI/3250.
- (137) Vid. ENTWURF, cit. pág. 266.
- (138) Vid. WAGNER. "Neue Tendenzen im Bereich der Amtsdelikte" en Zeitschrift für Rechtspolitik, Dezember, 1975, pág. 275.
- (139) Vid. BINDING, op. cit. pág. 96.

- (140) Vid. KOHLRAUSCH-LANGE, op. cit. pág. 518.
- (141) Vid. OLSHAUSEN. "Kommentar zum Strafgesetzbuch". 12 UFLAGE; Berlin, 1942. Pág. 1108 y 1109.
- (142) Vid. PETERS-PREISENDANZ. "Strafgesetzbuch, J. Schweiter". Verlag, Berlin 1973, pág. 467.
- (143) Vid. MAURACH-SCHRODER. "Strafrecht", Besonderer Teil, Teilband 1, Heidelberg-Karlsruhe, 1977, pág. 134.
- (144) En esta línea se expresa NIVERA. "Strafgesetzbuch", 6ª Auflage, 1968, pág. 213 y en SCHAFFER; LEIPZIGER: "Kommentar", StB, Zehnte, Völlig neu bearbeitete Auflage 43 Liefewng FF 239-241, 1986, Belin pág. 1 y ss.
- (145) Vid. PFEIFFER: en "Strafgesetzbuch Kommentar", J. Verlag, 1969, pág. 032.
- (146) Vid. H. OTTO. "Grundkurs strafrecht", Die Einzelnen Delikte 2 neuerbeitete. 1984, Berlin, pág. 83.
- (147) Vid. WESSELS; "Strafrecht", besonderer Teil I, Heidelberg, 1985, 9ª neue arbeitete Auflage, pág. 71.
- (148) Vid. BLOY. "Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie" en Zeischrift für die ges Strafrechts Wissenschaft, nº 96, 1984, pág. 705.
- (149) Vid. DREHER-TRONDLE. "Stragesetzbuch und Nebengestze", 42 Auflage, Verlag C.H. Beck München 1985, pág. 1097.
- (150) Vid. HORN en "Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch de RUDOPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER." Band 2, Besonderer Teil, Metzner, 1985, pág. 15.

- (151) Vid. ESER en "Stragesetzbuch Kommentar de SCHÖNKE-SCHRÖEDER" 22 Auf lage, Verlag C.H. Beck. München, 1985, pág. 1450.
- (152) Vid. BOCKELMAN. "Strafrecht", Besonderer Teil/2, Delikte gegen die Person. C.H. Beck, München 1977, pág. 86.
- (153) Vid. BLEI . "Strafrecht II", Besonderer Teil, 12 Auflage.
- (154) Vid. SCHMIDHÄUSER "Strafrecht". Besonderer Teil 2 Auflage, Tübingen, 1983, pág. 51.
- (155) Vid. LAKNER. "Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, Verlag C.H. Beck München, 1985, pág 941.
- (156) Vid. BENFER. "Besonderer Strafrech I, Straftaten gegen den einzelne" München, pág. 61.
- (157) Vid. GEERDS. "Entscheidungen-Strafrecht", 239, Schutzgut des 239 en J.R. 1984 Heft 10. Pág. 428 y 429. Urteil des BGH.v. 6-12-1983.
- (158) Vid. GEPPERT. "Probleme der Freiheitsberaubung, insbesondere zum Schutzgut des 239 StGB" en JURA "Examinatoium", 1985, Heft 4.
- (159) Vid. Bundegerichshof (Urteil-1 StR 651/83-v.6.12.1983, ausführlicher in BGHSt 32, 183=JZ 1984 Nr.10 S. 479=MDR 1984 Heft 4S.330=NJW 1984 Heft 12 S.673). BGHSt 14, pág. 314, RGSt G1, 239.
- (160) En este sentido veáse BGHSt 32,183. 2 Nachtrag, 1986.
- (161) Vid. LANDGERICHT, Mainz en MDR 83.1004. También se decanta por la posibilidad del concurso ESER en "SCHÖNKE-SCHRÖEDER"op. cit. pág. 1450.

El parágrafo 345 establece que:

- 1) "El que como funcionario público que se ocupa de intervenir en la ejecución de una pena privativa de libertad, de una medida de mejoramiento y seguridad privativa de libertad o de una custodia de seguridad, ejecuta una de tales penas, será penado con penas privativas de libertad de uno hasta diez años y en casos menos graves, con pena privativa de libertad de tres meses a cinco años.
- 2) Actuando negligentemente, la pena es de privación de libertad hasta un año o multa.
- 3) El que prescindiendo de los casos del párrafo primero, como funcionario público que se ocupa de intervenir en la ejecución de una pena o de una medida, pese a que conforme a la ley no la puede ejecutar, será penado con pena privativa de libertad de tres meses hasta cinco años. Igualmente será penado quien, como funcionario público, interviene en la ejecución de:
 1. Un arresto juvenil.
 2. Una multa administrativa o consecuencias accesorias conforme al derecho de contravenciones al orden.
 3. Una multa o arresto disciplinarios o procesales.
 4. Una medida disciplinaria o una medida impuesta por tribunal de honor o profesional, ejecuta una de tales consecuencias jurídicas, pese a que conforme a la ley no la puede ejecutar. La tentativa es punible".

- (162) Las garantías del detenido tan sólo tienen una regulación expresa en los preceptos 607 y 608, sin que en ningún caso los mismos abarquen todos los derechos previstos en el artículo 13 de la Constitución italiana.
- El artículo 607 prevé la indebida limitación de la libertad personal, estableciendo que "el funcionario público que, propuesto o adscrito a una cárcel judicial o a un establecimiento destinado a la ejecución de una pena o de una medida de seguridad, recibiese a alguien sin una orden de la autoridad competente o no obedeciese la orden de liberación dada por esta autoridad, o retrasa la ejecución de la pena o de la medida de seguridad, es castigado con la reclusión de hasta tres años. Por su parte, el precepto 608 regula los abusos de autoridad contra los arrestados o detenidos, al

disponer que: "el funcionario público que somete a medidas de rigor no permitidos por la ley a una persona arrestada o detenida, cuya custodia ostentaba o le haya sido adjudicada en la ejecución de una providencia de la autoridad competente, es sancionada con reclusión de hasta tres meses. La misma pena se aplica si el hecho es cometido por otro funcionario público, revestido por razón de su oficio de cualquier autoridad sobre la persona custodiada".

- (163) El secuestro se prevé en el artículo 605 del código penal italiano, que establece que: "cualquiera que prive a alguien de su libertad personal es castigado con la reclusión de seis meses a ocho años. La pena es de reclusión de uno a diez años, si el hecho es cometido:
- 1) En daño de un ascendiente, de un descendiente o del cónyuge.
 - 2) Por un funcionario público con abuso de los poderes inherentes a sus funciones.
- (164) El arresto ilegal es regulado por el artículo 606 del siguiente modo: "el funcionario público que procede a un arresto abusando de los poderes inherentes a sus funciones, es castigado con la reclusión de hasta tres años."
- (165) Véanse los artículos 605 y 606 del código penal italiano, que gradúan la responsabilidad en orden a la finalidad pública o privada del funcionario y por tanto al ejercicio o no de la función pública.
- (166) Vid. BONINI. "I codici penali annotati", Torino, Fratelli Bocca, 1932, pág. 225.
- (167) Vid. SALTELLI en SALTELLI-ROMANO-DI FALCO: "Commento teorico-practico del codice penale", volumen IV, arts. 499-734, terza edizione s/f, pág. 372. En una línea similar a la de estos autores, Florian teoriza sobre el carácter de derecho subjetivo privado o público según se considere la relación entre individuo e individuo o bien

entre individuo y Estado, en su obra "delitti contro la libert ". Tratado di diritto penale, seconda edizione, volumen III, 1923, pág. 117 y ss.

- (186) En este sentido véase MAGGIORE, que define al abuso de poder como la esencia del delito de arresto ilegal, ya que "en el arresto ilegal tenemos una acción delictuosa con apariencia de legalidad (la de efectuar el arresto con fines justos), donde se hace mal uso de una facultad legítima. En el secuestro la acción del funcionario es ilegítima en apariencia y en esencia y se agrava por las especiales cualidades del agente". Pág. 460; "Diritto penale", volumen IV "Delitos en particular", 1955. Bogotá.
- Este abuso de funciones que adquiere el rango de elemento diferenciado del precepto aplicable, es definido por NOSEDA como cualquier exceso de poder conferido al funcionario público, "siendo por tanto todo mal uso de las propias funciones y atribuciones, todo alejamiento del funcionario público del exacto cumplimiento de lo que la ley prescribe según la valoración de su contenido y espíritu". Pág. 560 en Enciclopedia Pessina.
- (169) En efecto, MANZINI considera , que en los casos de abuso de poder de los funcionarios públicos, se viola no sólo el interés relativo a la libertad personal, sino también el de la Administración pública. Pág. 696. "Del tratado di diritto penale", Tomo VII, cit.
- (170) En este sentido, tanto PISAPIA como CIVOLI, tras defender la tesis de que en estos delitos el bien jurídico es la libertad de locomoción, consideran que la esencia del delito de arresto ilegal es la cualidad del funcionario público y, en concreto, el abuso de sus funciones mediante la realización de la detención sin las condiciones o formalidades necesarias. Vid. PISAPIA: "Istituzioni di diritto penale", Padova, 1965, pag. 445. Y CIVOLI: "Tratado di diritto penale", tomo IV, parte speciale, Milano, 1916, pág. 252 y ss.
- (171) Vid. ALIMENA: "Principii di diritto penale", volumen II, Napoli, 1912, p g. 739.

- (172) Vid. RANIERI: "Manuale di diritto penale" volumen terzo, parte speciale, Padova, 1952, pág. 263 y 264.
- (173) Vid. DALLORA: "Codice penale annotato", volume secondo. UTET, 1982, pág. 1076.
- (174) Vid. LATTANZI: "Codici penali annotati" undecima edizione, Milano. DOTT. A. Giuffré Editore. Pág. 954..
- (175) Vid. (BRICOLA) GARAVELLI: "Codice Penale", Parte speciale de AA.VV. UTET, Torino, 1984. Tomo II. Pág. 1093.
- (176) Vid. ANTOLISEI: "Manuale de diritto penale" parte speciale, Milano. Giuffré editore-1982, pág. 141. Para este autor, se trata de delitos de carácter normalmente pluriofensivos, en donde se daña el interés de la Administración pública por medio del abuso de poder.
- (177) Vid. Cass. 15.noviembre.1977, 7.noviembre 1956, 22 Junio 1960, 12 Octubre de 1971.
- (178) Vid. Cass. Sez. II.23 diciembre 1959, 2 mayo 1932.
- (179) Así, mientras que los actos atentatorios contra la libertad individual se encuentran situados en el título relativo a los delitos contra la constitución, en la sección segunda de los atentados contra la libertad, los arrestos, detenciones y secuestros ilegales realizados por los particulares, se ubican en el título XII, "delitos contra los particulares", dentro del capítulo primero relativo a los delitos contra las personas.
- (180) Vid. artículo 114 del código penal francés, que prevé los atentados a la libertad individual

ejecutados por funcionarios públicos al determinar que, "cuando un funcionario público, un agente o representante del gobierno, ordene o realice cualquier acto arbitrario o atentatorio contra la libertad individual, o los derechos cívicos de uno o de varios ciudadanos o de la propia Constitución, será condenado a la pena de degradación cívica. Si justificase actuar por orden de sus superiores... estará exento de pena."

- (181) El artículo 341 dispone que "cualquiera que, sin orden de la autoridad competente y fuera de los casos establecidos en la ley, arreste, detenga o secuestre a alguien, será sancionado:
- 1) De reclusión criminal a perpetuidad, si la detención o secuestro dura más de un mes.
 - 2) De reclusión criminal de diez a veinte años, si la detención o secuestro no dura más de un mes.
 - 3) De prisión de dos a cinco años."
- (182) Se suele justificar esta diferencia sancionatoria en base al carácter de la actuación del funcionario, de modo que si el mismo actúa en el ejercicio de sus funciones y con finalidad pública, la gravedad de su conducta es indudablemente menor que la del particular o funcionario que actúen con finalidad exclusivamente privada.
- (183) Vid. GARÇON; "Code penal annoté" tomo I, Refundé par ROUSSELT, Ancel Patin, pág. 107.
- (184) Vid. GARRAUD: "Traité théorique et pratique du droit pénal français". 3ª Ed. Paris, 1913-24. Pág. 530.
- (185) Vid. en este sentido VOUIN. "Droit penal special" 5ª edición, 1983, París, pág. 267; CHAUEAU et HELLIE; "Theorie du code penal", tomo II, 6ª ed. 1887-1908, págs. 427 y ss. MERLE e VITU: "Traite de droit criminel", tomo I, Droit penal special par VITU, Cujas, París, 1982, pág. 231; GASSIN: "La liberté individuelle devant le droit penal", editions Sirey, 1980, pág.;149 VERON: "Droit penal special", Paris, Masson, 1976, pág. 188 y ss.; LEVASSEUR: "Crimes et delits contre les personnes"

en R.S. Crim, nº 4 Octubre-Diciembre, 1980, pág. 984.

- (186) Así lo entiende VERON: op. cit. pág. 190-191, al mantener que "más que el hecho de ser funcionario, lo importante es que en el artículo 114 el acto atentatorio contra la libertad individual, se lleve a cabo en el ejercicio de las funciones, pues si no es así, se aplicarían los artículos 341 y ss. MERLE e VITU en op. cit. vol. II, pág. 1484; y finalmente GOYET y ARPAILLANGE: "Droit penal special", 8ª ed. 1972, pág. 475, al afirmar que el artículo 341 sólo se aplicará si el funcionario lo realiza fuera del ejercicio de sus funciones. en interés privado".
- (187) Vid. CHAEVEAU et HELLIE en op. cit. pág. 436.
- (188) Vid. VOULIN. op. cit. pág. 271.
- (189) Vid. MERLE e VITU. op. cit. pág. 230.
- (190) Vid. Cámara Criminal, sentencia de 4 diciembre 1862.
- (191) Vid. Cámara Criminal, sentencia de 23 Junio 1892.
- (192) Al mantenerse, como hace GASSIN (uno de los máximos exponentes de la doctrina francesa), que "la única diferencia entre el artículo 114 y el 341 radica en que la ley castiga en el primer caso a los funcionarios extraviados por un exceso de celo y en el segundo cuando el individuo actúa movido por un interés privado o para la satisfacción de pasiones personales", op. cit. pág. 152, se está excluyendo al resto de los derechos que constituyen el concepto de seguridad y que dependen directamente del interés libertad de movimientos, de la protección que el artículo 114 teóricamente posibilita, ya que reduce el bien jurídico de este delito a la libertad de locomoción.
- (193) El delito de detención ilegal practicado por

funcionarios, se ubica en el título II del Código penal relativo a "Los delitos contra la seguridad interior del Estado", mientras que la detención realizada por particulares es regulada dentro del título XII, dedicado a los "delitos contra la libertad y seguridad".

- (194) Este delito pertenece a la sección segunda "de los delitos cometidos por los funcionarios contra el ejercicio de los derechos de las personas reconocidos por las leyes", integrado en el capítulo segundo, que hace referencia a "los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes".
- (195) Los tipos penales 184, 185, 186, 187 y 188 son los que, en mi opinión, constituyen el delito de detención ilegal, puesto que en los mismos se prevé la sanción de cualquier infracción de las garantías del detenido. Esto es así siempre que se parta de un concepto de detención no reducido a la privación de la libertad de movimientos, donde la conculcación de cualquiera de los derechos del detenido tiene la misma gravedad que la restricción de la libertad física. De seguirse un concepto reducido en relación al bien jurídico protegido en este delito, es evidente que los preceptos anteriormente aludidos, 185, 186, 187 y 188 no podrían ostentar el carácter de detenciones ilegales.
- (196) Estos autores se basan en un concepto de detención estricto y gramatical, que, en este caso, no coincide con el previsto por el resto del ordenamiento jurídico. La definición ofrecida por el Diccionario de la Lengua española (Real Academia española, 19 edición 1970) del concepto de detención, es la siguiente: "acción de detener, como el impedir, estorbar que pase adelante, arrestar, poner en prisión, retener, conservar o guardar". La utilidad de la misma se reduce a la delimitación del marco mínimo en el que se desarrolla la detención, sin que ello sea óbice para que la legislación vigente sobre esta materia determine el verdadero alcance de dicho concepto.

(197) La Constitución española de 1978 regula el derecho a la libertad y seguridad en el artículo 17, que establece:

- 1) "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos por la ley.
- 2) La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.
- 3) Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la ley establezca.
- 4) La Ley regulará un procedimiento de habeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional".

Hay que recordar la obligación, tanto de las leyes que desarrollan estos principios como de los poderes públicos, de repetir el contenido esencial de los mismos en virtud del artículo 53 de la propia Constitución.

(198) La detención será ilegal, no sólo cuando la privación de libertad se efectúe fuera de los casos permitidos por la ley, sino también cuando se infrinjan garantías que pueden ser simultáneas o posteriores al acto mismo de la detención. De esta forma estaremos en presencia del delito de detención ilegal, en los casos en los que la detención se realice mediante una forma que perjudique la reputación del detenido o en aquellos otros, en los que tras una privación de movimientos legal, se infringen garantías tales como la no lectura de sus derechos, el no instar el procedimiento de habeas corpus, etc.

- (199) El artículo 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal mantiene que: "Ningún español extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban".
- (200) Si la autoridad o agente de policía judicial tienen la obligación de detener en virtud del artículo 492 de la ley de Enjuiciamiento criminal, no ocurre otro tanto con los particulares, que ostentan el derecho de detener siempre que se produzcan los casos establecidos en el artículo 490 de dicha ley. Ahora bien, la existencia de un derecho y no de una obligación del particular a efectuar la detención, no implica que este no deba respetar ninguno de los derechos que toda persona detenida posee, sino que, por el contrario, el particular que ejerza su derecho procesal de detención tiene la obligación de cumplir con las siguientes garantías:
- 1) El artículo 491 de la L. Enj. prevé que "el particular que detuviere a otro justificará, si este lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en algunos de los casos del artículo anterior".
 - 2) El artículo 496, por su parte, recuerda que "el particular... que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes artículos, deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiera hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma."
- (201) Vid. Artículo 490, nº 1º; "Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo." nº 2; "Al delincuente, in fraganti".
- (202) Vid. artículo 490 nº 3; "Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena." nº 4; "Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en el que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme".

nº 5; Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior. nº 6; al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente.

- (203) Vid. Artículo 490 nº 7; "Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía."
- (204) Vid. artículo 492 nº 2; "Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el código penal superior a la de prisión correccional (debe entenderse prisión menor)".
- (205) Vid. artículo 492 nº 3; "Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias de hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la autoridad judicial."
- (206) Vid. Artículo 492 nº 4; "Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurren las dos circunstancias siguientes: 1ª) Que la autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2ª) Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intenta detener tuvo participación en él."
- (207) Vid. artículo 495; "No se podrá detener por simples faltas, a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la autoridad o agente que intente detenerle."
- (208) Vid. artículo 496 de la Ley Enjuiciamiento Criminal.
- (209) Vid. artículo 494 de la ley de Enjuiciamiento criminal.
- (210) Vid. artículo 520 nº 1 de la ley de Enjuiciamiento

criminal.

- (211) Vid. artículo 520 nº 2 de la ley de enjuiciamiento criminal.
- (212) Vid. artículo 520 nº 2 aptdo a de la Ley de Enjuiciamiento criminal.
- (213) Vid. artículo 520 nº 2 aptdo b de la ley de Enjuiciamiento criminal.
- (214) Vid. artículo 520 nº 2 aptdo c de la ley de Enjuiciamiento criminal.
- (215) Vid artículo 520 nº 2 aptdo d de la ley de Enjuiciamiento criminal.
- (216) Vid. artículo 520 nº 2 aptdo f de la ley de Enjuiciamiento criminal.
- (217) Vid. artículo 520 nº 3 de la ley de Enjuiciamiento criminal.
- (218) Vid. artículo 520 nº 4 de la ley de enjuiciamiento criminal.
- (219) Vid. artículo 520 nº 6 de la ley de Enjuiciamiento criminal.
- (220) Vid. artículo 524 de la ley de Enjuiciamiento criminal.
- (221) Vid. artículo 527 de la ley de Enjuiciamiento criminal.
- (222) Vid. artículo 527 aptdo b y 523 de la ley de Enjuiciamiento criminal.

- (223) Vid. artículo 525 de la ley de Enjuiciamiento criminal.
- (224) He considerado conveniente unificar, bajo la fórmula garantías del detenido, lo que en realidad aparece en nuestra legislación en forma diferenciada: "forma" y "derechos", ya que es incuestionable que la forma adecuada de practicar la detención, es decir, el respeto durante la restricción de la libertad de la persona del detenido, es uno de los derechos básicos de éste, ante la intervención policial.
- (225) Véase el artículo primero de la ley 6/1984 de 24 de Mayo.
Este concepto permite definir como ilegal la detención cuando se efectúe fuera de los casos establecidos por la ley, o se configure conforme a los supuestos legales pero infrinja la forma requerida o cualquiera de los derechos del detenido.
- (226) En la Declaración Universal de Derechos humanos, se consagra el derecho a la libertad en el artículo 3º al disponer que "todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona", pero no se define el concepto de detención ni los requisitos que son necesarios en su ejecución, sino tan sólo se trata de una mera declaración programática de principios, al establecer, en el artículo 9º, que "nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado".
En análisis de los Tratados y Convenios Internacionales es imprescindible, dado el carácter de norma jurídica interna que prevén todas las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se deben interpretar conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los Tratados y acuerdos internacionales ratificados, según reconoce el propio artículo 10,2 de la Constitución.
- (227) España firmó la Convención y los Protocolos 3º y 5º el día 24-11-1977. El hecho de la ratificación y

entrada en vigor tuvo lugar el día 4-10-1979, pero con reservas a los artículos 5.6 y 11, de modo que en el artículo 5 se acepta en todo lo que no sea incompatible con ciertos artículos del código de justicia militar en relación directa con el régimen disciplinario de las fuerzas Armadas.

- (228) Véase el artículo 5 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950.
- (229) Véase el artículo 9º de 1 Pacto internacional de derecho civiles y políticos, que fué ratificado por España el día 28-9-1976 y el 27-4-1977.
- (230) Véase el aptdo 5 del artículo 9º del Pacto.
- (231) Vid. Study of the right of everyone to be free from arbitrary arrest, detention and exile. United Nations, New York, 1964.
- (232) Vid. pág. 7 del Study of the right citado anteriormente.
- (233) No se puede compartir el planteamiento de JIMENEZ ASENJO que distingue entre detención gubernativa o judicial, según cual sea el fin de la misma. De este modo, sostiene que "la detención será judicial si se realiza en consideración a los fines de un proceso penal y gubernativa si sirve a un fin de tal naturaleza, generalmente para prevenir o reprimir un conflicto social o de orden público, o bien como instrumento que utiliza la Administración de prevención o represión de un estado morboso social, así, vagos, maleantes, homosexuales" (en Nueva Enciclopedia jurídica, Seix, volumen VII, pág. 359, y por el contrario, entiendo correcto el esquema desarrollado por GIMENO SENDRA que distingue entre las detenciones judiciales y gubernativas. La detención judicial sería aquella caracterizada, bien por un mandato de la autoridad judicial, en concreto del juez de instrucción, a la policía judicial para que ésta sea la que efectúe la detención, o bien aquel caso en el que se

produce la prolongación de la detención previamente practicada por los particulares o funcionarios. La detención gubernativa sería la decidida por la autoridad o su agente de la policía judicial, en base a las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento criminal. Vid. GIMENO SENDRA en "La detención"; VIVES ANTON y GIMENO SENDRA; Bosch, 1977, pág. 85 y ss.

- (234) Un concepto similar se sostiene en el Study of the right of everyone to be free from arbitrary arrest, detention and exile... op. cit. pág. 5.
- (235) Vid. pág. 130 y ss del presente capítulo.
- (236) Esta conducta está integrada en el artículo 184, lo que no significa que dicho precepto se reduzca exclusivamente a la libertad de movimientos, cuando dispone: "el funcionario público que practicare ilegalmente cualquier detención incurrirá en la pena de suspensión si la detención no hubiere excedido de tres días, en las de suspensión y multa de 30.000 a 60.000 si, pasado de ese tiempo, no hubiese llegado a quince; en la inhabilitación absoluta si, no habiendo bajado de quince, no hubiese llegado a un mes; en la de prisión menor si hubiese pasado de un mes y no hubiere excedido de un año y en la de prisión mayor si hubiese pasado de un año".
- (237) Esta conducta corresponde al precepto 186 que dispone lo siguiente: "Incurrirá en la pena de suspensión el funcionario público que, no siendo autoridad judicial, detuviere a una persona por razón de delito y no le pusiere a disposición de la autoridad competente en las setenta y dos horas siguientes a la en que se hubiese practicado la detención".
- (238) Vease el artículo 187 nº 1 del código penal. En relación al artículo 187 nº 1 hay que hacer las siguientes matizaciones; La Ley General Penitenciaria en su artículo 15, prevé que el ingreso de un detenido en cualquiera de los establecimientos penitenciarios se hará mediante

mandamiento u orden de la autoridad competente. Esta puede ser tanto un Juez como un Tribunal, una autoridad a la que la ley atribuya competencia para ordenar la detención como un agente diplomático o consular extranjero facultado por los tratados internacionales (artículo 25 de la L.G.P.). Dado que el artículo 492 impone a la autoridad o agente de la policía judicial la obligación de detener en determinados casos, es por tanto la policía judicial una de las autoridades que pueden ordenar el ingreso de un detenido en un establecimiento penitenciario.

Ahora bien, el artículo 26 aptdo. 2º de dicha ley, mantiene que cuando la orden de detención no procede de la autoridad judicial, el Director del establecimiento, o quien haga sus veces, comunicará telegráficamente a dicha autoridad, dentro de las veinticuatro horas siguientes al ingreso del detenido. Esto significa que cuando la detención es realizada sin orden judicial, la policía judicial tan sólo tener noticias de un delito debe comunicarlo a la autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal (arts. 284 y ss. de la ley de Enjuiciamiento criminal) y al mismo tiempo, si el detenido se encuentra en comisaría debe el funcionario que lo recibe comunicarlo a la autoridad judicial dentro de las veinticuatro horas, salvo cuando se encuentre en un establecimiento penitenciario, pues en este caso es el Director del Establecimiento Penitenciario el que debe ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial en veinticuatro horas.

(239) Véase el artículo 187 nº 6 del código penal.

(240)	"	"	185	"	"	.
(241)	"	"	187 nº 2	"	"	.
(242)	"	"	188 nº 1	"	"	
(243)	"	"	188 nº 2	"	"	
(244)	"	"	188 nº 4	"	"	

- (245) Véase el artículo 188 nº 6 del código penal.
- (246) La fórmula utilizada por el legislador en el artículo 184, cuando hace referencia al funcionario público que "practicase ilegalmente cualquier detención", permite una interpretación favorable al entendimiento de las garantías del detenido como el interés tutelado en dicho precepto.
- (247) El artículo 194 del código penal dispone que: "incurrirá en la pena de inhabilitación especial, la autoridad o el funcionario público que impidiere a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por las leyes". OCTAVIO DE TOLEDO llega a calificar de cajón de sastre a este precepto, con lo que se define la amplitud del mismo de modo bastante aproximado. Vid. pág. 11 de Revisión de algunos aspectos de los delitos contra la inviolabilidad de domicilio (artículo 191 del Código penal). Inédito presentado en las Jornadas Homenaje al Prof. SAINZ CANTERO en Marzo de 1987.
- (248) Sobre la función exclusivamente subsidiaria del 194 se manifiesta un sector amplio de la doctrina; entre los que se encuadran RODRIGUEZ RAMOS; "Libertades cívicas y Derecho penal". Tecnos, Madrid, 1975, pág. 47; MUÑOZ CONDE; "Derecho Penal", Parte Especial, Universidad de Sevilla, 1985, pág. 581.
- (249) Véase MUÑOZ CONDE, op. cit. pág. 581.
- (250) Frente a la amplia regulación que de los delitos contra los derechos de reunión, asociación etc. se hacía en los códigos penales de 1870 y 1932, en el código de 1928 dentro del título relativo a los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y otros análogos y como infracciones de los deberes del cargo, aparece el primer precedente del actual 194. Era el artículo 450 que sancionaba al funcionario que, en el ejercicio de su cargo, maliciosamente cometiese contra los derechos de otro alguna infracción no

recogida en el código u otra ley especial".
Su carácter subsidiario demuestra la conexión entre
ambos preceptos.

- (251) Vease: CORDOBA RODA: "Comentarios al Código Penal".
Por CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MAURULLO. Barcelona,
Ariel, 1972, pág. 364.
Por contra, RODRIGUEZ DEVESA es partidario de un
concepto más estricto de derechos cívicos, al
entender que el artículo 194 no se refiere a todos
los derechos reconocidos por las leyes
fundamentales sino tan sólo a aquellos que
pertenecen al segundo grupo, que pueden colocarse
bajo el común denominador de derecho a participar
en la vida de comunidad", pág. 745 de Derecho
penal, parte especial, Madrid, 1983.
También es partidario de un concepto amplio del
artículo 194 RODRIGUEZ RAMCS, para el que "la
violación de cualquier derecho fundamental por
autoridad o funcionario, siempre que no se halle
penada por otro precepto específico, caerá en el
ámbito del artículo 194 merced al principio de
generalidad que supone palmariamente su carácter
subsidiario". En op. cit. "Libertades..." pág. 47.
- (252) Véase pág. 638 y ss. Nota 420.
- (253) En el código de 1822 se regulaban las detenciones
arbitrarias y los atentados contra la libertad
individual, en el Título primero "de los delitos
contra la Constitución y el orden público de la
Monarquía" dentro del capítulo IV, relativo a los
delitos contra la libertad individual de los
españoles.
- (254) Vid. artículos 243 y 244 del código penal y el
privilegio otorgado al Rey por el artículo 172 de
la Constitución de 1812, que le permitía privar de
libertad a cualquier ciudadano en base a los
principios del bien y la seguridad del Estado, eso
sí, con la obligación inminente de entregarlo a la
autoridad judicial dentro de las cuarenta y ocho
horas al acto de la detención.
- (255) Los artículos 287, 288, 289, 290, 292, 293, 297 y

299 configuran un conjunto de derechos del detenido cuya infracción suponía la realización del delito de detención arbitraria. Las garantías exigidas eran las siguientes:

- 1) La prisión debería realizarse por mandamiento del juez por escrito, que se notificará en el acto de la prisión.
- 2) Antes de la detención debe preceder la información sumaria del hecho.
- 3) No debía utilizarse la fuerza al ejecutar la detención, salvo en los casos de resistencia o temor de fuga.
- 4) No se debía mantener al detenido en calabozos subterráneos y malsanos.
- 5) En los casos de delito in fraganti, es necesario la conducción del detenido ante el juez.

(256) Véase el artículo 246 del código penal de 1822.

(257) El código penal de 1848 sancionaba en el título VIII, relativo a los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos, dentro del capítulo VIII, los Abusos contra los particulares consistentes, no sólo en la privación de la libertad de movimientos, sino también en la infracción de ciertas garantías del detenido y preso.

(258) Vid. NICOLAS DE PASO y BERNARDO DE TORO: "comentarios al Código penal de 1848", cit., págs. 721, 722 y 723.

(259) Esta figura aparece por vez primera en el código penal de 1848.

(260) Vid. artículo 9 de la Constitución de 1869, aunque en dicho artículo aparece la expresión "si no es por causa de delito", en realidad esto no era del todo cierto, pues el artículo 625 declaraba subsistente las atribuciones que por las leyes municipales o cualesquiera otras especiales competen para corregir gubernativamente las faltas y la detención de indocumentados.

- (261) Vid. VIADA; VILLASECA; "Código penal reformado de 1870" 4ª ed. Madrid, 1889-94, pág. 123.
- (262) El delito de detención ilegal de funcionario público en el código penal de 1928, en virtud del artículo 856, es de los que se regulan, hasta que se produjese su específico tratamiento, por leyes especiales, a través del código penal de 1870, siendo por consiguiente su contenido idéntico al de dicho código.
- (263) En el código penal de 1932 se regulan las detenciones de funcionarios en el título II de los delitos contra la Constitución, dentro del capítulo II "de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución en la sección II, "de los delitos de los funcionarios públicos con infracción de los deberes constitucionales" en los artículos 198-202 adoptando la misma sistemática del código penal de 1870.
- (264) Vease pág. 138 de éste capítulo. En éste código se regulaban, integrados en el capítulo relativo a los delitos contra la libertad individual de los españoles, todas las clases de privaciones de libertad, independientemente de la categoría del sujeto que la realizase, que únicamente agravaba la responsabilidad en caso de ser el sujeto activo funcionario público. Ello no es óbice para que en el título relativo a los delitos contra las personas, en su capítulo IV se prevean las privaciones de libertad realizadas por funcionarios y particulares con finalidad privada.
- (265) Vid. JIMENEZ DE ASUA y ANTON ONECA; "Comentarios al Código penal de 1928." derecho Penal conforme al Código de 1928, 19 edición, Parte Especial II, Madrid 1929, págs. 26 y 27.
- (266) Vid. CUELLO CALON; "Derecho penal", parte especial, Barcelona, Bosch, 1980, pág. 41.

- (267) Vid. PUIG PEÑA; "Detenciones Ilegales", vol. VII Jurídica págs. 185 y 186 y Der-Eco en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix.
- (268) Vid. GROIZARD y GOMEZ DE LA SERNA: "El Código penal de 1870 concordado y comentado," Madrid, pág. 552 T.V. 2ª edición.
- (269) Vid. FERRER SAMA; "Comentarios al Código penal de 1944", op. cit. pág. 131.
- (270) Vid. SAINZ CANTERO; "Unidades didácticas". Derecho penal, parte especial, pág. 23.
- (271) Vid. CORDOBA RODA: "el delito de detenciones ilegales" en A.D. Anuario de Derecho penal, 1964, pág. 389 y 390, cuando considera que la distinción entre los dos grupos de infracciones examinados, radica en su diversa naturaleza y no en la simple cualidad personal de sus autores, de forma que, en la primera modalidad, se propone la protección de la libertad como hecho reconocido por la Constitución o leyes fundamentales de los abusos que pueden producirse en el ejercicio de las facultades limitativas de la libertad por parte de los funcionarios. El segundo grupo persigue la protección de la libertad en sí misma, al margen de todo reconocimiento estatal". Posteriormente, este autor ha confirmado esta tesis al reconocer que lo que se persigue en los tipos 184 y 186 es "la tutela del ejercicio de la función pública de detención frente a las ilegalidades que puedan cometer tales titulares" en Comentarios al código penal, tomo III, artículo 120-340 bis c. 1972. pág. 306.
- (272) Vid. POLAINO NAVARRETE: "El delito de detención ilegal". Pamplona, Aranzadi, 1982, pág. 21.
- (273) Vid. SAINZ PARDO considera que "el interés tutelado en el artículo 186 es la libertad del ciudadano frente a las arbitrariedades que puedan cometer los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones", pág. 134 de "Detenciones ilegales"

(Análisis del artículo 186 del Código penal)" en Rvta. C.P. Criminal, nº 2, 1977.

- (274) Vid. MUÑOZ CONDE: "Derecho penal, parte especial", op. cit. pág. 123.
- (275) Vid. MUÑOZ CONDE; op. cit. pág. 585. Este autor considera que haya una doble perspectiva como libertad, frente al particular que se encuentra en un plano de igualdad frente al titular de esa libertad (art. 480) y como derecho de los ciudadanos frente a los representantes del poder estatal que le garantizan que no puede ser privado de su libertad más que en los casos y formas previstas en las leyes. Op. cit. págs. 123 y 580: En esta misma dirección se mueve RODRIGUEZ DEVESA que, aunque plantea la relación individuo-Estado como criterio determinante en la elección del precepto aplicable, sigue manteniendo la igualdad de intereses tanto en el delito de detención de particulares como en el de funcionarios. Para este autor, el bien jurídico protegido en ambos delitos es el mismo, la libertad de movimientos, pero cuando esta se produce por la actuación de funcionarios se produce una quiebra en la seguridad jurídica del ciudadano, que de ninguna forma acaece en las relaciones de igualdad que tienen lugar entre los individuos entre sí, cuando tal infracción de la libertad es realizada por un ciudadano cualquiera. De esta forma, mantiene que "el título XII no se refiere a la libertad política sino a aquella que corresponde a todo miembro de la comunidad frente a los demás, no frente al Estado" pág. 260 de Derecho Penal, parte especial, Madrid, 1983, mientras que en el título II, lo que fundamentalmente ha visto el legislador ha sido la falta de seguridad jurídica que se deduce de la privación de libertad de movimientos cuando se acuerde arbitrariamente por un funcionario público". Pág. 720, op. cit.
- (276) Vid. JARAMILLO: Comentarios al código penal de 1928", Novísimo Código Penal, tomo II, pág. 309.
- (277) Vid. ANTON ONECA: "Derecho penal parte especial", tomo II por MUÑOZ, ROLDAN, DEVESA. Madrid 1949,

pág. 46.

- (278) Vid. QUINTANO RIPOLLES: "Comentarios al Código penal de 1944", Madrid, 1946, 2ª ed. por GIMBERNAT 1966, pág. 342.
- (279) Vid. QUINTANO RIPOLLES; "Curso de derecho penal", Madrid, Ed. Rev. Derecho Privado, 1963, pág. 113.
- (280) Vid. QUINTANO RIPOLLES; "Tratado de Derecho penal", Madrid, Ed. Revista Derecho Privado, 1962-64, 3 vols. pág. 773. Define el artículo 184 como un abuso de la función dentro de la función misma, lo que ocurre es que, en contra de la tesis del deber del cargo, concede, pese a la existencia real de dicho incumplimiento del deber, mayor importancia a la infracción de la garantía formal del derecho del ciudadano a su libertad frente a las normas procesales y constitucionales en vigor.
- (281) Vid. QUINTANO RIPOLLES: "Tratado de derecho penal" op. cit. pág. 772.
- (282) Vid. RODRIGUEZ RAMOS: "Libertades cívicas..." op. cit. pág. 238.
- (283) Vid. RODRIGUEZ RAMOS: "Libertades cívicas..." op. cit. pág. 247.
- (284) Vid. RODRIGUEZ RAMOS: "Compendio de derecho penal, parte especial", Trivium, Madrid, 1985, pág. 147.
- (285) Vid. VIVES ANTON: "La detención de VIVES ANTON y GIMENO SENDRA" op. cit. pág. 16 . El mismo autor señala que "esto no significa que exista identidad entre las detenciones del título II y del XII, puesto que en los del título XII la libertad de movimientos viene considerada en sí misma; mientras que la tutela específica de otras facetas de la libertad queda atribuida a otros preceptos, mientras que los del título II, la libertad de movimientos es considerada como libertad política y

por tanto como soporte de una serie de derechos y libertades que trazan los límites de la injerencia estatal en la esfera de la intimidad de las personas". Pág. 23op. cit.

- (286) Vid. BUSTOS RAMIREZ: "El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario"; en C.P. Criminal, nº 20, 1983, pág 246 y en Manual de Derecho penal, parte especial, Ariel, Barcelona, 1986, pág. 371. Una línea similar parece que sigue QUERALT, al mantener que cuando los funcionarios públicos son los sujetos activos de la detención ilegal con abuso de su cargo, el bien jurídico lesionado es la noción de Estado de derecho y la libertad del sujeto el objeto material sobre el que recae la acción, pág. 131 del Manual.
- (287) Vid. BUSTOS RAMIREZ: "El delito de práctica... op. cit. pág.356y en el Manual op. cit. pág. 371.
- (288) Vid. BUSTOS RAMIRES; "Manual ... op. cit. pág. 371. En un sentido similar, aunque referente al delito de inviolabilidad de domicilio, se expresa OCTAVIO DE TOLEDO al considerar que en este delito se protege la irviolabilidad del domicilio "como derecho fundamental de la persona frente al Estado, es decir, como garantía política en el marco del más genérico derecho a la intimidad, y esa garantía lo es por tanto frente al funcionario en el ejercicio ilícito de sus funciones". pág. 8 de "Revisión de algunos... cit.
Por contra, frente a este concepto de bien jurídico basado en la "seguridad" del ciudadano frente al Estado, se manifiesta GALVEZ MONTES al considerar que el interés protegido en el artículo 17 de la Constitución es un determinado aspecto de la esfera individual de autodeterminación en el tiempo y en el espacio". pág. 383 de "Artículo 17. Seguridad personal" en Rvta. de Derecho Público. Comentarios a las leyes Políticas Constitución española de 1978. Tomo II, arts. 10 a 23, 1984. Del mismo modo, PRATS CANUT, tras criticar aspectos de la tesis de BUSTOS RAMIREZ, que este autor no mantiene, como por ejemplo, que el criterio diferencial entre los bienes jurídicos del delito de detención ilegal de particular y del funcionario radique en la forma comisiva prescrita, o que en el delito efectuado

por funcionario, el bien jurídico es de entidad inferior, sostiene que tanto en el 184 como en el 480, "estamos ante un mismo bien jurídico, la libertad individual...", la única diferencia se basa en que el 184 se ocupará de la lesión de dicho bien jurídico en el ámbito de las relaciones verticales Estado-individuo, mientras que el art. 480 y ss. C.P. se ocuparán del mismo bien jurídico, pero en el seno de relaciones esencialmente distintos, es decir, los que establecen los particulares entre sí, de tipo territorial". P. 24 de la Retención Policial, lección magistral inédita.

- (289) Vid. ZUGALDIA ESPINAR: "Delitos contra la libertad" en Documentación jurídica, volumen 1º. Enero/Diciembre, 1983, pág. 427.
- (290) En este sentido véanse las sentencias de 27 Noviembre 1974 nº 4770 (Aranzadi), 28 octubre 1976 nº 4335 (Aranzadi), 26 noviembre 1976 nº 5043 (Aranzadi), 6 junio 1978 nº 2306 (Aranzadi), 2 octubre 1978 nº 3021 (Aranzadi), 27 mayo 1981 nº 734 (Jurisprudencia criminal), 22 marzo 1982 nº 374 (colección Jurisprudencia Criminal), 14 noviembre 1983 nº 5488 (Aranzadi), 25 octubre 1983 nº 4796 (Aranzadi), 4 octubre 1984 nº 4797 (Aranzadi). La sentencia de 27 mayo 1981 concreta la tesis sobre la igualdad de intereses protegidos en los tipos 184 y 480, sostenida en general por la jurisprudencia al mantener que "la violación de la libertad ambulatoria encuentra su sanción en el artículo 184 y 480, según si el infractor es funcionario público o particular."
- (291) Vid. la sentencia de 20 Diciembre 1974, nº 5261, Aranzadi.
En general, la jurisprudencia suele definir el interés defendido en los delitos de detenciones, y en particular en el de particulares, como la libertad física de movimientos que se vé alterada cuando se impide "que una persona se traslade donde no quiera, bien obligándole a permanecer en el lugar donde se halle o recluyéndola donde no quiera, privándole de su libertad ambulatoria, atentando de las dos maneras a la libertad humana". Sentencia de 21 diciembre 1977, nº 4971, Aranzadi.

En este mismo sentido la sentencia de 25 octubre 1983, nº 4796, Aranzadi, ha definido la libertad ambulatoria como "el albedrío de permanecer por la propia voluntad, en un lugar determinado o de dirigirse o encaminarse a donde se tiene por conveniente, siendo la definición legal sumamente laxa, hasta el punto de que pueden albergarse en su seno no sólo la esclavitud y el robo de personas sino también momentaneos entorpecimientos de la capacidad ambulatoria. Es el bien, por tanto, la capacidad del hombre para fijar libremente y por sí mismo su situación en el espacio físico.

- (292) Vid. sentencia de 20 diciembre 1974 cit.
- (293) Vid. sentencias de 11 marzo 1974 nº 1294 (Aranzadi), 21 octubre 1971, nº 1210. L.J.C., 28 octubre 1976, nº 4142, (Aranzadi), 31 enero 1978 nº 119 (Aranzadi), 27 octubre 1982 (nº 1287 L.J.C.
- (294) Vid. 11 marzo 1974, nº 1294, Aranzadi, 28 octubre 1976 nº 4335 (Aranzadi).
- (295) Vid. sentencia de 31 enero 1978. nº 119. Aranzadi.
- (296) Vid. sentencias de 2 octubre 1978, nº 3021, Aranzadi.
- (297) Vid. sentencia de 6 junio 1978 nº 2306, Aranzadi.
- (298) Vid. sentencia de 14 junio 1973 nº 891 (Colección de jurisprudencia criminal).
- (299) Vid. sentencias de 19 junio 1974, nº 2906, Aranzadi y la de 27 de Noviembre de 1974, nº 4770, Aranzadi.
- (300) Vid. sentencia de 27 mayo 1981, nº 734 C.J.C.
- (301) Vid. sentencia de 13 enero 1873 nº 1473 C.J.C.

- (302) Vid. sentencia de 20 abril 1874, nº 2179. C.J.C.
- (303) Vid. " " " " .
- (304) Vid. sentencia de 15 octubre 1880 nº 5656, C.J.C.
- (305) Vid. sentencia 17 noviembre 1880, nº 5711 C.J.C. y 22 Abril 1881 nº 5962 C.J.C.
- (306) Vid. sentencias de 26 febrero 1872, nº 853, C.J.C. y 9 mayo 1881 nº 328, C.J.C.
- (307) Vid. sentencia de 10 febrero de 1873, nº 1541 C.J.C.
- (308) El Proyecto de Código penal de 1980 regula el delito de detención ilegal de funcionarios en el título XIII, relativo a los delitos contra la Constitución, dentro del capítulo I "de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona garantizados por la Constitución" y en su sección II, "de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona garantizados por la Constitución", en los artículos 606 a 610.
 Artículo 606: "El funcionario público que practicare cualquier detención fuera de los casos o más allá de los plazos determinados por las leyes incurrirá, además las penas previstas en el Capítulo I del Título II de este libro, en la de inhabilitación absoluta o suspensión, que se impondrán atendiendo a la gravedad o duración de la detención."
 Artículo 607: "El funcionario público que dilatare el cumplimiento de un mandato judicial para que se ponga en libertad a un preso o detenido que tuviere a su disposición, será castigado atendidos la gravedad del hecho y el tiempo de dilación, con la pena de inhabilitación absoluta o de suspensión y en todo caso, con las que pudieren corresponderle de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo I del Título II de éste libro".
 Artículo 608: "Incurrirá en la pena de suspensión

el funcionario público que no siendo Autoridad judicial, detuviere a una persona por razón de delito y no la pusiere a disposición de aquella en las setenta y dos horas siguientes a la que se hubiere practicado la detención, o tan pronto fuere requerido por la misma, todo ello sin perjuicio del castigo que pueda corresponderle de acuerdo con lo previsto en el capítulo I del título II y en el capítulo III del título X de este libro".

Artículo 609: "Incurrirán en la pena de suspensión:

1) El funcionario penitenciario o cualquier otro funcionario público que recibiere, en calidad de detenido, a cualquier persona y dejare transcurrir veinticuatro horas sin ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial.

2) El funcionario penitenciario o cualquier otro funcionario público que no pusiere en libertad al detenido que no hubiese sido constituido en prisión, en las setenta y dos horas siguientes a la en que aquel hubiere puesto la detención en conocimiento de la autoridad judicial.

3) El funcionario penitenciario o cualquier otro funcionario público que ocultare un preso a la autoridad judicial.

4) El funcionario penitenciario que, sin mandato de la autoridad judicial, tuviere a un preso o sentenciado incomunicado o en lugar distinto del que le corresponda.

5) El funcionario penitenciario que impusiere a los presos o sentenciados sanciones o privaciones o usare con ellos de rigores no previstos en las leyes o reglamentos.

En todos estos casos se impondrán, además, si procedieren, las penas previstas en el capítulo I del título II de este libro.

Artículo 610: "Incurrirán en la pena de suspensión:

1º La autoridad judicial que no pusiere en libertad o no constituyere en prisión por auto motivado, a cualquier detenido dentro de las setenta y dos horas siguientes a la en que aquél hubiese sido puesto a su disposición.

2º La autoridad judicial que, fuera del caso expresado en el número anterior, retuviere en calidad de preso al detenido cuya libertad proceda.

3º La autoridad judicial que decretare o prolongare indebidamente la incomunicación de un preso.

4º El secretario del Tribunal o juzgado que dejare transcurrir el término fijado en el número 1 de este artículo sin notificar al detenido el auto, constituyéndolo en prisión o dejando sin efecto la

detención.

5º El secretario del tribunal o juzgado que dilatare indebidamente la notificación de un auto, alzando la incomunicación o poniendo en libertad a un preso.

6º El secretario de tribunal o juzgado que dilatare dar cuenta de estos de cualquier solicitud de un detenido o preso, o de su representante, relativa a su libertad.

En todos estos casos se impondrá además, si procediere, las penas previstas en el capítulo I del Título II de este libro.

El delito de detención ilegal realizado por particulares se regula, manteniendo la sistemática francesa, en el Título II "De los delitos contra la libertad y seguridad" dentro del capítulo dedicado a las detenciones ilegales, raptos y secuestros, siendo el tipo básico el artículo 178 que dispone: "El particular que encerrare o detuviere a otro, privándolo de su libertad, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco años.

Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido, dentro de los tres días de su detención, sin haber logrado el objeto que se propusiera ni haber iniciado el procedimiento, se impondrán la pena inferior en grado.

(309) Vid. artículo 606.

(310) Por esta razón, BUSTOS RAMIREZ ha denunciado con toda razón que "El proyecto se desliza por la tendencia de la legislación alemana, con lo cual podría ser previsible un segundo paso posterior, que sería la supresión del artículo 606 del proyecto, eliminando en el artículo 178 la referencia a "el particular" sustituida por "el que", con lo cual entonces, al igual que en Alemania, se estaría ante un sistema único absoluto, en el que el carácter de funcionario público influiría sólo a la hora de determinación de la pena. Con eso ya se abandona el carácter garantista de la Constitución y se pone al Estado, en contra de ella por encima del individuo". pág. 366 de "El delito de práctica..." op. cit.

(311) Vid. BUSTOS RAMIREZ: "El delito de..." op. cit. pág. 365 y 366.

- (312) Vid. artículo 608 del proyecto de código penal de 1980.
- (313) Vid. artículo 606 del proyecto de código penal de 1980.
- (314) En el Título V relativo a los delitos contra la libertad, de la propuesta de anteproyecto de 1983 y en concreto en el capítulo 1º, dedicado a las detenciones ilegales y secuestros, se regulan las privaciones de libertad realizadas por funcionarios y particulares, de modo que en el artículo 158 (tipo básico de las detenciones ilegales realizadas por particulares), se dice que: "El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco años.
2. Si el culpable diere libertad al encerrado o detenido dentro de los tres días de su detención, sin haber logrado el objeto que se propusiese, se impondrá la pena de inferior grado.
Mientras, en el artículo 162 se pretende regular el delito de detención ilegal de funcionarios al disponer que: "La autoridad o funcionario público que practicare cualquier detención fuera de los casos o más allá de los plazos determinados por las leyes, incurrirá, además de en las penas previstas en éste capítulo, en la de inhabilitación absoluta en el primer caso, y en la de inhabilitación especial de dos a cuatro años en el segundo".
- (315) La infracción de ciertos derechos del detenido tienen su sanción en el título XX de la propuesta de anteproyecto de código penal, relativo a los delitos contra el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas dentro del capítulo II "de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, en los artículos 540, 541, 542, 543 y 563.
En mi opinión, son de especial interés por la novedad y repercusión de los mismos en la nueva sistemática adoptada, los artículos 540 y 563, los demás son simplemente una repetición del esquema ya conocido.
El artículo 540 establece que: Incurrirá en la pena

de inhabilitación para el cargo de dos a cuatro años, el funcionario público que, no siendo autoridad judicial, detuviere a una persona por razón de delito y no la pusiere a disposición de aquella en las setenta y dos horas siguientes al momento en que se hubiera practicado la detención, o tan pronto fuere requerido por la misma, todo ello sin perjuicio del castigo que pueda corresponderle de acuerdo con lo previsto en el capítulo I del Título V y en el capítulo III del Título XVI de este libro.

El artículo 563 señala que: la autoridad o funcionario público que impidiere u obstaculizare el derecho a la asistencia de abogado al detenido o preso, procurare o favoreciere la renuncia del mismo a dicha asistencia, o no le informare de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinticuatro fines de semana e inhabilitación especial de tres a seis años.

(316) Vid. artículo 162.

(317) En éste mismo sentido, ZUGALDIA ESPINAR sostiene que "tardíamente el legislador español, con el sistema que propone, intenta imitar el modelo del StGB alemán anterior a la reforma de 1975, abandonando otras directrices de Derecho Comparado (la del código penal francés), que conlleva notables ventajas teóricas y prácticas", pág. 246 de "Delitos contra la... op. cit.

(318) Ya, OCTAVIO DE TOLEDO denunciaba la falta de previsión en el artículo 162 de determinados derechos individuales, como el derecho a la tutela jurisdiccional o el trato humanitario... pág. 68 de

(319) Vid. arts. 540, 541, 542, 543 y 563.

(320) Acertadamente, mantiene ZUGALDIA ESPINAR que "debería de desaparecer el artículo 540 de la PANCP, pasando el artículo 162 a ocupar su lugar," pág. 427, op. cit.

- (321) Vid. ZUGALDIA ESPINAR, op. cit. pág. 426.
- (322) Vid. el artículo 481, 3º.
- (323) Es decir, los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes.
- (324) Vid. artículo 7 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, que designa, bajo el concepto "seguridad", el conjunto de medidas protectoras de la libertad de los particulares. Concepto que coincide con el sostenido por el Tribunal Constitucional en la sentencia 15/1986 de 31 Enero, al disponer que "el derecho a la seguridad reconocido en el artículo 17 nº 1 de la CE. es, así, el derecho a la seguridad personal y no a la seguridad jurídica que garantiza el art. 9, nº 1 de la CE. y que equivale, con fórmulas obligadamente esquemáticas, a certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados".
- (325) Véase en éste sentido las obras de: MARTINEZ SOSPEDRA; "Aproximación al Derecho Constitucional Español, La Constitución de 1978", 2ª ed. 1983; GONZALEZ CASANOVA; "Teoría del Estado y Derecho Constitucional" Ed. Vicens-Vives, 1980 pág. 447. OSCAR ALZAGA; "La Constitución española de 1978. SERRANO ALBERCA en "Curso de Derecho Administrativo a AA.VV. de GARCIA ENTERRIA.... GARCIA ENTERRIA; "La significación de las libertades públicas para el Derecho Administrativo", en Anuario de Derecho Humanos 1982 nº 1 Universidad complutense pág. 115. LUCAS VERDU; "Los títulos preliminar y primero de la Constitución". GOMEZ REINO y CARNOTA; "Las libertades públicas en la Constitución" en Lecturas sobre la Constitución española, tomo I, UNED, 1978 AA.VV. pág.123 ss y fundamentalmente, las obras de COLLIARD: "Libertés Publiques", Precis Dalloz, cinquieme edition, 1975, pág 234 y de ROBERT: "Les viclations de la liberté individuelle commises par L'Administration", pág. 220.
La sentencia del Tribunal Constitucional 15/31 del Enero de 1986, ha establecido que el artículo 17 nº 1 de la Constitución española mantiene el derecho

a la seguridad personal y no a la seguridad jurídica, que garantiza el artículo 9 n° 1, equivaliendo a "la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y a los intereses jurídicamente tutelados". Vid. BJC-1986-59 RA-434.

También mantienen que el derecho a la seguridad está garantizado en términos absolutos, cuya significación es la protección contra todo atentado arbitrario a la libertad, el Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 14 de Julio de 1974 en el asunto JACOB KAMMA v/ The Netherlands en Conseil de L'Europe n° 1 Julio 1975 y las decisiones de 6 de Marzo de 1978, R. 4626 en el asunto Asiaticques D'Afrique Orientale c/ Royanen Uni en D+R n° 13 y la de 16 de Julio de 1976 en D+R n° 7, 5573/72 y 5670. Concepto defendido por SATRAGA LOITEGUI; "Consideraciones sobre la tutela de la seguridad personal en la ley de Enjuicimiento Criminal" en Rvta. del Poder Judicial n° 4 pág. 57 y 58. MICHEL SALVIA: "Privación de libertad y garantía del proceso penal en la jurisprudencia de la Comisión de la Corte Europea de Derechos del Hombre" en Riv. italiana di diritto e procedure penale, 1979, p. 1406; GOLSONG: "Le droit a le libeté de la parsonne tel quil est garanti par L'article 5 de la Convention Europeenne des droits de L'Homme" en Droit Penal Europeen. Congrés organisé les 7, 8 y 9 de Noviembre de 1969 por L'institut D'etudes Europeennes. Presses Universitaires de Bruxelles, 1970, AA.VV. pág. 32 y por la sentencia de 22 de mayo de 1984 (Caso DUINHOF y DUIJF), donde se mantiene que "la seguridad jurídica aparece como la forma originaria de garantizar el resto de las libertades y muy especialmente la libertad personal, que debe ser entendida como aquel derecho de la persona de no ser sometida a presión, detención o cualquier otra coacción física...".

- (326) Vid. MARX: "La cuestión judia", editorial Progreso, Moscú, pág. 53.
- (327) Vid. STORTORNI: "L'abuso di potere nel diritto penale", Giuffré, 1976, pág. 31.
- (328) Vid. STORTONI. Op. cit. pág. 150.
- (329) Siguen utilizando el concepto de abuso de poder

como criterio de sistematización; concediéndole por tanto la categoría de bien jurídico; MUÑOZ CONDE: "Derecho Penal, parte especial" op. cit. pág. 123; MAQUEDA ABREU: "La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes" ADP, 1986, pág. 469; BUENO ARUS: "Los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución" en la "propuesta de Anteproyecto del nuevo código penal" de 1983 en Documentación jurídica, pág. 620. J. BARREIRO: "El allanamiento de morada" Tecnos. Madrid 1987, pág. 20.

SEGUNDA PARTE

EL TIPO DEL ARTICULO 184 DEL CODIGO PENAL

I. TIPICIDAD OBJETIVA DEL DELITO DE DETENCION ILEGAL
PRACTICADO POR FUNCIONARIO PUBLICO.

1. Sujeto Activo.

A) CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PUBLICO.

a) Consideraciones Preliminares.

Los conceptos de "autoridad" y "funcionario público", elementos normativos de los tipos penales objeto de análisis, aparecen descritos en el artículo 119 del código penal del siguiente modo: "A los efectos penales, se reputará autoridad al que por sí sólo o como individuo de alguna corporación o Tribunal, tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia". Se reputarán también autoridades los funcionarios del ministerio fiscal. Se considerará funcionario público todo el que, por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas" (1).

La existencia de un concepto penal de funcionario público, plantea la interrogante de su dependencia respecto del concepto elaborado por la legislación administrativa, y la determinación de si dicho concepto es aplicable en el ámbito del derecho penal, o si, por el contrario, sólo tiene efectividad en materias no penales, debido a las características específicas de este ordenamiento que imponen la exclusividad de la regulación penal.

Si, efectivamente, el derecho penal cuenta con

un concepto propio de funcionario, es necesario precisar cuales son sus diferencias con el concepto administrativo, para lo cual resulta imprescindible concretar los requisitos que la legislación administrativa establece en la delimitación de tal concepto. Y es precisamente en este punto, donde nos encontramos con el primer problema, ya que, pese a la exhaustiva y casuística legislación administrativa, se carece en nuestro país de un detallado concepto de funcionario público, siendo necesario deducirlo de las características que, diseminadas, se encuentran en legislación y jurisprudencia (2).

De una forma general, se puede afirmar que los elementos que suelen configurar el carácter de funcionario público son: desarrollar servicios profesionales retribuidos; "incorporación" a la función pública y que tal relación se regule por el derecho administrativo. Estos requisitos coinciden además con los exigidos por la jurisprudencia contencioso-administrativa que, por tanto, se decanta por un concepto "estricto" de funcionario, donde el nombramiento legal, el sueldo y la permanencia en el cargo, se convierten en imprescindibles (3).

Por contra, el concepto penal de funcionario público exige, exclusivamente, que éste lo sea por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento, siempre y cuando en estos casos se participe del ejercicio de funciones públicas. La amplitud de dicho concepto reduce su campo de aplicación al uso exclusivo del derecho penal, por no coincidir con los rasgos característicos exigidos por el derecho administrativo (4), lo que no impide, como reconoce COBO DEL

ROSAL, que en un determinado sentido la formulación penal sea más restringida que la administrativa, "por cuanto sólo si se ejercita la función pública, cuando participa de su ejercicio se es funcionario público a efectos penales" (5). De este criterio doctrinal también es partícipe la jurisprudencia, al reconocer la mayor extensión del concepto penal en base al medio de participación en la función pública, sea cual sea la causa que lo origina (disposición de la ley, elección popular o disposición de la autoridad) (6). Así, la sentencia de 20 de Enero de 1978, delimita el alcance de ambos conceptos, al disponer que "puesto que, mientras en este (administrativo) tal noción aparece centrada en la incorporación profesional de una persona a una entidad administrativa con carácter permanente y voluntario, se limita al segundo a tener por tal, a todo aquel que, en virtud de algún modo de designación de los allí citados, participa en el ejercicio de la función pública o de la Administración, aún sin hallarse incorporado a la misma con carácter formal y permanente" (7); mientras que la de 27 de Marzo de 1982 confirma la tesis sostenida mayoritariamente por la jurisprudencia, cuando señala que "como con tanta reiteración ha declarado esta sala, la cualidad de funcionario público a efectos penales no puede subordinarse ni hacerse depender de su vinculación o cualificación administrativa, ni de las definiciones contenidas en las normas reguladoras de la relación entre la Administración Pública y los funcionarios, ya que la definición de tal funcionario, a efectos penales, no es otra que la específicamente contenida en el artículo 119 del código penal, que tan sólo hace depender la cualidad de tal hecho concreto y real de que una persona se halle participando, ya sea de manera más o menos permanente o temporal,

habiendo sido designado para ello, en el ejercicio de funciones públicas" (8).

El consenso doctrinal y jurisprudencial es absoluto; no existe un único concepto de funcionario aplicable a las distintas ramas del ordenamiento jurídico, puesto que el elaborado por el derecho administrativo no tiene trascendencia jurídica respecto a los delitos en los que se considera penalmente que el sujeto es funcionario público.

b) Análisis del concepto penal de funcionario público previsto en el artículo 119, 3º del C.P. como elemento normativo del tipo.

El código penal exige, en la configuración del concepto de funcionario público, la presencia de los siguientes requisitos: Participar en el ejercicio de funciones públicas y hacerlo por la vía de tres posibles medios; disposición inmediata de la ley, elección o nombramiento de la autoridad competente.

La doctrina se divide en dos planteamientos divergentes, y, en realidad, de escasa relevancia práctica.

a') Tesis basada en la "participación".

Una primera tesis sostenida entre otros por COBO DEL ROSAL, RODRIGUEZ DEVESA, VIVES ANTON, BUSTOS RAMIREZ y QUERALT, parte del hecho de que es posible

la participación en el ejercicio de la función pública a través de cualquiera de los tres medios señalados anteriormente, afirmando, de este modo, la validez del método que otorga la atribución de funcionario por simple disposición inmediata de la ley (9).

b') Tesis estricta de la "incorporación".

La segunda de las tesis, basada en que tanto el nombramiento como la elección deben respetar los requisitos exigidos por una ley y no por otras normas de rango inferior, pretende tener repercusiones directas sobre la determinación de la responsabilidad del denominado funcionario de hecho y es sostenida por DEL TORO MARZAL y por MUÑOZ CONDE. Aquel autor, en base a la interpretación de la evolución sufrida por el concepto de funcionario en los diferentes códigos penales españoles, deduce que "en referencia a la disposición de la ley, fué una aspiración del legislador de 1870 para evitar las irregularidades en el nombramiento o en la elección" (10); mientras que MUÑOZ CONDE, siguiendo este planteamiento, considera que "las tres fuentes de incorporación pueden reducirse a una: "a la disposición inmediata de la ley, por cuanto la elección o el nombramiento tienen que basarse en una ley que los determine" (11).

c') Crítica.

En mi opinión, la tesis sustentada por DEL TORO y MUÑOZ CONDE, incurre en el error de considerar que los medios a los que se aluden en el apartado 3º del artículo 119 del código penal, son de "incorporación" a la función pública, cuando en realidad, como se ha

visto, lo que se pretende con el concepto penal de funcionario es regular toda conducta que represente una determinada "participación", temporal o no, en la función pública a través de los cauces legales allí indicados. Al exigirse el elemento de incorporación a la función pública, no es posible mantener ya la teoría, que posteriormente desarrollaré, que asimila al particular al funcionario público en aquellos casos en los que aquél ejercita el derecho que le concede el artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues en esos casos ni existe nombramiento ni elección, sino tan sólo una disposición legal que permite expresamente la participación de los mismos en el ejercicio de una función pública, como es el desarrollo y ejecución de una medida cautelar (12). Con una concepción como esta, se fuerza incluso el sentido del precepto penal, debido a la errónea creencia de que de esta forma se garantiza la elección o el nombramiento en base a la ley y no a cualquier otra disposición de rango inferior, cuando en realidad se puede mantener tal garantía sin desbordar los límites interpretativos impuestos por dicho artículo 119, al admitir que, tanto la elección como el nombramiento y la disposición inmediata de la ley, exigen una base legal en sentido estricto (13).

Ello, además, es acorde con un planteamiento como el que se viene sosteniendo, en el que no tienen relevancia alguna las exigencias del derecho administrativo y donde, más que el ejercicio del cargo, lo que interesa es la participación en el desempeño de la función pública. La condición de funcionario a efectos penales, puede conseguirse a través exclusivamente de los medios reseñados en el artículo 119 del código penal, medios que son independientes entre sí, basados

en una ley en sentido estricto y que persiguen como única finalidad la participación en el ejercicio de la función pública. En definitiva, es este último elemento el que determina en qué casos, aquellas personas que han sido nombradas, elegidas o que han actuado en virtud de una disposición expresa o tácita de la ley, ostentan el carácter de funcionarios.

Si el hecho de participar en el ejercicio de la función pública por sí sólo, no proporciona el carácter de funcionario al que la ejerce, si no va unida a algunos de los medios del artículo 119, a sensu contrario, la participación en el ejercicio de la función pública resulta del todo imprescindible en la adquisición de tal condición. El código penal no exige que se ostente el cargo público, sino tan solo que se participe, sea cual sea la duración de la misma, en el ejercicio de una función pública (14). El problema reside, por consiguiente, en la interpretación del contenido de dicha función, ya que, según el carácter de la misma, procede o no la adquisición de la condición de funcionario público.

c) Elementos integrantes del concepto "función pública".

Sobre los elementos que caracterizan el concepto de función pública se dan en la actualidad tres tesis divergentes, según predomine la vertiente objetiva, subjetiva o mixta en la relación que se establece entre el ciudadano y la Administración.

a') Tesis subjetiva.

De este modo, es mayoritariamente aceptada por

la jurisprudencia y un sector doctrinal la tesis subjetiva, consistente en la definición de la función pública como la finalidad de que los servicios prestados sean de interés general o público y no privado; así, se ha venido exigiendo que la función pública persiga "el beneficio de la comunidad y el cumplimiento de los fines que le están atribuidos" (15), que sean actos públicos, es decir, proyectados al bien común o interés general colectivo o social" (16) o, como dispone la sentencia de 15 de Marzo de 1982 "es indiferente la índole de la relación de servicio y la importancia o entidad del cometido, lo único que importa es la actividad o función pública realizada" (17). En un planteamiento como este, la relación de servicio o la calidad del agente quedan subordinados al criterio eminentemente subjetivo de la finalidad de la acción, sin que la aparente condición de funcionario por el medio de selección utilizado, o el ámbito en el que se desenvuelve la actuación desarrollada, prevalezcan sobre la finalidad pública de su actuación (18). En coherencia con las consecuencias que resultan de esta tesis, la condición de funcionario público se perdería en el mismo instante en que el sujeto efectúa una acción que no persigue una finalidad pública (19). Ahora bien, existe una doctrina que se opone a toda aquella doctrina jurisprudencial por la que se establece que la cualidad jurídico-pública de la autoridad o agente de la misma, se pierde cuando, quien ostenta legalmente, la ejerce ilegalmente o de forma desproporcionada, y aunque tal jurisprudencia hace referencia exclusivamente a los conceptos de autoridad o de agentes de la misma, la realidad es que ambos pertenecen a la categoría de funcionarios públicos cuando, en realidad, no existía la finalidad de actuar en beneficio de la comunidad mediante el desempeño de la función, sino todo lo contrario.

Así, se ha aplicado el tipo correspondiente a la detención ilegal realizada por funcionarios públicos en los casos en los que "era evidente la ilegalidad" (20), "la detención se realizaba sin motivos y sin la intención de entregar el detenido a la Autoridad judicial" (21), "la detención se efectuaba por cuestiones de índole particular o rencillas personales" (22) y en general, cuando la privación de libertad se realizaba por "cuestiones puramente privadas" (23).

Esta contradicción evidencia una utilización instrumental del concepto de funcionario, según favorezca o no los intereses de la Administración, ampliándose la condición de funcionario público a todos aquellos ciudadanos que mantienen una relación de servicio con el Estado y desempeñan, consecuentemente, una función pública, manteniéndose dicha condición en aquellos casos en los que el sujeto abandona la idea de realizar una actividad pública para conseguir la ejecución de móviles exclusivamente privados, pues, de esta forma, prevalece teóricamente el privilegio consistente en la aplicación de penas, notablemente inferiores a las que correspondería a cualquier otro ciudadano que lleva se a cabo las mismas conductas.

La existencia de una finalidad privada con carácter de exclusividad, determina la imposibilidad de aplicar los tipos de funcionarios públicos, dado que faltaría uno de los elementos básicos en el concepto de funcionario público; la presencia de una función pública, que se conceptúa, no en base a las formales relaciones de servicio establecidas, sino en virtud del fin perseguido por el autor.

b') Tesis objetiva.

La segunda de las tesis que se sostienen en relación al concepto de función pública, es aquella que parte de postulados objetivos en los que lo esencial no es la finalidad privada o pública de la acción realizada, sino "el sector del régimen de giro del ente público cuyas funciones sean objeto de consideración" (24), lo que significa que la función será pública o privada según que la relación esté sometida al Derecho público o privado. Desde esta perspectiva, el concepto de funcionario público se construye, en cada caso, comprobando el sistema jurídico que regula la relación de servicio establecida entre funcionario y ciudadano, ya que lo que importa no es la finalidad perseguida al efectuar la detención, sino si la actuación se podía integrar o no dentro de las actividades que conforman la condición pública del funcionario.

Con este planteamiento se limita excesivamente el concepto de funcionario, al mismo tiempo que se confunde la calidad de la relación de servicio con el carácter de la acción llevada a cabo. En mi opinión, lo importante no es que la situación en la que se desarrolla la actuación del funcionario esté sometida al Derecho público (la detención se circunscribe a los postulados de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por tanto siempre tendrá la consideración de pública), sino si la finalidad del funcionario al efectuar la detención es la de entregar el detenido a la autoridad judicial, o ponerlo en libertad en los casos de ausencia de indicios racionales de criminalidad, o, por el contrario, dar cumplimiento a móviles exclusivamente privados. En estos casos la relación se desvirtúa, el sujeto que así actúa carece de la condición de funcionario público, debiendo someterse su actuación al régimen general aplicable a cualquier otro ciudadano, al margen, claro está,

de las posibles agravantes que les fueran aplicables por la especial relación de desigualdad que pudieran establecerse (25).

c') Tesis mixta.

La tercera de las tesis existentes tiene un carácter mixto, ya que, para la construcción del concepto de función pública, exige la concurrencia de tres criterios; "subjetivo (función pública es la actividad llevada a cabo por un ente público); objetiva (función pública es la actividad realizada mediante actos sometidos al derecho público) y teleológica (función pública es aquella en la que se persiguen fines públicos)" (26). En este planteamiento, que es el que comparto, la condición de funcionario público no se adquiere por la relación del sujeto con el órgano al que pertenece, ni por la naturaleza pública del derecho que prevé la conducta analizada, sino por la unión de estos elementos con el que resulta transcendente en la obtención de tal categoría: la finalidad pública de la actuación. La ausencia de cualquiera de ellos impide, en mi opinión, la consideración de funcionario de aquel que lo realiza.

Será pues, desde este concepto de funcionario y, en concreto, de función pública, como intento solucionar los diversos casos que se pueden plantear en relación a la privación de libertad efectuada por personas afectadas, especialmente por la conclusión a la que se llegue en el concepto de funcionario adoptado.

B) APLICACION DEL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PUBLICO A DIFERENTES CASOS DE DETENCION.

Es preciso determinar con exactitud si pertene-

cen al ámbito de protección de la norma las siguientes conductas: La detención realizada por un particular en virtud de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la detención efectuada por funcionario incompetente, y finalmente, la detención de funcionario que persigue una finalidad exclusivamente privada. En este sentido, nos interesa únicamente saber si el concepto de funcionario público elaborado es aplicable a los distintos casos expuestos y, por tanto, si los mismos responden al desarrollo de una función pública, pues ~~de~~ ser así, el precepto aplicable no sería el relativo a la detención de particulares, sino el que afecta a la privación de libertad prevista en el artículo 184 del código penal.

a) Detención realizada por un particular en los supuestos previstos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

a') La detención como derecho otorgado al particular.

El artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal otorga a cualquier ciudadano el derecho de efectuar una detención, siempre que considere que la persona privada de libertad se encuentra en alguno de los supuestos previstos en el mismo. (27). La ilicitud de la detención llevada a cabo por el particular cuando actúa en estos casos previamente determinados, es indudable, ahora bien, qué ocurre en aquellos otros supuestos en los que el particular priva de libertad fuera de lo legalmente establecido, es decir, fuera de los casos o sin las garantías procesales y constitucionales.

Si la privación de libertad no responde a los

supuestos previstos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, además, la intención del particular no consiste en la ejecución de una función pública, tal conducta debe tipificarse con un delito de detención ilegal previsto en el artículo 480 del código penal (28), pero si dicha detención se realiza con la finalidad de entregar el detenido a la autoridad judicial, es aplicable un tipo penal privilegiado en relación al anteriormente descrito; el 482 (29). Supongamos ahora que la detención es "legal", por cuanto se respetan los casos previstos, pero ilegal desde el instante en que se produce la infracción de alguna de las garantías que configuran el derecho al ejercicio de la libertad, cual sería en estos casos el tipo aplicable, ¿tiene el particular la obligación de cumplir las garantías que todo detenido ostenta o, por el contrario, basta con que la privación de libertad se realice conforme a los supuestos legales?. Para resolver estas cuestiones, es previamente necesario concretar cuales son, si las hay, las garantías que todo el que realiza una detención debe de respetar.

En este sentido, cabe afirmar que, si bien es cierto que un ciudadano que no pertenezca a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado no tiene la obligación de conocer todos y cada uno de los derechos que conforman el concepto de seguridad que se viene manteniendo, no es menos cierto que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal impone al particular las siguientes obligaciones: a) Efectuar la detención en la forma que menos perjudique la reputación, persona y patrimonio del detenido (30); b) Justificar al detenido, si éste lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que él se hallaba comprendido en algunos de los casos del artículo 490 (31),

y c) Entregar al detenido al Juez más próximo al lugar en que se hubiere hecho la detención, dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma (32). Como se observa, el particular no debe sólo efectuar la detención conforme a los supuestos establecidos por las leyes, sino que además tiene que observar todas aquellas garantías que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé y que, lógicamente, no incluyen las que son competencia exclusiva de los representantes del Estado (33). Pero, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos en que se efectúa una detención fuera de los casos establecidos en la ley, donde el tipo aplicable (480 a 482) depende de si la finalidad de la conducta era el ejercicio de la función pública o, por el contrario, la materialización de un móvil privado, en las privaciones de libertad caracterizadas por la infracción de algunas de las garantías anteriormente mencionadas, es más problemática la elección del tipo que los contenga, ya que el artículo 482 tan sólo regula las detenciones ilegales por extralimitación de los supuestos previstos en el cumplimiento de una función pública y, por tanto, únicamente prevé las privaciones de libertad ilegales en relación al fondo, y no a la forma, de llevarla a cabo un particular. Tampoco sería posible regular la detención ilegal por infracción de determinadas garantías del detenido a través del artículo 480 del código penal, ya que, al mantenerse en este tipo un concepto de detención, el bien jurídico se reduce a la libertad de movimientos, sin que el resto de garantías queden protegidas por el mismo, y, en todo caso, la exigencia de finalidad pública en la acción desarrollada impediría su aplicación al existir otro tipo privilegiado para estos casos (el artículo 482). (34).

Cuando se produzcan tales conductas (infracción

por el particular que ejecuta una detención de las garantías que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal), caben, exclusivamente, dos alternativas; Una de ellas sería la impunidad de las mismas, debido a la imposibilidad práctica de considerarlas incluidas en los preceptos 480 y 482, y la otra consistiría en su reconducción al artículo 184 que prevé, como sabemos, la detención ilegal realizada por funcionarios públicos.

Para que esta última hipótesis sea viable, es preciso demostrar que el particular que detiene en ejecución de las disposiciones procesales, ostenta la condición de funcionario público.

b') Equiparación entre particular y funcionario público.

Cuando un ciudadano detiene en virtud de lo ordenado por el artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se convierte automáticamente en funcionario público, ya que se cumplen todos los elementos exigidos por el artículo 119, aptdo. 3º del código penal: en primer lugar, es indudable, que al practicar una medida cautelar se está participando en el ejercicio de una función pública, puesto que la detención es una de las medidas de aseguramiento por el Estado, con la finalidad pública de comprobación de la existencia o no de criminalidad en la acción desarrollada por el presunto autor de los mismos, antes de proceder, en base a presunciones más severas, al procesamiento de este. Pero esta participación en el ejercicio de la función pública tan sólo es indiciaria del concepto de funcionario público, siendo necesario que dicha participación se realice por algunos de los medios previstos en la definición legal de funcionario, ya que de nada serviría que un ciudadano lleve a cabo una acción

pública, sin que ello responda a una disposición inmediata de la ley, a la elección o al nombramiento de una autoridad competente. En segundo lugar, al detener con la finalidad de entregar el detenido a la autoridad judicial, en base al artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se cumple el segundo de los requisitos, es decir, que tal participación se realice mediante alguna de las fórmulas a las que recurre el artículo 119 del código penal, que, en este caso, es concretamente la realización de una función pública por disposición inmediata de la ley (35). El "particular", puede efectuar la detención por la facultad que expresamente le concede el artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, razón por la cual la participación en el ejercicio de la función pública (en ese caso la detención) se debe a una disposición expresa de la ley, produciéndose de inmediato el efecto de asimilación que convierte en estos supuestos al autor de la detención en funcionario público a efectos penales.

Si ello es así, no hay ningún inconveniente en admitir que en aquellos casos en los que un ciudadano detiene en los supuestos previamente determinados en la ley, pero incumple las garantías exigidas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es posible su inclusión en las detenciones ilegales de funcionarios, como consecuencia de la transformación que se efectúa al cumplirse los requisitos del artículo 119 aptdo. 3º del código penal.

En base al planteamiento que vengo sosteniendo, la solución de lege data a los diferentes supuestos de detención por parte de un particular, son los siguientes: Si el particular detiene sin ninguna finalidad pública, el precepto aplicable será el 480, si,

por el contrario, lo que pretende al privar de libertad es la entrega del detenido a la autoridad competente, es posible a su vez diferenciar dos casos; el primero, consistiría en la detención efectuada fuera de los supuestos legales y el segundo, se caracterizaría por ajustarse la detención a derecho en cuanto al fondo de la misma se refiere, pero infringiendo alguna de las formas y garantías que deben conformar cualquier privación de libertad. En el primer caso, el tipo aplicable es el 482, mientras que en el segundo, lo sería el 184 del código penal.

De lege ferenda es evidente, en congruencia con lo expuesto, que todas las conductas consistentes en la detención con finalidad pública, es decir, de entregar el detenido a la autoridad judicial, deberían regularse como detenciones ilegales de funcionario en el artículo 184 del código penal, lo que supondría la derogación del actual 482, pues al reconducir tales conductas al artículo 184 se deja vacío de contenido al 482, que tan sólo representa la protección (en relación al privilegio que supone si se le compara con las detenciones del 480) de casos de errores de prohibición cuando se detiene fuera de los supuestos legales, con la intención de entregar el detenido a la autoridad judicial (36).

Si se regulasen estas conductas a través del artículo 184, las diferencias radicaría únicamente en el mayor o menor conocimiento de la legislación procesal y penal, exigible a quien practica la detención y, en consecuencia, en el terreno del error de prohibición, que normalmente será vencible cuando el que efectúa la detención pertenece a los Cuerpos y Fuerzas de

Seguridad del Estado, por la especial obligación de estos de conocer la legislación que aplican diariamente e invencible, en aquellos casos en los que el que detiene desconocía las exigencias procesales y no tiene, por su profesión, la obligación expresa de conocerlo.

En contra de este planteamiento, BUSTOS RAMIREZ sostiene la imposibilidad de aplicar el artículo 184 a estos casos; en primer lugar, por razones de política criminal, "las penas que en general se prevén para el caso del funcionario público, no se le podrían aplicar al particular" (37) y además, el bien jurídico del artículo 184 no aparece afectado por la actuación del particular" (38). En segundo lugar, otras razones son que "en el 482 sólo hay referencia a la libertad ambulatoria del sujeto, con lo cual está en directa relación con el tipo legal del 480 y no del 184" (39), tratándose además de "un tipo privilegiado respecto del artículo 480 ... (si no se cumple el elemento subjetivo de intencionalidad trascendente) ... llevaría a la aplicación del artículo 480, que es el tipo base y en caso alguno al del artículo 184" (40).

En relación al argumento sostenido por este autor, en el sentido de considerar que el particular no puede afectar el bien jurídico protegido por el artículo 184, el error del que parte reside, no tanto en que el particular no pueda infringir el bien jurídico tutelado en este precepto, sino en no considerar que cuando ello ocurre el particular ya no lo es, debido a que, en virtud de la participación en una función pública por disposición de la ley, adquiere la condición de funcionario público. No sería lógico negar la condición de funcionario público cuando se dan todos los

requisitos, y menos aún excluir del 184 a cierta clase de "funcionarios", que adquieren frente al ciudadano tal posición de poder que le hacen comprometer el mismo bien jurídico que el resto de representantes. La seguridad del ciudadano, no sólo es puesta en peligro por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sino también y, desgraciadamente, de forma frecuente, por otros ciudadanos que, paralelamente, adoptan un papel policial deteniendo o lesionando a presuntos delincuentes amparados en la denominada colaboración ciudadana con las fuerzas de orden público.

En cuanto a la sanción aplicable al particular que efectúa la detención sin respetar las garantías exigidas en base a lo dispuesto en el artículo 184, tan sólo tendría efecto si la privación de libertad excediera de un mes, puesto que si es inferior al mes, las penas correspondientes son las de suspensión o inhabilitación del cargo, por lo que tales conductas serían impunes. Ahora bien, esto no significa que el artículo 184 no pueda regular tales casos, sino que evidencia la necesidad de reformar las sanciones aplicables al funcionario público cuando la privación de libertad es inferior al mes. En este sentido, cabe recordar que mientras en el delito de detención ilegal de funcionario, las penas privativas de derechos tienen carácter de penas principales, en las detenciones de particulares estas tienen condición de accesorias, lo que implica su aplicación conjunta a las privativas de libertad. Por otra parte, también serían impunes los mismos hechos si se mantiene la consistencia general de 482 (41).

Por lo que respecta a la relación directa que se establece entre el artículo 482 y 480, por la protec

ción en aquel de la libertad de movimientos exclusivamente, tiene un carácter absolutamente formal, ya que ello significaría que en el 184 no se protege también la libertad de movimientos. Una cosa es que el bien jurídico seguridad abarque, además de la libertad de movimientos, otras garantías, y otra muy distinta el que sea exclusivamente el 480 el que adopte dicha función. Intentar demostrar la vinculación del 482 con el artículo 480, por la aplicación de éste en caso de no darse el elemento subjetivo de significación trascendente, conduciría a mantener la vinculación del 184 y ss. con el 480 por la misma razón, ya que, cuando la finalidad es privada, o se aplica el artículo 480 más la agravante 10 n° 10, o el 481 aptdo. 3°, y no el tipo relativo a las detenciones de funcionarios previsto en el 184.

b) Casos de incompetencia del funcionario que efectúa la detención.

En estos supuestos, lo que nos interesa saber es si pertenecen a la categoría de funcionarios públicos (concepto penal) y, por tanto, le son aplicables los tipos referidos a detenciones de funcionarios, los casos de incompetencia (42).

Existen dos hipótesis de incompetencia perfectamente delimitadas entre sí; el del usurpador de funciones y el del funcionario de hecho. Antes de su estudio, es preciso recordar, nuevamente, la falta de correspondencia que se da entre el valor jurídico de los actos, según sea penal o administrativa la base de que se parta.

a') Usurpador de funciones.

La figura del usurpador de funciones surge cuando no existe ningún título que conceda al sujeto la posibilidad de participar en el ejercicio de la función pública. lo que determina, como expone GASCON Y MARIN, que "no puede considerarse funcionario, ya que le falta la investidura en la función" (43). Es este el caso del que asume una función que puede ser pública, pero sin ningún título que respalde su actuación. Es indudable que, en estos casos, no estamos ante el concepto de funcionario público ni penal ni administrativo, y, por tanto, es inaplicable el 119 al faltar uno de los requisitos necesarios para la consecución del mismo (44). Este también sería el caso del que, siendo funcionario público, desarrollase alguna actividad para la que en ningún caso esté capacitado, como, por ejemplo, si un funcionario de correos detuviera a un individuo por la comisión de una falta (45).

b') Funcionario de hecho.

El funcionario de hecho, que en el derecho administrativo significa desempeñar una función pública sin título legal alguno, es completamente diferente a la del usurpador de funciones, pues en este último no existe el título, mientras que en el caso del funcionario de hecho sí existe, pero es nulo jurídicamente. Ahora bien, como dice MAGGIORE, "las nulidades que afectan al acto de nombramiento podrán tener importancia en otros sectores del ordenamiento jurídico, pero no a efectos penales. Para estos, basta el ejercicio de hecho de las funciones públicas y ... la existencia del hecho del nombramiento mismo como título de toma de posesión" (46). Este sería el caso del que no reúne todas las condiciones necesarias para ser funcionario público, desde el punto de vista administrativo.

En tales situaciones, el artículo 119 aptdo. 3º, es preciso, nos encontramos ante auténticos funcionarios, por lo que sus actuaciones habrá de considerarlas como propias de tales sujetos, ya que lo que realmente importa no es la calidad del nombramiento en el cargo, sino la efectiva posesión en virtud de uno de los títulos del 119 y la participación posterior en el ejercicio de la función pública, resultando del todo indiferente que se cumplan o no los demás requisitos del ordenamiento administrativo.

Tiene por tanto razón VIVES ANTON, cuando incluye en lo que denomina "incompetencia relativa", aquellos casos donde "el agente está facultado en abstracto para realizar actos de la misma naturaleza que el indebidamente ejecutado" (47). La lógica de esta argumentación, se demuestra por el simple hecho que, si no fuese así, no existirían los delitos de funcionarios públicos que siempre suponen la extralimitación de las funciones adjudicadas legalmente.

c) Detención practicada por "funcionarios" con finalidad privada.

a') Análisis del elemento subjetivo "finalidad pública".

Si se considera que la finalidad pública es un elemento esencial del concepto de funcionario público, siempre que falte la intención de servir a los intereses generales y, por tanto, el cumplimiento de una función pública en el autor de una detención, el tipo penal aplicable no puede ser nunca el 184, ya que este exige la presencia de un funcionario público y, en esos casos, falta uno de los requisitos fundamentales en su configuración.

Ahora bien, cuál es el contenido de la función pública, es decir, qué finalidad debe perseguir el autor de una detención ilegal adscrito a uno de los medios señalados en el artículo 119, aptdo. 3º, para ser regulado por el artículo 184 y no por el 480. En definitiva, depende de la interpretación que se sostenga sobre las características de tal función, el hecho de aplicar uno u otro tipo penal.

El cumplimiento de una función pública, que en el caso de la detención consistiría en la entrega del detenido a la autoridad judicial, o la puesta en libertad en los supuestos en los que no continúen los indicios racionales de criminalidad, no debe confundirse con el contenido legal de la detención, pues ello conduciría a la absurda conclusión de la imposibilidad material de existencia de delitos de funcionarios, desde el momento en que, cuando se detiene ilegalmente, el funcionario lo hace, o bien fuera de los casos, o sin los requisitos o garantías previstas. De admitirse que en los casos de ilegalidad de la detención no se participa en la función pública por no servirse a los intereses generales, sería inaplicable el artículo 184. La finalidad pública no se corresponde con la legalidad o ilegalidad de la actuación del funcionario y, por tanto, con la incompetencia relativa de su detención, sino que tal finalidad hay que conceptuarla como la meta última que persigue el funcionario cuando detiene fuera de los casos, o sin los requisitos o garantías procesales y constitucionales.

Como sostiene NUVOLONE, la función pública debe definirse "como aquel complejo de actividades que inmediatamente tienden a la realización de un fin, que el Estado, por cualquier razón, considera como un interés

colectivo nacional" (47). Esto significa que lo esencial en la existencia de una función pública, es el servicio a los intereses generales, al margen de cualquier otra finalidad que pudiese subsistir con aquella.

En los supuestos de detención, la función pública consiste en que el funcionario, cuando detiene por orden judicial, pretende la entrega del detenido a la autoridad judicial. Si la detención no obedece a ningún mandato judicial, en razón a los arts. 492 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe igualmente perseguir la entrega del detenido a la autoridad judicial, pero, a diferencia del supuesto anterior, en estos casos no es necesario que la entrega sea inmediata, sino cuando se efectúe la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, que nunca podrá exceder de setenta y dos horas (48). Dicha finalidad puede coexistir junto a otras de carácter privado, sin que por ello se altere el contenido de la función pública, del mismo modo que no estaríamos en presencia de una función pública cuando falte en el autor la intención de entregar al detenido a la autoridad judicial, o dejarlo en libertad si desaparecen los "motivos bastantes".

a'') Posición jurisprudencial.

En contra de este planteamiento se ha venido manifestando generalmente la jurisprudencia, al considerar que la detención efectuada por funcionario sin finalidad pública y con móviles exclusivamente privados, debe regularse como un delito de detención de funcionarios del Título II del código penal en el artículo 184 (49). Tan sólo y con carácter de excepción, se ha reconocido que la falta de finalidad pública en el autor,

convierte al delito en detención de particulares (50). En este sentido, se observa una corriente reciente en la doctrina jurisprudencial, que rechaza la aplicación del 184 cuando no existe ninguna finalidad pública en la actuación del autor de la detención; así, la sentencia de 25 de Octubre de 1983, reconoce que en el delito del artículo 480 "el sujeto activo ha de ser necesariamente un particular, en cuyo concepto pueden incluirse también los funcionarios públicos cuando actúan fuera del ejercicio o ámbito de sus funciones" (51), mientras que la de 6 de Octubre de 1986 confirma esta tesis, al considerar que hay que distinguir "entre los casos en que el funcionario público actúa, efectivamente, en el ejercicio del cargo, haya o no algunas extralimitaciones y aquellos otros en los que, bien por la gravedad de los abusos o irregularidades en su comportamiento, bien por su absoluta falta de competencia en el ámbito en que se enmarca la acción, bien por su motivación exclusivamente privada, pierden aquel carácter de efectos penales y, en consecuencia, trasladando dicha doctrina al problema concreto ... existió una actuación puramente privada y con motivación de igual naturaleza, lo que permite considerar ajustada a derecho la aplicación del art. 480 ..." (52).

b'') Diferentes casos de detención practicada por funcionarios caracterizados por la presencia o ausencia del elemento "finalidad pública".

Tras estas consideraciones, es preciso resolver los siguientes supuestos de detención: a) Detención practicada por funcionario público con la finalidad pública descrita en el artículo 17, aptdo. 2º, de la Constitución, pero sin respetar los casos, formas o

garantías previstas legalmente; b) Detención realizada al margen de la función pública, pero sin servirse del cargo que ostenta; c) Detención con móviles exclusivamente privados, utilizando el cargo como medio que facilita la consecución del resultado.

En el primero de los casos, la finalidad perseguida por el autor de la detención, es la de entregar al detenido a la autoridad judicial, aunque en el desarrollo de tal acción se produzca la infracción de algunas de las garantías y requisitos previstos procesal y constitucionalmente, lo que transformaría tal detención en ilegal, pero en ningún caso ello supone un cambio en la consideración de funcionario del sujeto que lo realiza, siendo el tipo aplicable el 184, a pesar de que, con dicha finalidad pública, aparezcan otras privadas.

En el segundo de los casos, el que efectúa una detención sin tener la intención de entregar el detenido a la autoridad judicial y, en definitiva, incumple lo ordenado por el artículo 17 de la Constitución, que define la publicidad de su actuación, carece de una de las características exigidas por el artículo 119 del código penal, por lo que su actuación, en ningún caso, podrá enjuiciarse como ejecutada por funcionario público sino como particular. en tales casos, se aplicará el 480 con carácter de exclusividad, dado que en los mismos el sujeto no simula el ejercicio de funciones públicas ni se prevalece del cargo que ostenta.

En el último supuesto, el individuo tampoco ejecuta una función pública, sino que se sirve de la posición que ostenta para realizar una acción meramente privada; con ello, pierde la condición de funcionario

público y su conducta pasa a ser considerada entre las que corresponden al artículo 481, aptdo. 3º, como reconoce ORTS BERENGUER al manifestar que "la simulación de cualquier autoridad perteneciente al ámbito propio de la función pública, incurrirá en este delito si se utiliza para ejercitar una detención ilegal" (53), o también es posible considerarla como un delito de detención ilegal del 480, agravado en base a la aplicación del artículo 10, aptdo. 10, del código penal, cuando se prevalezca del cargo que ostenta para conseguir una finalidad privada (54).

Finalmente, podría presentarse un problema en relación a la infracción de las garantías procesales con finalidad exclusivamente privada, cuando, entre estas garantías, no se encuentra la de la libertad de movimientos, ya que no podría aplicarse el 184 al perder el sujeto la condición de funcionario por cumplir tal móvil y, al mismo tiempo, tampoco podría aplicarse el 482, por su restricción al ámbito de la libertad de movimientos. ¿Significaría esto que tales acciones permanecerían impunes?. Considero que la actuación consistente en la infracción de ciertas garantías procesales, se realiza dentro de un proceso de detención preventiva con finalidad pública y, por ello, el tipo aplicable debe ser siempre el relativo a las detenciones de funcionarios.

C) DELIMITACION DE LOS POSIBLES SUJETOS
ACTIVOS.

Tras analizar el concepto penal de funcionario público y su aplicación a los diferentes supuestos de detención, es necesario delimitar quienes pueden ser sujetos activos del delito de detención ilegal de fun-

cionarios, descartando a todos aquellos que no están legitimados por el ordenamiento jurídico para efectuar la detención, siendo esencial la determinación de la incompetencia absoluta o relativa del funcionario.

a) Consideraciones preliminares.

El tipo básico de las detenciones ilegales practicadas por funcionarios, como delito especial propio que es, tan sólo puede ser realizado por un específico número de funcionarios públicos, sin que sea suficiente ostentar la categoría de funcionario para poder aplicar el artículo 184. Pero ocurre, que este último, no establece de forma expresa la relación de personas que pueden efectuar la detención, siendo necesario una interpretación de la normativa legal existente sobre esta materia, para poder determinar con certeza el ámbito de sujetos activos que pueden cometer este delito. De este modo, se analizan a continuación los posibles sujetos activos del delito de detención ilegal de funcionarios, que he reducido a los siguientes: 1) Cualquier ciudadano, siempre que se den los casos previstos en el artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 2) La Autoridad o agente de la policía judicial, en base al artículo 492 de la LECr. 3) El Juez o Tribunal en virtud del artículo 494 de la LECr. 4) La autoridad o sus agentes, por disposición del artículo 12 de la Ley de Orden Público. 5) El Ministerio Fiscal en base al artículo 3º, aptdo. 5º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

En primer lugar, se estudian los casos de aquellos sujetos que tienen facultad para ordenar la detención de forma general y a continuación, se analizan los que deben ejecutarla.

b) Autoridad judicial y Ministerio Fiscal.

En la actualidad, pueden ordenar la ejecución de una detención, sin carácter de exclusividad (55), tanto el Juez como el Ministerio Fiscal. Así, el artículo 494 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dispone que "dicho juez o tribunal acordará también la detención de los comprendidos en el artículo 492, a prevención con las autoridades y agentes de la policía judicial" (56), lo que evidencia la posibilidad de aplicar los tipos de detenciones ilegales de funcionarios (salvo los que expresamente lo excluyen al exigir que el sujeto activo sea funcionario de prisiones, secretario de tribunal, etc.) también a la autoridad judicial. Criterio este también compartido por la jurisprudencia, a pesar de que, en la mayoría de los casos planteados, se absuelve al juez por existir indicios racionales de criminalidad, ausencia de dolo ..., pero se reconoce que, de no darse tales circunstancias, se estaría en presencia del delito previsto en el artículo 184 del código penal (57). Esta solución ha sido puesta en duda por la sentencia de 22 de Diciembre de 1970, al plantear la interrogante de si los funcionarios judiciales pueden ser sujetos activos del delito de detención ilegal del 184, cuando expone que "es por lo menos dudosa la inclusión de los funcionarios judiciales en la nota genérica de funcionarios públicos en el artículo 184 del código penal, porque las sanciones específicas de la prevaricación para cualesquiera resoluciones injustas y los de la sección segunda, capítulo segundo, título segundo, prevalecen sobre los comunes a funcionarios y distinguen los sujetos activos de estos delitos de propia mano, como el artículo 186" (58).

La doctrina, de forma general, en base a los criterios de especialidad y consunción, desecha la posi

bilidad de aplicar el delito de prevaricación en tales casos. Así, RODRIGUEZ RAMOS mantiene que parece "adecuado inclinarse por que la autoridad judicial se encuentra incluida en la tipificación penal de funcionario público y que no son obstáculo los preceptos que castigan la prevaricación" (59). Resulta del todo evidente que los elementos del delito de prevaricación, en relación a la resolución injusta dictada por el juez, son inherentes al tipo penal 184, que sanciona dicha resolución presentada por la orden de detención ilegal, por lo que, al ser un tipo más específico que el de la prevaricación, es éste el aplicable.

El Ministerio Fiscal sólo puede ordenar la detención de forma indirecta, instando de la autoridad judicial que adopte, cuando así lo crea necesario, la medida cautelar de la detención, (60) aunque ello no es óbice para que, en virtud de su cualidad de Autoridad, que ostenta en base al aptdo. 2º del artículo 119 del código penal, pueda efectuar también todas aquellas detenciones para las que aquella está autorizada (61). Tal condicionamiento, hace imprescindible el análisis del concepto penal de autoridad sostenido en el código penal y en la legislación procesal, para, de ese modo, poder determinar con exactitud la extensión del concepto de funcionario público.

c) Análisis del concepto "Autoridad" a efectos penales.

El artículo 119 dispone que "a los efectos penales, se reputará autoridad al que, por sí solo o como individuo de alguna corporación o tribunal, tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia. Se reputarán también autoridades los funcionarios del Ministerio

Fiscal". Este tipo de autoridades cuentan con el mandato expreso del artículo 492 para efectuar detenciones (62), pero es preciso recordar, como hacíamos en relación al concepto de funcionario público, que el concepto de autoridad del 119 es solamente válido en el ámbito del derecho penal, como además ya ha reflejado la sentencia de 16 de octubre de 1979, al considerar que el concepto administrativo de autoridad carece de validez en el ordenamiento penal (63). Por este motivo, más la ausencia de un concepto prefijado y legal de "autoridad" (el código penal sólo señala los elementos básicos), es necesario interpretarlo a la luz de los postulados doctrinales y jurisprudenciales, con la finalidad de poder resolver los diversos problemas que dificultan la comprensión del concepto de autoridad, debido, principalmente, a la confusión o al empleo indiscriminado que utiliza el legislador penal de los términos "agentes de la autoridad" y "funcionario público", en artículos como los siguientes: 231 aptdo. 2º, 233, 237, 245, 369, etc. Así, es necesario denunciar el error que supone equiparar, a efectos penales, a la autoridad con los agentes de la autoridad (64), como lo hacía el derogado artículo 5, aptdo. 2º, de la ley de policía de 1978, al mantener que "cuando se cometa delito de atentado empleándose en su ejecución armas de fuego o explosivos, los miembros de los Cuerpos de Seguridad del Estado tendrán, a efectos de su protección penal, la consideración que determine el párrafo primero del artículo 119 del código penal y en su caso, estarán comprendidos en el párrafo segundo del artículo 233 del mismo código. En los demás casos, tendrán la consideración de agentes de la autoridad". Esto representaba que los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, eran solamente agentes de la autoridad cuando sufrían un atentado (mediante armas de fuego o explosivos), pues entonces se transformaban en Autoridades

y al mismo tiempo obtenían la consideración de funcionarios o autoridad, a efectos del artículo 233 (66). Este planteamiento legal era completamente absurdo, ya que, al margen de un encuadramiento técnicamente correcto, lo que resultaba indudable era que, sea cual fuere el mismo, los agentes de la autoridad son funcionarios en el sentido penal siempre y cuando cumplan los requisitos del 119 y, por tanto, es absolutamente indiferente el que ostenten carácter o no de autoridad, pues el 233,2º, prevé la misma sanción, sea el sujeto pasivo autoridad o funcionario. No era necesario, por lo tanto, una alusión expresa al lugar donde se debe incorporar la figura del agente de autoridad.

De modo un tanto sorprendente, la actual Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de 25 de febrero de 1986, va a mantener el mismo criterio, eso sí, suprimiendo, por resultar lógicamente innecesaria, la alusión al párrafo segundo del artículo 23, cuando dispone en su artículo 7 que "en el ejercicio de sus funciones, los miembros de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrán, a todos los efectos legales, el carácter de agentes de la Autoridad. Cuando se comete el delito de atentado, empleando en su ejecución armas de fuego o explosivos, u otros medios de agresión de análoga peligrosidad que pueden poner en peligro grave la integridad física de los miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tendrán, al efecto de su protección penal, la consideración de Autoridad". Como dice QUERALT refiriéndose al artículo 5 de la ley de policía de 1970, "ello supone un doble error, pues representa en primer lugar un desoconocimiento del alcance de la definición que de funcionario público da el propio código en su artículo 119 y el de que en el artículo 233,2º, se contiene un delito cualificado por el resultado" (66).

En definitiva, en esta tesis el interés se centra en poder determinar con precisión el concepto de autoridad, para, de este modo, conocer el alcance de éste en el artículo 492 de la LECr, cuando impone, tanto a la autoridad como a los agentes de la policía judicial, la obligación de detener.

Los requisitos exigidos penalmente para configurar el concepto de autoridad, son dos; el primero, consiste en la necesidad de ejercicio de jurisdicción propia, mientras que el segundo, radica en la vinculación a una corporación o tribunal. Por tanto, es evidente que el carácter de autoridad debe lograrse del mismo modo que lo hace cualquier otro funcionario público, sin que existiera diferencia alguna al respecto, radicando la esencia de dicho concepto en el elemento de tener mando o jurisdicción propia (67). De este modo, la protección penal en estos casos, según F. FONT-MARQUEZ, "se condiciona a que exista habilitación para ejercer funciones de autoridad y a que la inserción en el status de autoridad no se haga con defectos que desvirtúen la cadena norma-acto de nombramiento, así como no se produzca abuso de poder en dicho ejercicio" (68).

A los efectos del delito objeto de estudio, el concepto de autoridad, al encuadrarse en el más amplio de funcionario público, tiene una relativa importancia, que radica únicamente en servir de base para distinguir entre ella y los denominados agentes de la autoridad, a cuyas órdenes se encuentran. Al margen de los citados preceptos del código penal donde se recoge la figura del agente de autoridad, en el resto del ordenamiento jurídico no se suele definir ni utilizar tan siquiera dicho concepto, sino el de agentes judiciales o agentes de la policía judicial.

d) El Agente de la Autoridad como concepto que abarca a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

El agente de la autoridad es definido por doctrina y jurisprudencia como "aquel que, por nombramiento competente, posee atribuciones de vigilancia o policía pública (69), pero es la nueva ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la que delimita el círculo de sujetos que constituyen el concepto de agentes de la autoridad, sin que se llegue a definir el contenido del mismo, al establecer que "en el ejercicio de sus funciones, los miembros de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrán a todos los efectos legales el carácter de agentes de la autoridad" (70). De ello se desprende que adoptan el carácter de agentes de autoridad las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, tanto cuando ejercen sus habituales funciones como cuando se constituyen en unidades de policía judicial (71), y, al mismo tiempo, que el concepto de policía judicial no coincide con el de agente de la autoridad, ya que aquel es mucho más amplio. Sólo un sector de la policía judicial va a conformar el concepto de agente de la autoridad, mientras que normalmente los demás miembros de la policía judicial pertenecen a otros ámbitos, como el de las autoridades o el de los auxiliares por decretos, reglamentos, etc. (72).

Estas disposiciones teóricas tienen, a efectos prácticos, una relevancia insignificante, ya que, tanto unos como otros, se reconducen a través de la vía del 119, aptdo. 3º, al concepto de funcionario público, por existir una disposición inmediata de la ley del artículo 283 de la LECr, en relación al 492 de la misma,

en cambio, en relación a otros preceptos penales, fundamentalmente en relación a los atentados, la diferencia es cualitativa, pues gran parte de los componentes de la policía judicial no ostentan el carácter de agentes de la autoridad, con las repercusiones que ello conlleva en el sentido de la desigualdad práctica en la protección de ambas categorías de funcionarios.

Dado que el carácter de agentes de la Autoridad lo ostentan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, es necesario analizar su actual situación tras la reforma de 1986. Así, el artículo 104 de la Constitución española, establece que "las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad", mientras que, en cumplimiento de dicho precepto, la ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de 1986 ha previsto el nuevo organigrama de funcionamiento y los principios básicos de actuación de dichas instituciones.

El resultado logrado es el siguiente: las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado están integrados por el Cuerpo Nacional de policía y la guardia civil (73), produciéndose, por consiguiente, la integración de los anteriores Cuerpos superior de policía y de la policía nacional, que de modo automático quedan extinguidas; los Cuerpos de policía dependiente de las Comunidades autónomas (74), los Cuerpos de policía dependiente de las Corporaciones Locales. A tal efecto, se prevé la posibilidad de que los Municipios creen Cuerpos de seguridad propios, de forma que donde no exista tal

Cuerpo, sus funciones serán desarrolladas por el personal que "desempeñe las funciones de custodia y vigilancia de los bienes, servicios e instalaciones, con la denominación de Guardas, Vigilantes, Agentes, Alguaciles o análogos" (75).

¿Significa esto que tales personas, en el desarrollo de dichas funciones, se constituyen en agentes de la autoridad a efectos penales?. Parece evidente, dado el carácter de la ley orgánica que otorga los cometidos de la policía municipal a dicho personal, que nos encontramos, si bien no técnicamente, en presencia de agentes de la autoridad, sí, en cambio, dentro del concepto de funcionario público del artículo 119,3º, ya que, en todo caso, actúan en el ejercicio de una función pública por disposición inmediata de la ley (76).

e) La Policía judicial. Estructura y funcionamiento.

Además de la Autoridad y agentes de ésta, están también facultados para ejercer la detención los agentes de la policía judicial, tal como dispone el artículo 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al establecer la obligación de estos de efectuar detenciones siempre que se den los supuestos legales.

El desarrollo del precepto constitucional que regula el funcionamiento de la policía judicial como dependiente de los jueces, de los tribunales y del Ministerio Fiscal, en sus funciones y aseguramiento del delincuente (77), se halla en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley Orgánica del Poder Judicial y finalmente, en la ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que determinan los componentes y funciones de dicho

Cuerpo. De esta manera, el artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, describe los distintos miembros que constituyen en la actualidad la policía judicial: "1) Las autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública y de la persecución de todos los delitos o de algunos especiales; 2) Los empleados o subalternos de la policía de seguridad, cualquiera que sea su denominación; 3) Los Alcaldes, Tenientes de Alcaldes y Alcaldes de barrio; 4) Los jefes, oficiales e individuos de la guardia civil o de cualquier otra fuerza destinada a la persecución de malhechores; 5) Los serenos, celadores y cualesquiera otros agentes municipales de policía urbana o rural; 6) Los guardas de montes, campos y sembrados, jurados o confinados por la Administración; 7) los funcionarios del Cuerpo especial de prisiones; 8) Los agentes judiciales y subalternos de los Tribunales y Juzgados. 9) El personal dependiente de la Jefatura Central de tráfico encargada de la investigación técnica de los accidentes" (78).

a') Ineficacia del concepto elaborado.

Un concepto de policía judicial elefantíaco, como el acabado de exponer, permite ampliar desmesuradamente el ámbito de posibles autores del delito de detención ilegal de funcionarios, al mismo tiempo que impide la consecución de un cuerpo independiente al servicio exclusivamente la autoridad judicial o del ministerio fiscal. Ya la doctrina de la época denunció las desventajas de este conglomerado arbitrario que, a pesar de establecer la obligatoriedad de la dependencia de la autoridad judicial o ministerio fiscal, mantenía la vinculación, en su general funcionamiento, a las autoridades administrativas y gubernativas de las que era absolutamente dependientes, pues no hay que olvidar que

el artículo 283 mantiene la misma dependencia orgánica que la anterior Compilación Criminal.

El ideal, representado por un cuerpo especializado de policía judicial no dependiente de las autoridades administrativas, estaba bastante lejos de conseguirse con tal regulación, como así fué reconocido por el propio REUS en 1883, al mantener que "... impresiona dolorosamente la enumeración de las citadas autoridades y funcionarios a quien se considera constituyendo la policía judicial. Mientras la Justicia tenga que hallar los principales fundamentos de sus medios auxiliares y confiar el éxito de la investigación en individuos de distintas clases, órdenes e institutos y jerarquías, que es lo mismo que no confiar en nadie y estar a merced de todo el mundo, no hay que extrañar ni la impunidad de los delitos ni la falta de garantías que a los ciudadanos ofrece la Administración de justicia, ni la tristeza y abatimiento que se apodera del Juez Instructor cuando lucha con la escasez de medios y la absoluta carencia de recursos investigadores" (79). Pero si esta crítica se realizaba hace ya cien años, en la actualidad se han multiplicado las desventajas e inconvenientes de la carencia de tal cuerpo especializado, siendo unánime la doctrina al exigir una institución independiente, o cuando menos directamente al servicio de la autoridad judicial, como argumenta FAIREN GUILLEN al manifestar que "debe consagrarse la independencia de los funcionarios de la policía judicial, con respecto a sus superiores administrativos naturales, cuando actúen como tales agentes de dicha policía, a fin de que sólo dependan del Juez o del Ministerio fiscal" (80). En resumen, se va a criticar la falta de especialización, el otorgar facultades de investigación a personas carentes de los mínimos conocimientos teóricos y técni-

cos y, en definitiva, la ficción de considerar policía judicial a quienes no pasan de ser meros auxiliares administrativos (81), lo que conduce a GIMENO SENDRA a afirmar "la inexistencia en España de un verdadero Cuerpo de funcionarios de la policía judicial bajo las órdenes y jurisdicción de la autoridad judicial y con el único y especial cometido de investigación de los delitos, tal y como ha sido reiteradamente evidenciado por la doctrina" (82).

Cabe preguntarse, si en la actualidad se ha iniciado la deseada reforma, o si, por el contrario, se mantiene la de por sí denostada situación. Antes de la formulación constitucional de 1978, se inicia un tímido intento de reforma a través de la creación de unidades de policía judicial especializadas, según las diferentes clases de delitos, por el R. Decreto de 16 de Junio de 1978, que culmina con la entrada en vigor de la ley de policía de 4 de Diciembre de 1978 que preveía, en la sección dedicada al Cuerpo superior de policía, la creación de unidades específicas de policía judicial que dependían funcionalmente de los órganos jurídicos correspondientes (83). Esta nueva legislación, lejos de crear un cuerpo independiente de policía judicial, va a proceder a la creación de unidades de policía judicial seleccionadas de entre los propios cuerpos de seguridad del Estado, con lo que se reafirma su dependencia del Gobierno, aunque como policía judicial auxilien a la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal. La falta de precisión a la hora de establecer los requisitos, preparación y modo de selección de dichas unidades, convertían lo que aparentemente era una solución correcta ante la falta de medios, en un juego demagógico, donde las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado seguían desempeñando indistintamente ambas funciones.

b') Análisis de la reforma efectuada por la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de 1986.

Posteriormente, han sido las leyes Orgánicas del Poder Judicial y la de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, las que definitivamente han establecido el ámbito de funcionamiento y las dependencias orgánicas de la policía judicial. De este modo, la ley Orgánica del poder judicial establece que la función de policía judicial competirá cuando fueren requeridos a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al mismo tiempo que se prevé la creación de unidades de policía judicial que dependerán funcionalmente de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal, en el desempeño de todas las actuaciones que aquellos les encomienden. Para que sean efectivas tales funciones, también se mantiene que los funcionarios de la policía judicial, en su función de investigación, no podrán ser removidos o apartados hasta que finalice la misma, en todo caso, la fase de procedimiento judicial que la originó por autoridades distintas al juez o ministerio fiscal (84). Por su parte, la ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado desarrolla la organización de las unidades de la policía judicial, e incurre en la contradicción de considerar como colaboradores de las Fuerzas de seguridad del Estado, al personal de la policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales, que, según el artículo 443 de la ley orgánica del poder judicial, cumplen funciones de policía judicial, por lo que no es que cumpla funciones auxiliares, sino que también constituyen el cuerpo de la policía judicial.

La confusión tiene su origen en el hecho de que en el nuevo marco legislativo, existen dos posibilid

dades de conformar el cuerpo de la policía judicial; una primera compuesta por todos, absolutamente todos, los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado y una segunda, constituida por las unidades de la policía judicial de la que sólo forman parte el Cuerpo nacional de policía y la guardia civil. La colaboración que a estos prestan las policías de las comunidades autónomas o de las corporaciones locales tienen el carácter de judiciales, pues pertenecen al primer grupo antes mencionado.

Las principales características de estas unidades son las siguientes: La selección para la constitución de las unidades de policía judicial se realizará dentro de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, entre aquellos que cuentan con la adecuada formación especializadora (85). Dependencia orgánica del M^o del interior, y funcional de los jueces, tribunales o ministerio fiscal que esté conociendo del asunto objeto de la investigación (86). El desempeño de tales funciones no tienen carácter exclusivo, puesto que, al mismo tiempo, se les reconoce competencia en aquellas misiones que se les encomienden, entre las correspondientes a las Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (87).

c') Crítica y propuesta alternativa.

En mi opinión y, pese a las ventajas que algunos observan en esta reforma, basada esencialmente en la "consolidación de unidades especiales, la reserva de ley para la normativa de su organización, medios de selección y régimen jurídico y la cláusula final de relativa inamovilidad" (88), sigue sin cumplirse el mandato constitucional, ya que no se configura un cuerpo independiente del gobierno, que sólo cumpla las mi-

siones de investigación que su carácter de policía judi otorga al servicio directo de jueces, tribunales o mi- nisterio fiscal. La dependencia orgánica del ministerio del interior (que al mismo tiempo tiene la función de organización de la selección de los miembros de dichas unidades), y la compatibilidad entre las misiones pre- ventivas y de investigación a la orden del juez o minis- terio fiscal, y aquellas otras que le exigen como miem- bros que son de las fuerzas y cuerpos de la seguridad del Estado, convierten en accesoria la inamovilidad reconocida en el artículo 34 de la LOFCSE y la pretendi- da especialización que difícilmente puede llevarse a cabo sin la reforma y reestructuración definitiva de los mismos centros de formación.

Si parece utópica la exigencia de una institu- ción cuyos miembros no tengan que seleccionarse de entre la guardia civil o el cuerpo nacional de policía, por razones puramente económicas o administrativas, no lo es tanto reclamar el cumplimiento de la propia Constitución, y, consecuentemente, la no intervención del Ministerio del Interior en la selección y posterior dependencia orgánica de la misma, al tiempo que exigir que la policía judicial cumpla exclusivamente las fun- ciones que les transmitan el juez o el ministerio fiscal, sin que se vea forzado a tener que cumplir otras fun- ciones como miembros que son de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

En torno a la problemática que encierra la nue- va configuración de las Fuerzas y Cuerpos de la seguri- dad del Estado, considero imprescindible el análisis de tres cuestiones básicas; funciones, militarización y finalmente, la necesidad funcional de un cuerpo como el de la Guardia civil.

En relación a las funciones que actualmente desempeñan las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, es posible afirmar que existe un ámbito común de funcionamiento y por tanto, una reduplicación de los esfuerzos estrictamente necesarios, ya que, dentro mismo de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, existen una serie de competencias comunes que en un principio se tratan de redistribuir en razón al criterio del ámbito territorial, de modo que, tanto la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades, como el hecho de garantizar la seguridad ciudadana, pueden llevarlo a cabo ambos cuerpos indistintamente, según el criterio de que el cuerpo nacional de policía los ejercite en las capitales de provincia y en los términos municipales y núcleos urbanos que el gobierno determine, mientras que la guardia civil los ejercerá en el resto del territorio nacional (89), pero al mismo tiempo, el principio básico de separación de competencias en base a criterio geográfico se suspende en determinados casos (90), lo que supone que ambos cuerpos desarrollen normalmente las mismas funciones, salvo, lógicamente, las que le competen por su carácter eminentemente burocrático, que ejercen en completa exclusividad (91).

Si a esto se une, el que las policías de las comunidades autónomas, en colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, ejercen también funciones de velar por el cumplimiento de las leyes y demás disposiciones del Estado y garantizar el funcionamiento de los servicios públicos esenciales, además de sus funciones como policía judicial y de protección del orden de las manifestaciones o grandes concentraciones humanas (92) y que las policías locales también

desarrollan funciones similares en colaboración con aquellos (93), se deduce que nos encontramos ante un aparato policial caracterizado por la reduplicación de funciones.

Es constatable, por tanto, que tanto la policía nacional, guardia civil, policía municipal y policías locales desarrollan funciones similares, por lo que creo acertada la argumentación de M. BALBE, que, pese a ser anterior a la reforma de 1986, es perfectamente aplicable, al considerar que "la superposición de cuerpos y entrecruzamiento de funciones se producen diariamente, porque es imposible compartimentar la seguridad. Ello, además, supone un despilfarro económico. La unificación debe de realizarse en torno a dos ejes: unificación de los cuerpos de seguridad del Estado, por una parte, y por otra la unidad de actuación de los cuerpos de policía autónoma y municipales" (94).

En cuanto al segundo tema que es necesario tratar, es el relativo a la militarización o no de los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado.

En la actualidad, el Cuerpo de la guardia civil se estructura jerárquicamente según los diferentes empleos de conformidad con su naturaleza militar (95); mientras que el Cuerpo nacional de policía se rige por la ley de Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, y como derecho supletorio, por la legislación referida a los funcionarios de la Administración civil del Estado (96), al igual que ocurre con los cuerpos de policía de las comunidades autónomas y los de la policía local (97). Por tanto, sólo la Guardia Civil mantiene en la actualidad carácter militar, lo que sin duda representa un gran obstáculo para la consecución de una policía

que, como defensora de los derechos y libertades del ciudadano, debe estar profesionalizada y ostentar exclusivamente carácter civil, dejando a las Fuerzas armadas el papel que le corresponde y que no es precisamente el de investigar delitos o detener a presuntos delincuentes (98). Este carácter militar se contrapone, además, con el origen y la naturaleza civil que tal cuerpo ostentaba, pues, como LOPEZ GARRIDO recuerda, su creación se debe a la solicitud que el Ministro de guerra hace al de gobernación en el sentido de "la creación de una fuerza pública bajo la dependencia inmediata de este, que sustituyese al ejército en la persecución de partidas de delincuentes" (99). Surge este Cuerpo como fruto del enfrentamiento entre las concepciones progresistas y moderadas sobre lo que debía ser el control ciudadano y el orden público, de modo que, frente al modelo de la Milicia nacional, se opuso el de la Guardia civil, pero manteniendo hasta ese momento su naturaleza civil, como se comprueba a través de la misma exposición de motivos del Decreto de 28 de Marzo de 1844, que establecía que: "Sobre ser una necesidad, porque ninguna de las fuerzas existentes puede llenar la falta de un cuerpo civil, ofrece esta institución la ventaja de que la milicia nacional, desembarazada completamente de la parte más penosa del servicio, se puede organizar de un modo más conforme al objeto de su establecimiento, excluyendo a ciertas clases cuya adecuación hacía tolerable el carácter activo que ha tenido hasta ahora la milicia y llamando a las filas muchas personas de valor y arraigo que han procurado rehuir esta obligación, señaladamente por sus incesantes molestias y considerables prejuicios" (100). El cambio de criterio en relación a la naturaleza militar de este Cuerpo, se produce posteriormente influido decisivamente por el modelo de organización propuesto por AHUMADA,

del que eran bases, la militarización, la jerarquización y fundamentalmente, una esencia absolutamente conservadora con raíces eminentemente defensistas.

La guardia civil, como instrumento de la burguesía, responde a las bases del Estado centralista que se establece en ese momento frente a las clases surgentes. JAIME CURBET va a definir tal proyecto como aquel que pretende "construir un aparato de seguridad fuertemente militarizado y centralizado que, a su vez, pueda actuar como instrumento centralizador de un Estado que necesita llegar y estar presente en cada rincón de su territorio, en donde la nueva guardia civil impondrá la ley, es decir, la nueva disciplina social surgida de la revolución burguesa y finalmente de su alianza con las fuerzas absolutistas" (101).

En conclusión, dado que las funciones que desempeña este cuerpo las realizan igualmente el cuerpo nacional de policía, las policías de las comunidades autónomas y las policías municipales, las razones que motivaron su creación, y su permanente estado de militarización, que pugna con la creación de un aparato policial democrático, exclusivamente civil, considero que son dos las únicas soluciones posibles; La primera consiste en la desaparición del Cuerpo de la Guardia Civil, por las razones anteriormente expuestas y la segunda, que los actuales miembros de tal institución, previa especialización en las academias en materias de derechos humanos y legislación procesal y penal, pasaran a formar parte del cuerpo de policía judicial, no al mando de militares, y sí de jueces y tribunales, obstaculizando de esta forma el repetido argumento de la Administración basado en la falta de medios. Este sería el único camino posible hacia la desmilitarización de un cuerpo que, en la actualidad, carece de sentido incluso civil.

2. SUJETO PASIVO EN EL DELITO DE DETENCION ILEGAL PRACTICADA POR FUNCIONARIO PUBLICO.

A) CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

En primer lugar, es preciso determinar qué personas en ningún caso pueden ostentar la categoría de sujeto pasivo de este delito, debido al "status" que desempeñan. De este modo, la detención ilegal de determinados ciudadanos, en base a la especial cualificación que poseen, adquiere una singularidad propia que los convierte en especiales, con una regulación penal independiente, caracterizada y diferenciada del tipo de detenciones ilegales de cualquier otro ciudadano por la agravación de la pena que se efectúa; con respecto a ellos no sólo existe una regulación penal distinta, sino un fuero especial de detención (102).

Las personas afectadas por este fuero especial de detención, que incluso se extiende a una regulación penal diferente, son: En primer lugar, el Jefe del Estado (103), a continuación, el sucesor del Jefe del Estado o el heredero de la Corona (104), el Jefe de otro Estado o una persona internacionalmente protegida por un tratado (105), los miembros de las Cortes (106). Ahora bien, en este último caso y sólo en él, considero que si es un particular y no un funcionario administrativo o judicial el que realiza la detención, con el fin de entregar al detenido a la autoridad judicial, se cometería el delito previsto en el artículo 482 del código penal, pues no hay en un principio ninguna razón legal suficiente para mantener lo contrario.

En resumen, cuando tenga lugar la detención de alguna de las personas citadas anteriormente, se

produce un concurso de normas que se resuelve en favor de la especialidad que representan los preceptos 137, 144, nº 1, 148 y 159.

B) DELIMITACION DEL CONCEPTO DE SUJETO PASIVO EN ESTE DELITO.

Una vez determinados los sujetos que no poseen la cualidad de "pasivos" del delito de práctica ilegal de detención, es preciso delimitar el círculo de sujetos activos del mismo, en base esencialmente a la tesis que se mantenga en relación al bien jurídico defendido. Así, el sujeto pasivo como portador del bien jurídico tutelado, variará según sea el interés protegido, la simple libertad de movimientos o las garantías del ciudadano ante la privación de libertad realizada por funcionario público.

Como se observa, el concepto de sujeto pasivo está estrechamente vinculado a la interpretación que del bien jurídico se realice, alcanzando mayor o menor amplitud según cada una de la tres tesis que sobre esta materia se sostienen en nuestro país, y que son las siguientes: aquellas que mantienen la identidad de los intereses protegidos en los delitos del 480 y 184 del código penal, las que sostienen diferencias exclusivamente cuantitativas y finalmente, las basadas en diferencias cualitativas (107).

a) Tesis de la equivalencia.

La tesis que se sustenta en la igualdad de los intereses tutelados en los artículos 184 y 480, sostiene que la libertad de movimientos, como facultad ambulatoria del individuo, es, con exclusividad, el bien jurí

dicamente tutelado, y por tanto, que sólo ostenta la cualidad de sujeto pasivo la persona individualmente considerada.

b) Tesis cuantitativas.

Por otra parte, el planteamiento que se construye sobre las diferencias cuantitativas, es decir, sobre el principio de que en el delito del 184 se tutela no sólo la libertad de movimientos, sino también algunos de los derechos del ciudadano ante la privación de libertad, también parte del individuo como sujeto pasivo de este delito, pero diferencia entre el sujeto pasivo de una privación ilegal de movimientos y el que lo sea de uno de aquellos derechos; en el último de los casos, lo será todo ciudadano que ostente la facultad de ejercitar tales derechos (108), mientras que en el primero, lo será aquel individuo que reúna ciertas condiciones (en cuya determinación ha influido notablemente la discusión que sobre el sujeto pasivo de este delito tuvo lugar en Alemania), resumiéndose en el concepto ofrecido por CORDOBA RODA, al entender que lo era "todo aquel que tenga la facultad de querer, como proceso meramente psicológico, no valorado, respecto de su situación en el espacio" (109). De este modo, se reducía considerablemente el alcance del concepto de sujeto pasivo cuando la detención era ilegal por privación ilegal de movimientos, ya que se excluía a toda persona que no tuviese la facultad de querer, en relación al concepto de sujeto pasivo, en una detención ilegal donde tal ilicitud procede de la infracción de algunas de las garantías, pues, en estos casos, sujeto pasivo lo es cualquier ciudadano, ya que todos ostentan la facultad de poder ejercerlos frente al Estado. Por otra parte y dentro todavía de las tesis que sustentan las diferen-

cias de los intereses protegidos en torno a criterios cuantitativos, va a mantener que el sujeto pasivo del delito de práctica ilegal de detención, es la comunidad (110) y no el individuo, de lo que se deduce, como inmediata consecuencia, la irrelevancia del consentimiento como exclusión del injusto en este delito.

c) Tesis cualitativas.

Frente a estos planteamientos, la tesis que fundamenta la desigualdad en razones cualitativas, no puede de ningún modo aceptar, ni que en ambos delitos el sujeto pasivo sea el mismo, esto es, el individuo, como concepto absolutamente restringido, ni que la comunidad sea el sujeto pasivo directamente afectado por la práctica ilegal de la detención. Si el interés jurídico tutelado en el delito de práctica ilegal de detención es el conjunto de garantías que el ciudadano posee durante el proceso de detención preventiva, el concepto de sujeto pasivo no puede reducirse al individuo con capacidad de querer, pues ello supondría la existencia de ciudadanos carentes de la protección que les otorga el artículo 17 de la Constitución. Con este planteamiento de bien jurídico (que comparto), sujeto pasivo sería cualquier persona, sea cual sea su capacidad, que vea afectada su seguridad frente al Estado en el ejercicio de la medida cautelar de detención. Y sujeto pasivo puede ser cualquier ciudadano, porque, en este bien jurídico, lo esencial no es la posibilidad de ejercitar una determinada garantía por parte del ciudadano, sino la creación de un marco de seguridad del individuo frente a los representantes estatales, que se infringe en el momento en que se suprime alguno de estos derechos, sea cual sea la condición o capacidad del que los ostenta (111).

a') Rechazo del sujeto pasivo "Comunidad".

Tampoco es admisible entender que la comunidad es el sujeto pasivo en este delito, ya que, si bien es cierto que en el momento de producirse el incumplimiento de las garantías procesales y constitucionales relativas a la libertad, ello repercute en la seguridad de todos los ciudadanos, no es menos cierto que esta infracción se produce en relación a la privación o limitación de tales garantías en la persona de un ciudadano en concreto (112). En este planteamiento, la sociedad juega también un determinado papel, pero no como sujeto pasivo, ya que es el ciudadano, el directamente afectado por la infracción y por tanto el único portador del bien jurídico, sino como "perjudicada" ante el incumplimiento de garantías por el funcionario público (113).

De lo expuesto se desprende que la discusión en torno a la carencia de la facultad de querer "como proceso meramente psicológico, respecto de su situación en el espacio" (concepto este sostenido generalmente por nuestra doctrina (114), tiene un interés relativo en relación al sujeto pasivo del delito de práctica ilegal de la detención, cuando este carece de aquella exigencia valorativa, pues en este delito, la condición de sujeto pasivo la detenta toda persona a la que se le reconocen las garantías constitucionales.

Pero, a pesar de su relativo interés, es necesario admitir en base al concepto de bien jurídico que se sustenta en Alemania o Italia, que en estos países la discusión gira en torno a la potencialidad o capacidad de ejecución discrecional de la facultad ambulatoria, y por ello sobre la mayor o menor extensión del concepto de sujeto pasivo (115), al considerar que no

existen diferencias de bien jurídico entre las privaciones de libertad efectuadas por funcionarios y las realizadas por particulares.

b') El funcionario como sujeto pasivo.

En relación al concepto de sujeto pasivo del delito de detención ilegal practicada por funcionarios, es preciso aclarar si es posible que otro funcionario pueda también serlo. En relación a si la autoridad o funcionario pueden ser sujetos pasivos de este delito (tema que será desarrollado en el apartado correspondiente al concurso de delitos y de normas), existen en la actualidad dos planteamientos: el sustentado por GROIZARD y QUINTANO RIPOLLES, según el cual no es posible la detención de funcionarios o autoridades, pues cuando la privación de la libertad de estos se produzca, tiene aplicación exclusiva el delito de atentado (116). Y aquel otro, en mi opinión correcto, que defendido por la jurisprudencia y un sector doctrinal, que parten de los postulados ya expuestos por VIADA (117), mantiene que cuando se efectúa la detención de tales sujetos, el tipo aplicable es el de detención ilegal de funcionarios y no el de atentado. Pudiendo producirse, como máximo, un concurso ideal de delitos, sin que en ningún caso tal infracción devenga exclusivamente en atentado (118).

c') El extranjero como sujeto pasivo.

En cuanto al tema de si el extranjero puede ser sujeto pasivo del delito que analizamos, suscitado durante la fase anterior a la Constitución, en virtud de que el artículo 18 del Fuero de los españoles establecía que "ningún español podrá ser detenido sino en

los casos y en forma que prescriban las leyes", de lo que se deducía la indefensión del ciudadano que no ostentaba la cualidad de nacional (119), ha quedado resuelto con la aparición de la Constitución española de 1978, que reconoce en su artículo 13, nº 1, que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título, en los términos que garantiza la ley y los tratados internacionales. De ello se desprende que no existe ya ningún obstáculo para la aplicación del artículo 184 cuando sea un extranjero el ciudadano afectado. Sin embargo, aún existen, lamentablemente, en base a la ley de extranjería y de extradición, ciertas posibilidades de que se efectúe la detención del no nacional de modo contrario a los principios procesales y constitucionales (120).

3. LA CONDUCTA EN EL DELITO DE DETENCION ILEGAL DE FUNCIONARIOS.

A) CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.

El análisis que se realiza en este trabajo, no se centra en el estudio de todas las fases de la privación de libertad del ciudadano caracterizadas por la infracción de alguno de los casos, garantías o formas previstas en la ley, sino que recae, exclusivamente, dada la extensión de la figura definida, en la denominada detención preventiva. Dicha detención es la ordenada por la autoridad (judicial o no), o agente de la policía judicial, y comprende el periodo de tiempo que transcurre entre el momento mismo en que se realiza la práctica de la privación de movimientos, hasta que se produce la entrega del detenido a la autoridad judicial (121).

El estudio del delito de detención ilegal practicada por funcionario público, se reduce, por consiguiente, a la infracción de los derechos del detenido efectuada durante esa fase, sin que ello signifique que el incumplimiento de las garantías que se produzcan durante una segunda fase procesal que transcurre entre la entrega del detenido a la autoridad judicial y la puesta en libertad o en prisión del detenido, no constituyan el delito que estamos analizando, sino que es conveniente establecer la separación de ambos momentos procesales para un mejor y, debido a su extensión, detallado análisis. Las consecuencias de tal planteamiento, son: en primer lugar, la exclusión del estudio de todas aquellas detenciones ilegales realizadas en periodos posteriores al aludido, y en segundo lugar, que sólo pertenecerían al periodo procesal de detención preventiva las conductas descritas en los artículos 184, "practicar ilegalmente cualquier detención", 186, "detener por razón de delito y no poner a disposición de la autoridad competente", y 187, aptdo. 1º, "recibir en calidad de detenido y dejar transcurrir veinticuatro horas sin ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial" (122).

Ahora bien, es preciso recordar que, debido al concepto de bien jurídico que defiende, las conductas descritas en los artículos 186 y 187, aptdo. 1º, es decir, tanto el detener sin poner a disposición judicial como el recibir a un detenido sin ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial en un determinado plazo, son inherentes a la acción prevista en el artículo 184, convirtiéndose, por tanto, el "practicar ilegalmente cualquier detención", en la conducta base del presente trabajo.

B) ESTUDIO DE LA CONDUCTA TIPICA DEL DELITO DE PRIVACION DE LIBERTAD EN EL DERECHO COMPARADO.

Antes de proceder al análisis de la conducta típica del delito de detención ilegal practicada por funcionario público, es interesante la comparación con las acciones previstas, en casos similares de privación de libertad ilegal, por otros ordenamientos legales.

a) Alemania Federal.

En este país, la conducta prohibida consiste en el "einsperrung oder auf andere Weise des Gebrauchs der persönlichen Freiheit beraubunt" (123). De este modo, la discusión, centrada en si el concepto de detención abarca o no las acciones de impedir u obstaculizar a alguien, o, en general, a cualquier otra conducta mediante la cual se prive de libertad sin que exista aprehensión material, carece de sentido en la legislación alemana, y en todo caso carece de relevancia práctica, dado que, al ofrecerse una fórmula abierta representada por la expresión "auf andere Weise" (de cualquier otro modo), se sanciona cualquier privación de libertad sea cual sea el método utilizado. En este modelo, el encierro (einsperrung) sólo posee carácter enunciativo, sin que las privaciones de libertad tengan que realizarse a través de dicho medio forzosamente, lo que, entre otras cosas, evita la existencia de privaciones de libertad, que al quedar fuera de los medios encerrar o detener, no conformen el concepto de detención ilegal expuesto (124).

En definitiva, el delito de Freiheitsberaubung se produce siempre que exista una privación ilegal de

movimientos, siendo del todo indiferente el medio que con este fin se emplee (125), tampoco es preciso que la privación de libertad sea absoluta, siendo suficiente cualquier restricción u obstaculización de la misma; razón por la cual la simple obstaculización o limitación de la libertad representa una infracción del párrafo 239, llegándose a admitir que hechos como el quitar la vestimenta a un bañista, o aquellos otros donde falta la realidad objetiva de una privación de libertad, como por ejemplo, en los casos en los que el sujeto pasivo cree que la puerta está cerrada sin estarlo realmente, no conozca la salida o ésta sea peligrosa, son suficientes para configurar el tipo (126).

Como ya expuse (127), la desprotección penal de las garantías del detenido es una realidad en este país, por la existencia de una regulación donde la esencia radica únicamente en la libertad de movimientos y en la no cualificación de la actuación del funcionario público.

b) Italia.

A pesar de que las descripciones típicas utilizadas en los delitos de secuestro y arresto ilegal sean diferentes; "privar a alguien de libertad personal" (art. 605) y "proceder a un arresto" (art. 606), la doctrina italiana ha seguido considerando la libertad de movimientos como el único bien jurídico protegido, basándose fundamentalmente en la sistemática adoptada por el legislador que regula como delitos contra la libertad personal, tanto el secuestro como el arresto ilegal, siendo la finalidad de entregar el detenido a la autoridad judicial la cualidad que lo distingue

de la forma de secuestro agravado (128). Se produce un proceso de identificación entre libertad personal-arresto-libertad de movimientos, al entender que el arresto no es otra cosa que la privación de la libertad personal, concebida como libertad de movimientos, con una finalidad pública. Al tiempo que se parte de un amplio concepto de privación de libertad, que permite la inclusión de la simple restricción de la libertad personal sin necesidad de la pérdida absoluta de la misma (129). Criterio este admitido también por la jurisprudencia, al establecer que "cualquier apreciable limitación de libertad física, entendida como posibilidad de movimiento en el espacio según el libre desarrollo de cada cual, constituye la conducta típica de estos delitos" (130).

Una tesis como esta impide la inclusión en el delito de arresto ilegal, de las conductas consistentes en la infracción de las garantías del detenido, lo que, en mi opinión, representa un ataque frontal al concepto de libertad personal del artículo 13 de la Constitución (131), al margen de ser una concepción tremendamente limitada del concepto de arresto ofrecido por la legislación procesal italiana (132). De seguirse tales criterios, el incumplimiento de las garantías que rodean la detención sería impune, ya que no sólo no podría aplicarse a estos casos el artículo 606 sino que tampoco podrá hacerse lo propio con el artículo 323, que sanciona el abuso de oficio en casos no previstos específicamente en la ley, desde el instante en que se exige que también se dé la finalidad de hacer daño a otro o perseguir algún tipo de ventajas, con lo cual se excluye cualquier posibilidad de sancionar conductas que no tengan una finalidad privada (133) sino pública.

c) Francia.

No obstante la existencia de un sistema bipartito, en el que se distingue entre los atentados a la libertad cometidos por funcionarios públicos, y los arrestos ilegales y secuestros de personas efectuados por particulares, se ha considerado, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, que el bien jurídico tutelado en ambos delitos es exclusivamente la libertad de movimientos, radicando la diferencia en el ejercicio de la función pública por parte del funcionario público y excluyendo, por consiguiente, la protección de las garantías ante la privación de la libertad (134).

La presencia de diferentes formulaciones en torno a las conductas típicas, "cualquier acto arbitrario o atentatorio a la libertad individual" en el art. 114, y "arresto, detención o secuestro" en el 341, no es óbice para que de hecho se asimilen y se considere que, por acto atentatorio a la libertad ejecutado por funcionario, hay que entender cualquier privación de movimientos que tenga lugar mediante las conductas de encerrar o detener (135).

En contra de este planteamiento, considero que los restantes derechos del detenido pueden garantizarse penalmente a través de los preceptos 117, 119 y 120 (136), y básicamente, por medio del ya mencionado 114, pues bajo la acción consistente en "atentar contra determinados derechos cívicos del ciudadano" puede, sin dificultad alguna, incluirse la totalidad de las garantías que cubren el marco de la seguridad del ciudadano. Tesis, además, viable, mediante una interpretación del 114 en la que el concepto "arresto" responde a los criterios procesales de privación momentánea de la liber-

tad con respecto por el fondo y la forma prescrito legalmente, y la detención represente la retención en prisión (137). Interpretación ésta que, por otro lado, no admite los conceptos "arrestar", "detener" y "secuestrar" del 341, al limitarse estos a las siguientes concepciones; el arresto equivaldría a la aprehensión material o psíquica de carácter instantáneo, mientras que tanto el detener como el secuestrar son términos sinónimos consistentes en la conservación de una persona, contra su voluntad durante un determinado período de tiempo (138).

C) ANALISIS DE LA CONDUCTA DESCRITA EN EL ARTICULO 184 DEL CODIGO PENAL DE "PRATICAR ILEGALMENTE CUALQUIER DETENCION".

a) Antecedentes.

Esta fórmula, que aparece por vez primera en el código penal de 1944, rompe formalmente con la clásica y más frecuentemente utilizada, que describía la acción del delito de detención ilegal de funcionarios como "detención de una persona ilegalmente o sin razón de delito, o sin entrega a la autoridad judicial", pero sin lugar a dudas no representa un cambio sustancial en la esencia del delito, ya que también mediante las anteriores prescripciones era posible una interpretación favorable a la concepción "seguridad" como interés protegido en este delito.

El código penal de 1822 al establecer, dentro del delito de detención de funcionarios, una doble distinción entre los denominados atentados a la libertad individual y las detenciones arbitrarias, sanciona las conductas que consisten en "la privación de libertad

de un individuo que no se efectúen por el bien y la seguridad del Estado" o por el contrario, cuando no se realice la entrega del detenido a la autoridad judicial en el plazo de 48 horas, el arresto no tenga por motivo la flagrancia, o no exista un precedente mandato judicial por escrito (139). Si a ello añadimos que las detenciones arbitrarias previstas en el artículo 246 preveía las detenciones, que si en principio cumplían los requisitos legales, en su desarrollo, se caracterizaban por la infracción de determinadas garantías del detenido, se deduce que, pese a la utilización de términos tales como privación de libertad, arresto, prendimiento etc., el delito no se configuraba exclusivamente en base a la ilegalidad en el momento inicial de la aprehensión material, sino a cualquiera de los momentos en que la infracción de aquellas garantías se efectuase.

En el código penal de 1848 se define la acción de este delito como (140) detención de una persona ilegalmente o con incompetencia manifiesta, lo que conduce a VIZMANOS a realizar una doble distinción en dicho concepto; una primera consistente en la orden o ejecución ilegal de una detención caracterizada por "un abuso en el modo, pero no supone falta de jurisdicción o facultades para decretar la detención" y una segunda, basada en la incompetencia manifiesta del que efectúa la detención, según dicho autor "es, por el contrario, un abuso que supone la usurpación de atribuciones" (141). En esta misma línea la doctrina de la época consideró que las detenciones arbitrarias de los empleados públicos abarcaban algo más que la simple e inicial privación de movimientos de forma ilegal (142) y, de este modo, CASTRO y ZUÑIGA recuerdan la necesidad del respeto a determinadas garantías, antes incluso que centrar el problema en la ilegalidad inicial de la pri-

vación de movimientos, y así, reclaman el que a la detención preceda una información sumaria del hecho y el mandamiento del juez por escrito (143).

En el código penal de 1870 la acción consistía en detener a un ciudadano, siempre que no sea por razón de delito o no estén en suspenso de garantías constitucionales, o bien cuando tal medida cautelar se base en la existencia de un delito, pero no se cumpla el plazo de entrega a la autoridad judicial (144). Tal descripción conduce a dos interpretaciones absolutamente diferentes; una, basada en la legalidad de la detención que tenga por motivo la comisión de un delito, aunque se infrinjan algunas de las garantías del detenido (145), y otra consistente en entender que la detención a que se refiere el artículo 210 comprende, no sólo la efectuada sin razón de delito, sino también, todas aquellas que, al margen de la existencia o no del delito y de la suspensión de las garantías constitucionales, no respeta los casos y requisitos que el resto del ordenamiento jurídico impone.

En mi opinión sólo es posible esta segunda interpretación, ya que el alcance de la expresión "a no ser por razón de delito", se reduce a la prohibición expresa de efectuar la detención sin motivo alguno, y de ningún modo al hecho de la permisión de detenciones por razones que tengan por causa la realización de un delito, sea cual sea la forma de llevarse a cabo. Quizá haya complicado aún más la interpretación de este precepto el hecho de el artículo 625 del mismo código que declaraba en vigor las leyes municipales o cualquier otras especiales sobre corrección de faltas, que ampliaba en exceso el ámbito de actuación del tipo de las detenciones ilegales (146). La expresión "a no ser por razón de delito", por tanto, no puede interpretarse

literalmente, ya que ello supondría, entre otras cosas, la imposibilidad legal de detener por la realización de simples faltas, lo que se oponía como hemos visto al art. 625 y al mismo tiempo, a la legalidad de la detención que no cumplierse con los requisitos legales.

Los códigos penales de 1928 y 1932 no tienen ningún interés en el análisis que estamos realizando, debido a la utilización que en ellos se hace de la misma fórmula descriptiva del código de 1870.

En relación a la conducta típica del delito de detención ilegal de particulares, salvo la excepción representada por el código penal de 1822 (147), que sancionaba los atentados contra la libertad individual y las detenciones arbitrarias como equivalentes a las detenciones de funcionarios, cabe afirmar que ha sido una constante la descripción consistente en "encerrar o detener a otro privándole de su libertad", como la acción de este delito (148). Aunque posteriormente se analice con más detenimiento el alcance de la misma, en principio, la detención de particulares frente al criterio sostenido en el delito realizado por funcionarios, se caracteriza básicamente por la existencia de una privación de la libertad de movimientos, siendo el encierro o la detención los medios empleados en la consecución de aquel fin último (149).

b) Diferentes planteamientos sobre el contenido de la mencionada conducta (150).

a') Tesis jurisprudencial.

La solución al contenido de la expresión "practicar ... cualquier detención" es difícil encontrarla en los planteamientos jurisprudenciales, por la razón

de que no existe en estos ninguna delimitación del alcance de la acción del delito de detención ilegal de funcionarios, siendo preciso recurrir a las concepciones que la jurisprudencia mantiene sobre el bien jurídico, para poder de este modo construir un concepto aproximado de la conducta prohibida en tal delito.

En general, al concebirse que la libertad de movimientos es el bien jurídico protegido en los delitos de detención ilegal de particulares y funcionarios públicos, se definen las conductas del 480 y del 184 como dirigidas exclusivamente a la privación de la libertad de locomoción. De esta forma, el delito se produce cuando se priva de libertad, entendida como el impedimento de que una persona se traslade donde quiera, bien en la obligación de permanecer en el lugar donde se halla o recluyéndola donde no quiere (151). Por el contrario, un sector minoritario de la jurisprudencia ha defendido, si bien no de forma expresa, la diferente extensión de los conceptos encerrar y detener del art. 480 y el practicar cualquier detención del 184, al abarcar este último una serie de conductas que, de ningún modo, cabría en los conceptos de privación de libertad a los que realmente se reduce el 480 (152).

En conclusión, la tradicional elaboración jurisprudencial de los conceptos "encerrar" y "detener" del artículo 480, no es aplicable a la conducta consistente en "practicar cualquier detención" del 184, dado que al entender la acción de detener y encerrar como "aprehender a una persona a la que se priva de la posibilidad de alejarse de transitar o de dirigirse a donde ella quiera, en el primer caso, y "a situar a alguna persona en un lugar no abierto y del que no pueda salir por sus propios medios, en el segundo (153), se está restringiendo el ámbito de extensión de la conducta

típica exclusivamente a aquellas acciones caracterizadas por la limitación de la libertad individual de movimientos, dejando fuera de la misma aquellas otras que infringen garantías distintas de la anteriormente expuesta, e impide al mismo tiempo una concepción amplia de la detención que incluya, junto a la privación de la libertad de movimientos, la pérdida de cualquiera de las garantías ante la privación de aquella.

b') Tesis doctrinal.

La concepción doctrinal sobre la conducta típica del delito de práctica ilegal de detención por funcionario público, está estrechamente vinculada a la opción que se mantenga en torno al bien jurídico del mismo. De este modo, aquellos que sostienen la igualdad entre los bienes jurídicos de los delitos del 480 y 184, consideran que el alcance de la expresión "practicar cualquier detención" es idéntico al de la detención utilizada por el 480, mientras que, por el contrario, los que defienden la existencia de bienes jurídicos diferentes (tesis cuantitativas y cualitativas), entienden que la acción descrita en el artículo 184 es mucho más amplia.

Se puede observar cómo existe una coincidencia casi generalizada sobre el alcance de la conducta típica del 480 y por el contrario, serias discrepancias en torno al ámbito de extensión del 184, lo que nos obliga a delimitar, en primer lugar, cual es la acción en el delito de detención ilegal de particulares y posteriormente, comprobar si dicha construcción es viable en relación al delito de detención ilegal de funcionarios.

Sobre la conducta típica del delito previsto

en el art. 480, se efectúan dos planteamientos divergentes por la amplitud del concepto de detención; uno primero, que comparto, fundamenta la prohibición en la privación de la libertad efectuada mediante alguno de los medios alternativos expuestos legalmente, que no son otros que el encierro y la detención, siendo del todo indiferente cual de ellos se utilice en la infracción de esta garantía (154). Asimismo, se define el encierro, como el hecho de situar a una persona en un lugar no abierto, mientras que la detención consiste en la privación de la libertad de movimientos, sea cual sea el medio que para ello se utilice, por lo que se desprende que la detención es un concepto más amplio que el encierro, que incluso lo absorbe, puesto que este sería una de las formas en que aquel se manifiesta (155). Otro sector doctrinal parte de un concepto más estricto de detención, ya que lo reduce a "la aprehensión de una persona a la que se priva de la facultad de alejarse" (156). En este planteamiento se sostiene que no constituyen el delito de detención ilegal aquellas privaciones de libertad que no responden a ninguno de los medios reseñados (encierro o detención) y así, CORDOBA RODA manifiesta que "la expresa mención del legislador a las modalidades de encierro y detención, excluye la posibilidad de castigar aquellas conductas que, si bien atacan la libertad locomotriz, no se manifiestan en ninguna de estas dos especies" (157) y concluye considerando que "no constituye esta infracción el impedir la entrada, obligar al abandono. Pero tales conductas pueden dar lugar al delito de coacciones" (158).

Por otra parte, POLAINO NAVARRETE, aunque parte de un concepto diferente de detención (159), alcanza resultados semejantes al considerar que "la detención constituye toda aquella forma de comportamiento perso-

nal dirigida a la privación de la libertad locomotriz humana, pero sin consistir en la propia privación de tal libertad ambulatoria, porque precisamente esta es requerida por el texto legal como concurrente con el comportamiento alternativo del encierro o de la detención" (160). De este planteamiento se deduce que no toda privación de la libertad de movimientos será típicamente relevante, si de forma coetánea no se efectúa un encierro o detención y por tanto tampoco hasta que tengan lugar tales medios para poder aplicar el 480, si al mismo tiempo no se produce la pérdida de la libertad de movimientos (161).

El error en el que incurren estos planteamientos, radica en el mismo concepto de detención del que parten, ya que, al reducirlo a la privación absoluta de libertad, el hecho de impedir la entrada en un determinado lugar u obligar al abandono del mismo no constituirán nunca el delito de detenciones ilegales, sino, en todo caso, el de coacciones, no en base a la finalidad perseguida por el sujeto activo, sino por el medio utilizado en la privación de movimientos, con lo que se destruye cualquier posibilidad de distinguir entre este delito y el de coacciones, pues al ser aquel una especie de éste, la finalidad y no el medio es la única cualidad esencial en su diferenciación. Pero es que además, esa tesis se fundamenta en que las conductas consistentes en limitaciones de la libertad y no en la privación absoluta de esta, no forman parte del concepto de detención, sin tener para ello ninguna base legal jurisprudencial o gramatical ya que, ni es ese el concepto de detención que ofrece la Ley de Enjuiciamiento Criminal (162), ni la jurisprudencia al considerar que "el verbo detener es sinónimo de parar o interrumpir la marcha libre de otro, aunque sea un momento" (163) ni el propio Diccionario de la Real Academia de

la Lengua Española, al definir la detención como la privación de libertad y la acción de detener como el impedir, estorbar que pase adelante, arrestar o retener etc. (164).

En mi opinión, no existe ningún obstáculo para considerar que la detención ilegal puede realizarse sea cual sea el medio empleado, ya sea la hipnosis, el empleo de narcóticos o cualquiera otro que permita la privación de libertad de movimientos, siempre que sea esta última la finalidad del que actúa. Así, la acción consistente en amenazar a una persona, como por ejemplo el ¡No te muevas o te mato!, será detención ilegal o no, según la específica finalidad del sujeto que la realiza, sin que ex ante sea posible establecer un resultado válido para cualquiera de las hipótesis posibles.

Una vez delimitados los elementos que conforman la conducta típica del delito de detención ilegal realizado por particulares, es necesario comprobar si los mismos son aplicables a la acción descrita en el 184 (165), lo que dependerá nuevamente del criterio que se sostenga en relación al interés tutelado en este delito. Así, tan sólo nos interesa el análisis de la tesis que parte de la desigualdad de intereses protegidos en los delitos previstos en los artículos 184 y 480, ya que ello supone una concepción de la expresión "practicar cualquier detención" más extensa que la acción prevista en el art. 480 del código penal, pues abarca, no sólo los casos de privación ilegal de la libertad, sino también toda infracción de los derechos garantizados constitucionalmente durante el proceso en el que se desarrolla tal privación de libertad (166). Así, ANTON ONECA afirma que, aludiendo a la acción descrita en el art. 184, "esta amplísima fórmula prohíbe

interpretar la detención en un sentido estricto como privación de la libertad de movimientos, encaminada a poner al sujeto a disposición de la autoridad competente ... (167), argumento bastante lógico, en primer lugar, por la tesis defendida al hacer referencia al bien jurídico tutelado (seguridad del ciudadano) que quedaría sin protección de seguirse un planteamiento más estricto del concepto de detención, y en segundo lugar, porque el "practicar cualquier detención" no se reduce al momento inicial de la privación de la libertad sino que, por el contrario, a la extensión del término detención, se une la idea de ejercitar, como permanencia continuada en el tiempo, que impide la formación de un bien jurídico limitado a la legalidad o no del inicio de la aprehensión material (168). Es evidente entonces, que ni el inicio de la propia privación de la libertad de movimientos, ni la misma libertad de movimientos, constituyen por sí solos los elementos de la conducta típica del 184, que se extiende al ámbito total del proceso constitutivo de privación de libertad, lo que representa la inclusión de toda acción que se desarrolle antes, durante o después de la restricción de la libertad y de aquellas otras que, sin afectar directamente a la misma libertad de movimientos, repercutan en las garantías en que aquella se basa.

Considero inviable, por consiguiente, aquel planteamiento que basándose en la exigencia de una privación absoluta de libertad, deduce que la simple limitación u obstaculización del ejercicio de tal capacidad no constituye el delito de detención ilegal (169), y es inviable por varios motivos: primero, porque si bien el 480 exige la realización de una privación de libertad, no es necesario que esta sea absoluta, siendo indiferente el grado en que esta se restrinja, conformando la limitación u obstaculización de la misma el concepto

de detención, de la misma forma que el encierro como medio que ejemplifica la forma más característica de pérdida absoluta de la libertad, siendo además éste el criterio seguido por el Tribunal Constitucional en la sentencia 98/1986 de 10 de Julio, en la que se consideran como situaciones de privación de libertad aquellas en las que "de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita", quedando sometidas al régimen impuesto en los supuestos de detención preventiva del artículo 17 nº 1 de la Constitución, y en segundo lugar, porque la expresión "practicar cualquier detención", no exige ni tan siquiera tal privación de libertad, lo que supone la posibilidad de aplicar el delito del 184 a conductas que no se caracterizan precisamente por la pérdida de la libertad de movimientos (170).

c) Análisis del término "ilegalmente".

Junto al "practicar cualquier detención" se exige que dicha acción se realice "ilegalmente", lo que plantea la necesidad de determinar el enclave dogmático de tal elemento, por las repercusiones directas que conlleva fundamentalmente en materias de error, tentativa y participación (171).

Si tradicionalmente la discusión se ha centrado simplemente en el hecho de que tal elemento forme parte del tipo o de la antijuridicidad, hoy, en cambio, es necesario plantearla en términos diferentes, pues la "ilegalidad" pertenece a un grupo de elementos a los que WELZEL y KAUFMANN han denominado "elementos del deber jurídico" (172) caracterizados por ser elementos de la antijuridicidad, frente al planteamiento de ROXIN y JESCHECK que, siguiendo la línea argumental iniciada por MAURACH (173), los consideran como "elementos de valoración glo-

bal del hecho", por lo que en principio su simple existencia no condiciona su ubicación sistemática en el tipo o en la antijuricidad, sino que ello dependerá de la función que cumplan en cuanto a la descripción del hecho o a la valoración del mismo.

Antes de tomar una posición al respecto, es necesario plantearse la validez de la figura de los tipos abiertos, ya que la teoría de los especiales elementos de la antijuridiciada se realiza en base a las conclusiones adoptadas en relación a la teoría de los tipos abiertos. En resumen, la tesis de WELZEL se basa en la división de los tipos encerrados y abiertos; en los primeros, la adecuación típica es indiciaria de la antijuridicidad, mientras que en los segundos, por el contrario, la realización del tipo no supone un adelanto de la antijuridicidad (174), lo que obliga al intérprete a realizar una función absolutamente contraria a la habitual, es decir, a completar el contenido de aquellos elementos antes de proceder al análisis de la misma antijuridicidad. De ello se desprende que su ubicación sistemática debe ser el de la antijuridicidad, ya que los elementos especiales del deber jurídico efectúan una valoración del hecho, por lo cual el error sobre ellos es de prohibición (175).

La afirmación de que en los tipos abiertos no se produce el adelanto de la antijuridicidad ha sido ya rechazado, entre otros, por ROXIN y JECHECK, al considerar el primero que "si bien es correcto afirmar que la realización del tipo del cual se ha extraído un elemento del deber jurídico, será antijurídica, con menor frecuencia que antes, no por el contrario, la afirmación de que los tipos que WELZEL considera abiertos, tienen una capacidad indiciaria de la antijuridicidad que los cerrados, formulados de forma tan general (176),

mientras que el segundo mantiene que "la teoría de los tipos abiertos debe sin embargo rechazarse, pues si el tipo se entiende como clase de injusto puede sólo imaginarse como "cerrado", ya que de lo contrario le faltaría precisamente el carácter típico" (177).

Es evidente, por tanto, que el intérprete debe realizar en todas las clases de tipos un procedimiento de carácter negativo en la determinación de la antijuridicidad, por lo que en este aspecto no existirían diferencias entre los tipos cerrados y los abiertos. Por otra parte, la delimitación de los elementos especiales de la antijuridicidad, como exclusivamente dirigidos a la valoración del hecho, desconoce su carácter descriptivo, como reconocen los mismos autores que aceptan la importancia de las aportaciones de WELZEL en esta materia (178). En la clasificación realizada por WELZEL destaca el hecho de que todos los elementos son de carácter normativo y jurídico, de lo que, en ningún caso, se desprende el coetáneo conocimiento de la antijuridicidad, por lo que deduce ROXIN que, "el conocimiento de tales elementos significa para el autor, siempre o en la mayoría de los casos, la conciencia de la antijuridicidad formal de su hecho con necesidad lógica" (179).

Por estas razones, creo razonable el rechazo de la teoría de los tipos abiertos y el realizar una división entre aquellos elementos normativos del tipo que no implican el conocimiento de la prohibición y aquellos otros que sí. Siendo los primeros elementos del tipo, mientras que los segundos pertenecerían a los elementos denominados por JECHECK como de "valoración global del hecho" que "presuponen un supuesto de hecho individualizable, pero al mismo tiempo se hallan configurados como principios de valor generales" (180). Así, estos elementos de valoración global del hecho, por una

parte describen el hecho, con lo cual ya forman parte de los elementos normativos del tipo y el error que sobre ellos recaiga, también de tipo, mientras por otra parte, contienen el juicio de antijuridicidad siendo su error de prohibición y se diferencian de aquellos elementos que, sin hacer ningún tipo de valoración, tan sólo describen la acción, siendo de tipo el error que sobre ellos recaiga (181).

En relación al elemento "Ilegalmente" que aparece en la descripción de la acción del 184, un sector doctrinal ha considerado que se trata de un adelanto de la antijuridicidad, debiéndose en este caso "constatar cuidadosamente la ausencia de causas de justificación, especialmente las del nº 11 del artículo 8" (182), mientras que otro, representado por RODRIGUEZ RAMOS, RODRIGUEZ DEVESA, VIVES ANTON (183), mantienen que tal elemento es un elemento normativo del tipo y no una característica de la antijuridicidad, sin que se plantee, en ninguno de los casos, la posibilidad de tratamiento diferenciado en base a la tesis de los elementos de valoración global del hecho (184).

Prácticamente, la discusión se centra en si, en el plano de la tipicidad, no existen diferencias entre la detención legal y aquella otra realizada al margen de los casos, formas o garantías previamente previstas. La solución dependerá de la tesis que se sostenga sobre la naturaleza de los elementos especiales del deber jurídico; así, frente al planteamiento que sostiene que el elemento ilegalidad hace referencia a la antijuridicidad, sin que sea posible diferenciar en la tipicidad, entre las detenciones legales e ilegales, se opone aquella otra tesis que fundamenta la ilegalidad como elemento del tipo, de modo que si en algún caso, no concurre, no se infringe la materia de prohibición y

por tanto el contenido de la norma, ya que la realización de una parte de la conducta típica la "práctica de cualquier detención" no fundamenta aún el contenido del injusto del delito, al necesitarse además que la medida cautelar sea ilegal, si es posible en estos casos diferenciar las detenciones legales de las ilegales en sede de tipicidad. Mientras que en la primera de las tesis expuestas, se identifica la "ilegalidad" con la ausencia de las causas de justificación, la segunda posee un contenido más estricto, al equiparar la ausencia del contenido del mismo con dicho elemento, sin aludir al resto del ordenamiento jurídico, por lo que cuando la ley exige que la práctica de una detención sea ilegal, está diciendo que la privación de libertad debe realizarse fuera de los casos, formas o garantías legales.

Un planteamiento como el acabado de exponer, obedece a la concepción de que determinadas conductas, en un concreto sistema de comportamientos, son adecuadas socialmente, lo que modifica el normal esquema de funcionamiento de un tipo penal, convirtiéndose la excepción en regla y la regla en excepción. Serían estos los supuestos de determinados casos de coacciones en los que, por ejemplo, un amigo coge de un brazo a otro impidiéndole continuar su camino, sin que este aprecie en un primer momento quien es el autor de la acción, o el de las detenciones efectuadas por funcionarios diariamente en el ejercicio de su cargo, donde lo normal es que se realice en base a los requisitos exigidos y lo excepcional la ilegalidad de la detención, algo que no ocurre en las detenciones de particulares, donde la regla es la ilegalidad y la excepción que tal detención esté legalmente justificada. En estos supuestos, TORIO, partiendo de una inversión de la relación entre regla y excepción, entre

infracción del bien jurídico y justificación, ha considerado, refiriéndose al elemento "sin estar legítimamente autorizado", de las coacciones que "no evoca la concurrencia posible de una causa de justificación, lo que presupone gravar con la tipicidad todo menoscabo de la libertad de obrar causado mediante violencia..." y así, reclama que "la tipicidad sea objeto de fundamentación especial, verificando valorativamente las propiedades materiales de la acción realizada para ponderar si debe estimarse reprobable a la vista del fin pretendido por el autor" (185). Esta tesis me parece correcta, pues permite considerar las características materiales del hecho como pertenecientes al tipo, mientras la reprochabilidad, como valoración, pertenecería a la antijudicidad en coherencia con el planteamiento sostenido en torno a los elementos de valoración global del hecho, en donde el elemento ilegalidad no funciona como un elemento normativo del tipo sino que de él depende la valoración total del hecho como antijurídico, al descomponerse en dos aspectos esenciales; uno en el que se realiza la descripción del hecho, perteneciente al tipo y otro en el que se efectúa una valoración de la conducta inherente a la antijuridicidad, siendo en el primer caso el error de tipo y en el segundo de prohibición (186).

a') Contenido de elemento ilegalidad en el Derecho Comparado.

Definida la naturaleza del elemento "ilegalidad", hay que determinar su contenido y por tanto la extensión del mismo, ya que la ilegalidad fundamenta la

antijuricidad del 184 remitiendo a la antijuricidad extrapenal, al constituir una norma penal en blanco (187). Al definir la detención como la privación de libertad realizada en los casos y con las formas y garantías exigidas legalmente, para la comprensión del contenido de elemento ilegalidad, es preciso el análisis de toda la legislación que en la actualidad regula los casos, derechos y forma en que la misma debe efectuarse, pues éste es el único medio de delimitar el alcance de tal concepto (188).

Ahora bien, antes de proceder al estudio del contenido del elemento ilegalidad, sería interesante comprobar su equivalente en países como Alemania, Italia y Francia.

a'') Alemania Federal.

En este país, el principio de inviolabilidad de la libertad de la persona garantizado por el artículo segundo aptdo segundo de la G.G. (189), está sometido a numerosas excepciones, que, si en algunos casos responde a la necesidad del ejercicio de una medida cautelar que persigue la función pública de aseguramiento del presunto delincuente, en otros conculca dichas exigencias, por la falta de indicios de criminalidad o por la ausencia de garantías que rodean al periodo procesal en el que se desarrollan.

La fase de privación de la libertad que se corresponde con la figura de la detención preventiva con fundamento legal, se puede descomponer, a su vez, en las siguientes medidas de restricción cautelar de la libertad personal:

Conducción coactiva; Mandato de búsqueda y captura y Detención preventiva.

La conducción coactiva equivale a la figura de la citación, tratándose por tanto de una medida cautelar ordenada por el juez o el ministerio fiscal con la finalidad de asegurar la presencia del inculcado ante la autoridad que lo ordene, siempre que obedezca a motivos racionales de criminalidad cuya existencia diese lugar a medidas privativas de libertad (190) o, por el contrario, cuando un acusado no asista de modo motivado al juicio (191).

El mandato de busca y captura corresponde a la facultad de la autoridad (juez o ministerio fiscal), de decretar la detención del imputado que se encuentre en la situación de fugado, aunque también y con carácter excepcional, la propia policía puede hacer uso de dicha discrecionalidad en los casos de fuga del detenido (192).

Si las medidas cautelares, anteriormente mencionadas, se sustentan en la presunción de criminalidad del sujeto al que se priva de libertad, no ocurre lo mismo en todos los supuestos de detención preventiva, donde es muy dudoso hablar de la legalidad de tales medidas por su contradicción con el artículo 104 de la propia Constitución. De este modo, junto a las ya habituales formas de detención representadas por la detención en los supuestos de delito flagrante (193) o de ejecución de la orden de prisión (194), aparecen ciertas formas de privación de libertad contrarias al apartado 3º del artículo 104 de la Constitución, que exige la existencia de indicios racionales de criminalidad y por tanto la presunción de que se ha cometido un acto