

tratamiento, de acuerdo con GOMEZ BENITEZ, debe ser el de un delito consumado, ya que "la mera existencia de la situación de justificación es irrelevante penalmente, si está desvinculada de la finalidad y de que dicha irrelevancia muestra una estructura típica de injusto consumado" (643).

a'') Crítica del elemento "examen conforme a deber" como subjetivo de justificación.

Junto a estos requisitos, y debido a una errónea línea jurisprudencial que ha equiparado la existencia real y putativa de los presupuestos objetivos de la causa de justificación (644), un sector doctrinal viene exigiendo "el examen conforme a deber" por parte del funcionario, antes de proceder a la intervención en concreto (645). Tal circunstancia llega a adquirir la función de un auténtico subjetivo de justificación, en base esencialmente a una interpretación incorrecta del nº 4 del artículo 492 de la LECr, que, en todo caso, debe reducirse a supuestos de error invencible, quedando sometido el funcionario a las mismas reglas generales, en materia de error, que cualquier ciudadano, cuando considera la existencia de motivos bastantes para creer que la persona a la que se va a detener ha participado en la comisión de un delito.

Los peligros que la aceptación del elemento "examen conforme a deber", con una función como la expuesta, han sido denunciados por GOMEZ BENITEZ, que en base al análisis de la doctrina y jurisprudencia alemana, advierte que, "junto a los requisitos de competencia territorial y funcional y cumplimiento de las formas esenciales, establecen tanto la doctrina como

jurisprudencia dominantes en Alemania, un tercer requisito básico para la determinación de la conformidad a derecho del ejercicio del cargo: "El examen conforme a deber" del funcionario de los presupuestos de su intervención" (646). De lo que dice este autor, que "Estamos por tanto ante la existencia de un especial y flexible elemento subjetivo de la causa de justificación, ya que ello equivale a decir que para que tales acciones estén justificadas, el funcionario debe realizar el examen (subjetivo) de los presupuestos de la intervención. Cumpliendo este elemento subjetivo resulta intrascendente la existencia o no de la situación objetiva de justificación" (647).

Por estas razones, no debe confundirse entre la exigencia del examen conforme a deber, que debe realizar todo funcionario, como elemento que se evalúa a efectos generales en el seno del error sobre los presupuestos de la causa de justificación (648), con el examen conforme a deber como elemento subjetivo de justificación. Dicho elemento, sólo adquiere su verdadero significado en la determinación del alcance del error en el juicio de valor realizado por el funcionario en torno a los motivos bastantes de criminalidad, y no como requisito subjetivo de la causa de justificación.

b'') Consecuencia del incumplimiento de alguno de los criterios básicos que limitan la violencia estatal.

Tras la exposición de los requisitos que la doctrina acepta como prioritarios en la configuración de la eximente del artículo 8,11, es necesario determinar la responsabilidad del funcionario en los supuestos en los que se produce la ausencia de algunos de los

principios expuestos sean o no esenciales. En este sentido, es unánime la tesis que considera inaplicable aquella eximente en los casos en los que no existe necesidad en abstracto del uso de la violencia o falta el elemento subjetivo de justificación, así como tampoco podría aplicarse la eximente incompleta del 9,1 en relación al 8,11, al ostentar tales requisitos el carácter de esenciales (649). De hecho, tan sólo sería factible la comisión imprudente a través de las reglas generales del error (650). Si la extralimitación del funcionario se hace en relación, no a la necesidad de la violencia, sino respecto a la adecuación en concreto, excediéndose en el medio empleado, habría que distinguir, como hace CORDOBA RODA, entre el exceso doloso y el culposo. De modo que en los supuestos en los que el uso doloso de determinados métodos no sea proporcional a las características del caso, no podrá aplicarse la eximente, pero sí la atenuante, cuando concurra la necesidad en abstracto (651). Por el contrario, si el exceso es culposo, serían aplicables las reglas generales del error, con lo que se llegarían a resultados, tanto si el exceso es doloso como culposo. Con el fin de evitar esta injusta solución, CORDOBA RODA y MIR PUIG proponen, de forma correcta, que en los supuestos de exceso, tenga lugar la aplicación de la eximente más la imprudencia, "ya que concurre la necesidad, y el grado de fuerza se empleó por error vencible" (652).

Hasta el momento, sólo hemos analizado la posición doctrinal relativa a los requisitos exigidos en el uso de la violencia en general, pero es preciso recordar cómo el empleo de otros medios, como por ejemplo, el arma de fuego, está sometido a principios sólo en parte diferentes y específicos. En efecto, además de los criterios reseñados anteriormente, el uso del arma

de fuego requiere que exista un grave riesgo para la vida o integridad física de alguien (653).

b') Características específicas del uso de arma de fuego.

Ahora bien, pese al carácter específico del uso del arma de fuego, que requiere la presencia de elementos distintos a los que normalmente se exigen en el uso de la violencia en general, la doctrina ha seguido aplicando los mismos requisitos, tanto en un caso como en el otro, salvo las excepciones de GOMEZ BENITEZ, QUERALT y ZUGALDIA, que han limitado el empleo del arma de fuego mediante criterios específicos.

De este modo, GOMEZ BENITEZ considera que "más correcto parecería la restricción del uso del arma de fuego contra personas para ejercer el cargo, a los casos de absoluta necesidad: frente a delincuentes peligrosos, generalmente armados y con sospecha racional de que van a usar sus armas de fuego contra el funcionario, además de los supuestos de legítima defensa propia o de extraños, o de estado de necesidad" (654). Esta concepción, tiene el mérito de haberse realizado cuando aún no existía ninguna previsión legal al respecto, ni la doctrina exigía criterios diferentes a los del uso de la violencia en general, y de hecho, puede ser la base del actual artículo 5,2 d) de la LOFCS. Al mismo tiempo, tanto ZUGALDIA al considerar que nunca es racionalmente precisa la muerte dolosa de alguien para cumplir con la función pública de detener (655), como QUERALT, que reduce el uso del arma de fuego a fines exclusivamente de aseguramiento de la detención (656) y la orden de tirar a matar a los supuestos en los que

"esté en juego la vida y/o libertad de terceros inocentes, y sea la última posibilidad de acabar con la situación antijurídicamente creada" (657), han contribuido, mediante tales criterios, a limitar considerablemente el empleo de arma de fuego por parte del funcionario policial, aunque, como hemos visto al analizar la práctica jurisprudencial, los mismos no han tenido ninguna repercusión en la realidad.

Como ya expuse en su momento (658), al interpretar el nuevo 5,2 d) de la LOFCS, el uso del arma de fuego debe quedar reducido a los supuestos en los que existía un riesgo actual y objetivo para la vida o integridad física de alguien, sin que los conceptos de "peligrosidad" o "seguridad ciudadana" puedan, de ninguna forma, condicionar la actuación policial en esta materia. Por esta razón considero inaplicable el artículo 2,2 de la Convención europea para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, ya que entraría en juego el artículo 60 del mismo Convenio, al prever supuestos de uso del arma de fuego contrarios a la propia LOFCS.

c') Sobre la aceptación de causas de justificación, como legítima defensa y estado de necesidad en materia de coacción estatal.

Resta finalmente por analizar, la posibilidad de extender el estado de necesidad justificante o la legítima defensa a los supuestos en los que el funcionario excede las facultades que le impone la LOFCS, problemática ésta que ha dado origen a un amplio debate doctrinal en Alemania, pero de escasa repercusión en nuestro país, con las excepciones de QUERALT y CEREZO

MIR. Efectivamente, la doctrina dominante ha sostenido, o bien la subsidiariedad del artículo 8,11, respecto a tales causas de justificación (659), o por el contrario y debido a su naturaleza diferente, el carácter autónomo del cumplimiento del deber en relación a la legítima defensa (660), pero tanto en uno como en otro caso, se ha admitido la posibilidad de aplicar el estado de necesidad y la legítima defensa a los supuestos de actuaciones públicas estatales. Frente a tales planteamientos, QUERALT, basándose en la tesis estricta de la doctrina alemana, aunque sin mantener la excepción que en ella se establece, ha defendido la inaplicación de tales causas de justificación en los casos de intervenciones policiales, al considerar que la "actuación policial es siempre imputable al Estado y por tanto no puede actuar el policía como simple particular" (661), en segundo lugar, que la misión última es actuar en defensa de los particulares y del orden público, "con lo cual, de aceptar las argumentaciones combatidas, la función policial quedaría diluida, dado que actuaría siempre al amparo del derecho penal" (662), de admitirse, la subsidiariedad de tales causas de justificación "supone, por un lado, aceptar una reserva mental del funcionario; dejar a su albur cuando actúa sometido a su derecho específico y regulador y cuando actúa sometido al derecho penal. Por el otro, comporta la derogación de las disposiciones relativas al empleo de la coacción directa ..." (663). Concluye este autor afirmando que "la regla tercera del nº 7 del artículo 8 del CP impide que pueda invocar estado de necesidad, quien "tenga por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse" (664).

Sin llegar a las mismas conclusiones que QUERALT, CEREZO MIR ha manifestado que "los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad no podrán invocar

la exigente de legítima defensa si son víctimas de una agresión ilegítima, cuando se encuentren en el desempeño de sus funciones o con motivo "de las mismas" (665), aceptando tan solo el uso de estas causas de justificación cuando sean objeto de una agresión ilegítima "como particulares, es decir cuando no se encuentren de servicio y la agresión se realice por motivos particulares, podrán invocar la legítima defensa. No podrán hacerlo nunca, sin embargo, cuando la agresión ilegítima se dirija contra terceros, tanto si se encuentran como no de servicio", basándose en el propio artículo 5,5 de la LOCFS.

d') Conclusión.

De las tesis expuestas, y tal como adelanté al analizar los diversos planteamientos que sobre esta materia existen en Alemania, considero más congruente la estricta. El otorgar a la Administración la posibilidad de que las intervenciones policiales, no previstas por el ordenamiento constitucional-procesal y administrativo-policial, o incluso contrarios a la misma, queden amparadas por otras causas de justificación, donde el requisito de proporcionalidad es relativizado (666), va en detrimento de las garantías individuales, ya que se amplía el campo de intromisión del Estado. Ahora bien, la aceptación de este principio general, no impide el que con carácter excepcional se reconozca al funcionario la posibilidad de actuar con los medios que le otorgan, tanto el estado de necesidad como la legítima defensa, en aquellos supuestos en los que existe un peligro inminente para su vida o integridad física (667). Por ello, es evidente que no puede compartirse la tesis de QUERALT basada en la inaplicación del 8,7 por la obligación de sacrificarse que tienen los funcio

narios, ni la reducción del estado de necesidad o la legítima defensa a los supuestos en los que el funcionario no se encuentra de servicio, sostenido por CERZO MIR. Ya que el hecho de limitar el general empleo de tales causas de justificación, debido a los conocimientos especiales y a la gravedad del medio utilizado por el funcionario, no significa que éste tenga la obligación de soportar cualquier agresión ilegítima, en plano de desigualdad respecto de los demás ciudadanos, ni que sólo pueda recurrir a los medios que le proporciona el estado de necesidad o legítima defensa, cuando esté fuera del servicio, sino que es necesario reconocer al funcionario, la capacidad de actuar bajo tales causas de justificación excepcionalmente, siempre que exista peligro actual y objetivo para la vida de alguien, esté o no de servicio.

Por el contrario, aceptar la tesis amplia y consecuentemente, aplicar en todo caso las causas de justificación mencionadas a ilícitos policiales, supondría la justificación de conductas policiales contrarias a la misma legislación procesal y constitucional, como por ejemplo, la admisión de la tortura en supuestos donde se preterde averiguar del presunto terrorista la ubicación de un determinado comando, la incomunicación ilegal, etc.

### 3. ESTUDIO DE LOS SUPUESTOS DE OBEDIENCIA DEBIDA A ORDENES ILEGALES DE DETENCION.

La eximente de obediencia debida responde al principio consistente en subordinar la libertad del ciudadano al "correcto funcionamiento de la Administración". En la ponderación de intereses efectuada por el legislador, prevalece la obligación del funcionario

de obedecer determinadas órdenes ilegales, siempre que estas no sean manifiestamente antijurídicas o no se tenga conocimiento de la ilegalidad, no manifiesta, optándose por la infracción de una de las garantías del ciudadano de la incuestionabilidad de las órdenes del superior jerárquico. Lo que, por otra parte, en algunos casos, es lógico, ya que el funcionario no puede cuestionar todas y cada una de las órdenes que recibe, existiendo un ámbito de presunción de certeza en torno a las diligencias dictadas por el superior, que en todo caso plantea la interrogante de si la obediencia debida no es una de las formas en las que se presenta el cumplimiento del deber, y lo que es más importante, la necesidad misma de su existencia, dado que los supuestos por ella previstos quedan cubiertos a través de las reglas generales del error y las de la inexigibilidad de una conducta distinta (668).

En este apartado, el análisis versará exclusivamente sobre aquellos supuestos en que resulta aplicable la eximente de obediencia debida del 8,12 a conductas de funcionarios caracterizadas por haber recibido una orden de detención ilegal. La cuestión se plantea, por lo tanto, en dos niveles: obligatoriedad de cumplir un mandato antijurídico de detención, cuando el funcionario conoce la ilegalidad de la orden de detención y las consecuencias de cumplir una orden de detención ilegal, sin el conocimiento de la ilegalidad, bien porque esta no lo sea manifiestamente, o debido a una valoración errónea del mismo funcionario.

El primer supuesto descrito, se refiere a los casos en los que el funcionario conoce la ilegalidad de la orden de detención, siendo posible dos hipótesis: una, caracterizada por el conocimiento de la ilegalidad,

cuando ésta es manifiestamente antijurídica, y otra basada en el conocimiento de ilegalidad que no es manifiestamente antijurídica. La solución al primer caso no sería otra que la no aplicación de la eximente y la de considerar autor al funcionario que la cumpla, al margen, claro está, de la responsabilidad de autoría del superior que la dicta. Respecto al segundo caso, si bien la ilegalidad no es manifiesta para el funcionario medio, falta el elemento subjetivo de justificación, por lo que tampoco podría aplicarse la eximente ni la atenuante del 9,1 en relación al 8,12, al ostentar tal elemento carácter esencial (669).

En relación al segundo de los supuestos consistentes en el desconocimiento de la ilegalidad de la orden de detención por el funcionario que la practica, la solución, que antes dependía de los criterios comparativos en relación al artículo 369 del código penal, está supeditada ahora a la valoración que se realice del artículo 5,1 d) de la LOCFS de 1986. En dicho precepto se establece que los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, deben "sujetarse en su actuación a los principios de jerarquía y subordinación. En ningún caso, la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que "manifiestamente" constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las leyes" (670). El problema viene a ser el mismo, ya que se subordina la aplicación de la eximente, al elemento "manifiestamente", que de darse, imposibilita la obediencia debida. Ahora bien, qué debe entenderse por manifiesta ilegalidad es lo que intentaremos solucionar a continuación.

En la interpretación de esta fórmula, carecen de valor tanto el análisis de los antecedentes más próxi

mos como el estudio del derecho comparado, ya que describen situaciones muy diferentes a las aquí previstas. Así, el código penal de 1932, en su artículo 198 introdujo una innovación en relación al delito de detención ilegal practicada por funcionario, al considerar que "los funcionarios que con evidencia de la ilegalidad de la orden de detención se limitaren a ejecutarla, incurrirán en las penas respectivas señaladas en el artículo anterior en su grado mínimo". De este modo, se cumplía el mandato constitucional previsto en el artículo 28 de la constitución. Con esta propuesta, no solo quedaban exentos los funcionarios carentes del conocimiento de la ilegalidad de la orden, sino que se atenuaba la responsabilidad a los que, conociendo su ilegalidad, la ejecutaban (671).

Del Derecho Comparado (672), destacaría la regulación francesa, que prevé una modalidad de obediencia debida dentro del tipo relativo a los atentados a la libertad (673) en la que no alcanza carácter de justificación, sino de excusa absolutoria (674) y cuyo fundamento de exoneración no reside en el error del funcionario, ni en la inexigibilidad de una conducta diferente, sino, como dice GASSIN, "es el interés público el que exige que el funcionario inferior no delibere las órdenes que recibe" (675). En este ordenamiento, se exige de responsabilidad al funcionario, tanto si conocía la ilegalidad como si no, por la vía de la excusa absolutoria o por la de la causa de justificación.

La insuficiencia de los argumentos analizados nos obligan a realizar, en primer lugar, un examen de los requisitos que convierten a una orden en legítima y posteriormente, a la determinación de los criterios que delimitan el carácter manifiestamente ilegal de

la orden de detención.

Respecto a los primeros, suelen exigirse como requisitos de la orden legítima, que exista competencia objetiva, esto es, que la orden sea dictada por el superior dentro del ámbito de sus funciones, con aparente formalidad legal y respecto de una materia para la que teóricamente está capacitado (676). Por el contrario, la determinación del carácter manifiestamente ilegal de la orden es más controvertida, ya que frente a la tesis estricta del Derecho Administrativo sostenida por CEREZO MIR, se opone la tesis de la apariencia de carácter dominante. De este modo, mientras que para la primera la ilicitud manifiesta se determina en base al carácter nulo de pleno derecho de la orden, en relación a los criterios del Derecho Administrativo (677), en la segunda basta con la apariencia de licitud, sea o no nula de pleno derecho (678). Ello significa que en el planteamiento de CEREZO MIR no cabe la posibilidad de cumplir órdenes de carácter nulo, lo que sin duda limita el ámbito de actuación policial y favorece el examen y la cuestionabilidad de la orden, pero cuenta con un grave inconveniente y es que no se adecúa a las exigencias del artículo 369 del cp y al reciente 5,1 d) de la LOFCS, que son las claves en la interpretación de la ilicitud manifiesta de la orden (679). Por esta razón, es preferible recurrir a la tesis de la apariencia siempre que en la determinación de la ilicitud se utilice el criterio objetivo consistente en la interpretación que hubiese realizado un funcionario medio, con los conocimientos especiales del que realizó la valoración (680).

De acuerdo con tales criterios, considero que

si el funcionario desconoce la ilegalidad, pero ésta es manifiesta para el funcionario medio, no se podría aplicar la eximente, estando sometido el funcionario a las reglas del error vencible de prohibición. Si por el contrario, el funcionario desconoce la ilegalidad y ésta no es manifiestamente antijurídica para el funcionario medio, sería aplicable la causa de justificación, que en este supuesto que analizamos sería de atipicidad.

#### IV. CAUSAS DE JUSTIFICACION.

En base a la concepción del término "ilegalmente" como elemento de valoración global del hecho, en este delito las causas de justificación se reducen al estado de necesidad y a la legítima defensa.

##### 1. IRRELEVANCIA DEL CONSENTIMIENTO.

La disponibilidad de los derechos del detenido, supuso durante una época, no demasiado lejana, la práctica indefensión del ciudadano privado de libertad. La reforma efectuada por la Ley de Asistencia letrada al detenido de 1983 en la LECr, tuvo, entre otros fines, la intención de evitar tal desamparo, mediante un sistema condicionado de elección de letrado: la designación de oficio (681). Estas modificaciones legales responden a un planteamiento de fondo, que tiene que ver con la naturaleza misma del delito que analizamos y en concreto con la validez del consentimiento en relación a los derechos subjetivos individuales.

En esta materia, como en muchas otras, no existe equiparación entre el delito descrito en el artículo 480 y 184, ya que en aquél el consentimiento refleja el acuerdo entre particulares sobre la disposición del bien jurídico libertad con efectos justificantes o excluyente de la tipicidad, y en éste la relación que se establece no entre particulares, sino entre el individuo y el Estado y por tanto en un plano de desigualdad, siendo el interés tutelado no la libertad individual sino la seguridad personal.

Nos encontramos ante un bien jurídico constituido en base a derechos subjetivos individuales frente

al Estado, cuya renuncia pondría en peligro el sistema garantizador que establece la LECr en desarrollo del artículo 17 de la Constitución, ya que siempre existiría la duda de si el consentimiento del detenido carecía de vicios legales o, por el contrario, fué producto de la intimidación policial. Parece preferible considerar que los derechos que se ejercitan, no frente al particular, sino ante el Estado, en virtud de la presunción de ejercicio abusivo del poder que ostentan sus representantes, y que el propio legislador reconoce, al negar valor probatorio a las diligencias practicadas en sede exclusivamente policial, deben tener carácter de irrenunciable, siendo responsable el funcionario que infrinja cualquiera de las garantías del detenido aún con su consentimiento. A esta conclusión llegan a través de diferentes argumentos, y en base a una concepción distinta del concepto de bien jurídico en este delito, CORDOBA RODA (682), RODRIGUEZ DEVESA (683) y BUSTOS RAMIREZ (684).

Este planteamiento, coincide con la jurisprudencia que viene dictando el Tribunal de Derechos Humanos, con alguna sentencia del Tribunal Supremo (685) y responde al concepto de derecho fundamental que ofrece el Tribunal Constitucional (686).

De este modo, la sentencia de 18 de Junio de 1971 del TDH (687) considera que "el derecho a la libertad es demasiado importante en una sociedad democrática, dentro del significado del Convenio, para que una persona pueda perder el beneficio de la protección del Convenio, por la simple razón que se ha ofrecido voluntariamente a ser detenida. Una detención puede violar el artículo 5, incluso aunque la persona implicada estuvie

se de acuerdo con la misma". Tesis esta última, que ha sido ratificada por la sentencia de 27 de Febrero de 1980 (688), al mantener la irregularidad de la detención que cuenta con el acuerdo o consentimiento de la víctima, y por el propio Consejo de Europa (689) que al referirse al derecho a la libertad y seguridad del ciudadano, considera que se trata de derechos inalienables a los que no puede renunciarse de forma válida.

La irrenunciabilidad del derecho, debe incidir no sólo en la exención de efectos justificantes a la conducta del funcionario, sino también en la negación de valor procesal de las diligencias practicadas sin tales garantías (690). Principio que subyace en la LECr y del que es un ejemplo la naturaleza del atestado policial como simple denuncia. De este modo, mientras que la declaración de culpabilidad debe ser ratificada ante un órgano superior judicial, otros derechos como la renuncia del detenido al plazo de entrega, a la información de sus derechos, a la asistencia letrada, al control del médico forense, a la comunicación del lugar de detención a sus familiares, etc. permanecen pese a la actitud contraria del detenido, ya que es preferible subordinar en tales supuestos la hipotética libertad de elección a la seguridad personal.

## 2. ESTADO DE NECESIDAD Y LEGITIMA DEFENSA.

Como ya expuse en el apartado referente a la posibilidad de aplicación de tales causas de justificación a los supuestos de ilícitos policiales, su uso queda reducido a aquellos casos en los que el funcionario, o un tercero, sea objeto de una agresión ilegítima que origine un peligro grave, actual, y objetivo para su vida o integridad física (691).

## V. CULPABILIDAD.

En el delito que analizamos, el funcionario, como vimos, actúa dolosamente siempre que conozca y quiera la realización del contenido del elemento ilegalidad, pero tan sólo le es atribuida su conducta, cuando a ese conocimiento y voluntad de realización del presupuesto objetivo, se une el conocimiento actual o potencial de la valoración contraria a derecho del mismo, es decir, de la antijuricidad.

### 1. EL ERROR DE PROHIBICION EN DELITOS CON ELEMENTOS ESPECIALES DEL DEBER JURIDICO.

En el supuesto de que faltase alguno de los elementos que integran el conocimiento de la antijuricidad, estaremos ante realización de un error de prohibición, cuyo carácter, vencible o invencible, dependerá de la posibilidad de la cognición, en base a los conocimientos especiales que todo funcionario, teóricamente, debe poseer.

#### A) TRES PLANTEAMIENTOS DISTINTOS SOBRE LA CATEGORIA DEL ERROR QUE RECAE SOBRE UN ELEMENTO ESPECIAL DEL DEBER JURIDICO.

Antes de proceder a su análisis, es preciso recordar cómo de nuevo la discusión doctrinal se centra en el elemento "ilegalidad", cuya ubicación sistemática ha originado diversas alternativas, que van desde las posiciones que sostienen que un error sobre dicho elemento es de prohibición, hasta los que consideran que se trata de un error de tipo, pasando por la tesis que defiende, consistente en considerarlo como

un elemento de valoración global del hecho y por tanto, que la cualidad del error dependerá del presupuesto objetivo o subjetivo en el que recaiga. De esta manera se han formulado diferentes hipótesis en relación al tratamiento de error sobre los especiales elementos del deber jurídico que contienen una referencia a la antijuricidad. Así, frente a la tesis sustentada por WELZEL y KAUFMANN, que partiendo de la aceptación de la teoría de los tipos abiertos, consideran que el error sobre tales elementos es de prohibición (692), ROXIN y posteriormente JESCHECK, han desarrollado las bases de la teoría de los especiales elementos del deber jurídico, en torno a los elementos de valoración global del hecho, cuya existencia no condiciona, per sé, la cualidad del error, siendo de tipo o prohibición, según incida sobre el presupuesto del hecho o sobre la valoración del mismo. Ultimamente se está desarrollando otra tesis basada en la consideración de que el error sobre estos elementos, es de tipo, pese a reconocerse como teóricamente factible la solución del error de prohibición, como así lo hace MUÑOZ CONDE, partidario de este planteamiento, al manifestar en relación al delito de defraudación tributaria que "El conocimiento de los deberes tributarios es presupuesto, tanto del dolo del tipo como del conocimiento de la antijuricidad (693)... Ahora bien, no hay que esperar a tratar en el ámbito de la culpabilidad (error de prohibición), lo que ya puede ser tratado (y excluido) en el ámbito de la tipicidad" (694). Estas razones conducen a dicho autor a afirmar que "hay, pues, ningún problema ni dogmático, ni político-criminal, en aceptar que el error sobre los elementos del tipo referidos a la antijuricidad debe ser tratado como un error de tipo, es decir, como un "error sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal" de los pfos. 1º y 2º del art. 6 bis a)" (695).

Los fundamentos teóricos de la tesis de WELZEL y ROXIN, creo innecesario repetirlos, al haber sido analizados en el apartado referente al elemento ilegalidad, si bien es interesante destacar como, BACIGALUPO, tras reconocer que ambas tesis son defendibles, se ha decantado por la del error de prohibición, al considerar que la solución "dependerá de donde se ponga el acento de la valoración jurídica, lo que por una parte requiere una valoración de las consecuencias prácticas que se deriven de una y otra posición" (696), por lo cual, continúa este autor, "la respuesta depende de cuál de las soluciones permite una mejor distribución de los riesgos de la vida social. La posición minoritaria, presupone una distribución más acertada, porque exige al autor un mayor cuidado frente a las consecuencias de su acción respecto a otras personas o de bienes jurídicos de otras personas" (697).

a) Crítica a la tesis sostenida por BACIGALUPO.

No considero del todo correcto el plantamiento de BACIGALUPO, ya que mediante la tesis de los elementos de valoración global del hecho, se llega a resultados similares, sólo en relación al error sobre la valoración, sin que se precise calificar, ex ante, de prohibición, cualquier error que recaiga ya sobre el presupuesto o sobre la valoración de la ilegalidad. De este modo, el error del funcionario sobre la valoración de la ilegalidad, tendrá normalmente el carácter de prohibición vencible, dado los especiales conocimientos que debe poseer, mientras que el error será de tipo, a veces invencible, si el examen realizado tiene carácter objetivo, y en base a tales motivos bastantes de crimi

nalidad, que hasta un funcionario medio con los conocimientos específicos propios del cargo que ostenta, hubiese actuado del mismo modo. Este tratamiento, no supone un aumento de los riesgos de la intervención estatal, sino por el contrario, limitar la responsabilidad del funcionario a su auténtico grado de culpabilidad, siendo, además de justo, más correcto dogmáticamente.

b) Crítica a la tesis defendida por MUÑOZ CONDE.

En relación a la tesis sostenida por MUÑOZ CONDE, es necesario precisar que si existen inconvenientes dogmáticos y político-criminales para su aceptación en el plano de los delitos de funcionarios con elementos especiales del deber jurídico. Ya que, en cuanto a los primeros, es evidente que se produce una confusión en sede de tipicidad, de la base, objeto de la valoración, y la valoración misma, que imposibilita la distinción tipicidad-antijuricidad (698), y respecto a los segundos, si aplicásemos a estos delitos dicha teoría, no cabría la conducta dolosa del funcionario que conociendo y queriendo la realización del contenido de la ilegalidad, no llega a poseer un conocimiento actual sino potencial de la misma (690), por lo que podría llegarse incluso a la impunidad si no se admite la forma culposa de comisión de tal delito, con lo que se privilegia al funcionario hasta tal punto que se contradice la finalidad de una teoría que parece ir dirigida hacia otras metas bien distintas (700).

B) CONSECUENCIAS DE LA TEORIA DEL ELEMENTO DE VALORACION GLOBAL DEL HECHO EN MATERIA DE ERROR.

Los resultados de aplicar la teoría de los elementos de valoración global del hecho a los diferentes supuestos de error del funcionario en la práctica de la detención, son los siguientes: Si el funcionario realiza una privación de libertad creyendo que existe una normativa que le ampara, -cree, por ejemplo, que la LECr autoriza la detención por simples faltas, sin exigir ningún tipo de requisitos, y detiene a un ciudadano que se niega a identificarse, mediante la muestra del carnet de identidad-, estaríamos en presencia de un error de prohibición de carácter vencible, basado en el deber de información de todo funcionario de la legislación que tiene que aplicar diariamente, y que, por otro lado, forma parte del contenido de una profesión, que exige el conocimiento exhaustivo de las materias procesales-constitucionales y penales para el correcto ejercicio de la función pública "detención". No siendo admisible la alegación del desconocimiento de la legislación aplicable, por aquellos que tienen el deber de actuarla (701). Este criterio, responde al principio Hegeliano de que "el error cometido, con una fallida prestación o con una violación real, es un juicio negativamente infinito y por lo tanto, es una culpa y un delito" (702), y además, es compartido de modo excepcional por alguna sentencia del Tribunal Supremo cuando considera que "la autoridad no puede recurrir a la falta de intención, ya que tiene obligación de conocer sus derechos y deberes" (703).

La solución en este caso sería, por lo tanto, la aplicación del artículo 6 bis a) pfo. tercero, de forma que no se excluiría el dolo, pero se rebajaría la sanción en uno o dos grados del delito doloso.

Si el funcionario practica una detención ilegal, con motivo de una interpretación incorrecta de la normativa existente, el supuesto es claramente diferenciable del anterior, ya que no es que desconozca la existencia de la norma, sino que yerra en la valoración realizada sobre la misma, cuando por ejemplo considera que el plazo de detención, es en todos los supuestos de 72 horas, y no entrega el detenido a la autoridad judicial tras el tiempo estrictamente necesario para efectuar determinadas diligencias.

En este caso, caben dos posibilidades, que tal error de prohibición sea vencible o invencible, para lo cual aplicaremos el baremo objetivo, que consiste en la representación hipotética de lo que hubiera realizado un funcionario medio con los conocimientos que a los mismos se le exigen, en tal evento. Si el examen conforma a deber realizado en base a un conocimiento de la materia específica objeto de la detención, no permite aún una decisión acorde con la ley, como consecuencia de la complejidad de la norma que se evalúa, como por ejemplo, el límite del plazo de detención, habría que excluir la responsabilidad criminal mediante la aplicación del 6 bis a) por tratarse de un supuesto de error invencible. Ahora bien, si la valoración es incorrecta por impericia, por desconocimiento del alcance de la normativa, el error sería vencible, por lo que permanecería el dolo y se rebajaría la pena en uno o dos grados del delito doloso.

Finalmente, analizaré el supuesto del funcionario policial que dispara en la creencia de que corre un peligro inminente su vida, cuando en realidad la víctima tan solo se acercaba con la intención de ayudar

le frente a otros agresores. Es el típico caso de un error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, en los que el funcionario cree que se dan los requisitos necesarios para hacer uso de la fuerza, sin que estos se den en realidad. En la solución de esta hipótesis, considero correcta la fórmula ofrecida por la teoría estricta de la culpabilidad, consistente en dar a estos casos el tratamiento del error de prohibición, ya que el funcionario que así actúa lo hace dolosamente, conoce y quiere el contenido de la ilegalidad, pero no lo valora correctamente (704). De forma que si el error era inevitable siguiendo el criterio objetivo anteriormente expuesto, el hecho es impune por ausencia de culpabilidad, y si por el contrario, no existía base objetiva suficiente en el examen conforme a deber realizado por el funcionario, el hecho es doloso y culpable, pero su responsabilidad queda atenuada por las prescripciones del artículo 6 bis a).

## VI. "ITER CRIMINIS".

### 1. TENTATIVA Y FRUSTRACION.

La naturaleza esencialmente instantanea (705) y de simple actividad del delito de práctica ilegal de detención realizado por funcionario público, ya analizada (706), impide la aparición de las formas imperfectas, dado que este se consuma en el instante en que se infringe la garantía (707), tan sólo y en el supuesto, no de ejecución directa, sino de cumplimiento de ordenes ilegales de detención judicial, existirían ciertas dudas en relación a la posibilidad de admisión de la tentativa, si entre el momento en el que se produce la orden y el cumplimiento de la misma, se interrumpe el proceso causal involuntariamente, o por el contrario, cuando el interés sea la libertad de movimiento, y el funcionario no consiga mantener la detención durante el plazo que tenía previsto del mismo modo. En el primer supuesto, ya el hecho de dictar la orden ilegal de detención, consuma el delito por infracción de la garantía relativa a los supuestos de detención del artículo 494 en relación al 492 de la LECr, siendo impune la conducta del funcionario que, en caso de cumplir la orden, obraría en obediencia debida, generalmente. En el segundo caso, el delito se consuma en el instante en que la privación de libertad no

obedece a la finalidad de realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, siendo el plazo un simple criterio de medición de la pena.

## VII. PROBLEMATICA DE LA AUTORIA Y PARTICIPACION (708).

### 1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.

Antes de proceder al análisis de los diferentes casos de autoría y participación que pueden darse en el delito de detención ilegal practicada por funcionario, es preciso concretar la naturaleza especial de tal delito, ya que las soluciones alcanzadas dependerán del carácter propio o impropio que le otorguemos.

Los delitos especiales, tanto propios como impropios, se caracterizan por la existencia de elementos objetivos de la autoría, que delimitan los posibles sujetos activos de los mismos; así, en el delito de detención ilegal de funcionarios, sólo pueden serlo aquellos funcionarios a los que la ley les concede facultades de detención, reduciéndose por consiguiente el círculo, a la Autoridad y a los agentes de la policía judicial (709).

La diferencia radica en que, mientras en los delitos especiales impropios la lesión del deber representa simplemente una agravación o atenuación de la responsabilidad, en los especiales propios es la esencia de su fundamento (710). Por lo tanto, si en los

delitos especiales impropios la ausencia de los elementos típicos del delito especial, deriva en la coexistencia de los elementos del tipo común, en los delitos especiales propios, por el contrario, no existe correspondencia alguna con ningún tipo común, por lo que, de no cumplirse el tales elementos, la conducta resultaría impune. (711).

El delito de detención ilegal practicado por funcionarios es, sin lugar a dudas, un delito especial propio (712) que se diferencia del delito de detención realizado por particulares, por la calidad del bien jurídico, siendo en el primer caso las garantías del ciudadano en el procedimiento de detención preventiva y en el segundo, exclusivamente, la libertad de movimientos. Frente a la concepción de éste delito como especial impropio (713), que significaría la comisión del delito común del artículo 480 del código penal por el extraneus (particular o funcionario no delegado), en los supuestos de participación en la detención ilegal de funcionarios públicos, planteo la desigualdad entre los bienes jurídicos de ambos delitos, que hace inaplicable el 480 en los casos de actuación del extraneus en el delito del 184.

En estos casos, la realización del tipo penal del 184 no supone una atenuación de la responsabilidad en relación al artículo 480 por la condición del sujeto activo, sino por la diferente naturaleza del bien jurídico protegido, de lo que se deduce que aplicar el 480 como delito común sería lo mismo que utilizar, en estos casos, los tipos penales 496 o 194 (coacciones o infracción de los derechos cívicos respectivamente), es decir, sancionar como detención ilegal de particulares

algo que realmente no tiene correspondencia con otros tipos de distinta naturaleza, porque faltan simplemente elementos objetivos de autoría.

Establecidas estas premisas, es preciso resolver los problemas generales de participación y autoría, características de los delitos especiales propios.

## 2. AUTORIA

### A) Inaplicabilidad de la teoría del dominio del hecho en estos delitos.

Sólo puede ser autor de este delito y por tanto realizar los elementos del artículo 184, el funcionario público; ahora bien, no cualquier funcionario, sino tan sólo aquellos especialmente delegados por la ley de Enjuiciamiento criminal en el ejercicio de la función pública de detención": la autoridad y los agentes de la policía judicial.

Si, en general, la teoría del dominio del hecho es útil en la solución de la determinación del concepto de autor de la mayor parte de los delitos, no ocurre lo mismo en los casos de los delitos especiales propios, los delitos imprudentes o los delitos omisivos, ya que, de aplicar dicha teoría a los mismos, se limitaría excesivamente el concepto de autor y partícipe, determinando la impunidad en un gran número de casos (714). De este modo, si se considera que autor del

delito del 184 es sólo el funcionario público que tiene el control del hecho, permitimos la impunidad en los supuestos de utilización de un "extraneus doloso no cualificado", pues, en estos, el intraneus (funcionario) no tiene el control de la acción, que pasa exclusivamente a depender del extraneus (particular), que a su vez no reúne los especiales elementos de la autoría, por lo que, consecuentemente, no puede infringir directamente el tipo que requiere la existencia de un funcionario público en su realización.

Los intentos de WELZEL (teoría del dominio social del hecho) y de JECHECK (teoría del dominio normativo-psicológico del hecho) de corregir el defecto, ya denunciado, en el que incurría la teoría del dominio del hecho al tratar el tema del instrumento doloso no cualificado y el del instrumento que actúa sin intención o cualificación, resultaron del todo infructuosos. Así, tanto si se considera que en los delitos especiales propios es el cualificado el que otorga al extraneus la posibilidad de participar "en la realización típica del delito especial", concretándose de este modo el dominio del hecho del intraneus mediante el control de la participación del no cualificado (715), como si se entiende que el dominio del hecho debe concebirse normativamente, y por ello, que en estos supuestos la autoría se determina en función del "influjo jurídicamente dominante del hombre de atrás" (716), se está ampliando desmesuradamente el concepto de autor, llegándose a confundir los límites de la teoría del dominio del hecho con el objetivo formal referente a los delitos de resultados con el fin de evitar la laguna que, en estos supuestos, evidencia tal teoría.

B) Tesis de la lesión de un deber específico.

Por esta razón, ROXIN ha elaborado un método diferente en la determinación de la autoría y participación en los delitos caracterizados por la ausencia de dominio del hecho: delitos de lesión de un deber específico, delitos de propia mano y delitos imprudentes. Siendo únicamente de interés, por el objeto de nuestro estudio, el análisis del concepto de autoría resultante de aplicar dicha tesis a los delitos de un deber específico (717). En estos delitos, según ROXIN, "no es autor quien domina el hecho sino quien produce un determinado resultado infringiendo el deber específico" (718) y participe el que, tomando parte en la acción del "otro", lo hace sin infringir ningún deber específico.

Será este planteamiento, que considero correcto, el que utilice en la resolución de los distintos casos de autoría que se pueden presentar en el delito de detención ilegal realizada por funcionario público (719).

C) Aplicación de la tesis de ROXIN a diferentes supuestos de Autoría.

Dentro del modelo establecido por los delitos de deber específico, se encuentran, claro está, los delitos especiales propios y los delitos omisivos,

convirtiéndose los Amtsverbrechem (delitos del cargo), en uno de los ya clásicos delitos de carácter especial propio, en donde el concepto de autor viene dado, no por el control final del hecho, sino por la infracción del deber impuesto. De ello se deriva que, para ser autor del delito que analizamos, no es necesario ejecutar directamente la acción, si se está infringiendo el deber legal de respetar los casos, formas o garantías previstas, y al mismo tiempo, que también pertenecerían al concepto de autor, no sólo los supuestos de omisión en los que el funcionario (garante) no impide, pudiendo hacerlo, la ejecución de una detención ilegal, ya que es precisamente el deber de garante lo que transforma este tipo de delitos en especiales propios, sino también en aquellos otros los que el funcionario omita la ejecución de cualquiera de las garantías que procesal y constitucionalmente se reconocen al detenido (720).

Más complicado resulta resolver aquellos casos de autoría mediata en donde el intraneus se sirve de un instrumento no cualificado, y, especialmente, cuando éste es doloso. Siguiendo la tesis de ROXIN, es indudable que el intraneus que utiliza un extraneus doloso, sería autor meditato (por infracción del deber) mientras que el extraneus no cualificado respondería como cómplice de su participación en el hecho, ya que, al no reunir los elementos objetivos de autoría, no puede realizar los elementos típicos del 184. En conclusión, el funcionario que lleve a cabo una detención, no directamente, sino mediante un particular, será autor mediato del delito previsto en el artículo 184 del código penal, mientras que la responsabilidad del particular dependerá de si su

actuación es o no dolosa, siendo cómplice del delito de detención ilegal del 184 en caso de actuar dolosamente, e impune cuando la acción sea ejecutada por error de tipo invencible (721).

Por el contrario, BACIGALUPO intenta demostrar la falta de necesidad de reformar el sistema de accesoriedad realizado por ROXIN, al considerar que "es preciso distinguir entre el dominio de la acción, de la infracción del deber que sólo puede tenerla quien es sujeto del deber, y el dominio que sobre su propia acción tiene el extraneus, no sujeto de deber. Sin duda que éste domina su acción de ejecutar. Pero el dominio del hecho que determina la autoría, depende de la posición relativa del sujeto respecto de los demás, desde un punto de vista de la estructuración directiva del hecho total. En los delitos de infracción del deber, sólo puede tener esta posición el que es sujeto del deber" (722). Por ello deduce que en estos casos hay autoría directa del intraneus y complicidad en el extraneus; lo que en definitiva parece más convincente con una tesis que propugna un concepto de autoría basado, no en el dominio del hecho, sino en la infracción de deberes específicos.

En el supuesto de que sean varios los que intervienen en la realización del hecho y alguno de ellos sea un extraneus, es decir, nos encontramos ante un caso de colaboración entre funcionarios y particulares en la ejecución de una detención ilegal, estos últimos, aunque efectúen y contribuyan con un acto ejecutivo a la consecución del delito, no podrán nunca responder como autores directos, mediatos, ni coautores del delito de detención ilegal de

funcionarios, pues carecen de la especialidad requerida por el tipo, pero sí, por el contrario, como partícipes del mismo. Sólo sería posible la coautoría del extraneus en los supuestos en los que el tipo penal sea fraccionado y permita la actuación del extraneus, cosa que no ocurre en el delito de detención ilegal de funcionario público. No existe, por el contrario, ningún tipo de problemas a la hora de resolver los supuestos en los que sean solo intranei (funcionarios) los que efectuen la detención, pues tanto en base a la teoría del dominio funcional del hecho que exige la colaboración en el hecho en la fase ejecutiva, como a la tesis de la infracción del deber, son coautores quienes realicen una parte del tipo, que en estos casos siempre consiste en la infracción de un deber.

### 3) PARTICIPACION

#### A) UNIDAD DEL TITULO DE IMPUTACION Y PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD COMO CRITERIOS BASICOS

En relación a la participación de un extraneus (particular o funcionario no cualificado), en delito de detención ilegal practicado por funcionario público, sostengo, básicamente, los principios generales de accesoriad limitada y de unidad del título de imputación; esto significa que, debido al caracter accesorio de la participación, es impune (solo en relación al 184), la colaboración de un extraneus en la práctica de una detención realizada por el funcionario conforme a derecho, en virtud de la exigencia de que hecho del autor sea también antijurídico. Este sería el caso del funcionario que efectúa una detención respetando los casos, formas y garantías legales, al existir indicios racionales y objetivos de criminalidad en base a la denuncia realizada por un particular, que tiene la particularidad de ser falsa. No cabe la menor duda de la licitud de la actuación del funcionario, y por ello, la imposibilidad de considerar partícipe al que, sin poseer los elementos objetivos de la autoría, colabora en una acción lícita. Ahora bien, el hecho de considerar inaplicable en estos casos la teoría de la participación, a pesar del engaño con el que actúa el particular para conseguir una finalidad privada, mediante la intervención del funcionario y por tanto

La impunidad del extraneus en relación al 184, no significa, como contrapartida, que la acción del particular sea impune, sino simplemente que es inaplicable en estos supuestos el tipo referente a la detención de funcionarios, al no reunir la cualificación necesaria para realizar el tipo (no pudiendo ser por tanto autor mediato del 184), y al colaborar en una acción lícita (lo que imposibilita la participación). En tales supuestos, el particular que se sirve de un intraneus que actúa conforme a derecho mediante la realización de una denuncia falsa, responde como autor mediato del delito de detención ilegal realizado por particulares, previsto en el artículo 480 del código penal, ya que a él le corresponde el dominio del hecho a través del engaño con el que actúa el funcionario (723).

Por otra parte y en relación al principio de unidad del título de imputación, el partícipe extraneus responde del hecho del intraneus, sin que exista ninguna razón para considerar que en tales supuestos, el extraneus participa de un delito que no se ha cometido realmente, solución esta última a la que conduce la ruptura del título de imputación a través de la aplicación del artículo 60 del código penal (724). Así, en los casos en que el particular o, en general, el no cualificado, intervenga en un hecho ajeno mediante la inducción o complicidad con el funcionario que ejecuta dolosamente la detención ilegal, será partícipe del delito del 184 del que el intraneus es el autor directo. Esto también ocurrirá en el supuesto en que el extraneus, "intervenga" de forma pasiva en la realización de una detención ilegal. Siendo este el caso del particular que no interviene impidiendo el

ejercicio de una práctica ilegal de detención.

De aceptarse la ruptura del título de imputación en los delitos especiales propios, el extraneus sería impune ante la inexistencia, en tales casos, de un tipo común.

Finalmente, es preciso afirmar que cualquier intervención posterior a la consumación de una detención ilegal caracterizada por la infracción de cualquiera de las garantías legales, se convierte, no en una mera forma de participación, sino en un nuevo delito de detención ilegal de funcionarios (725).

En torno a la figura del agente provocador, en los supuestos en los que sean los agentes de la policía judicial los que creen la ocasión necesaria para que el sujeto intente cometer un delito y poder practicar la detención, en el momento de ir a cometer el delito, o una vez efectuado, es necesario afirmar la licitud de tal medida cautelar, pues se actúa conforme a los postulados de la Ley de enjuiciamiento criminal (arts. 490 y 492), pero a la vez es posible, por el contrario, considerar que al efectuar tal acción dichos funcionarios pueden incurrir en una forma de participación en el hecho de inducción o complicidad (726).

## VIII. CONCURSO DE DELITOS Y NORMAS

### 1. INTRODUCCION.

Antes de proceder al análisis de las diversas hipótesis concursales de este delito, es preciso significar la ineficacia del delito continuado en el mismo, debido a su naturaleza estrictamente personal, determinada por las garantías del detenido ante la privación de libertad (727).

El contenido de este apartado ha quedado sustancialmente reducido, al delimitarse el concepto de interés protegido en base a la comparación entre los tipos 184 y 480 en el capítulo referente al bien jurídico (728), concretarse la subsidiariedad del 194 en relación a la detención practicada por funcionario (729), y excluirse de este estudio la detención de personas sometidas a un status específico (730). Así pues, una vez centrado el ámbito de aplicación del 184, será posible concluir sus relaciones con los demás tipos que conforman el delito de detención ilegal, y además establecer la comparación entre éste delito y el de arrogación de atribuciones judiciales, usurpación de atribuciones administrativas, prevaricación, coacciones, para finalizar planteando la hipótesis real o ideal del concurso que representan los controles y las redadas ilegales.

2. NATURALEZA DEL 184 EN RELACION A LOS TIPOS PENALES 185, 186, 187 y 188.

Al ser el artículo 184 el tipo básico en el delito de detención ilegal, dada la extensión de la fórmula utilizada como conducta típica que permite la defensa de los derechos del detenido, sean integrantes de la primera o segunda fase de la detención preventiva (731), las específicas garantías reguladas en los preceptos 185, 186, 187 y 188 podrían, sin dificultad, tener acogida en aquel precepto. Ello significa, de lege data, que el concurso posible entre tales conductas y la del 184 se resuelve en razón de la especialidad de aquellas, en base al concreto, aunque no exclusivo, reconocimiento de las mismas para el legislador, y de lege ferenda, la necesidad de suprimir tal cauística y su sustitución por una tipología que describiese el interés tutelado mediante la especificación de los derechos del detenido, utilizando como objeto de referencia al propio artículo 184.

En la primera fase de la detención, es donde en realidad pueden surgir los mayores problemas interpretativos, debido a la similitud del contenido de los preceptos 184, 186 y 187,1. En efecto, si bien el 184 regularía tanto los supuestos, garantías y forma de practicarse la detención, el 186 prevé expresamente una de esas garantías, al sancionar al funcionario público que no ponga a disposición judicial al detenido en 72 horas, mientras que el 187,1, establece la necesidad de

que el funcionario realiza la detención, la ponga en conocimiento del juez a las 24 horas siguientes.

Esto ha originado en la práctica algunos problemas doctrinales, ya que, en opinión de CORDOBA RODA, "si tras abstenerse el funcionario de entregar en 72 horas al detenido a la autoridad judicial no se proroga la detención más allá de "un corto periodo de tiempo" debe aplicarse al 186 (732) en detrimento del 184, siempre que el exceso del plazo no sea superior a tres días. Por el contrario, SERRANO GOMEZ considera que "transcurridas las primeras 72 horas se aplicaría el 186, pasadas las mismas, el 184, en razón del tiempo que dure la detención" (733).

En esta discusión, el argumento de CORDOBA RODA es cuestionable, no sólo por ampliar el marco de actuación del 186 a la esfera propia del 184, sino que además, tal criterio conduciría a situaciones desiguales en base a una interpretación excesivamente ambigua de la expresión "corto periodo de tiempo" como equivalente a tres días, que permite sancionar con una pena inferior, la conducta ya regulada en el 184 cuando prevé el supuesto de una detención que supere los tres días, pero no alcance los quince, con una pena de suspensión y multa. Por esta razón, entiendo que si la detención supera el "término" legal que se establece en torno al tiempo estrictamente necesario para realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, que en ningún caso puede elevarse por encima de las 72 horas, sin sobrepasar este límite máximo, el tipo penal aplicable es el 186 ya QUE SERÍA LA NORMA ESPECIAL EN EL CONCURSO CON EL 184. Si por el contrario, la privación de libertad excede el plazo de

72 horas, el precepto aplicable no puede ser otro que el 184. Esto significa, que en el supuesto de que un funcionario tras la realización de la diligencia preliminar obligatoria de solicitar al detenido la firma del atestado, si éste voluntariamente se ofrece a declarar, mantenga la detención hasta agotar el plazo de 72 horas, infringiría el artículo 186 y no el 184, que tan solo entraría en juego cuando tal privación de libertad exceda las 72 horas.

En relación al 187,1, que sanciona la omisión del funcionario que deja transcurrir 24 horas sin comunicar al juez la recepción del detenido, o lo que es lo mismo, la práctica de la detención, no se explica el término de 24 horas establecido, desde el momento en que este tipo tiene sentido en cuanto sanción de la infracción de la garantía prevista en el artículo 284 de la LECr, que exige que "inmediatamente que las fuerzas de la policía judicial tuvieran conocimiento de un delito público... lo participarán a la autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal...". Si esto es así, lo lógico sería sancionar al funcionario que deja pasar un plazo mínimo de tiempo entre la detención y la comunicación, siendo realmente excesivo el de 24 horas, cuando basta una simple comunicación telefónica. Por otro lado, no puede existir confusión con relación al 184, ya que se trata de garantías regidas por el criterio de especialidad del 187,1 respecto al tipo básico de detención.

### 3. RELACION ENTRE EL DELITO DE ARROGACION DE ATRIBUCIONES JUDICIALES Y EL 184.

El delito previsto en el artículo 178 del código penal regula aquellos casos en los que el funcionario se arroga atribuciones judiciales e imponga un castigo equivalente a una pena personal o pecuniaria grave, exigiéndose por la doctrina, en la realización del mismo, que concurren tanto un elemento objetivo como subjetivo (734). El objetivo, consistiría en el ejercicio efectivo de tales atribuciones, y el subjetivo, se fundamenta en el conocimiento de que tales funciones no le corresponden.

La interrogante surge en relación a si la práctica de la detención ilegal supone o no, al mismo tiempo, una arrogación de las atribuciones judiciales, ya que, si bien el artículo 26 del código penal especifica que la detención no es una pena, ello no implica que no sea una medida equivalente, por lo que cumpliría el requisito exigido por el 178, en torno a "un castigo equivalente". El problema, radica por consiguiente, en la resolución del criterio en base al cual se determina si la relación entre el 178 y el 184 se desenvuelve en el plano del concurso de normas o en el de delitos. En este sentido, RODRIGUEZ DEVESA al referirse al artículo 178, considera que "el bien jurídico que aquí se protege es fundamentalmente político: la división de poderes. Por consiguiente, la pena no cubre con su implícito juicio desaprobatorio más que la legítima ingerencia tipificada en la ley. Las consecuencias nocivas para la vida, integridad corporal o la salud, la libertad, no pueden nunca entenderse consumidas por estos delitos..." (735), por lo que este autor claramente se decanta por la existencia en tales casos de un concurso real y no de

normas. Criterio, este último, que sostiene CORDOBA RODA al entender que el elemento esencial radica en la finalidad perseguida por el autor del hecho, de modo que "si la privación de libertad no es orientada al indicado fin (aquel arresto o privación de libertad llevada a cabo con el fin de someter a una persona a una autoridad facultada para enjuiciar conductas y en su caso imponer sanciones), sino a otro distinto... o a dar realización a unos propósitos de significación privada, debe rechazarse la aplicación del 184. En el primero de estos dos casos deberá entenderse la aplicabilidad del 178, en el segundo el de detención ilegal de 480 (736).

La solución más acertada, es la que plantea las relaciones entre el 178 y el delito de detención ilegal en torno al concurso de normas, rigiendo el carácter especial del 178. Ahora bien, es preciso significar que existen dos hipótesis posibles: una primera, en la que la detención realizada por el funcionario tenga finalidad pública, en la que no cabría sostener la aplicabilidad del 178 al faltar aquella finalidad de querer imponer una sanción o un equivalente, y una segunda, caracterizada por el carácter privado de la actuación del funcionario. En tales supuestos habría a su vez que distinguir entre los casos en los que el funcionario no pretende la finalidad descrita en el artículo 178 y aquellos otros en los que realmente desea arrogarse tales atribuciones. En el primer caso, tendría lugar un concurso de normas entre el 178 y, no el 184, sino el 480, aplicándose este último, mientras que en el segundo supuesto, el precepto más específico sería el 178 en relación al 480, mediante el concurso de normas correspondiente. Por lo que, en conclusión, es

inadmisible plantear la posibilidad de concurso ni de normas, ni de delitos, entre el 184 y el 178. La Jurisprudencia, pese a seguir manteniendo un concepto de la detención del 184, en el que incluye las privaciones de libertad con finalidad exclusivamente privada, no ha dudado en aplicar el delito de arrogación de atribuciones judiciales en el concurso de normas planteado con aquel delito (737), llegando a afirmar que "y de otro lado, que se quiera rebajar el hecho al delito del artículo 184 del c.p., que defiende contra el abuso, arbitrariedad o injustificación del "ius detentionis" pues además de la ilegalidad de esta, por la motivación y por el contenido, se produjo la arrogación de atribuciones judiciales, ya que realmente no se detenía para un juez, sino se penaba sin fuero, dando vida a la nota que sobrepasa tal infracción, por no exigirla, e incardinar la conducta en el 178, rectamente aplicado por la Audiencia..." (738).

4. ESPECIALIDAD DEL 184 RESPECTO A LOS DELITOS DE USURPACION DE ATRIBUCIONES JUDICIALES, PREVARICACION Y ATENTADO A LA AUTORIDAD.

Por otra parte, el 178 no es más que una forma cualificada del artículo 378, 2º, que prevé la conducta del funcionario público que se arrogare atribuciones judiciales, siendo por consiguiente el tipo básico el delito de usurpación de atribuciones judiciales. En relación a ésta nueva figura, le es aplicable lo expuesto anteriormente, al

hacer referencia al delito de arrogación de las atribuciones judiciales, como así lo reconoce un sector jurisprudencial (739), al rechazar, incluso, que puedan apreciarse conjuntamente los artículos 481,3 y el 378,2, "pues en ese caso se penarían dos veces los mismos hechos, uno como usurpación y otro como modalidad especial de la detención" (740). Por el contrario, otra línea jurisprudencial, mantiene "que la detención arbitraria no es una consecuencia de la usurpación de atribuciones, porque el Alcalde pudo muy bien incurrir en la primera responsabilidad y no en la segunda, ya poniendo en libertad antes de las 24 horas... La usurpación de atribuciones puede existir sin la detención arbitraria y esta sin aquella, no siendo por consiguiente medio necesario la una para la otra" (741).

Esta última posición es incorrecta, pues si bien es cierto que la usurpación es un tipo genérico cuya existencia no depende de la previa comisión de una detención ilegal, en los supuestos en los que el sujeto activo pretenda la arrogación de las atribuciones judiciales, y no el ejercicio de una función pública al efectuar la detención, estaremos en presencia de un concurso de normas entre el 378,2 y el 480. Si la detención es ilegal, y la finalidad pública, no cabe la posibilidad del concurso de delitos sino tan sólo el de normas entre el 184 y el 378,2, primando el carácter más específico del delito de detención ilegal. Lo contrario, supondría infringir el principio de non bis in idem. Argumento, este último, que puede sostenerse sin dificultad en relación al delito de prevaricación de los artículos 356 y 358 del Código penal, donde tan solo es posible plantear la posibilidad del concurso de

normas respecto al 184 de condición más específica (742), y en el de atentado a la autoridad (743) exactamente igual, dada la especialidad de aquel.

##### 5. CONCURSO ENTRE DETENCION ILEGAL Y COACCIONES.

Las relaciones entre el 184 y el 496 no pueden plantearse en el mismo plano en que lo hace el 480, debido a la diferente concepción

del bien jurídico que se mantiene en uno y otro tipo de detenciones ilegales. Si la privación de la libertad de movimientos del delito de detención de particulares es siempre una especie del género coacción, no ocurre otro tanto con la mayor parte de las infracciones de las garantías del detenido contenidas en el 184, por no implicar su lesión una conculcación del interés protegido en el delito de coacciones, salvo en el supuesto de que la garantía perjudicada fuese la propia libertad de movimientos. De modo que si la doctrina y jurisprudencia enmarcan las diferencias entre el 480 y el 496 en la especificidad del delito de detención (744), no cabe una solución distinta, si la relación se establece entre el delito de coacciones y el 184, cuando el bien jurídico es concretamente la libertad de movimiento, puesto que se aplicaría un concurso de normas, prevaleciendo el carácter específico del 184.

Existe, por tanto, unanimidad, tanto doctrinal como jurisprudencial, al concebir la especialidad de la

detención en relación a la coacción, pero no en lo relativo al criterio que define tal cualidad, observándose en la actualidad una doble posición sobre este tema. Así, mientras que para un sector jurisprudencial y doctrinal, la diferencia entre tales tipos descansa simplemente en la duración o permanencia de la privación de libertad (745), otro sector considera que el delito "queda consumado desde el momento del encerramiento o la detención, con lo que puede afirmarse que la característica esencial es la libertad y seguridad ambulatoria..., mientras que en las coacciones está caracterizada por el empleo de una vis física o vis psíquica, para impedir a otro efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, por lo que es un delito de carácter más abstracto o genérico que el de detenciones ilegales" (786), planteamiento éste que ha sido defendido en el desarrollo de nuestro estudio, al sostenerse que el delito se consuma en el instante de la práctica de la detención, sin que sea imprescindible el transcurso de cierto lapso de tiempo para poder separar a este delito del de coacciones, del que únicamente se diferencia en razón de la finalidad perseguida por el autor de la privación de libertad. Pudiendo distinguirse, por consiguiente, entre aquellos supuestos en los que el funcionario efectúa una privación ilegal de movimientos dando lugar a un concurso de normas con relación al 496, en el que primaría la especialidad del 184, aquellos otros en los que la detención es sólo un medio para conseguir un móvil privado, estableciéndose un concurso ideal entre el 480 y el 496, y finalmente, los caracterizados por una separación temporal entre la detención y la coacción, que conduce a un concurso real entre el 496 y el 184, como sucede en la sentencia de 29 de Septiembre

de 1965, en la que se independiza el acto coactivo previo, de la posterior detención practicada por un Alcalde (747).

#### 6. CONTROLES Y REDADAS ILEGALES.

El tratamiento de la práctica de detenciones masivas de caracter ilegal, bien por la forma de llevarse a cabo, o por la ausencia de los supuestos establecidos en la LECr (748), no puede ser otro que el del concurso real de delitos, habría tantos hechos como resultados producidos dolosamente (749). En efecto, si la intención del autor se extiende a la privación de libertad o infracción de cualquiera otra de las garantías de todos los detenidos, se produciría una pluralidad de acciones reconducibles a la técnica del concurso real. Este viene siendo también el tratamiento jurisprudencial, si bien es cierto que referido normalmente al delito de detenciones ilegales del 480 (750), al considerar que "el encerrar a cuatro personas da lugar a cuatro delitos de detención ilegal con substantividad propia e independiente..." (751).

IX. ESPECIAL REFERENCIA A LA CIRCUNSTANCIA  
AGRAVANTE DE "PREVALERSE DEL CARACTER PUBLICO  
QUE TENGA EL CULPABLE"

Entre las circunstancias agravantes, hay una, cuya posible aplicación al delito de detención realizado por funcionarios es controvertida, se trata de la prevista en el artículo 10,10 del código penal, referente al "prevalerse del carácter público que tenga el culpable".

Esta circunstancia entra en juego, únicamente, en aquellos supuestos en los que el delito es realizado por un funcionario público que abusa de los poderes inherentes a su función o condición, para, de este modo, ejecutarlo con mayor facilidad (752). El concepto de abuso de poder que se ha venido desarrollando en este estudio, no se basa en el ejercicio arbitrario del poder por parte del funcionario, sino en el uso de las facultades que la función que ejerce conlleva, como medio en la realización de la infracción. Por esta razón, tal categoría instrumental no podrá nunca identificarse con el mismo interés tutelado, adquiriendo carácter cualificador, exclusivamente, en los supuestos en los que sea el medio que favorece la ejecución (753), de forma que si el funcionario no utiliza, sino ejerce, la posición de poder que ostenta, no está prevaleciendo del cargo, sino abusando de una situación jurídica inherente a la infracción cometida,

ya que no basta con la mera lesión del deber del cargo, siendo necesario que en la conculcación del interés protegido, el abuso de poder fuese el medio a través del cual el funcionario ha corrido un menor riesgo en su realización.

Estas razones impiden su aplicación en el delito que analizamos, ya que es consubstancial al mismo (754), siendo difícilmente imaginable una situación en la que se abuse del cargo con la finalidad pública de entregar el detenido a la autoridad Judicial o dejarlo en libertad, cuando desaparecen los indicios de criminalidad, pues la extralimitación configura la infracción, y el abuso no es el medio sino un elemento del mismo. En definitiva, el "prevalimiento" en estos casos, es una vertiente de la finalidad pública, de modo contrario a lo que ocurre en los supuestos en los que la finalidad es privada, siendo entonces posibles dos hipótesis distintas: una primera, caracterizada por la presencia de finalidad privada en la actuación del funcionario que ejecuta la detención sin servirse de las ventajas del cargo, y otra, en la que se abusa del poder conferido, en la más fácil realización de un móvil privado. En el primer caso no es factible el empleo de tal agravante, mientras que en el segundo, no sólo es posible, sino necesario, pues en esas circunstancias el funcionario actúa como particular -en relación a la finalidad- y además se sirve del cargo para ejecutar el delito, siendo aplicable el tipo 480 más la agravante 10,10 o el 481,3 según los casos, con el fin de diferenciarlo de aquella otra detención realizada por funcionario con finalidad exclusivamente privada, sin las ventajas que el cargo le ofrece, donde sólo es posible la aplicación del 480.

En conclusión, puede afirmarse, que dicha agravante es incompatible con el artículo 184, pero no con el 480 (el 481,3 tendría un alcance más reducido) lograndose una solución más adecuada a la diversa gravedad de las infracciones, siendo mayor la sanción, cuando el funcionario abusa del cargo con la finalidad de obtener algún móvil privado, que cuando no interviene aquella circunstancia en la ejecución de una detención del 480, o se practica la detención con finalidad pública. De lege ferenda, ya expuse la necesidad de crear un tipo agravado dentro del mismo artículo 480 que hiciera referencia a los supuestos en los que el funcionario utiliza las ventajas del cargo para cometer el delito más fácilmente. De lege data, caben dos posibilidades, o se aplica el artículo 481,3º, o por el contrario se recurre al 480, más la agravante del 10,10, pero, de ningún modo, se podría sancionar a través del 184 y la agravante 10,10, ya que en aquellos casos en los que se produce la infracción de algunos derechos del detenido con una finalidad pública estaremos en presencia de un concurso de delitos, dado que la naturaleza esencialmente instantánea de este así lo permite, y que el abuso de la situación jurídica es inherente al mismo.

X. SISTEMA SANCIONATORIO: PENA, MEDIDAS DISCIPLINARIAS  
Y RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL ESTADO.

1. CARACTERISTICAS DEL METODO DE PUNICION.

Si el bien jurídico en el delito de práctica ilegal de detención no es la libertad de movimientos, sino el conjunto de garantías que componen el concepto de "seguridad" frente al poder público, la pena aplicable debería ir referida exclusivamente a la infracción de cualquiera de los derechos que lo conforman. Ahora bien, la naturaleza de este delito dificulta la valoración de cada uno de esos intereses, que pertenecen por igual a todo ciudadano ante el procedimiento de privación de libertad, habiendo el legislador optado claramente por una de esas garantías; la libertad de movimientos, de forma que el artículo 184 mantiene un criterio sancionador caracterizado por la graduación de la pena en función del tiempo de privación de la libertad, sin que exista, por consiguiente, equivalencia con el resto de garantías del detenido (755).

Del método de punición utilizado, se puede deducir: que, o bien el legislador, desechando el bien jurídico seguridad, ha querido proteger en exclusividad

la libertad de movimientos, o por el contrario, que tutelando las garantías ante la privación de libertad, la libertad de movimientos se convierte en el baremo según el cual se gradúa proporcionalmente la pena, en base al tiempo de duración de la detención. En mi opinión, si es indudable que en la aplicación de la sanción, la privación de la libertad de movimientos juega un papel esencial, ello no quiere decir que las demás garantías no estén protegidas por el 184 sino que en la graduación de la responsabilidad criminal, el criterio designado no es otro que el plazo de detención, lo que es hasta cierto punto lógico y congruente con nuestra tesis, ya que, aunque merecen un similar tratamiento todos los derechos del detenido, parece que la infracción de una garantía seguida de la privación de libertad posterior. De este modo, si la aplicación del mínimo sancionatorio -suspensión- depende de que la privación de libertad no sobrepase los tres días de duración, en virtud del concepto de detención sostenido, todas las garantías quedan protegidas, ya que en todas ellas existe un mínimo de privación de libertad que se produce en el mismo instante de la infracción del derecho correspondiente.

En relación al sistema sancionador establecido, es preciso hacer dos advertencias: en primer lugar, y tal como recuerda VIVES ANTON, se mantiene un error que procede del código penal de 1870 (756), consistente en la no punición de las detenciones ilegales de un mes exacto de duración, ya que el texto legal se refiere "a las que no habiendo bajado de quince días, no hubiese llegado a un mes y a las que hubieren pasado de un mes sin exceder del año", de forma que tal plazo no se encuentra en ninguna de las dos previsiones.

La segunda advertencia, es que puede existir cierta contradicción con la tesis que vengo defendiendo sobre el carácter final de la actuación del funcionario, que no puede ser otro que la consecución de una función pública, ya que en el 184 se prevén privaciones de libertad superiores al año, siendo difícilmente compaginable una finalidad pública con este tipo de detenciones. Evidentemente, sólo es imaginable una previsión como esta, en relación a supuestos de detenciones judiciales de carácter ilegal, que tengan como consecuencia la prisión preventiva del detenido.

En resumen, puede afirmarse, que el criterio de medición es válido incluso, en los supuestos en los que la detención se efectúa en los casos establecidos en las leyes, lo que no implica arbitrariedad e irracionalidad en la determinación de la sanción, pues, si se incumple el plazo máximo de entrega del detenido a la autoridad judicial, es indiferente la duración del mismo, siempre que no supere los tres días. Pero si se sobrepasa tal plazo, o la detención se efectúa al margen de lo exceptuado por la LECr, no estaríamos en presencia de un delito de detención ilegal, sino ante un concurso de delitos compuesto por la infracción de la garantía y la privación ilegal de movimientos, ya que de ningún modo puede confundirse el criterio de medición de la pena con un delito autónomo, que aparece cuando la privación de la libertad es superior a los tres días de duración.

Es preciso analizar ahora, otros dos temas en relación al sistema de medición: el cómputo del plazo y

la naturaleza jurídica de esta fórmula. En relación a la primera cuestión, la interrogante gira en torno a la siguiente pregunta: ¿comienza el cómputo del plazo en el momento en que interviene la voluntad del sujeto o exclusivamente depende de la duración de la detención con exclusión de la voluntad de éste?. La doctrina ha sido bastante contradictoria en esta materia, ya que, mientras para ANTON ONECA, (757) "la medida de la pena le hace depender de la ley de una circunstancia objetiva como es la duración", deduciendo que no es necesaria para su fijación la voluntad del sujeto, CORDOBA RODA, por contra, sostiene que "el tiempo a computar debe ser aquel en que el mantenimiento de la privación de la libertad, a partir del instante de la vulneración de la ley, haya perdido de la voluntad del sujeto activo", apoyándose en la condición de permanente que en su opinión posee este delito (758). En mi opinión, el plazo de duración de la detención depende de la voluntad del sujeto que la efectúa, contándose de momento a momento (759), y comienza a computarse en el instante en que adquiere el carácter de ilegal, tal privación de libertad.

Respecto a la naturaleza del plazo de la detención, es lógico, según lo expuesto, que no pertenece ni al tipo de injusto ni a la culpabilidad, siendo tan solo una exigencia político-criminal como así lo reconoce la sentencia de 20 de Abril de 1953 (760), al considerar que "el plazo de 24 horas no es determinante de la culpabilidad, sino que tan solo fija la pena a imponer".

Es imprescindible, para que el hecho sea punible, que exista un mínimo de privación de

libertad, por ello su naturaleza es la de criterio de graduación de la pena, aunque algun autor plantea la posibilidad de su condición objetiva de punibilidad, que permitiría, como reconoce STRATENWERTH, "realizar la elección de los comportamientos que la ley amenaza con pena, en base exclusivamente a las necesidades político criminales (761). De este modo, sin tenerse en cuenta el ilícito o la culpabilidad, se evitaría la necesidad de la pena en base a la defensa privilegiada del funcionario en su actuación frente al ciudadano, lo que, en opinión de BUSTOS RAMIREZ, supone que "el equilibrio entre control y libertad del individuo se inclina de forma claramente manifiesta a favor del Estado" (762).

## 2. INEFICACIA DEL 204 BIS a.

Por otra parte, la doctrina ha venido denunciando la estructura privilegiante de un sistema sancionatorio que favorece al funcionario en detrimento del particular, en base a las diferencias punitivas entre los tipos penales 480 y 184 (763). Crítica que, sólo en parte, está justificada por el criterio de graduación que se exige en el delito de detención practicada por funcionario y ausente en el de particulares, que origina, sólo la equiparación de las penas respectivas en el supuesto en el que la privación de libertad realizada por el funcionario supere el año (764). Ahora bien, si se admite, como venimos haciendo, que los supuestos de detenciones ilegales ejercidas por funcionarios públicos con finalidad privada no conforman el delito del 184, sino el del 480, habrá que

concluir que la diferente gravedad analizada, debe reflejarse en una diferencia sancionatoria a favor del funcionario que pretenda, al llevar a cabo la detención, la entrega del detenido a la autoridad judicial o su puesta en libertad si desaparecen los indicios racionales de criminalidad. Ello supone que la sanción del 184 no debe nunca ser superior a la establecida en el 480, lo que no implica que se mantenga la desproporcionalidad actual, debiendo de elevarse la sanción del delito de funcionarios hasta el límite mínimo del de particulares, en base al criterio de graduación anteriormente expuesto.

Si por el contrario, se sigue la tradicional tesis del TS, consistente en interpretar que la detención de funcionario con móvil privado es encuadrable en el 184 y no en el 480, sería indudable el tratamiento desfavorable del particular en relación al funcionario, ya que unos mismos hechos -privación de libertad sin finalidad pública- serán sancionados desigualmente en base a la cualidad del sujeto activo, constituyéndose la misma condición de funcionario público en la razón del privilegio punitivo. De seguirse un planteamiento similar, carecería de significado la diferenciación en base a la finalidad pública o privada, puesto que la esencia de la cualificación la establece exclusivamente el elemento normativo "funcionario público".

Con el fin de evitar la desproporcionalidad entre las penas de determinados delitos de funcionarios y sus equivalentes de particulares, la reforma de 25 de Junio de 1983 urgente y parcial del código penal, introdujo el artículo 204 bis a) (765) que, en opinión

de MUÑOZ CONDE, "corrige el absurdo privilegio de que gozaba el funcionario público que cometía estos delitos" (766). La naturaleza de este precepto es controvertida, ya que una vez descartada la posibilidad de aplicar el concurso de delitos, tanto ideal, que supondría un privilegio inadmisibles, contrario a la finalidad perseguida, como real, que, como acertadamente expone ORTS BERENQUER, infringiría el principio de non bis in idem "a no ser que se sostenga que el 204 bis a), afirma la doble incriminación de un hecho, en tanto se lesionan dos bienes jurídicos diferentes" (767), tan sólo restarían dos hipótesis factibles: que dicho precepto remita al concurso de normas en base al criterio de mayor gravedad punitiva impuesto por el artículo 68, o que se trate simplemente de un sistema de remisión de la pena.

De aceptarse, como hace un sector doctrinal, (768) el juego del artículo 68 en tales delitos, se consagraría el principio de uniformidad del interés protegido, ya que el argumento del concurso de normas supone la concurrencia en orden de igualdad de los tipos penales 184 y 480, debido a la identidad del bien jurídico protegido. En efecto, si se mantiene la tesis de la indiferenciación de los valores en el delito de particulares y funcionarios, el planteamiento fundado en la aplicación artículo 68 sería hasta cierto punto congruente, pero si se sostiene la diferente calidad del bien jurídico, estaríamos en presencia de delitos absolutamente distintos, razón por la cual no podrían concurrir las normas del 184 y 480, ya que, o la detención responde a una finalidad pública -184-, o a una privada -480-, sin que sea posible la hipótesis de la confluencia de un mismo hecho (769). Dada nuestra

posición en esta materia, es evidente que en ningún supuesto cabe la aplicación del artículo 68.

Por otro lado, si se considera, como hace JORGE BARREIROS, (770) que se trata de un simple sistema de remisión de la pena similar al propuesto por el Proyecto de código penal de 1980 o la Propuesta de Anteproyecto de 1983 (771), se sancionaría con la pena del 480 aquellos supuestos de detenciones ilegales de funcionarios cuya pena fuese inferior a la que le correspondería si actuase como particulares, mediante un método de compensación de penas. Ello supondría, en primer lugar, una tal equiparación de las sanciones aplicables que convertiría en indiferente la finalidad pública o privada de la actuación del funcionario, y al mismo tiempo, sancionaría mas gravemente al funcionario que persigue la entrega del detenido a la autoridad judicial, que al particular que encierra a una persona para satisfacer una venganza personal. En segundo lugar, esta clase de remisiones se basan en la concepción que considera la igualdad o diferencias cuantitativas entre los delitos del 184 y 480, cuando se trata en realidad de delitos absolutamente diferentes.

En conclusión, si resulta improbable la aplicación del 204 bis a) en relación al concurso de delitos y normas, y es inviable como sistema de remisión de penas, al ser los intereses tutelados diferentes, es lógico pensar que tal precepto sólo sería útil en los supuestos en los que los bienes jurídicos son idénticos y el criterio de sistematización no es otro que la condición del sujeto

activo. De esto se deriva que la sanción del delito de detención ilegal de funcionarios se conforma, exclusivamente, en función de los criterios del 184, sin que el 204 bis a) sea una alternativa considerable, con ello se mantiene, en cierta medida, el privilegio que denunciábamos, pero que sin duda es preferible a las irregularidades dogmáticas que representaba la admisión de aquel precepto.

### 3. ANALISIS DE LAS PENAS DE INHABILITACION ABSOLUTA Y SUSPENSION

La inhabilitación absoluta es la pena aplicable al funcionario que practica la detención del 184, siempre que la misma sea superior a 15 días y no llegue al mes de duración. Se caracteriza por la privación de todos los honores y de los empleos y cargos públicos que tuviese, además de los derechos de elegir y de ser elegido para cargos públicos. (772).

Plantea una serie de problemas interpretativos, referentes, en primer lugar, a la duración indefinida o temporal del mismo, y en segundo lugar, si la sanción abarca o no la privación de todos los cargos o tan sólo de los que se hubiere servido para la realización del delito. Respecto al primero de los problemas, es

preferible mantener su condición temporal, que al mismo tiempo coincide con el argumento sostenido por el artículo 66 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local, al establecer que tras extinguirse la relación de empleo, es posible la rehabilitación del funcionario, y su reintegración en el cargo (773). En relación al segundo problema planteado, sólo es posible referir la sanción a los cargos o empleos que hubiese utilizado como medio en la comisión del delito, y de ningún modo los que no tuviesen nada que ver con tal delito, pues, como dice MANZANARES SAMANIEGO, "La lógica hace que sólo se vean afectados aquellos cargos que facilitaron la comisión del delito, sirviendo de plataforma para la actividad criminal o que por su proximidad o parecido con las anteriores, justificasen se les comprenda en una sanción cuya naturaleza dista de la de una medida de seguridad" (774).

La pena de suspensión, por su parte, prevista en el artículo 38 del Código Penal, no consiste en la privación del cargo sino tan sólo del ejercicio del mismo, indicando la sentencia de 29 de Diciembre de 1962 (775) que "solo abarca al cargo público ejercido al realizar la detención y a la obtención de otros análogos durante el tiempo de la condena, siendo impropio extenderlo a todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio, pues pugna con la interpretación restrictiva del código penal". Por consiguiente, al reducirse sus diferencias respecto a la inhabilitación al plano temporal (776), siendo estas apenas perceptibles, es preciso una urgente reforma de tal institución y su reconducción a la figura de la

inhabilitación, tal como propone la mayoría de la doctrina (777), ya que tanto su contenido, fundamento como naturaleza, son idénticos.

Tanto la inhabilitación como la suspensión, tienen una naturaleza más disciplinaria que penal, y además parece que pueden rozar la inconstitucionalidad al ser como penas incompatibles con el artículo 25 de la Constitución, y fundamentalmente, con los fines preventivos especiales. Por esta razón en el delito que analizamos es preferible, de lege ferenda, una elevación de la sanción privativa de libertad hasta el mínimo de la que correspondería al 480, y al mismo tiempo, delegar al derecho disciplinario la posibilidad de imponer tales sanciones privativas de derechos con exclusivo carácter temporal, hasta que el funcionario demuestre de nuevo la capacidad de la que carecía cuando practicó la detención ilegal o hizo un uso incorrecto del arma de fuego, etc. Deben, pues, reservarse estas sanciones, únicamente a los supuestos en los que el funcionario se sirve del mismo para efectuar el delito, siendo indiferente, dentro de la finalidad pública, cualquier otro matiz que pueda alcanzar su actuación. Si esto es así, qué justificación tienen cuando se imponen, no como penas principales, sino como accesorias a la comisión de un delito en el que el funcionario no ha utilizado el instrumento del empleo. La respuesta, no puede ser otra que una aplicación al margen de finalidades preventivas y de enclaves retributivos.

#### 4. SANCIONES DISCIPLINARIAS.

El artículo 27,3 del Régimen disciplinario de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de 1986 (778), regula como falta grave, entre otras: incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de sus funciones, cualquier conducta constitutiva de delito doloso, el abuso de sus atribuciones, la práctica de tratos inhumanos, degradantes, discriminatorios y vejatorios a las personas que se encuentran bajo la custodia, y finalmente, cualquier conducta que sin estar especialmente prevista, sea falta muy grave en la legislación general de funcionarios (779).

En la determinación de las faltas graves y leves se siguen los siguientes criterios: intencionalidad, perturbación causada, daños y perjuicios, quebrantamiento de los principios de disciplina y jerarquía, reincidencia, y trascendencia para la seguridad ciudadana.

Las sanciones aplicables se diferencian según el grado de gravedad de la infracción, así, si la falta es muy grave, consiste en la separación del servicio o la suspensión de funciones de 3 a 6 años, mientras que en los supuestos de falta grave, se pueden imponer tanto la suspensión de funciones por menos de tres años, como el traslado de residencia, la inmovilización en el escalafón por un periodo no superior a cinco años y la pérdida de cinco o veinte días de remuneración.

Por su parte, el Real Decreto 33/1986 de 10 de Enero de la Presidencia del Gobierno, aprueba el reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios

de la Administración del Estado, que en su artículo 5 establece como faltas graves las siguientes: falta de obediencia a los superiores y autoridades, el abuso de autoridad en el ejercicio del cargo, las conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio o que causen daño a la Administración o a los administrados, etc. ... (780). La sanción que corresponde a tales conductas graves es, exclusivamente, la de separación del servicio, mientras que las aplicables a las faltas muy graves pueden llegar a ser: separación del servicio, suspensión de funciones, traslado con cambio de residencia, deducción proporcional de retribuciones, y apercibimiento. La duración de la suspensión por falta grave nunca podrá ser superior a la de falta muy grave, de modo que aquella será inferior a los tres años y ésta a los seis, pero superior a tres.

De análisis del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado y las sanciones aplicables a los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, en base a la ley de 1986, se observan ciertas diferencias: mientras en la LOFCS se sanciona con falta muy grave "cualquier conducta constitutiva de delito doloso", en el Reglamento se restringe aquel concepto, al exigir una "conducta constitutiva de delito doloso relacionado con el servicio o que causen daño a la Administración o a los administrados". Si en la LOFCS, las sanciones por faltas muy graves, son la de separación del servicio y suspensión de funciones de 3 a 6 años, en el reglamento, la sanción por falta grave no es superior a los 3 años. De ello se desprende, que siempre que el funcionario realice la comisión de un hecho delictivo de forma dolosa, cometerá automáticamente una falta

muy grave en versión de la LOCFS, y tan sólo una falta grave según el reglamento, cuando tal delito afecte al servicio o cause daño a la Administración o a los administrados. Si por el contrario, el delito efectuado es imprudente, quedan abiertas dos vías; ya que tanto la LOCFS como el reglamento sancionan el abuso de autoridad, la infidelidad a la Constitución, el abuso de atribuciones, etc., que responden, como hemos venido diciendo, no a una categoría de bien jurídico sino tan sólo a un medio de comisión, que agrava la responsabilidad o determina el ilícito disciplinario.

De ambos ordenamientos, el criterio de especialidad condiciona el que a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado le sean aplicables el sistema sancionatorio de la LOCFS, ya que el reglamento regula de modo genérico la actuación de los funcionarios, y dicha ley sólo la de los miembros de tales cuerpos y fuerzas. Por esta razón, al funcionario que ejecute una detención ilegal dolosa, se le aplica, en base al artículo 27,3 de la LOCFS, la sanción de separación del servicio y suspensión de funciones de tres a seis años, con lo que se produce una grave contradicción respecto a los fines del derecho disciplinario, ya que la sanción penal por la comisión de ese delito sería inferior a la sanción disciplinaria. En efecto, si como dispone el artículo 30 del código penal, la pena de suspensión transcurre entre el mes y los seis años de duración, la sanción de la falta nunca es inferior a los tres años, motivo por el cual existirán conductas delictivas con pena inferior a la que le corresponde como ilícito disciplinario.

Este planteamiento conduce a la interrogante

de las diferencias cualitativas o cuantitativas entre el derecho penal y el disciplinario, en concreto, y el administrativo en general, cuya respuesta excede con mucho las pretensiones de este estudio, pero que obligan a establecer los criterios básicos en la diferenciación de tales ordenamientos.

Siguiendo la tesis dominante, entiendo que debe prevalecer la existencia de un poder disciplinario de la Administración que sancione aquellas conductas que infringen la relación de servicio entre el funcionario y el Estado (781), sanción que se impone al margen de la realización del delito correspondiente, pues lo contrario significaría un método reflejo del derecho de autor, por el que se aplicaría, de modo automático, una sanción disciplinaria al funcionario que realiza una sanción delictiva, en base exclusivamente al carácter eticista y moral de su actuación en relación al principio de fidelidad al Estado. El rechazo de este planteamiento, pasa por la concepción de la sanción disciplinaria como medio de restaurar la ruptura de la relación funcionario-Estado, al margen de la infracción de algún interés general cuyo análisis corresponde al derecho penal.

La sanción disciplinaria debe reducirse a los supuestos en los que el funcionario utiliza el cargo, en la infracción de un interés general, pudiendo distinguirse entre el interés protegido por el derecho penal, y la infracción de la relación funcionario-Estado-comunidad, siempre y cuando en la conducta prevista por el código penal no se encuentre valorada al mismo tiempo tal infracción, como frecuentemente ocurre. De aplicarse esta argumentación a la LOCFS y en

concreto a su artículo 27,3, que implica la sanción disciplinaria de cualquier conducta dolosa, llegaremos a la conclusión de que es factible la sanción disciplinaria en supuestos en los que no existe un abuso del ejercicio del cargo, y por tanto no se ha servido del mismo en la comisión del delito, producto de una sacralización de la relación funcionario-Estado, que se extiende a cualquier esfera de la actividad del funcionario, aunque no exista abuso de atribuciones.

Por estos motivos, es imprescindible, de lege ferenda, que se supriman todas las sanciones disciplinarias que no sean consecuencia de la infracción real y objetiva de la relación de servicio funcionario-Estado, que no se lesiona por el simple hecho de una comisión delictiva de carácter doloso, así como todas las que son inherentes al tipo penal correspondiente, en el que la sanción penal valora ya la instrumentalización del cargo por el funcionario, por ser contraria al principio de non bis in idem, al no aceptarse la tesis del deber del cargo como bien jurídico protegido. En relación al 184, la sanción disciplinaria es compatible con la penal, ya que esta no supone una doble aplicación de sanciones por un mismo hecho, sino que se trata de intereses diferentes. La pena va referida a la infracción de cualquiera de las garantías del detenido, mientras que la sanción disciplinaria responde a la conculcación de la relación servicio del funcionario respecto del Estado, reflejada en la incapacidad e impericia profesional.

Por lo que respecta a la gravedad de la sanción disciplinaria respecto de la pena, es preciso aclarar, que el carácter de ultima ratio del derecho penal,

determina que entre el ilícito penal y disciplinario existan diferencias cuantitativas (782), y por consiguiente la sanción disciplinaria no pueda ser nunca superior, ni tan siquiera igual, sino siempre inferior a la penal, ya que el derecho disciplinario sanciona exclusivamente la infracción de la relación de servicio, y no el interés fundamental tutelado. Este principio básico, se incumple en el delito de detención ilegal practicado por funcionario, donde la sanción disciplinaria puede llegar a ser superior a la penal, vulnerándose, de este modo, la función del derecho disciplinario. La alternativa no puede ser otra que la elevación de la sanción privativa de libertad del 184 y la delegación de las medidas de inhabilitación y suspensión al derecho disciplinario, ya que la aplicación de las actuales sanciones disciplinarias son contrarias a la propia finalidad de aquel ordenamiento, al dejar vacío de contenido al precepto penal equivalente, que en este caso es el 184. En conclusión, es posible afirmar la compatibilidad de la sanción disciplinaria y penal siempre que se atente o ponga en peligro un interés objetivo, que no es otro que la relación de servicio, tal interés no se encuentre valorado implícitamente en el precepto penal correspondiente, y que dicha sanción no sea nunca superior a la penal, de esta forma se consigue respetar las diferencias cuantitativas y cualitativas que existen entre ambos ordenamientos.

El derecho disciplinario es simplemente una especie de género Derecho Administrativo, por lo que en realidad es una traslación del problema más general de las relaciones entre el derecho penal y el administrativo, entre los que no deben existir mas que

diferencias de carácter cuantitativo (783), aunque de lege data, se observen sanciones de carácter administrativo superiores a las penales que, de ningún modo, ocultar que la auténtica diferencia descansa en valores de política criminal, en base a los cuales el legislador decide y selecciona los intereses a proteger, y por tanto los fundamentales que se convierten en bienes jurídicos, mientras que el resto de intereses solo pueden quedar amparados por el uso del sistema disciplinario. Al residir las diferencias en el fundamento del valor a proteger, y tal como ha expuesto el TC (784), no es posible aplicar la sanción penal y administrativa a un mismo hecho, ya que es difícilmente imaginable un supuesto en el que se infrinjan al mismo tiempo intereses jurídicos diferentes, pero si así ocurriese habría que recurrir al concurso de normas y aplicar la conducta más grave. Otras medidas pasan por el proceso de privatización del derecho penal o el juego de las sanciones accesorias con resultados similares a los de la sanción disciplinaria.

##### 5. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL ESTADO.

El artículo 5,6 de la LOCFE recoge un principio clave del Estado de Derecho; la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública (785), al establecer que "son responsables personal y directamente por los actos que en su actuación profesional llevasen a cabo, infringiendo o vulnerando las normas legales, así como las reglamentarias que

rigen su profesión y los principios enunciados anteriormente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que pueda corresponder a las Administraciones públicas por los mismos". Con ello, se da cumplimiento a las disposiciones 106,2 de la Constitución (786) y artículos 5,5 y 50 de la Convención Europea de derechos humanos (787), que garantizan el derecho individual a la reparación frente a las autoridades en los supuestos de detención ilegal con finalidad pública, siendo el artículo 50 una mera regla de competencia. De nuevo la legislación internacional, paradójicamente, ofrece a los Estados contratantes la posibilidad de limitar el derecho de indemnización no a toda clase de detenciones ilegales, sino tan sólo a las que lo sean por infracción de algunos derechos específicos, como es el caso italiano que en opinión de CORSO (788), ha reducido el alcance de la expresión "arresto o detención ilegal" a los supuestos contrarios a las disposiciones del párrafo 1º del mismo artículo 9 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. Esta dificultad se evitaría optando por una fórmula del derecho a la reparación que englobase todos los casos de detención ilegal, sin excluir la infracción de algunos de los derechos del detenido.

Por otra parte, tanto la jurisprudencia del TDH como la del TS, han exigido como requisito imprescindible en la aplicación de este derecho, que la actuación del funcionario responda al desarrollo de una función pública y por tanto sea consecuencia del ejercicio de una relación de servicio (789). Ello supone, que por las características del tipo que analizamos -184- el Estado deberá, sin excepciones,

indemnizar al ciudadano por la práctica de la detención ilegal sea cual fuera el derecho lesionado, ya que dichas detenciones se caracterizan precisamente por la finalidad pública del representante del Estado, frente a aquellas otras que, por su carácter privado, impiden el ejercicio del derecho de reparación frente a la Administración.

En conclusión, la responsabilidad subsidiaria del Estado surge siempre que la ilícita actuación del funcionario se desarrolle dentro del ámbito de competencias de éste, y por tanto en el desempeño de sus obligaciones, sin que abarque los supuestos de detenciones ilegales practicadas, no con la intención de entregar al detenido a la autoridad judicial, sino por razones exclusivamente privadas, puesto que en tales casos sólo es responsable penalmente el funcionario que así actúa. Esto no quiere decir que se esté aplicando el método de desligar al funcionario de su condición en las comisiones ilícitas, pues ello conduciría a negar la responsabilidad subsidiaria, incluso en los supuestos de detenciones ilegales con finalidad pública, sino de excluir la representación estatal cuando ésta se utiliza con fines diferentes a los exigidos por la propia Administración al servicio de los ciudadanos.

Ahora bien, es posible que por el carácter privado de la conducta del funcionario, no sea factible la responsabilidad penal subsidiaria, lo que no implica que no pueda darse la responsabilidad civil correspondiente, ya que en tales supuestos carece de valor el elemento intencional, predominando la condición de riesgo y responsabilidad objetiva que se

origina cuando se atribuye por parte de la Administración al funcionario deberes específicos, cuyo cumplimiento pone en peligro la libertad, integridad física e incluso la vida del ciudadano, como puede ser la facultad de ir armados, a título de ejemplo. Por este motivo, parece que el artículo 106,2 de la Constitución admite, salvo en los supuestos de actuaciones exclusivamente privadas, tal responsabilidad de la Administración, que es, repito, independiente de la finalidad perseguida y de la responsabilidad subsidiaria del Estado en materia penal.

NOTAS

(1)

Antes de proceder al análisis del concepto penal de funcionario contenido en el artículo 119 del código penal, es conveniente comprobar cual ha sido la evolución que dicho concepto ha sufrido mediante el estudio del concepto sustentado por los códigos penales anteriores al actual, y el estado de la discusión en el derecho comparado.

El primer código penal que ofrece un concepto de funcionario público es el de 1848, comprendiendo en él a "todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de real nombramiento ni reciba sueldo del Estado" Vid. artículo 322 c.p. 1848.

La amplitud del concepto fué ya denunciada por PACHECO, al considerar que el mismo podía aplicarse indistintamente tanto a los empleados del orden judicial como a los que no lo eran (Código penal concordado y comentado, tomo I y II, 5ª ed. Madrid, 1851 pág. 451 y por CASTRO Y ZUÑIGA, que concebían dicho concepto como extensivo a los jefes políticos de la provincia, jefes civiles de distrito, Alcaldes y demás autoridades que tengan a su cargo la policía administrativa, todos los funcionarios del Ministerio Fiscal y los jueces y Tribunales que interviniesen con la policía judicial". CASTRO OROZCO y ORTIZ DE ZUÑIGA, "Código penal explicado para la común inteligencia y fácil afiliación de sus disposiciones", T. II, Granada, 1848, pág. 232 y 233. A pesar de tales interpretaciones, la exigencia de desempeño del cargo como ejercicio del mismo, representaba una considerable limitación a la aplicación del concepto de empleado público.

Tras el paréntesis que supuso en relación a esta materia el código penal de 1850, que transcribía en el artículo 331 el concepto formulado por el código penal de 1848, el código penal de 1870 dentro del título relativo a los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos en el artículo 416, definía el concepto de funcionario público como "todo el que por disposición inmediata a la ley o por elección popular o por nombramiento de autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas".

La sustitución del término "desempeño del cargo público" por la expresión "partícipe del ejercicio de la función pública", supuso un cambio en el planteamiento y la naturaleza del concepto, que condujo a la superación de las desventajas limitativas de la fórmula utilizada en el código penal de 1848. Así, COBO DEL ROSAL entiende que con el nuevo concepto se amplía la eficacia del mismo

"por cuanto se extiende a títulos anteriores, se utiliza la voz funcionario público en vez de empleado, se contienen los tres modos de adquirir la cualidad de funcionario público y la participación del ejercicio de las funciones públicas es de mayor extensión que el ejercicio del cargo público". En "Examen crítico del párrafo 31<sup>o</sup> del artículo 119 del Código penal español (Sobre el concepto de funcionario público a efectos penales) en RGLJ, Febrero, 1962, págs. 248 y ss.

En concreto y sobre esta sustitución, OCTAVIO DE TOLEDO considera que "con ella, se evitan los inconvenientes antes apuntados... es decir, la imposibilidad de atribuir la calidad de empleado público a sujetos que conectados con el ejercicio de la función pública, en puridad no la ejerce al no exigirse ya para ser funcionario público a efectos penales que se desempeñe un cargo público sino simplemente que se participe en el ejercicio de las funciones públicas". "La prevaricación del funcionario público" Civitas, Madrid, 1980, pág. 142.

Los códigos penales de 1928 y 1932 mantienen fórmulas similares a las ya expuestas, diferenciándose exclusivamente por el marco de referencia en que cada uno de ellos se desenvuelve, pues el concepto del código penal de 1928 (artículo 214), tiene validez con efectos penales en todas las esferas del derecho penal, mientras que el del código de 1932 (artículo 410) tan sólo afecta a los delitos del título en el que se encontraba regulado.

Por otra parte, y en relación al concepto de funcionario sustentado en el derecho comparado, la situación es la siguiente: en Alemania Federal el concepto de funcionario está sometido a unas limitaciones más escasas que las que concurren en nuestro país. Es el parágrafo 11 apartado 2<sup>o</sup> el que regula la figura del "Amtsträger" (portador de la función pública) que, en opinión de la doctrina mayoritaria, no se corresponde con el concepto y exigencias legales administrativas.

(RUDOLPHI/SAMSON: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch", Band 2, Besonderer Teil Metzner, 1985, pág. 41 y 42; DREHER: "Strafgesetzbuch" 34 Auflage, München, 1974, pág 1362 y en 42 Auflage, 1985, pág. 46; LAKNER: STgB: "Strafgesetzbuch mit Strafgesetzbuch Kommentar", Verlag C.H. Beck, München, 1974, pág. 1682 y ss. En este sentido se considera que portador de la función pública es

tanto el funcionario (BEAMTER), como el juez (RICHTER) o todo aquel que mantiene una relación oficial de derecho público (öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis) o de cualquier otra forma esté encargado del cumplimiento de tareas de la administración pública en oficinas u otros entes o a sus órdenes. La amplitud del mismo, hace innecesaria la existencia de títulos por los que se ejerza tal misión, bastando con que se produzca cualquiera de las formas de participación que prescribe el parágrafo 11 apartado 2º de StGB para que se pueda, en puridad de criterios, hablar de funcionario público.

En Italia se establece una diferenciación entre oficial público y encargado de un servicio público. Así, se entiende por funcionario público (artículo 357 del código penal italiano) no sólo los empleados del Estado o de otro ente público que ejercite permanentemente o de forma temporal una función pública, legislativa administrativa o judicial, sino también a toda aquella persona que ejercite permanente o temporalmente, gratuitamente o mediante retribución, voluntariamente o por obligación una función pública, legislativa, administrativa o judicial.

Por encargo de un servicio público se entiende a los empleados del estado o de otro ente público, los cuales prestan permanente o temporalmente un servicio público o cualquier otra persona que presta temporal o permanentemente, gratuitamente o mediante retribución, voluntariamente o por obligación un servicio público (Vid. artículo 358 del código penal italiano).

El concepto que nos interesa analizar no es el de encargado de un servicio público sino el de oficial público como equivalente al de funcionario público. En tal sentido, es preciso aclarar que la doctrina italiana no mantiene una posición pacífica en relación a los criterios determinantes del concepto de oficial público, dividiéndose en dos teorías que sostienen planteamientos diversos; la teoría subjetiva y la objetiva. La primera de ellas considera que los requisitos necesarios en la fijación del concepto de oficial público deben ser la publicidad del ente y la naturaleza de la función genéricamente otorgada al sujeto en virtud de la relación de empleo. De esta manera, un sujeto adquiere la condición de oficial público siempre y cuando desarrolle una actividad de empleo con cierto ente. (Vid. en este sentido PAGLIARO:

"Principi di diritto penale" Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contra la pubblica Amministrazione, Milano Giuffrè Editore, 1977, pág. 5. Para la teoría objetiva, por el contrario, tan sólo basta con que se actúe en ejercicio de la función pública, adecuándose de esta forma a lo preceptuado en el artículo 357 del código penal italiano, que no exige una relación de empleo entre el sujeto y el ente público. (Vid. en esta línea a la mayoría de la doctrina italiana. Así NUVOLONF; "Brevi nota sul concetto penalistico de pubblico ufficiale", in riv. it. dir. pen. 1940, pág 44; MARINI: "Criterio soggettivo e criterio oggettivo nell'interpretazione degli articoli 357-358 c.p. in riv. it. dir. pen. 1959, pág. 568). El único inconveniente de esta teoría es que para determinar el concepto de oficial público es necesario el reenvío a la concreción de la fórmula función pública, lo que amplía excesivamente el margen de indeterminación.

En Francia no existe un concepto preciso de funcionario público, lo que ha obligado a la doctrina a realizar a través del artículo 114 del código penal una interpretación del mismo, llegando a la conclusión de que por "funcionario público o agente o persona propuesta por el gobierno" (fórmula utilizada por el art. 114 del c.p.) hay que entender tanto al detentador o depositario de la autoridad o de la fuerza pública a un título cualquiera (Vid. VERON, "Droit Penal Special", 1976, pág. 187 y ss. Se intenta la reconstrucción de un concepto de funcionario público por medio de los distintos preceptos que configuran la materia, siendo el resultado el siguiente: tienen categoría de funcionarios tanto los ministros (art. 115) funcionarios públicos encargados de la policía administrativa o judicial (119), guardias de maisons o de depot o arret (art. 120) jueces (arts. 121 y 122) etc.

El concepto elaborado por la doctrina francesa, a pesar de ser más limitado que el utilizado por el código penal italiano al exigir la existencia de un título de participación en el ejercicio de la función pública, es más amplio que el concepto del artículo 119 apartado 3º del código penal español ya que en éste sólo es posible la adquisición de la condición de funcionario público a través de los tres medios seleccionados, mientras que en el derecho francés es indiferente el título en virtud del cual se ejerza tal función.

- (2) En este sentido, expone GUAITA que "la legislación relativa a los funcionarios del Estado no contiene realmente ninguna definición de los mismos, pero combinando diversos preceptos se llega a obtener un concepto análogo al de la ley de régimen local y entidades estatales autónomas". pág. 497 de la voz "Funcionario Público" en Nueva Enciclopedia Jurídica, F. Seix, vol. X, Barcelona, 1971. El mismo criterio es sostenido por ROYO VILLANOVA: "El concepto de funcionario y la relación de función pública en el nuevo derecho español" en R.A.P. nº 44, Mayo-Agosto 1964, pág. 14.
- (3) Estos requisitos son los exigidos por sentencias como las de 26 de octubre de 1953, 13 de Junio de 1957 y la de 28 de Junio de 1954. En contra de los mismos se expresa ROYO VILLANOVA, al entender que no son elementos esenciales en la formación del concepto, la inamovilidad, el tener funciones de autoridad, la retribución, radicando la esencia de la deferencia en que el funcionario público "ocupe voluntariamente un puesto público en virtud de la adscripción legal hecha por nombramiento o elección", pág. 11 de "El concepto de..." op. cit. Por su parte, MARTIN MATEO indica como características generales de los funcionarios "la incorporación a Administración frente a las personas de dependencia particular, como los guardas jurados, servicios profesionales exclusión de los políticos, servicios retribuidos, excluidos laborales. Sometimiento a un estatuto general que precisa derechos y obligaciones". pág. 266 del Manual de Derecho Administrativo; Madrid, 1980.
- (4) Vid. COBO DEL ROSAL: "Examen crítico del párrafo tercero del artículo 119 del código penal español", en R.G.L.J. cit. págs. 241 y ss; DEL TORO MARZAL; "Artículo 119 del Código penal", en Comentarios al código penal, de AAVV; Ariel, Barcelona, 1972, pág. 733.
- (5) Vid. COBO DEL ROSAL: "Examen..." op. cit. pág. 241.
- (6) En la jurisprudencia se viene manteniendo un

concepto de funcionario que comprende desde los que figuran en las categorías más altas de la Administración, hasta los que ocupan un lugar secundario, los que se hallan investidos de autoridad y los que colaboran en el servicio de esta. Este es el criterio de las sentencias de 2 de Marzo de 1955 (Aranzadi 536) 24 de Noviembre de 1954 (Aranzadi 2489), llegando a poseer la condición de funcionario público personas como un guardia municipal interino, s. de 11 de octubre de 1950 (Aranzadi 1344), un portero del Ayuntamiento, s. 3 marzo de 1936 (Aranzadi 563) o hasta uno de los empleados de la Mutualidad Benéfica de los funcionarios de la Administración central del Ministerio de Justicia que, por su condición, tenía encomendada la misión convenida por necesidades del servicio de despachar y cobrar impresos, conducta que según dicha sentencia, encaja en el artículo 119 del código penal. Sentencia de 10 de Junio de 1984 (Aranzadi 3497).

(7) Vid. Sentencia de 20 Enero 1978 (Aranzadi 162).

(8) Vid. sentencia 27 marzo 1982 (Rep. Aranzadi 1276).

(9) De ahí deduce COBO DEL ROSAL las diferencias con el concepto de funcionario del derecho administrativo, puesto que "no se exige en el código penal la nota de incorporación, bastando la mera participación en la función pública no exige la nota de permanencia, ni tampoco la oposición ni el concurso, ni figurar en plantillas", de ello se desprende, según este autor, que al legislador penal no le interesan tanto los delitos que cometen los funcionarios públicos, como aquellos que se realizan con ocasión del ejercicio de la función pública. Vid. op. cit. pág. 238. Parecidos criterios mantienen, OCTAVIO DE TOLEDO; "La prevaricación del funcionario público", civitas, Madrid 1980, págs. 139 y 140; RODRIGUEZ DE VESA, "Derecho penal parte especial", Madrid 1983, pág. 1073; VIVES ANTON, "La detención", Bosch, Barcelona, 1977, págs. 49, 50 y 51. BUSTOS RAMIREZ: "El delito de práctica ilegal de detención por parte del funcionario público" en C.P.Cr. nº 20, 1983; pág. 348 y 349. QUERALT "El concepto penal de funcionario público" en C.P.Cr. nº 27, 1985, pág. 487 y las sentencias de 27

septiembre 1980, 27 marzo 1982 (R.Aranzadi 1276) y la de 10 Junio 1984.

- (10) Vid. DEL TORO, op. cit. pág. 735 y ss. En su opinión, "la relación entre la persona y el ejercicio de las funciones públicas debe entenderse a efectos del 119 del código penal, dependiendo de la elección o nombramiento por disposición inmediata de la ley" en la misma obra pág. 737. Así como también MUÑOZ CONDE: "Derecho Penal, Parte especial", pág. 687, 6ª ed. Sevilla, 1985.
- (11) Vid. MUÑOZ CONDE; op. cit. pág. 687.
- (12) Vid. supra pág. 254
- (13) Véase en este mismo sentido a RODRIGUEZ DEVESA; op. cit. pág. 1073. BUSTOS RAMIREZ, op. cit. pág. 349 y VIVES ANTON. op. cit. pág. 49. Este último autor critica la desmesurada extensión que la jurisprudencia ha venido dando al término "disposición inmediata de la ley", convirtiéndolo en un cajón de sastre donde tienen cabida las conductas más insospechadas, en base a una comprensión del término ley como sinónimo de reglamento, decreto, etc."
- (14) En contra de esta afirmación, QUERALT sostiene "que ejercer el cargo y participar en el ejercicio de las funciones públicas es lo mismo a efectos penales" pág. 484 de op. cit.
- (15) Así, véase la sentencia de 28 enero de 1978 (Aranzadi nº 81 y además la sentencia 9 febrero 1976 (Aranzadi nº 371) exige "que las metas estén encaminadas al bien común, al servicio directo de un órgano estatal...". Esta es la línea que mayoritariamente sigue nuestra jurisprudencia y en concreto las sentencias de 9 de marzo de 1970 (Aranzadi nº 1985); 27 de Marzo de 1982 (Aranzadi nº 2029); 10 Junio de 1984 (Aranzadi nº 3497).
- (16) Véase la sentencia de 27 de Sep. de 1980

(Aranzadi nº 3320).

- (17) Véase la sentencia de 15 de Marzo de 1982 (Aranzadi nº 1710),
- (18) Para NUVOLONE "la función pública no quiere decir función de interés público, pues en sentido subjetivo el interés público puede ser aquella dirigida a la satisfacción de bienes colectivos", pág. 50 de "Brevi note sul concetto penalistico del público ufficiale" en R.I.D.P. 1940. En nuestra doctrina, MUÑOZ CONDE se declara partidario del concepto de función pública sostenido por la jurisprudencia, identificándolo con la "función proyectada al interés colectivo o social, al bien común y realizada por órganos estatales o paraestatales", op. cit. pág. 687 y 688.
- (19) Vid. FONT-MARQUEZ: "La noción de autoridad en la legislación y jurisprudencia penal" R.Ad.P. nº 92 Mayo-Agosto 1980, pág. 383 y ss.
- (20) Vid. la sentencia de 24 de Noviembre de 1927. Tan sólo excepcionalmente se ha aplicado la sanción correspondiente a delito de particulares, en las sentencias de 29 de Mayo de 1874 (CJCr. nº 2271) donde tiene lugar el tipo previsto en el artículo 493 aptdo 3º, en el caso de un cabo de voluntarios que detienen sin ningún motivo, en la sentencia de 26 de Diciembre de 1870, que aplica también la pena correspondiente al particular en el supuesto de un cabo que fuera de servicio, ya que había cesado en ello, efectuó una detención, y en la de 6 de Octubre de 1986 (Rep. Aranzadi 5482).
- (21) Vid. sentencia de 3 enero 1951 (C.J.Cr. nº 7).
- (22) Vid. sentencia de 20 abril 1953 (C.J.Cr., nº 255).
- (23) Vid. sentencia de 10 Mayo 1961 (C.J.Cr. nº 530 y 16 enero 1965 (C.J.Cr. nº 47).

- (24) Vid. QUERALT; op. cit. pág. 482.
- (25) En estos casos podrían aplicarse, o bien la agravante nº 10 del artículo en relación al artículo 480 o la agravación específica del 481 aptdo 3º.
- (26) Vid. VIVES ANTON: op. cit. pág. 51 y BUSTOS RAMIREZ: op. cit. pág. 351.
- (27) Vid. artículo 490 de la ley de Enjuiciamiento criminal cit. infra pág. 245
- (28) El artículo 480 sanciona al particular que encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad.
- (29) El artículo 482 prevé aquellos casos de error de prohibición donde el particular actúa en la creencia de obrar lícitamente al efectuar una detención, con la finalidad de entregar el detenido a la autoridad judicial fuera de los supuestos previstos en la ley de enjuiciamiento criminal.
- (30) El principio de menor lesividad está previsto en el artículo 520 de la Ley de enjuiciamiento criminal, párrafo primero, al considerar que "la detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio.
- (31) Esta garantía se encuentra recogida en el artículo 491 de la ley de enjuiciamiento criminal, que prevé el supuesto de detención de un particular en el cual éste justificará, si el detenido 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".

(32) Derecho previsto en el artículo 496 de la ley de enjuiciamiento criminal, cuando dispone que "el particular, Autoridad o agente de la policía judicial 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 se hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma. Si demorare la entrega incurrirá en la responsabilidad que establece el código penal si la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas.

(33) En general, previstas en el artículo 520 de la ley de enjuiciamiento criminal.

(34) De seguir una interpretación distinta del alcance del artículo 480 que contuviese todos los supuestos no previstos por el 482, además de la privación de la libertad de movimientos, significaría la sanción a través del 480 de, no sólo las detenciones realizadas con finalidad privada, sino también de todas aquellas que con el objetivo de entregar el detenido a la autoridad judicial, infringen las garantías anteriormente mencionadas. En caso de seguir esta tesis se llegaría a la siguiente contradicción: se sancionaría más gravemente la no información de un determinado derecho por parte del particular, que la privación ilegal de movimientos fuera de los supuestos establecidos legalmente, ya que en definitiva estos se regulan a través de un tipo privilegiado, mientras que, por el contrario, la infracción de otras garantías estarían sometidas al régimen previsto por el artículo 480 del código penal.

En estos supuestos, en los que el particular incumple las garantías ordenadas por la LECr al llevar a cabo la detención, se podría plantear también como hipótesis la aplicación de la eximente incompleta del artículo 9,1 en relación al artículo 8,11, en el delito de detención ilegal previsto en el 480. Tal solución sería incorrecta, pues parte del error de considerar que las garantías de la detención son elementos no esenciales, argumento sin base legal alguna, ya que el ordenamiento equipara el contenido, la forma y las garantías ante la privación de la libertad, por lo que tanto una como otras tienen carácter de esenciales.

En conclusión, no sería posible aplicar la eximente completa e incompleta en los casos en los que se produzca la ausencia de alguna de las garantías expuestas. Ahora bien, de no seguirse esta interpretación que proponemos, consistente en asimilar al particular con el funcionario, en tales supuestos se produciría un agravio comparativo en relación tanto al particular que efectúa una detención en virtud del artículo 482, como respecto al funcionario que detiene con una finalidad pública, pues en tales casos no podría aplicarse ni el 482 ni el 184, sino exclusivamente el 480. Se sancionaría del mismo modo al particular que detiene a un presunto delincuente in fraganti sin comunicarle la razón de la detención o practica la privación de libertad de forma que perjudique al detenido, que aquel otro que detiene con una finalidad exclusivamente privada. Al mismo tiempo tendría una pena superior a la del particular que detiene fuera de los casos previstos por las leyes del 482 y al mismo funcionario que incumple las garantías en base al artículo 184.

(35) En contra de este planteamiento, QUERALT sostiene que para llegar a ser funcionario a efectos penales, es requisito indispensable estar habilitado para ejercer tal participación y estar en condiciones de poderse incorporar al puesto correspondiente", op. cit. pág. 485.

Este autor introduce en la definición de funcionario público un nuevo elemento que no aparece en la concepción penal del mismo, reducido a la participación en el ejercicio de la función pública a través de disposición inmediate de la ley, elección o nombramiento, sin que en ningún caso sea necesaria la posibilidad de incorporación a un determinado puesto. Con esta tesis, QUERALT se acerca más a los criterios estrictos administrativos que al contenido del artículo 119 aptdo 3º del código penal, ya que ningún valor tiene para el derecho penal en la conformación del concepto de funcionario público las diversas condiciones que los estatutos de la función pública puedan exigir en el acceso a la misma, esencial, por otra parte, en relación al concepto administrativo de funcionario.

El error de este planteamiento radica en la exigencia del criterio de viabilidad de incorporación a la función pública, cuando en

realidad bastaría la simple participación en la misma por el método señalado en el 119 del código penal, para configurar en concepto penal de funcionario.

- (36) En opinión de VIVES ANTON, de aceptarse esta tesis el "código habría incurrido en una incongruencia al regular las detenciones ilegales... y de acuerdo con tal conceptualización, las detenciones ilegales del artículo 482 habrían de ser incluidas entre las cometidas por funcionario público", op. cit. pág. 49 y 50.
- (37) Vid. BUSTOS RAMIREZ, Op. cit. pág. 350.
- (38) Vid. Ibidem.
- (39) Vid. Ibidem.
- (40) Vid. Ibidem.
- (41) Veanse los artículos 480 y 184 del código penal, en relación al 482, exclusivamente referido a la privación ilegal de movimientos.
- (42) Para ANTON ONECA el tema de la incompetencia "no atañe al sujeto activo del delito, aunque a primera vista pueda parecer otra cosa, sino que hace referencia a la antijuridicidad y debe ser valorada en orden a la expresión "ilegalmente" de que nuestro código se sirve". En "Derecho penal Parte especial", tomo II, Madrid 1949 pág. 46. Obra en la que también participan RODRIGUEZ MUÑOZ; JASO ROLDAN y RODRIGUEZ DEVESA.
- (43) Vid. GASCON Y MARIN; "Funcionario de hecho" en Nueva enciclopedia jurídica. Barcelona 1971, Seix, pág. 511.
- (44) En este mismo sentido, se expresa RODRIGUEZ DEVESA cuando manifiesta que "el particular, por el mero

hecho de asumir una función pública, no queda equiparado a los funcionarios" op. cit. pág. 1074.

- (45) Así, VIVES ANTON cuando reconoce que se producirá un caso de incompetencia absoluta en el supuesto "de que el funcionario careciese de toda potestad para realizar actos del genero del concretamente ejecutado". Pág. 53 de op. cit. Según BUSTOS RAMIREZ, en tales casos se aplicaría el artículo 481 n° 3 sin perjuicio de que también pueda concurrir el 178 o cualquier otro... op. cit. pág. 352.
- (46) Vid. MAGGIORE: "Derecho Penal, Parte Especial" Tomo IV, Bogotá 1955, pág. 460 y ss.
- (47) Vid. VIVES ANTON; op. cit. pág. 54. y NUVOLONE, cp. cit. pág. 44 y ss. En el mismo sentido se expresa BUENO ARUS cuando considera que se es funcionario público, aunque abuse de las funciones, siempre que las ejerza. Pág. 620 de "Los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos... op. cit.
- (48) Así lo exigen el artículo 17 de la Constitución y el 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- (49) Véanse las siguientes sentencias: 15 Marzo 1877 (C.J.Cr. n° 3848); 1 Julio 1885 (C.J.Cr. n° 159); 24 Noviembre 1927 (C.J.Cr. n° 108); 29 abril 1953 (C.J.Cr. n° 255); 10 Mayo 1961 (C.J.Cr. n° 530); 16 Enero 1965 (C.J.Cr. n° 47) 29 Septiembre 1965 (C.J.Cr. n° 74); 27 Mayo 1981 (C.J.Cr. n° 734).
- (50) Sentencias de 25 Diciembre de 1870 (C.J.Cr. n° 64); 29 Mayo 1874 (C.J.Cr. 2271), 6 Octubre 1986 (Re. Aranzadi 5482).  
Es de destacar la importancia de esta sentencia, que rompe con el tradicional criterio de sancionar al funcionario a través del 184 del código penal, sea cual fuere su finalidad. Así, se aplica el artículo 480 a miembros de la policía nacional que practicaron una serie de detenciones con la finalidad "de hacer con cierta cantidad de anfetaminas" en provecho propio. En este sentido se

dispone que "esta Sala ha distinguido tradicionalmente -y sigue haciéndolo- entre los casos en que el funcionario 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 concreto en que se enmarca la acción, bien por su motivación exclusivamente privada, pierden aquel carácter a efectos penales -al margen de la posición que ocupan en la dinámica criminal-, y en consecuencia, trasladando dicha doctrina el problema concreto aquí planteado, es decir, a la opción por uno u otro término de la alternativa que aquellos artículos ofrecen, el relato fáctico revela que los recurrentes obraron desde el primer momento como particulares, y en exclusivo provecho propio...".

No es preciso manifestar el acuerdo con tal planteamiento, salvo en lo relativo a que esta sea la línea que tradicionalmente se viene manteniendo, cuando en realidad es precisamente la contraria, como lo demuestra la sentencia de 12 de Noviembre de 1986 (R. Aranzadi 6943) que sanciona a través del 184 a un subcomisario del Cuerpo nacional de policía que detuvo a unos trabajadores" siendo el motivo determinante de la detención, de carácter personal y propio, por las desavenencias antes dichas, todo lo cual pone de manifiesto la arbitrariedad e imprudencia de tal medida". De seguirse la tesis expuesta, el precepto aplicable por el abuso en el cargo con finalidad privada debiera ser no el 184 sino el 480.

- (51) Sentencia de 25 de Octubre de 1983 (R. Aranzadi nº 4796).
- (52) Sentencia de 6 de Octubre de 1986 (R. Aranzadi 5482).
- (53) CRTS BERENQUER; "El nuevo artículo 481 del Código penal" en Escritos Penales, Valencia, 1979, pág. 284; Véase también, del mismo autor, "Detenciones ilegales modificadas" en Comentarios a legislación penal, Rva. Derecho Público, Tomo II, 1983, pág. 412 y ss.. en general, en cuanto al concepto de simulación de funciones públicas, hay una

coincidencia general en mantener que se trata de la usurpación de funciones del artículo 320.

- (54) En relación al carácter privado de la finalidad, VIVES ANTON considera que "ni siquiera la prevalencia de móviles privados en la conducta del funcionario, basta... para que este pierda la condición de tal, a efectos del delito que nos ocupa (184); sino que para ello es preciso que su proceder no pueda ser objetivamente contemplado como actuación de una finalidad pública" pág. 55. op. cit. BUSTOS RAMIREZ. pág. 352 op. cit.; PUIG PEÑA: "Detenciones Ilegales", Nueva Enciclopedia jurídica, Seix, Volumen VII, pág. 336; QUINTANO RIPOLLES: "Comentarios al código penal", 2ª edición, Madrid, 1966, pág. 67.
- (55) No es necesario hacer referencia a las potestades de otro tipo de autoridades, como alcaldes o gobernadores, que se engloban en el más amplio concepto de autoridad penal que serán analizados posteriormente.
- (56) Vid. artículo 494 de la Ley de enjuiciamiento criminal.  
Ya expuso AGUIERA DE PAZ que "en determinadas detenciones y no precisamente las espontáneas, que no necesitan de acuerdo judicial, en los que son consecuencia de un sumario, tan sólo puede decretar el mismo el que estuviera conociendo del sumario" en "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal", 1924, tomo IV, art. 456 a 648, Ed. Reus. Madrid pág. 161 y ss.  
Asímismo, GIMENO SENDRA mantiene que tan sólo puede acordar la detención judicial el juez de instrucción o municipal competente ya que la ley de enjuiciamiento criminal requiere que sea el juez que conozca o deba conocer la causa", pág. 125 de "La Detención", Bosch, Barcelona, 1977.
- (57) De este modo se establece en la sentencia de 10 de Mayo de 1961 (Aranzadi nº 530), al manifestar que "no es aplicable el artículo 186 a quien es Juez municipal, pues el precepto se refiere expresamente a funcionarios que no sean autoridad judicial; tampoco es aplicable el artículo 188 del mismo

cuerpo, si es la misma autoridad judicial la que ordena la detención, resulta en cambio aplicable el 184, ya que dentro de la amplitud del funcionario público, está comprendido el judicial, pues si no, se llegaría a la conclusión absurda de que el mismo por su propia voluntad podría decretar la detención". También es significativa la sentencia de 16 de enero de 1965 (C.J.Cr. nº 47) por un doble motivo; en primer lugar, porque representa la continuación del criterio jurisprudencial de no tener en cuenta la finalidad pública del que actúa y al mismo tiempo, la aplicación del tipo de detención ilegal de funcionarios al juez que la ejecuta sin los requisitos legales cuando dispone que: "es ilegal la detención acordada por el juez de paz no por razón de delito, sino por cuestiones puramente privadas existentes entre el detenido y el juez, aunque para encubrir esta arbitrariedad dispusiere después el juez de paz la incoación de unas diligencias previas con el pretexto de haber sido injuriado y amenazado el día anterior".

(58) Vid. sentencia 22 Diciembre 1970 (C.J.Cr. nº 1417).

(59) Vid. RODRIGUEZ RAMOS: "Libertades cívicas y Derecho Penal", Tecnos. Madrid, 1975 pág. 239. En el mismo sentido se expresa VIVES ANTON; op. cit. pág. 55 y 56; BUSTOS RAMIREZ, op. cit. pág. 352 y 353; CORDOBA RODA: "comentarios al código penal", tomo III, Barcelona, 1972, arts. 120-340 bis c. pág. 303.

(60) El ministerio fiscal, en su función de "promover la acción de justicia en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como de velar por la independencia de los tribunales y procurar ante estos la satisfacción de un interés social, puede intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos, pudiendo ordenar a la policía judicial aquellas otras que estime oportunas" en el Estatuto orgánico de 30-12-1931; art. 5 nº 2.

- (61) Vid. artículo 119 del código penal.
- (62) Vid. artículo 492 de la ley de enjuiciamiento criminal.
- (63) Vid. sentencia de 26 de octubre de 1979 (C.J.Cr. nº 1210).
- (64) Véase el trabajo de QUERALT "Un ejemplo de inconsecuencia legislativa; el artículo 5.2 de la Ley de Policía" en Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Pérez Victoria (págs. 767 a 778), 1983. en donde analiza esta confusión legal al estudiar el artículo 5 nº 2 de la ley de policía de 8 de diciembre de 1978.
- (65) Por contra, en la jurisprudencia tampoco existen diferencias teóricas y prácticas entre los agentes de la autoridad y los funcionarios. Vid. sentencia de 5 de octubre de 1974 (Aranzadi 3660) y sí en cambio entre el concepto de funcionario y el de autoridad, al señalarse que "no tienen la condición de autoridad y sí solamente la de funcionario público, en cuanto que carecen del derecho de supremacía o imperio "eraga subditus" a que se refiere el 119..." sentencia de 26 de Octubre de 1979 (Aranzadi nº 3756) y 15 de Octubre de 1966 (Aranzadi nº 4326).
- (66) Vid. QUERALT op. cit. pág. 771. Para este autor se produce "una protección desproporcionada de los funcionarios de seguridad estatales. Estos tendrán mayor protección que el resto de los funcionarios policiales (de mediar un ataque con los medios descritos), pero sólo les alcanzará mediatamente si en el momento del atentado está desempeñando las funciones aludidas. Se desequipara la protección de todos los funcionarios policiales, tanto de los incardinados en cuerpos permanentes (policías autónomas y municipales) como los miembros no establemente organizados que integran la policía judicial del artículo 283 de la ley de enjuiciamiento criminal, pese a desempeñar similares funciones".

- (67) Para DEL TORO, "la voluntad de mando se concreta en el ejercicio "erga sudditus" de un derecho de supremacía, mientras que la jurisdicción es una función correspondiente a un segundo grado de control social que ejecute las normas imperantes y que se compone de dos órganos: el poder administrativo y el poder judicial", pág. 745 y ss. op. cit. En el mismo sentido se expresan COBO DEL ROSAL: op. cit. pág. 244; MUÑOZ CONDE; op. cit. pág. 688, mientras que QUERALT define el mando como "potestad de reclamar obediencia" pág. 495 de El concepto penal de funcionario público, op. cit. Sobre el concepto de autoridad, la sentencia de 25 de junio de 1986 (Colex nº 684) establece que: "La delimitación de tal condición de la meramente funcional, de la norma contenida en el artículo 119 C.P. (distinción que normativamente arranca de una, con probabilidad, apresurada distinción entre "poder" y "función" donde, un, desde otro aspecto aprovechable campo sociológico) de la noción esencial, única válida en el campo o area penal, de que la participación en las funciones públicas se traduzca en legítima posesión de una fuerza coactiva, representada por las expresiones utilizadas en el indicado art. 119, por las notas de que "tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia" Vid. también las sentencias del Tribunal de Derechos Humanos de 4 Diciembre de 1979 (caso SCHIONER); 22 de Mayo de 1984 (Caso VAN DER SLUIJS, ZUIDERVELD y KLAPPE); y la de 22 de Mayo de 1984 (Caso de JONG, BALJET y VANDEN BRINK).
- (68) Vid. FONT-MARQUEZ op. cit. pág. 380.
- (69) Vid. la sentencia de 5 de octubre de 1974 (nº 3660 Aranzadi). En la doctrina son interesantes los criterios sostenidos por JIMENEZ DE ASEÑO en Derecho procesal penal, vol. II. Edi. Rvta. Derecho Privado, Madrid, s/f, pág. 65 y QUERALT que considera que "para ser considerado a efectos penales agentes de la autoridad el individuo en cuestión tiene que ser también funcionario a los mismos efectos, es decir, su nombramiento ha de estar respaldado por una prescripción de carácter legal". Pág. 507 de "el concepto..." op. cit.
- (70) Véase el artículo 7 nº 1 de la ley de fuerzas y

cuerpos de seguridad del Estado.

(71) Vid. artículo 29 de la L.F.C.S.E.

(72) Un criterio diferente mantiene RODRIGUEZ DEVESA, al sostener que los agentes de la autoridad pueden ser de dos clases, "unos por ser funcionarios auxiliares o subordinados no difieren de los aludidos en el párrafo tercero del artículo 119... otros que prestan auxilio a la autoridad, sea circunstancial y espontáneamente o por venir obligados en virtud de su profesión no retribuida por el Estado, a colaborar de un modo especial con las fuerzas de policía o de seguridad" pág 1076 y 1077 de op. cit.

(73) Vid. artículo 9 de la L.O.F.C.S.E.

(74) Vid. artículo 37 de la L.O.F.C.S.E.

(75) Vid. artículo 51 de la L.O.F.C.S.E.

(76) El hecho de ser funcionarios públicos no les otorga la facultad de poder ejecutar detenciones, pues para ello es necesario que formen parte del concepto de autoridad o del de agente de la misma policía judicial.

(77) El artículo 126 de la Constitución mantiene que: "La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la Ley establezca".

(78) Con posterioridad se han realizado intentos de creación de un cuerpo de policía judicial representado por la real orden de 19 de septiembre de 1896, el real decreto de 27 de noviembre de 1912, la real orden de 26 de Enero de 1908 que, en opinión de AGUILERA DE PAZ, incidían en el mismo error "al adolecer del defecto de encomendar las

funciones de policía judicial a los mismos agentes de la policía de seguridad, no estableciendo separación que debe existir entre las funciones de uno y otro cuerpo. Vid. "Comentarios a la IECr. cit. pág. 165 y ss.

- (79) Vid. REUS; "Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de Septiembre de 1882 concordada y anotada expresamente", Madrid 1883, pág. 494 y ss.
- (80) Vid. FAIREN GUILLEN: "Temas de ordenamiento procesal, II", Proceso civil y penal, Madrid, Editorial Tecnos, 1969, pág. 1160 y 1161.
- (81) En el mismo sentido PRIETO CASTRO; Trabajos y orientaciones de Derechos Procesal, Madrid Edit. Rvta. Derecho Privado, 1964, pág. 613 y 615, considera que el ideal estaría representado por "el establecimiento de una verdadera policía judicial, expresa y exclusivamente dedicada a realizar las múltiples funciones de auxilio y la justicia que las leyes determinan" pág. 616, pero a corto plazo "la solución sería la creación de secciones de los cuerpos de policía que ya existen añadiéndoles las funciones propias de la policía judicial con exclusión de otras, y ello de tal modo que jueces y tribunales puedan disponer los servicios, siempre directamente, sin dilaciones ni impedimentos administrativos de ninguna clase", pág. 617.
- (82) Vid. GIMENO SENDRA: "La detención..." op. cit. pág. 85. En la misma línea, PORTERO GARCIA señala que la "confusión se acrecienta en la ley de Enjuiciamiento criminal que, con un criterio extensivo de colaboración judicial más que técnico-investigador, alude en su artículo 283 hasta a ocho apartados respecto de quienes constituyan la policía judicial, pág. 4 "Valoración procesal de las actuaciones policiales" en Boletín de Información, nº 1384 25-5-1987. Vid. también las objeciones que realiza MUÑAGORRI, "planteamientos sobre el control informal" en Poder y Control, nº 1, 1987. Separata pág. 244.  
La Crítica al funcionamiento coherente de la policía judicial fué ya realizado por AGUILERA DE PAZ, cuando consideraba que la "falta de eficacia de

su acción por no constituir como debiera una institución o cuerpo dependiente de toda otra misión ajena a los fines que son propios de su peculiar intervención en las causas criminales, sino un aglomerado de multitud de funcionarios a quienes se les da el cargo de policía judicial no por sus aptitudes e idoneidad, sino por su consideración a los otros deberes oficiales, que tienen que cumplir preferentemente con perjuicio del servicio policíaco que les está encomendado". Pág. 176 de "Comentarios..." op. cit.

- (83) El artículo 10 de la ley de policía de 4 de diciembre de 1978 disponía que, sin perjuicio de la labor de auxilio a los jueces y tribunales que, conforme a la ley de enjuiciamiento criminal compete a todos los miembros de los cuerpos de seguridad del Estado, se crearán unidades específicas de policía judicial. Las unidades a que se refiere el apartado anterior dependerán funcionalmente de los órganos judiciales competentes.
- (84) Vid. los arts. 443, 444 y 446 de la ley orgánica del Poder Judicial y el 34 de la ley de Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado. También el Estatuto del ministerio fiscal de 30 de Diciembre de 1981 prevé, en el artículo 4 nº 4, que dicho Ministerio dará a la policía judicial cuantas órdenes e instancias sean convenientes.
- (85) Para esta especialización se ha previsto que se realicen en los centros de formación y perfeccionamiento de los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, con participación de miembros de la judicatura y del ministerio fiscal o complementariamente en el centro de estudios judiciales (art. 32), siendo la obtención del diploma requisito sine qua non para integrar dichas unidades.
- (86) Vid. artículo 31 aptdo 1º de la ley de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.
- (87) Vid. artículo 33 de la L.F.C.S.E.

- (88) Vid. los comentarios realizados al artículo 443 de la ley orgánica del poder judicial en el código referente a la ley O.P.J. de 1986 págs. 272 y 273 y al mismo tiempo, en el preámbulo de la ley de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, pág. 126. A favor de tal reforma se manifiesta DOMINGUEZ VIGUERA "Policía judicial y Ley Orgánica del Poder Judicial" en R.ta La Ley. nº 1644. 10 febrero de 1987, pág. 5.
- Tampoco el Real decreto 769/1987 de 19 Junio sobre regulación de la policía judicial, ha resuelto los inconvenientes que ya advertíamos en el funcionamiento de las unidades de la policía judicial, ya que pese a dotar con 3000 agentes y guardias civiles-como se propone en este estudio- a tales unidades, se mantiene que sus integrantes deben también cumplir las misiones que les encomienden sus superiores "naturales". De este modo se incumple el primer objetivo de una policía judicial a las órdenes directas y exclusivas del Ministerio Fiscal y de la Autoridad judicial, así como dedicada únicamente a funciones de investigación.
- La dependencia de sus "superiores" es evidente además, por el hecho de que en caso de infringir alguna de sus funciones, será no el juez sino el mando natural el que decide la suspensión o cualquier otra sanción disciplinaria, con lo que se acentúa la falta de autonomía judicial en detrimento de las facultades del Ministerio del Interior.
- Por otra parte, es también crítica el hecho de que una materia como esta, que afecta a instituciones básicas del Estado y los derechos y libertades de los ciudadanos, se desarrolle a través de un decreto.

(89) Vid. artículo 11 de la ley de Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado.

(90) De este modo, el Cuerpo nacional de policía puede ejercitar en todo el territorio nacional las funciones de investigación de delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurando los instrumentos, efectos y pruebas del delito para ponerlos a disposición del juez o tribunal y elaboración de los informes técnicos y

periciales procedentes y al mismo tiempo las funciones de captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y seguridad públicas..." Vid. artículo 11 aptdo. G y H en relación con el apartado 3º del mismo artículo. Por su parte, la Guardia civil puede "cuando ello fuera preciso" para el desempeño de sus competencias, realizar las investigaciones procedentes en todo el territorio nacional. Vid. aptdo. 3º del artículo 11 de la ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

- (91) Vid. artículo 12 aptdos a y b) sobre competencias exclusivas del Cuerpo Nacional de policía y Guardia civil, de la ley de Fuerzas de Seguridad del Estado.
- (92) Vid. artículo 38 aptdo 3º de la ley de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.
- (93) Vid. artículo 53 aptdo. 1º h.
- (94) Vid. BALBE: "La policía y la Constitución" en *Policía y sociedad democrática*. Compilado por José María RICO, Alianza, Universidad, Madrid 1983, pág. 96. En un sentido similar, CURBET se plantea la cuestión de la reduplicación de funciones en el modelo policial español, pág. 75 a 88 de "El modelo policial español" en *Policía y Sociedad democrática de AA.VV.* cit.. Así también RICO; "Presupuestos para una reforma de la policía" en *Policía y sociedad democrática*, cit. pág. 12 a 28Z; MUÑAGORRI; "Planteamientos..." op. cit. pág. 239.
- (95) Vid. artículo 13 de la ley de Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado.
- (96) Vid. artículo 16 de la ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.
- (97) Tanto los cuerpos de policía de las comunidades autónomas, como los de las policías locales, son institutos armados de naturaleza civil con

estructura y organización jerarquizada. Vid. art. 41 aptdo. 2º.

- (98) La desmilitarización de la Guardia civil se convierte en una de las necesidades ineludibles para la consecución en materia de derechos humanos y legislación procesal y penal, debe imponerse sobre la estructura militar jerarquizada y el predominio de la "orden superior".
- También se manifiestan a favor de la desmilitarización de la guardia civil autores como RICO; op. cit. págs. 22 a 28, BARBERO SANTOS; "El respeto de los derechos humanos: Grandeza y servidumbre de la actividad policial" en Cuadernos de la Facultad de Derecho, 11-1985 Universitat de les illes Balears, pág. 39.
- BARBERO SANTOS piensa que uno de los métodos de combatir los abusos de poder de la propia policía consiste en "... la selección y formación del personal, al que ha de exigírsele formación universitaria, en particular la licenciatura en derecho. Al menos para los oficiales e inspectores, puesto que con dificultad podrán proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, funciones que les atribuye la Constitución, si desconocen el contenido y límites de las libertades y derechos". En "El respeto de los derechos humanos: Grandeza y servidumbre de la actividad policial" en Cuadernos de la Facultad de Derecho, 11 - 1985 Universitat de las Illes Balears, pág. 39.
- En general y en referencia a la ley de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, MUÑAGORRI considera que "El legislador, como se ha visto, ha optado, con una ley que es un esperpento de técnica y política jurídica, por privilegiar la intromisión del ejecutivo en la administración de justicia reforzando desde el Estado los rasgos de parcialidad y dependencia de esta y manifiestamente en contra del fortalecimiento y profundización del Estado de Derecho. Tal progreso en la intromisión del ejecutivo se hace además fortaleciendo éste sus rasgos armados, militares y centralistas; rasgos que atribuidos a la función policial, suponen una penetración autoritaria en la epidermis social pero que, lamentablemente, conectan con una concepción internacional de la "estrategia de la seguridad" que lleva implícita incluso la destrucción de la libertad y el derecho". En "Planteamientos

sobre..." op. cit. pág. 246.

- (99) Vid. LOPEZ GARRIDO; "La guardia civil y los orígenes del Estado centralista, Barcelona, 1982, pág. 84 y 85; del mismo autor "El aparato policial en España" en el mismo sentido, BALBE: "Orden público y militarismo en la España Constitucional (1812-1985) Alianza Universidad, Madrid 1983, pág. 141.
- (100) Así se expresa CURBET: "Los orígenes del aparato policial moderno en España" en Policia y Sociedad democrática, cit. pág. 48 a 74.
- (101) Vid. CURBET: "Los orígenes del aparato..." cit pág. 74.
- (102) Vid. artículo 751 nº 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- (103) Vid. artículo 144 aptdo 1º del código penal.
- (104) Vid. artículo 148 " " .
- (105) Vid. artículo 137 " " .
- (106) Vid. artículo 159 " " .
- (107) Vid. infra págs. 143 y ss
- (108) Así se expresa VIVES ANTON, al considerar que "sujeto pasivo de este delito lo será sólo... quien previamente haya sido detenido "pág. 56 de la "Detención..." op. cit.
- (109) Vid. CORDOBA RODA: "El delito de..." op. cit. pág. 393. en el mismo sentido se expresan RODRIGUEZ DEVESA: "Derecho Penal. Parte Especial..." citado, pág. 288. CUELLO CALON: "Derecho Penal. Parte

Especial... cit. pág. 86; MUÑOZ CONDE: "Derecho Penal. Parte Especial... pág. 124 y POLAINO NAVARRETE: "El delito de detención ilegal..." cit. págs. 140 y 141.

- (110) Vid. CORDOBA RODA; op. cit. pág. 393. En opinión del mismo, en el artículo 184 no se persigue, como en los tipos 480 y ss., "la protección de la libertad en sí misma, sino el amparo de ella en cuanto ha sido reconocida por la ley, o mejor, por el Estado y en cuanto la agresión proviene de un ejercicio de funciones públicas; el mencionado precepto se propone, pues, garantizar el legítimo uso por parte de los funcionarios de sus facultades privativas de libertad" pág. 390 op. cit.
- (111) Es correcta, por tanto, la opinión de BUSTOS RAMIREZ al considerar que "las garantías están establecidas en favor de todos los ciudadanos... y que cada uno tiene derecho a ellos y por tanto no dependen de un determinado querer psico-espacial, ni de ninguna ctracondición", Pág. 353 de "El delito de práctica ilegal..." cit.
- (112) Vid. BUSTOS RAMIREZ; op. cit. pág. 353, cuando señala que "las garantías se establecen directamente respecto a la persona humana y no mediatamente a través de la comunidad, de modo que ésta no puede erigirse en censora o dispensadora de garantías".
- (113) En este estudio se sigue un planteamiento distinto del de CORDOBA RODA, ya que, mientras este autor para la comunidad es un criterio único, en mi opinión, la infracción del bien tutelado por la comunidad se produce como efecto secundario de la agresión a las garantías del particular. Véase también la opinión de BUSTOS RAMIREZ sobre la existencia en estos casos de un sujeto pasivo complejo persona-comunidad en pág. 353 op. cit. Con un planteamiento al contrario aquí desarrollado, se encuentra POLAINO NAVARRETE que, siguiendo los criterios de la más conservadora doctrina española (CUELLO CALON, PUIG PEÑA), mantiene que en "el tipo de detención arbitraria de funcionario resulta afectado más de un objeto de tutela jurídico-penal, pues, junto a la libertad locomotriz, se reconoce la

interior del Estado en relación a las exigencias de probidad del desempeño de la función pública por parte del titular" pág. 140 de "El delito de detención ilegal", Editorial Aranzadi 1982. Pamplona.

Este planteamiento, en definitiva, consagra la naturaleza pluriofensiva del delito de práctica ilegal de la detención, pero no en relación al ciudadano sino al Estado, al mantener como bien jurídico del mismo no sólo al individuo sino también El Estado a través del "buen funcionamiento de la Administración.

- (114) Así véase: ANTON ONECA: "Derecho penal" tomo II. Parte Especial, Madrid 1949, pág. 307 y 308. RODRIGUEZ DEVESA; op. cit. pág. 289.
- (115) De forma general, en Alemania se sostiene tras la reforma de 1974, que como sabemos condujo a la unificación en el parágrafo 239 de las privaciones de libertad de particulares y funcionarios, que el bien jurídico en este delito es la "potentielle personliche Fortbewegungsfreiheit" y por tanto que sujeto pasivo es toda persona que pueda discrecionalmente establecer un cambio de lugar en el espacio. El planteamiento es el siguiente: sujeto pasivo puede serlo cualquier persona con capacidad para decidir discrecionalmente el cambio de lugar. Vid. en este sentido ESER: en Schönke/Schröder. "Strafgesetzbuch Kommentar 22" Auflage, München, 1985 pág. 1450; WESSELS: "Strafrecht", Besonderer Teil 2, Heidelberg, 1985, 9 neibernbeitete Auflage, pág. 72; OLSHAUSEN: que exige "la existencia de un grado psicológico de desarrollo" pág. 1109; Kommentar zum Strafgesetzbuch 12 Auflage, Berlin 1942; Schäfer en LEIPZIGER KOMMENTAR, 43 Lieferung SS 239-241, Berlin New York, W de G, 1986 pág. 2 y ss; MAURACH/SCHRÖEDER: "Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, Heidelberg-Kalsruhe, 1977 pág. 134; BOCKELMANN; "Strafrecht" Besonderer Teil 2 "Delikte gegen die Person", C.M. BECK, München, 1977, pág. 86. BLOY: "Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie?" im Zeits. für d ges. Schfrechts Wissenschaft, 96, 1984. LACKNER: "Strafgesetzbuch mit Erläuterungen", Verlag C.H. BECK München, 1985, pág. 942.
- Este planteamiento implica que todo el que no pueda

detentar dicha voluntad (en el sentido de comprender, como dice MAURACH op. cit. pág. 134) no puede verse afectado por el delito de privación de libertad, siempre y cuando perdure el desarrollo de ese estado. Así, en los supuestos de niños de edad inferior a un año, de los durmientes o de los que se encuentran en una situación de embriaguez inconsciente, no se ve afectada la libertad de movimientos mientras dure el estado de incapacidad o inconsciencia. Véase en esta línea a SCHMIDHAUSER; "Strafrecht" Besonderer Teil, 2ª Auflage, Tubinguen, 1983, pág. 51; BLEI: "Strafrecht II, Besonderer Teil, 12 Auflage, München, 1983, pág. 75; HORN: "Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, Besonderer Teil, Metzner, 1985, pág. 15. Asimismo WESSELS: op. cit. pág. 72 considera que la lesión de la libertad de movimientos tan solo es eficaz desde el instante en que el individuo es consciente de su actuación. Concepto este último que se repite en las obras de OTTO: "Grundkurs Strafrecht. Die einzndnen Delikte. 2 neu arbeitete, 1984, Berlín, pág. 95. ESER; op. cit. pág. 1450 y 1451. DREHER TRONDLE: "Strafgesetzbuch und Nebeugesetze 42. Auflage. Verlag C.H. BECK. München 1985 pág. 1097. En contra de este planteamiento se expresa PETERS/PREISEDENZ: "Strafgesetzbuch" J. Schweitzer, Verlag, Berlin, 1973, pág. 467. Al mismo tiempo, se considera que el hecho de que el individuo se sirva de su propios medios o de otros mecánicos (silla de ruedas) es indiferente para la cualificación de este delito. De forma que tanto el niño menor de un año, el enfermo, el débil mental o el embriagado en determinados casos, serán también sujetos pasivos del mismo siempre que reúnan las condiciones anteriormente expuestas. Vic. WESSELS; op. cit. pág 72. MAURACH/SCHROEDER; op. cit. pág. 134.

En Italia, la doctrina parte de la existencia del mismo bien jurídico en los delitos de secuestro, secuestro agravado y arresto ilegal y consecuentemente, de la consideración de que "cualquiera" puede ser sujeto pasivo del mismo. La verdadera discusión se centra en que, mientras un sector doctrinal encabezado por MANZINI y FLORIAN exigen la voluntad de querer en el sujeto pasivo, otro sector, entre los que se encuentra MAGGIORE, rechazan dicha exigencia. De este modo, MANZINI considera que todo ser humano (persona física) puede devenir en sujeto pasivo de este delito sin

que se requiera plena capacidad de autoejercicio de la libertad personal, pero por el contrario, sí debe reunir ciertas condiciones psíquicas: "capacidad de querer en relación al ejercicio de la facultad inherente a la libertad personal, es suficiente la natural capacidad de querer, sin la capacidad jurídica, ya que no se trata del ejercicio de un derecho subjetivo, sino de actuación de un interés elemental de la persona física". Vid. pág. 659 y ss. de "Trattato di Diritto penale Italiano", Tomo VIII, Torino 1951.

Del mismo modo, FLORIAN entiende que "se defiende la libertad de movimiento, cualquiera que fuese el quantum que exista e independientemente del grado de madurez o salud mental del sujeto pasivo... si se entiende que no puede ser privado de la libertad personal que no la posea de hecho. No sigue que como norma general este delito no pueda cometerse sobre niños, enfermos, durmientes. Es fácil entender que el delito puede surgir si la detención se prolonga por obra del agente, después de que el individuo se haya despertado". Pág. 388 y ss de "Delitti contra la libertà", Trattato di Diritto penale" secunde editione, volumen II, 1923.

Así también SALTELLI/ROMANO: "Comento teorico-pratico del Codice penale", volumen IV, 3ª ed. Roma 1956 pág. 373.

En consecuencia, con tal planteamiento se llega a la siguiente conclusión: no son sujetos pasivos de este delito ni los menores que no tengan capacidad de voluntad eficaz en relación a la libertad personal, ni los enfermos en los que falte la natural capacidad de querer en orden a la actuación del interés de la libertad personal, ni las personas ya privadas de libertad.

Los anteriores argumentos han sido criticados por MAGGIORE cuando afirma que la tesis sostenida por MANZINI y FLORIAN, "de que los sujetos pasivos del delito pueden ser sólo los que gocen de libertad de movimientos y por consiguiente pueden sentir la privación de ella, es inaceptable, porque la ley ampara la libertad corporal de todos de forma incondicional y objetiva". Vid. pág. 457 de Derecho Penal, volumen IV, Delitos en particular 1955, Bogotá.

En esta misma línea se manifiestan ANTOLISEI al señalar "que esta tesis no puede ser fundada porque la ley tutela objetivamente la libertad física de toda persona, salvo que las disposiciones legales autoricen la limitación". vid. pág. 139 y ss.

"Manuale di Diritto penale", parte speciale, Milano. Dott A. GIUFFRÉ-Editore, 1982.

Y DALLORA: "Codice penale Annotato", volume secondo, UTET, Torino, 1983, pág. 1074.

En Francia no existe una discusión doctrinal semejante a la alemana o italiana, manteniéndose unánimemente que la condición de sujeto pasivo puede detentarla cualquiera. Esto se produce a pesar de la doble institución y la diferente naturaleza de los delitos de funcionarios y de particulares, pues se entiende que existe identidad entre los bienes jurídicos de ambos delitos, siendo el ejercicio o no de funciones públicas el único factor determinante de la separación. Vid. VOUIN: "Droit penal special, Precis Dalloz, 5 edición, 1983, par Michele LAURE RASSAT, Paris, pág. 267, MERLE y VITU; "Traite de Droit Criminal", tomo I, Droit penal special. Editions, Cujes, paris 1982, pág. 230. LEVASSEUR: "Crimes et délits contre les personnes" "Sequestration" en R.S. Crim. nº 4 Octubre-Diciembre 1980, pág. 984.

(116) Así, QUINTANO RIPOLLES sostiene que "de ser el sujeto pasivo autoridad o funcionario, en funciones efectivas o con ocasión de ellas, destipificarían el delito de detención para dar lugar al de atentado, pero de no ser así, por el sólo hecho de ostentar tal cualidad, puede ser víctima de la detención ilegal ordinaria del artículo 480" pág. 792 del "Tratado de Derecho Penal de la Parte Especial", Tomo IV. Madrid, 1967, mientras que según GROIZAR, si el sujeto pasivo es funcionario no se aplicará el delito de detención ilegal, pues sería un delito social". pág. 554 de "El código penal de 1870 concordado y comentado". Vo. V. Salamanca 1897.

(117) VIADA mantuvo que "siendo ofensor y ofendido autoridades, aunque de distinto orden, no deberá apreciarse el hecho como atentado sino meramente detención arbitraria... si el que a la detención de la Autoridad procede es un simple funcionario público que no puede reputarse autoridad con arreglo al 277 del código, es evidente que el hecho por aquel ejecutado constituirá a la vez los dos delitos de detención arbitraria previsto en el 210 y el de atentado definido en el 263, ya que la detención de la autoridad supone empleo de fuerza

contra la misma o cuando menos, grave intimidación en su persona; y como ambos delitos son procedentes de un sólo hecho, deberá imponérsele al culpable la pena correspondiente al más grave, a tenor de lo preceptuado en el artículo 90". Pág. 257 de Código penal reformado de 1870, Concordado y Comentado, Tomo I, Madrid, 1877.

- (118) En opinión de VIVES ANTON, es imposible materialmente el atentado efectuado por funcionarios públicos, pues el requisito de "menosprecio de la autoridad" es incompatible con el ejercicio de las funciones públicas, pág. 57 de op. cit.
- (119) La doctrina, especialmente RODRIGUEZ RAMOS y VIVES ANTON, intentaron resolver tal indefensión recurriendo al argumento de que el texto fundamental no puede nunca establecer limitaciones a derechos reconocidos en otras leyes aunque sean de carácter normativo inferior y por tanto al reconocerse en el 184 del código penal la ilegalidad de la detención, sin excluir de la misma al extranjero, entienden que dicha regulación también los incluye. Vid. RODRIGUEZ RAMOS: "Libertades cívicas..." op. cit. págs. 240 y 241 y VIVES ANTON, op. cit. pág. 57 y 58.
- (120) Detención que aparece descrita en el artículo 17 de la Constitución aptdo 2º ya citado, vid. supra pág. 370 y ss.
- (121) El motivo que justifica la especificidad del estudio limitado a una de las fases de la detención, no es otro que la mayor inseguridad que sufre el ciudadano durante el periodo de detención preventiva, es decir, durante el periodo en que fuera de cualquier control directo de la autoridad judicial hay un mayor espacio de impunidad policial.
- (122) No son por tanto objeto de nuestro análisis, por escapar del concepto de detención preventiva establecido, aunque se configuren como auténticas detenciones ilegales, las conductas descritas en los artículos 185, 187 aptdo 2º, 3º, 4º, 5º y 7º, 188

aptdos. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º.

- (123) Conducta descrita en el parágrafo 239 del StGB, al establecer que "será sancionado con una pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa, el que encierre o de cualquier otro modo prive a alguien de la libertad personal...".
- (124) En este mismo sentido vease ESER: En "Schönke/Schröder cit. Rdn. 5, págs. 1451 y 1452; OLSHAUSEN: "Kommentar zum Stagesetzbuch" 12 Auflage cit., pág. 1110; LACNER; Stagesetzbuch) cit. pág. 941; BOCKELMANN; Strafrecht, Besonderer Teil, cit. pág. 87. BLEI: Strafrecht II, Besonderer teil... cit. pág. 75. SCHMIDHAUSER: Strafrecht... op. cit. pág. 44.
- (125) De este modo, son muy numerosos los medios que posibilitan la comisión del delito, que en ningún caso excluye los omisivos.
- (126) En esta memoria existe unimidad en la doctrina alemana.
- (127) Vid. supra pág. 104 y ss .
- (128) Vid. supra pág. 110
- (129) A favor de la falta de necesidad de una restricción absoluta de la libertad, se manifiesta MANZINI, para el que "si se asume la expresión "privación de la libertad personal" en sentido absoluto, el delito no es concebible más que en la hipótesis del completo impedimento de todo movimiento posible. Basta, por contra, que se veirifique la privación respecto de la actuación de una determinada serie de movimientos (restricción de la libertad personal) ya que excluido el criterio absoluto, toda distinción de grado es arbitrario, cuando subsista una restricción prácticamente notable" pág. 564 de "Trattato di Diritto penale italiano", volumn VIII, Torino 1951. En un sentido similar, BONINI: "I Codici penali

annotati" Torino, 1932, pág. 372. ALIMENA: "Principii di Diritto penale", volume II, Napoli 1912, pág. 731 y ss.; NOCEDA en Enciclopedia Pessina, "Delitti contra la libertá" pág. 521 y ss. ANTOLISEI: "Manuale di Diritto penale " Parte speciale cit. pág. 134. LATTANZI: "Codice penali, annotati", Milano. Dott. GIUFFRE Ed., 1985, pág. 1074. DALLORA; "Codice penali, cit. pág. 951 y GARAVELLI: en "Codice Penale, Parte Speciale", coordinati da Zagrebelsky pág. 1090; al coincidir en la no exigencia de que la privación de la libertad sea absoluta.

- (130) Cfr. las siguientes sentencias: 15-11-1977; 22-6-1960; 7-11-1956.
- (131) Vid. ya expuesto supra pág.110 y ss.
- (132) Así, veanse los artículos 235 y ss. del código procesal italiano.
- (133) Vid. el artículo 323 del código penal, que sanciona con la pena de hasta dos años al funcionario público que abusando de los poderes inherente a sus funciones, realizare para conseguir un daño o procurar alguna ventaja, cualquier hecho no previsto como delito en una particular disposición o la ley".
- (134) Vid. supra pág.111 y ss.
- (135) Es este el criterio mayoritario de la doctrina francesa, vease; VERON; "Droit penal Special, 1976, cit. pág. 190 y ss. GARCON; "Droit penal, Tomo II, cit. pág. 341. VOUIN; Droit penal Special, cit. pág. 270. GASSIN; "La liberté individuelle devant le droit penal", editions Sirey, 1980, pág. 13 y ss.
- (136) Así, junto a la evaluación de los daños y perjuicios que por las detenciones ilegales establece el artículo 117 del código penal, el art. 119 sanciona al funcionario público que rehusa o difiere una reclamación legal tendente a la constatación de una

detención ilegal y el 120 a los que permitan el ingreso de un detenido sin el correspondiente mandato judicial.

- (137) En este sentido se expresan GARCON; op. cit. pág. 342; VOUIN; op. cit. pág. 270 y GASSIN, op. cit. pág. 15.
- (138) Esta concepción del arresto es la que predomina en la doctrina francesa, como puede comprobarse en la definición que del arresto ofrecen, que no es otro que "el aprehender, capturar a una persona para impedir que continúe su camino, el privarle de la facultad de ir y venir". Vid. VOUIN; op. cit. pág. 270 y ss. GASSIN; op. cit. pág. 14 y ss.
- (139) Vid. supra pág. 138.
- (140) Vid. artículo 286 del código penal de 1848, que dice: "serán castigados con las penas de suspensión y multa de 10 a 20 duros: 1º. El empleado público que ordenare o ejecutare ilegalmente o con incompetencia manifiesta, la detención de una persona...".
- (141) Vid. VIZMANOS; "Comentarios al Código penal", Tomo II, 2ª edic. Madrid 1853, pág. 272.
- (142) Vid. NICOLAS DE PASO Y DELGADO Y BERNARDO DE TORO Y MOYA realizan una distinción entre las detenciones según su gravedad, reuniendo en un mismo apartado las que afectan a la privación de la libertad y las referentes al incumplimiento de otras garantías. "Comentarios al Código penal de 1848..." op. cit. pág. 721 y ss.
- (143) Vid. CASTRO Y ZUÑIGA: "Código penal explicado..." cit. pág. 223 y ss.  
Es necesario recordar que esta garantía se suspende en los casos descritos por el decreto de Cortes de 11 de septiembre de 1820, que en su art. 3º disponía que "si la urgencia o complicación de las circunstancias impidieran que se pueda verificar la

información sumaria... o el mandamiento por escrito, no impide que se pueda detener, mientras se haga con la mayor brevedad posible la precisa información sumaria".

- (144) Vid. arts. 210 y 212 del código de 1870 que dicen: Artículo 210. "El funcionario público que detuviere a un ciudadano, a no ser por razón de delito no estando en suspenso las garantías constitucionales, incurrirá en las penas de multa de 125 a 1250 pesetas, si la detención se hubiere excedido de tres días; en la de suspensión en sus grados mínimo y medio, si pasando este tiempo no hubiese llegado a quince...". Artículo 211; "El funcionario 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 con las penas inmediatamente superiores...". De las conductas típicas allí descritas, deduce CORDOBA RODA que tan sólo se sancionan las ilegales privaciones de movimientos y no la de las garantías. Vid. CORDOBA RODA; Comentarios al Código penal, cit. pág. 304 y 305.
- (145) Planteamiento este sostenido por VIVES ANTON, al reconocer que "el principio de detención basado únicamente en la existencia del delito es "altamente satisfactorio" en el ámbito constitucional, al incriminarse sólo las detenciones que no tengan por razón la presunta comisión de un delito la que con tal fundamento se practicase, aun no ajustadas a derecho por la forma de llevarlas a cabo resultan impunes, al menos según el sentido aparente del texto legal". Pág. 34 y 35 de la Detención op. cit.
- (146) Por ello VIADA consideró que "si la detención verificada no lo hubiese sido ni por razón de delito ni como corrección de ninguna falta gubernativa, es indudable que constituiría una verdadera detención arbitraria". Pág. 113 de Código penal reformado de 1870, op. cit.

- (147) Esto se comprende al utilizar dicho código una sistemática diferente a la que posteriormente se impondría, caracterizada por sancionar en el capítulo de funcionarios las conductas privativas de libertad y aquellos derechos que persiguen como fin último un móvil privado (art. 245), más, claro está, las referentes a las infracciones de las garantías del detenido.
- (148) De este modo se expresan el art. 395 del código penal de 1848, el 495 del de 1870 y el 474 del de 1932. Tampoco representa una alteración sustancial en esta regulación el art. 664 del de 1928, al no emplear dicha expresión sin la de "prender, recluir o detener a otro" pues el significado de dichos términos es equivalente a los anteriormente expuestos.
- (149) Ya GROIZARD, al analizar los términos encerrar y detener, consideró que eran modos de privación de libertad pero que el encerrar "es uno de los medios, mediante el que se puede privar de libertad. Por tanto tal término sobra" pág. 555 y ss. El código penal de 1870 concordado y comentado, cit.
- (150) Es la conducta típica del delito previsto en el art. 184 del código penal.
- (151) En esta línea véanse las sentencias de 16 de Enero de 1965 (C.J.Cr. 47), 3 Julio 1965 (C.J.Cr. 1261), 22 de Diciembre de 1970 (C.J.Cr. 1417), 21 Octubre 1971 (C.J.Cr. 1210), 20 Diciembre 1974 (R. Ar. 5261), 28 Octubre 1976 (R.A. 4335) 26 Noviembre 1976 (R.A. 5043) 21 Diciembre 1977 (R.A. 4971) 31 Enero 1978 (R.A. 119) y la de 6 Noviembre 1871 (C.J.Cr. 593) ; la libertad de movimientos se convierte en el elemento básico de la interpretación, como lo demuestra el hecho de que se ha llegado a afirmar que "no hay encierro respecto del que está encerrado ni detención sobre el que está detenido o preso, ni privación de libertad de los que carecían de ella" (20 diciembre 1974).
- (152) Así, véanse las sentencias de 10 febrero 1872

(C.J.Cr. 817), 13 Enero 1873 (C.J.Cr. 1473), 20 Abril 1874 (C.J.Cr. 2179).

- (153) Vid. las sentencias de 21 Diciembre 1977 (R.A. 497L) y la de 25 Octubre 1983 (R.A. 4796).
- (154) Vid. a favor de esta tesis, QUINTANO RIPOLLES; "Tratado de Derecho Penal de la parte especial" op. cit. pág. 788 y 791; FERRER SAMA; "Comentarios al Código penal", tomo II, Murcia 1947, pág. 131. CORDOBA RODA: "El delito de detenciones ilegales en el Código penal" en A.D.P. 1964, pág. 395; ANTON ONECA y JASO ROLDAN; Derecho Penal. parte Especial, Tomo II, cit., pág. 308; RODRIGUEZ RAMOS; "Compendio de Derecho Penal: Parte Especial, Madrid 1983, pág. 147; RODRIGUEZ DEVESA; "Derecho Penal. Parte Especial" citada, pág. 289; MUÑOZ CONDE: "Derecho penal. parte Especial", citada, pág. 124.
- (155) Como vimos, ya GROIZARD denunció la regulación del elemento "encerrar" como superflua, dado que era uno de los tantos medios mediante los que se puede privar de libertad. Pág. 555 y 556 de "El Código penal de 1870" cit.
- (156) Este criterio es sostenido por CORDOBA RODA; "El delito de..." op. cit. pág. 395; MUÑOZ CONDE; "Derecho penal. Parte Especial op. cit. pág. 124. Suele además coincidir con el mantenido por la jurisprudencia, al entender el concepto de detención en el sentido de privación de libertad genérica de movimientos, únicamente limitado por el medio "encierro" que se convierte en una exigencia típica que imposibilita en principio un análisis conjunto del mismo. Vid. sentencia de 26 de Noviembre de 1976, Aranzadi 5043 de 31 de Enero de 1978 (R.AR. nº 119) y la de 21 de Octubre de 1971 (C.J.Cr. 1210). Planteamiento diferente es el sostenido por la sentencia de 21 Diciembre de 1977, al considerar que "el delito del 480 consista en encerrar o en detener a otro privándole de su libertad y consiste en impedir 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 facultad deambulatoria, atentando de cualquiera de

las dos maneras a la libertad humana" (R. AR. 4971).

- (157) Vid. CORDOBA RODA; "El delito de detenciones..." op. cit. pág. 396.
- (158) Vid. CORDOBA RODA; *Ibidem*, op. cit. pág. 397. Y en el mismo sentido VIVES ANTON; "La Detención..." op. cit. pág. 60.
- (159) Este autor concibe la detención como el hecho de "aprehender a una persona a la que se priva de la facultad locomotriz que la misma posee" pág. 123.
- (160) Vid. POLAINO NAVARRETE; op. cit. pág. 123.
- (161) Vid. POLAINO NAVARRETE; op. cit. pág. 133.
- (162) Vid. artículos 489 de la LEcr. y 17 de la Constitución.
- (163) Vid. la sentencia de 13 de Mayo de 1948 (C.J.Cr. 229).
- (164) Vid. la voz "detener" en el Diccionario de la Real Academia española de la lengua.
- (165) Que no es otra que la ya conocida "practicar ilegalmente cualquier detención", que por otra parte, se mantiene como conducta típica en el artículo 606 del Proyecto de código penal de 1980 y en el 162 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983, aunque con las restricciones ya expuestas, al limitar la acción a la detención practicada fuera de los casos y plazos, renunciando a la protección de las garantías del detenido. Vid. supra pág. 156 y ss
- (166) VIVES ANTON considera que "el término practicar aparece sin limitación ni restricción alguna, por lo que debe afirmarse que se refiere tanto al acto

o actos con los que se da comienzo a una situación de privación de libertad como de aquellos mediante los que se prolonga o mantiene dicha situación". pág. 59 de op. cit. CORDOBA RODA y BUSTOS RAMIREZ van a desarrollar y concretar más aún el concepto de "practicar", al entender el primero que "la detención aludida por el artículo 184 equivale a la privación de libertad en la totalidad de su espacio cronológico y que la práctica ilegal de dicha detención, constitutiva del tipo indicado, debe ser estimado en cuanto al sujeto comete una vulneración de la ley reguladora de la detención en cualquier instante de la referida privación "Vid. pág. 304 de los comentarios al Código penal citados. Finalmente, BUSTOS RAMIREZ mantiene que "los términos practicar ilegalmente una detención, tienen una amplitud muy superior a los de encerrar o detener", pues si se refieren a cualquier acto que atente contra las garantías establecidas a la libertad, luego no sólo a aquellas referidas al momento inicial de la privación de la libertad", pág. 554 de "El delito de..." cp. cit.

- (167) Vid. ANTON ONECA; "Derecho Penal" Parte Especial, cit. tomo II, pág. 46.
- (168) La amplitud de este concepto se desprende incluso de una interpretación gramatical, ya que el Diccionario de la Real Academia española de la lengua define el "practicar" como "ejercitar, poner en práctica una cosa que se ha aprendido, usar o ejercer continuadamente una cosa".
- (169) En contra del criterio que defiende, véanse; CORDOBA RODA; "El delito... op. cit., pág. 394 y ssy VIVES ANTON; La Detención, op. cit. pág. 60. Si bien es cierto que la sentencia citada por VIVES ANTON en op. cit. pág. 60 de 5 de Diciembre de 1874 considera "que no constituye detención el intimar a una persona a abandonar su domicilio", ello no significa que tal conducta no pueda incluirse en el cómputo de la detención sino que en tal caso, un alcalde que por precaución y para evitar un escándalo intimó a una mujer a que se mudase de morada designándole en donde debía de permanecer, el Tribunal Supremo decidió que no existía el delito de detención ilegal como tampoco el de

coacciones, ya que el alcalde actuaba conforme al deber exigido. Por el contrario, sí que existen sentencias que califican de detención la simple obstaculización de los movimientos, Vid. sentencia de 13 de Mayo de 1948 (C.J.Cr. 229).

- (170) Como serían en este caso los supuestos caracterizados por la infracción de las garantías que el artículo 520 de la LECr prevé para el detenido. Razón por la cual resulta del todo incoherente cierta línea jurisprudencial, que mantiene la impunidad del encierro o detención del ya detenido, tesis únicamente defendible desde una concepción no garantista del bien jurídico.
- (171) Vid. por todos la obra de ROXIN; "Teoría del tipo penal", Depalma, Buenos Aires, 1979, traducción de BACIGALUPO.
- (172) Así WELZEL; "Des Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung" 9ª ed. 1957, págs. 45 y ss y ARMIN KAUFMANN; "'Lebendiges und Totes im Bindings Normen theorie", 1954, págs. 90 y ss.
- (173) Vid. MAURACH; "Tratado de Derecho Penal", traducción y notas por CORDOBA RODA, Barcelona, 1962, págs. 349 y 350.  
ROXIN; "Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y decretos del deber jurídico". Depalma, Buenos Aires, 1979, versión castellana por BACIGALUPO, págs. 30 y ss. JESCHECK; "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Vol. I, Bosch, Barcelona, 1981, págs. 335 y ss.
- (174) Vid. WELZEL; op. cit. pág. 72 y ss.
- (175) Vid. WELZEL; op. cit. pág. 73.
- (176) Vid. ROXIN; op. cit. pág. 89. en contra de este planteamiento, BACIGALUPO mantiene que "sostener que de esa simple subanción se deriva que en estos casos, como en los normales, un indicio de antijuridicidad no resulta admisible para

determinar la antijuridicidad, no es suficiente comprobar la subsunción y la falta de causas de justificación (procedimiento útil en la gran mayoría de los casos). En aquellos supuestos el juez deberá hacer un juicio sobre el carácter reprochable de la acción para poder afirmar la antijuridicidad". pág. 67 de "Principio de Derecho penal español. II: el hecho punible". Akal-iure, Madrid, 1985.

- (177) Vid. JESCHEK; op. cit. pág. 336.
- (178) En este sentido veanse JESCHEK; op. cit. pág. 337 y ROXIN; op. cit. pág. 132.
- (179) Vid. ROXIN; op. cit. pág. 131.
- (180) Vid. JESCHEK; op. cit. pág. 337.
- (181) Vid. CORDOBA RODA; en notas al "Tratado de MAURACH". Págs. 353, 354 y 355. GOMEZ BENITEZ; "Teoría jurídica del Delito..." cit. págs. 194 y 195. Contra la tesis de los tipos abiertos se han manifestado, entre otros, MIR PUIG; en las Adiciones al Tratado de JESCHECK pág. 345 y en "matrimonios ilegales en el C.P." en A.D.P.C.P. 1974, p. 474. OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO, págs. 166 y 167 de "Derecho Penal. Parte General". citado.
- (182) Así, ANTON ONECA; "Derecho Penal. Parte Especial". cit. pág. 46.
- (183) RODRIGUEZ RAMOS; "Libertades cívicas...", cit. pág. 246; VIVES ANTON "La detención..." pág. 68; RODRIGUEZ DEVESA; "Derecho Penal. Parte Especial". cit. pág. 726.
- (184) Vid. sentencias de 14 de Noviembre 1962 (C.J.Cr. 1180), 14 de Junio de 1974 (R.A. 2906) y 27 de Mayo de 1981 (C.J.Cr. 734), que tras plantear el hecho de que el elemento "ilegalidad" sea un elemento del tipo o una característica de la antijuridicidad, se

decide por el primero de los expuestos, afirmándose que los artículos de la LECr son los que llenan de contenido, dotan de antijuridicidad material la genérica acción del funcionario "que practicase ilegalmente", siendo la nota de ilegalidad la que imprime el carácter y configura el tipo delictivo que al ser delimitado y definido por el tipo ha de ser deducido de las normas procesales reguladoras de la detención. Sentencia de 27 de Noviembre de 1974. (R. A. 4770).

- (185) Vid. TORIO LOPEZ; "La estructura típica del delito de coacciones" en ADPCP.1977, pág. 38 y el mismo sentido BACIGALUPO: "Principios de Derecho Penal español" pág. 67 y GARCIA-PABLOS; "Sobre el delito de Coacciones", en Estudios penales y criminológicos, Santiago de Compostela, 1983, págs. 139 y 140. Que utiliza los mismos argumentos y deduce las mismas consecuencias que TORIO LOPEZ en la obra anteriormente mencionada.
- (186) Del mismo modo, BUSTOS RAMIREZ; "El delito...", op. cit. pág. 356 considera que tal elemento "no es una simple referencia a la antijuridicidad, sino que es parte integrante del injusto".
- (187) Sobre las características generales de estos delitos MIR PUIG; "Introducción a las bases del Derecho Penal", Barcelona, 1976, pág. 47; RODRIGUEZ MOURULLO; "Derecho Penal. Parte General", cit. pág. 87.
- (188) Tampoco se resuelve el problema de la remisión a leyes extrapenales en el proyecto de código penal de 1980 y en la Propuesta de anteproyecto de 1983 ya que, aunque desaparece el término "ilegalmente", se le sustituye por la expresión "fuera de los casos o más allá de los plazos determinados por las leyes" con lo cual, ineludiblemente, hay que volver a proceder al mismo sistema interpretativo, delimitando los casos formas y requisitos de la detención dentro de las leyes que los regulan, que no son precisamente penales.
- (189) Vid. artículo 2º aptdo. 2º de la ley fundamental de

la República Federal de Alemania que dice: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física, la libertad de la persona es inviolable. Dichos derechos solamente podrán ser afectados en virtud de una ley.

- (190) Esta figura se halla prevista en el parágrafo 134 del StPO, que dice en su aptdo. 1º que "la conducción coactiva inmediata del inculpado podrá disponerse, cuando existieran motivos que justificaran la promulgación de una orden de prisión.
- (191) De esta forma, el parágrafo 230 prevé que "si no hubiese motivado de modo suficiente la incomparecencia del acusado, se ordenará la condón coactiva o se decretará la orden de prisión".
- (192) Así, se impone en el parágrafo 131 aptdo. 1º del StPO.
- (193) Previsto en el parágrafo 127 del StPO, cuando en su aptdo 1º establece que "si alguien fuera sorprendido in fraganti o perseguido, estarán todos autorizados, cuando fuere sospechoso de fuga o no pudiere constatarse de inmediato su identidad, a detenerlo provisionalmente, también sin orden judicial".
- (194) Vid. parágrafo 127 aptdo 2º.
- (195) El apartado 3º del artículo 104 de la Ley Fundamental de la RF. alemana, exige que toda persona detenida provisionalmente por ser sospechosa de haber cometido un delito será llevada a presencia judicial... lo que evidencia la necesidad de que la detención se practique en base a la razonable suposición de la realización de un hecho punible, sin que sea suficiente la simple necesidad de información, o verificación de la identidad para que la misma se efectúe.

- (196) Vid. ROXIN; "Strafverfahrens-recht, 19", Auflage, Verlag. C.H. Bech. München; 1985, págs. 194 y ss. Esta figura es uno de los precedentes inmediatos con que cuenta la "pretendida" pero inconstitucional práctica restrictiva de la libertad, denominada en la práctica policial como "retención", de la que hablaremos en su momento.
- (197) Así, el parágrafo 163 c del StPO establece que "una persona afectada por una de las medidas a que se refiere el 163 b, no podrá ser detenida en ningún caso más del tiempo que el imprescindible para la constatación de su identidad. [La persona detenida será conducida coactivamente de inmediato a presencia del juez del Amtsgericht, en cuyo partido judicial hubiera sido capturada, con el fin de que se resuelva sobre la admisibilidad y duración de la privación de la libertad, salvo que la provocación de la resolución judicial presumible reclamara un tiempo más largo del que sería preciso para la constatación de identidad".
- (198) El aptdo. 3º del 163 c exige que el plazo no supere nunca las 12 horas.
- (199) Vid. parágrafo 163 c aptdo 2º, que establece la suspensión del derecho de comunicación en los supuestos de sospechas o que lo exija la misma investigación.
- (200) Esta medida se encuentra regulada en el parágrafo 164 del StPO, al mantener que "el funcionario queda autorizado a detener a las personas que perturbaren dolosamente la actividad oficial, o se opusieren a las órdenes tomadas por él dentro de su competencia, y a mantenerlas detenidas hasta la finalización del desempeño de su cargo, pero no más allá del siguiente.
- (201) Así, el parágrafo 111 del StPO prevé que "si fundasen determinados hechos la sospecha de que se ha cometido un delito del 129 a del StGB o del 250 ap. nº 1 del mismo, podrán organizarse puestos de control en las calles y plazas públicas y en otros lugares públicos accesibles, cuando los hechos

justificasen la suposición de que esta medida podrá llevar a la captura del autor, o al aseguramiento de medios de prueba que puedan servir al esclarecimiento del hecho punible. Todos estarán obligados a dar su identidad en un puesto de control y a dejarse registrar en ellos las cosas que lleven consigo".

- (202) La finalidad del proceso y los motivos preventivos-policiales, nunca justificarán la violación del principio de la presunción de inocencia ni por tanto el de la inviolabilidad personal, por lo que la presencia y aplicación de este tipo de controles con ausencia de indicios de criminalidad conculca el artículo 104 de la Ley Fundamental alemana.
- (203) La Razzia, como eximente de identidad repentina de un gran número de personas, está regulada esencialmente en numerosas ordenanzas administrativas, como la Polizeiverwaltungsgesetz de 1 de junio de 1931 que permite, por vez primera en la RF de Alemania, la detención de, incluso, los no sospechosos.
- (204) Vid. ROXIN; op. cit. pág. 199 y 200.
- (205) En este sentido se expresa la regulación administrativo policial de BAYERN (art. 12 y 13 del P.A.G.).
- (206) Puesto que contradice al aptdo 3º del art. 104 de la Ley Fundamental.
- (207) Están previstas en los párrafos 102 y 103 del StPo, como medios de conseguir pruebas que permitan la confirmación de la sospecha en el primer caso y la creación de la misma en el segundo de ellos.
- (208) El principio en virtud del cual este tipo de restricciones únicamente pueden ser ordenadas por

el juez, sufre una serie de excepciones determinadas por la facultad que en casos de peligro obstentan también la Fiscalía y sus ayudantes.

- (209) Estas medidas se encuentran reguladas en el parágrafo 81 a del StPO en relación al 81 c aptdo 6.
- (210) Vid. ROXIN; op. cit. pág. 199.
- (211) Este requisito se establece en el artículo 13 de la Constitución, al disponer que "La libertad personal es inviolable. No se admite forma alguna de detención, de inspección o pesquisa personal, ni cualquier otra restricción de la libertad personal, si no es por auto motivado de la autoridad judicial y tan sólo en los casos y modos previstos por la ley.
- (212) Así, el artículo 13.2º mantiene que en los casos excepcionales de necesidad y urgencia, indicados taxativamente en la ley, la autoridad de seguridad pública puede adoptar providencias provisionales, que deben ser comunicados en cuarenta y ocho horas a la autoridad judicial y si esta no lo convalida en las sucesivas cuarenta y ocho horas, se entiende revocada y quedan privadas de todo efecto.
- (213) El mandato de comparecencia previsto en el artículo 252 del código de procedimiento penal, consiste en la citación del sospechoso por parte de la autoridad judicial.
- (214) El mandado de acompañamiento regulado en el 261, es aquel dirigido a las fuerzas de seguridad del Estado para que procedan al traslado del sospechoso a presencia del juez.
- (215) El arresto previsto en el 262 consiste en la conducción del imputado a la cárcel.
- (216) El de captura regulado en el artículo 253, prevé los

casos en los que los agentes de la autoridad u otras fuerzas de seguridad estatales conducen al detenido a la cárcel o a otro lugar para los fines del proceso penal, con la finalidad de asegurar la eventual condena. Vid. por todos, sobre las características generales de los mandatos judiciales, las obras de MANZINI; "Tratado de Derecho Procesal Penal", tomo III, Buenos Aires, 1952, pág. 558 a 560 y la de CARNELUTTI; "Lecciones sobre el Proceso Penal", Buenos Aires, 1950, págs. 74 y ss.

- (217) Las detenciones efectuadas por las fuerzas de seguridad del Estado sin necesidad de mandato judicial, responde al principio constitucional establecido en el artículo 13 de la Constitución que responde a los supuestos de especial necesidad y urgencia. Vic. CALAMANDREI "Fermo di Polizia e Potere di Arresto" en Riv. Italiana di Diritto e procedure penale, 1975, pág. 809.
- (218) Vid. el artículo 235 del código de procedimiento penal. Sobre las características generales de este tipo de arrestos, véanse las obras de ABNAMONTE; "Arresto in flagranza e garanzie costituzionale" en Riv. it Diritto e procedure penale, 1964, pág. 250 y ss. y la de CALAMANDREI; "Fermo di polizia e potere di arresto" en Riv. Diritto e procedure penale, 1975, págs. 800 a 831.
- (219) Vid. La ley de 12 de mayo de 1975 n° 152 sobre disposiciones de orden público modificado por la Ley de 8 de agosto de 1977 n° 533.
- (220) En este sentido se expresa FERRAJOLI; "Ordine publico e legislazione eccezionale" in Q. Criminale. Anno III, n° 3 Settembre-Dicembre 1977, pág. 386. Se confirma por tanto la tesis sostenida por este autor que considera a tales detenciones como "fermos" enmascarados y por la existencia de un delito de sospecha. Por su parte, PALAZZO ha expuesto que esta ley presenta problemas de constitucionalidad en tres ambitos diferentes: libertad civil, principios fundamentales del derecho penal y en relación a los principios del Estado de Derecho. El primero por afectar al derecho reconocido en el artículo 10 de la

Constitución, al mismo tiempo que se infringe el derecho de reunión mediante la prohibición de llevar a una manifestación legal cualquier medio que dificulte el reconocimiento de esa persona; el segundo, por la desproporcionalidad entre la sanción y el hecho cometido, mientras que el tercero obedece a la infracción del principio de legalidad y a la reserva de ley. Pág. 257 de "La recente legislazione penale", Edizione CEDAN, Padova, 1980.

- (221) CORSO considera que el arresto facultativo "se caracteriza por un exceso de discrecionalidad, contra el exceso de mecanicismo del arresto obligatorio, dejando fuera de valoración de la necesidad y urgencia la indispensable unión con la exigencia cautelar que emergen de la relación entre el nº 2º y 3º del artículo 13 de la Constitución, así como todas las demás normas constitucionales, que directa o indirectamente protegen la libertad personal del imputado", pág. 168 de "L'ordine Pubblico, Società editrice". Il Mulino, Bologna, 1979.
- (222) Vid. CORSO; op. cit. pág. 184.
- (223) Vid. artículos 238 y 241 del código de procedimiento penal.
- (224) Vid. ley de 12 de Mayo de 1975 nº 152.
- (225) Vid. PALAZZO; op. cit. pág. 258.
- (226) Vid. GREGORI; "Variazioni penalistiche sul tema delle leggi "REALE", en la QUESTIONE CRIMINALE, 1978, II, pág. 320 y añade que "la nueva legislación penal mantiene un trato de cínico desprecio por los derechos inviolables del hombre, e ignora los principios constitucionales en materia penal. Significa la rendición del Estado de Derecho que abdica de sus valores frente a la práctica de la guillotina para afrontar una situación de hecho que no puede controlar", pág. 321 y ss. FERRAJOLI intenta explicar esta situación del siguiente modo: "la legislación excepcional se ha introducido en nuestro país sin encontrarse obstáculo alguno por parte de las fuerzas

tradicionalmente de la oposición, la nueva solidaridad instaurada entre todos los partidos del "orden constitucional" y la transformación del parlamento en una desmesurada área de gobierno, obviamente democrática, ha conferido a nuestra máquina legislativa una celeridad sin precedentes en la acción de empeoramiento de los códigos fascistas o de desmantelamiento de las garantías constitucionales". de op. cit. pág. 362.

- (227) Vid. BASSANI; ITALIA; TRAVERSO; "Leggi fondamentali dell'ordinamento costituzionali italiano" Dezema edizione, Milano. 1982. págs. 572 y 573.
- (228) El artículo 11 del decreto-ley de 21 de Marzo de 1978 nº 59 convertido, mediante ciertas modificaciones, en ley de 18 de Marzo de 1978, constituye en el medio necesario para la creación de una figura restrictiva de la libertad a la que de modo eufemístico se intenta enmascarar bajo el calificativo de "acompañamiento" que engendra la idea de voluntariedad del privado de libertad cuando en realidad no existe tal libertad de elección.
- (229) Vid. CORSO; op. cit. págs. 185 a 189. En el mismo sentido Vid. MARZADURI; "Brevi appunti in tema di accompagnamento coattivo dell'imputato detenuto" en T. it., dt e pp. 1981, págs. 414 a 416.
- (230) Vid. TAORMINA; "L'accompagnamento negli uffici di polizia" Giuffrè, 1980, pág.
- (231) Vid. el decreto-ley nº 625 de 1079.
- (232) En opinión de GIAMBRUNO, el artículo 6 de este decreto "no respeta mínimamente la taxatividad exigida en el artículo 13 de la Constitución..." Se ve claramente que la voluntad es de castigar, golpear, modos de ser que están en relación, no con un delito puramente sentido, sino con la simple intención de cometer un delito. Los elementos vagos e indeterminados en los que se basan para fundamentar la legitimidad de la limitación de la

libertad personal, son contrarios al artículo 13 de la Constitución", pág. 360 de "Considerazioni sulle ultime misure urgenti per la tutela dell'ordine democratici e della sicurezza pública" en Giustizia Penale 1980, pág. 360 y ss.

- (233) Vid. BARATTA; "La Legislación de emergencia y la cultura jurídica garantista en el proceso penal" en CPCr. nº 28, 1986, pág. 184.
- (234) El artículo 66 de la Constitución, recoge el principio de inviolabilidad personal dentro del art. 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y ciudadano, aunque, como es habitual, remite a la legislación ordinaria la regulación de los diferentes casos y formas mediante los cuales debe efectuarse la detención.
- (235) Previsto en el artículo 122 del Código de procedimiento penal y clasificándose, según la naturaleza del mismo, en: mandato de comparecencia, consistente en la convocatoria que el juez realiza de los sospechosos de haber cometido algún delito; mandato de captura, es el ordenado por el juez a la fuerza pública para que conduzcan inmediatamente al inculcado ante él y solo cuando ello resulte imposible, disponen de un plazo de 24 horas para entregarlo al procurador de la república; el mandato de depósito, es la orden otorgada por el juez para que se reciba y detenga al inculcado; el mandato de arresto consistente en la orden dada a las fuerzas públicas para que efectúe la búsqueda del inculcado y su conducción a la cárcel. Sobre las características generales de estos mandatos, son interesantes los trabajos de LEVASSEUR, CHAVANNE y MONTREVIL; "Droit penal et procedure penale", 7ª edición, Sirey, 1983, pág., 154 y 155; DONNEDIEU DE VABRES; "Traité de droit Criminal et de legislation penale comparé" edición nº 13, París, 1947, pág. 741.
- (236) Vid., artículo 122 del código procesal penal.
- (237) Vid. MERLE y VITU; "Traité de droit criminal", tomo III. Procedure penale, Paris, 1979, pág. 448.

- (238) A través de los siguientes preceptos: 63-64, 77, 78 y 154 del código de procedimiento penal.
- (239) Vid. en este mismo sentido CHAVANNE; "La protección de la persona dans le procès penal en droit français" (suplemento especial de r.S. Criminelle 1967) pág. 13. Asimismo MERLE y VITU; op. cit. pág. 448.
- (240) Vid. artículo 63 del código de procedimiento penal. Las diferencias con la retención se reducen a que, mientras que en la retención policial el arresto efectuado por la policía obedece a la comisión de un delito flagrante, en la garce a vue la sospecha es el elemento esencial de la detención.
- (241) Vid. la ley de 15 de Enero de 1963, artículo 6º.
- (242) Vid. artículo 48 de la ley de 15 de Enero de 1963.
- (243) Vid. artículo 627 del C.S.P.
- (244) En la misma línea, PRADEL manifiesta que ello es así porque el mismo código apela a "la necesidad de investigación preliminar y, por lo que algún autor califica de "necesidad de defensa social", se priva a alguien de la libertad psíquica, a fin de evitar la huida o la destrucción de las pruebas" pág. 291 de "Droit penal", tomo II, Procedure penale, Cujas, 1976.
- (245) Al contradecir los principios constitucionales de presunción de inocencia e inviolabilidad personal. Vid. MERLE; "Le probleme du controle jurisdictionnel de la garde a vue" en Journes Franco-Belgas, pág. 157 y MERLE e VITU; op. cit. pág. 448.
- (246) Vid. PRADEL; op. cit. pág. 292.

- (247) Vid. MERLE; op. cit. pág. 158.
- (248) Vid. MERLE y VITU; op. cit. pág. 449.
- (249) Vid. CRIM 5 de Enero de 1973.
- (250) Vid. los artículos 53 y ss. del código de procedimiento penal y especialmente los artículos 61 nº 2 y 63.
- (251) Las facultades de detención que ostenta el particular aparecen descritas en el artículo 490 de la LECr, y se reduce a los supuestos de delito flagrante, fuga o rebeldía del detenido o preso.
- (252) En virtud del artículo 494, el juez podrá dictar la orden de detención en los supuestos del artículo 492, que será analizado con posterioridad y, además, cuando en base al art. 487 y 420 de la LECr el citado no comparezca sin una causa legítima que lo justifique.
- (253) La obligación de detener en determinadas circunstancias viene impuesta en el art. 492 de la LECr, de forma que su incumplimiento puede infringir los intereses protegidos en los preceptos 338 bis y 359 del c.p.
- (254) Antes de analizar las características de las medidas cautelares y, por tanto, de decidir si la detención constituye una de tales medidas, creo necesario denunciar la carencia de una discusión doctrinal sería en materia procesal-penal, ello debido no sólo a la falta (salvo alguna excepción) de bibliografía especializada, sino a la falta de calidad existente en los manuales que sobre la misma existen. En concreto, sobre el tema de la detención, con excepción de los clásicos AGUILERA DE PAZ y REUS y el buen, pero incompleto, comentario de GOMEZ ORBANEJA, tales manuales se dedican exclusivamente a enumerar y describir literalmente los artículos de la propia ley, sin la menor valoración crítica.

Frente a la concepción general de que la detención es una más de las medidas cautelares (Vid. en este sentido MATTES; "La prisión preventiva en España" C.E.U., Madrid 1955, pág. 112 y ss. JIMENEZ ASENJO; "Derecho Procesal Penal" vol II. Rvta. de Derecho Privado. Madrid, pág. 57 y ss. Utilizo por vez primera el término "medida precautelar", al no cumplir todos los requisitos exigidos por la naturaleza de la medida cautelar. De hecho, si bien en la detención se dan las características de provisionalidad, periculum in mora y fumus boni iuris, dado que su permanencia en el tiempo está sometida al plazo de entrega a la autoridad judicial, al peligro de que el imputado se sustraiga a la posible medida de prisión preventiva y a la existencia de un hecho que presente los caracteres de delitos, no obstante falta el requisito de instrumentalidad, entendido como relación servicio respecto del proceso (función que en todo caso cumple la prisión preventiva), lo que no impide que pueda hablarse de instrumento respecto la medida cautelar de prisión preventiva pues, como dice ORTELLS RAMOS, "efectivamente no es instrumental respecto de la esencia, porque cesa mucho antes de que esta sea dictada, pero sí que es instrumental respecto de la prisión preventiva, en cuanto asegura la posibilidad práctica de que esta se adopte durante el breve periodo de tiempo que es necesario para constatar si concurren sus presupuestos" pág. 468 de "Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal" en RGLJ. 1978. Si bien existe un acuerdo en la doctrina procesal en señalar a la provisionalidad, instrumentalidad, periculum in mora y fumus boni iuris, como los principios informadores de las medidas cautelares de carácter personal (Vid. en esete sentido FONT SERRA; "Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva", en el sistema de medidas cautelares. Pamplona 1974, págs. 139 1 147. GOMEZ ORBANEJA; "Derecho Procesal Penal", 9ª ed. Madrid, 1981, pág. 204. GONZALEZ MONTES; "Las medidas cautelares personales en nuestro ordenamiento" en el Sistema de medidas cautelares". Pamplona 1974, págs. 168 y ss. GIMENO SENDRA; "La detención..." op. cit. pág. 85 y ss. JIMENEZ ASENJO; op. cit. pág. 57. No ocurre lo mismo a la hora de identificar la detención como medida cautelar, reconociendo ORTELLS RAMOS que

poseen todos los supuestos allí enumerados la misma naturaleza, debiendo aplicarse el mismo carácter precautelar que el autor exige para los demás. Vid. ORTELL op. cit. pág. 467.

El sistema general de garantías procesales que sobre la detención prevé la LECr para todo ciudadano, está sometido a diversas excepciones, en razón al cargo que ostentan determinadas personas. En tales casos, el legislador prefiere asegurar el desarrollo de la función pública que ejerce, mediante la concesión del privilegio de limitar el ámbito de restricción de su libertad personal al normal funcionamiento de la medida cautelar como diligencia preventiva.

Salvo aquellos supuestos en los que el sujeto pasivo es el Rey o los Diputados o Senadores de las Cortes, cuya detención ilegal no configura el tipo de detención ilegal del 184 del c.p. sino el 144 y el 159, respectivamente, la privación de libertad de otros ciudadanos goza de un régimen diferente. Así, en el supuesto de los Jueces y Fiscales, la detención no sufre ningún cambio cuando se trata de la presunta comisión de un delito en grado de flagrancia, pero sí, en cambio, cuando no se trata de tales casos, pues si tan sólo existen indicios racionales de criminalidad, la detención debe efectuarla la policía judicial mediante una orden judicial. Vid. los artículos 398, 1º de la LOPJ y el artículo 56 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal: Los magistrados del Tribunal Constitucional no sólo son inviolables, sino que, de ningún modo, pueden ser detenidos por expresiones proferidas en ejercicio de su función, por lo que exclusivamente pueden ser detenidos en caso de delito flagrante. Vid. el artículo 22 de la Ley 2/1979 de 3 de Octubre. Por su parte, el Defensor del Pueblo y sus adjuntos gozan de inviolabilidad en el ejercicio de su cargo y tan solo puede ser detenido en casos de delito flagrante. Vid. el artículo 6 aptdo 2º y 3º de la Ley de 6 de Abril de 1981; Los miembros de los parlamentos autonómicos y los defensores del pueblo de las Comunidades autonomas, sólo pueden ser detenidos durante el ejercicio de sus funciones en los casos de flagrante delito y siempre que se encuentren dentro del territorio de tal comunidad. Vid. los artículos 26,6 del Estatuto vasco, el 18 del gallego, el 26,3 del de Andalucía, el 26,2 del de Asturias, el 11 del de Cantabria, el 18 del de la Rioja, el 25,2 del de Murcia, etc...; Los

miembros del Gobierno están sometidos al régimen general de detención sin ostentar ningún tipo de privilegio, salvo el que representa la comisión del delito de traición o de cualquier otro contra la seguridad del Estado, cuya responsabilidad sólo es exigible ante la Sala de lo penal del Tribunal Supremo. Vid. art. 102 de la Constitución. Por contra, algunos miembros del gobierno de ciertas comunidades autónomas sólo pueden ser detenidos en caso de delito flagrante; Vid. el artículo 32,2 del Estatuto del País Vasco y el art. 38 del de Cataluña.

- (255) Vid. artículo 490 aptdos. 1º y 2º.  
Sobre los supuestos de detención previstos en el art. 5 del Convenio sobre derechos humanos y libertades fundamentales, en relación a los casos de privación de libertad en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Véase las siguientes obras: DOMINIQUE PONCET; "La protección de L'aceux par le Convention Européene des Droits de L'Homme" Geneve 1972, págs. 3 a 151; "Droit pénal Européen", Congrès Organisé les 7, 8, 9 de Noviembre de 1968 par L'Institut D'etudes Europeennes, Presses Universités de Bruxelles, 1970, AA.VV. págs. 25 a 64; GKNITEL. "La protección du deteni politique", en droit international des droits de L'Homme", en Revue des droits de L'Home human rights journal. XV. 1-2-1977, págs. 35 a 96. Por el valor interpretativo que cstenta dicho convenio, como es reconocido por GARCIA DE ENTERRIA, LINDE, ORTEGA Y SANCHEZ MORAN; "Sistema europeo de protección de derechos humanos" Cintos, Madrid, 1983, págs. 172 y ss. ROBERTSON; "Rapoports entre la Convención Européenne des droits de L'Homme et le droit interne en Droit Penal Européene", nº 7 y 89 pág. 14. CAMPOS SANCHEZ BORDOÑA; "Problemas que el Convenio Europeo de Derechos Humanos suscita en el proceso penal español" Seminario de Derechos Humanos del Departamento de Derecho Internacional Público. Sevilla 28 y 29 de Mayo de 1981. pág. 16 y ss; RODRIGUEZ ZAPATA y PEREZ; "Derecho Internacional y Sistema de fuentes del Derecho: La Constitución española" en la Constitución Española de 1978 de AA.VV. Madrid, 1980, págs. 576 y 593.

- (256) Vid. nº 3, 4º, 5º y 6º del art. 490.

- (257) Vid. art. 490, nº 7.
- (258) Vid. art. 492, nº 2.
- (259) Vid. art. 492 nº 3.
- (260) Vid. art. 492, nº 4.
- (261) . Vid. art. 495.
- (262) Vid. en esta misma línea a RODRIGUEZ RAMOS; "La Detención", AKAL/IURE, 1987, Madrid, págs. 34 y 35. y QUERALT; "El policía y la ley", Plaza y Janés (útil) Barcelona, 1986, pág. 127.
- (263) Vid. también esta argumentación en RODRIGUEZ RAMOS; op. cit. pág. 35.
- (264) La amplitud del concepto de flagrancia se desprende de la propia definición legal, que sostiene que "se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos. Se entenderá sorprendido en el acto, no sólo el delincuente que fuere cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlos, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera de inmediato alcance de los que le persigan. Tambien se considerará delincuente in flagranti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de haber cometido el delito, con efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehemente de su participación en él. En este último supuesto, estaríamos en presencia no de un delito inflagranti, sino de una detención en la que concurren motivos bastantes de criminalidad, ya prevista en el nº 4 del artículo 492, debido a la existencia de determinados en poder del detenido que hacen presumir la comisión del delito. De seguir el criterio legal, se dejaría casi vacío el

contenido del precepto anteriormente mencionado.  
Vid. en este sentido QUERALT; op. cit. pág. 131.

- (265) En este apartado segundo se produjo una variación en relación a la ley de 1872 y a la Compilación en torno a la pena, que de ser confinamiento pasó a ser correccional, lo que, en opinión de REUS, se debe a que había que "tener en cuenta que el artículo 503 requiere la prisión provisional cuando se trata de un delito al que está señalada la pena que en el mismo se determina". Vid. REUS; "Ley de Enjuiciamiento criminal..." cit. pág. 304.
- (266) Vid. FERNANDEZ BOIXADER; "El abogado ante el sumario". Ed. Santillana, Madrid 1964, pág. 350 y VIVES ANTON; op. cit. pág. 69.
- (267) Que dispone que "Dicho juez o tribunal acordarán también la detención de los comprendidos en el artículo 492, a prevención con las autoridades y agentes de la policía judicial".
- (268) Vid. artículo 492 nº 2 y 3.
- (269) La doctrina en general, ha rechazado la aplicación del apartado nº 2 del art. 492, denunciando MATTES que en los nº 2 y 3 de este artículo, si alguien está procesado "es el juez y sólo él quien habrá de decidir acerca de su prisión o libertad y posible fianza, y que si aquel se encuentra provisionalmente en libertad por orden judicial, la policía no tiene ningún derecho a variarla", págs. 73 y ss. de "La prisión preventiva", op. cit. Por su parte, JIMENEZ ASENJO considera que el nº 2 del 492 "es impertinente por dos razones: porque puede gozar de libertad provisional y porque hace falta una delicada operación jurídica para calcular la pena". Así, "ni las propias autoridades policiales son capaces de determinar, a priori, la medida de una pena ni siquiera aproximada, por ser una operación extremadamente complicada y difícil". Vid. respectivamente en Nueva Enciclopedia Jurídica Vol. VII "Detención gubernativa y Detención Judicial", pág 380 y en Derecho Procesal Penal op. cit. pág. 65 y 66.

- (270) Es preciso recordar que, si bien el apartado tercero del 492 responde al principio de periculum in mora esencialmente y por tanto, como dice FONT SERRA, "a la necesidad de eliminar el peligro consistente en el temor razonable de que durante el desarrollo del proceso, se pueda obtener la situación controvertida por el deudor", pág. 142 de "las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva", cit., o "el peligro de que el inculcado se retraiga del proceso", pág. 204 de GOMEZ ORBANEJA; "Derecho Procesal Penal" op. cit. Por el contrario, el apartado 4º responde al principio del fumus boni iuris, es decir, a la aparente existencia de un derecho amenazado. Vid. en este sentido FAIRE GUILLEM; "La detención antes del juicio" en R.D.P. ib-filip, 1971-4º págs. 757 y ss. GIMENO SENDRA; "La detención en la ley de Enjuiciamiento criminal y en el anteproyecto de reforma". en Rvta. General del Derecho, 1977-2º, pág. 484 y ss. Sobre el contenido en concreto del nº 4 del 492, REUS entendía que "está encaminado a autorizar la detención del que todavía no se hallase procesado, cuando sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieran presumir que no comparecerá al ser llamado por la autoridad judicial, esto es, en todos los casos y cualquiera que sea la pena asignada al delito, si tienen lugar esas condiciones y las circunstancias que luego fija el mismo nº 4", pág. 304 de op. cit. Y en el mismo sentido JIMENEZ ASENJO; op. cit. pág. 66 y VIVES ANTON; cp. cit. pág. 69.
- (271) Tales indicios son la exigencia básica en el auto de procesamiento de modo que, como establece el artículo 384 de la LECr, "Desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada y mandando que se entiendan con ella las diligencias en la forma y el modo dispuesto en ese título y en los demás de la ley".
- (272) De los artículos 491 y nº 4 del 492.
- (273) Del apartado 3º del art. 503, como exigencia indispensable de la orden de prisión preventiva.

- (274) Véase en general sobre este tema el acuerdo doctrinal existente. MUÑOZ ROJAS; "El imputado en el proceso penal". Pamplona, 1958, pág.s 32 y ss. PRIETO CASTRO; "Derecho Procesal Penal" Tecnos. Madrid 1976, pág. 110; GONZALEZ MOTES; "Las medidas cautelares procesales..." cit. pág.168 y ss. ; ARAGONESES; "Instituciones de Derecho Procesal Penal", Madrid 1975, pág. 128; Curso de Derecho Procesal Penal R.D.P. Madrid, 1986 pág. 380 y ss. FAIREN GUILLEM; "El encargado en el proceso penal español", pág. 37 a 52, en A.D.P.C. Enero-Abril 1968. FENECH; "El proceso penal", 4ª ed. Agesa, Madrid, 1982, pág. 452.
- (275) Vid. MUÑOZ ROJAS; op. cit. pág. 32 y 33, al entender que "cabe considerar al imputado contra el que se dicta un auto de procesamiento, procesado como más sospechoso para el juez instructor, que aquél en quien no se aprecian todavía indicios racionales de criminalidad".
- (276) En este sentido puede verse a GIMENO SENDRA; "La detención..." op. cit. pág. 92, al considerar que la distinción entre motivos e indicios radica en que, mientras el indicio constituye la base de la presunción, los motivos constituyen una verosimilitud que todavía no se traduce en afirmación, mientras estos son eminentemente subjetivos, los indicios tienen una naturaleza objetiva o externa". En el mismo sentido, ASENSIO MELLADO;; "La prisión provisional", cívitas, Madrid 1987, pág. 117. En contra se manifiesta VIVES ANTON al pensar que, desde un punto de vista valorativo, no hay razón alguna para exigir menos requisitos en la detención que en el procesamiento", pág. 71 op. cit. En el mismo sentido del texto, MATTES afirmaba que "reputanse indicios racionales los factores de sospecha que descansan en una firme y sólida base fáctica. Su frontera con los motivos bastantes, es puramente cuantitativa; esta última apunta a una sospecha más vehemente de que se ha perpetrado el hecho", pág. 73 de op. cit.
- (277) Vid. AGUILERA DE PÁZ; "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal..." cit. pág. 158 y 159.

- (278) Vid. BOIXADER; "El abogado ante el Sumario". Ediciones Santillana, Madrid 1964, pág. 354 y 355. JIMENEZ ASENJO; "Derecho Procesal Penal", pág. 66 op. cit. y "Detención gubernativa y Detención judicial" en Nueva Enciclopedia Jurídica, vol. VII, pág. 381. GARCIA VALDES; "Derecho Procesal Criminal, II. Edición, Edit. Reus, Madrid, 1944, pág. 268; CORDOBA RODA considera que para la estimación del artículo 491, se exige algo más que una simple presentación subjetiva. El artículo 491 y el nº 492 solo pueden ser estimados cuando esa creencia merece la calificación de fundada conforme a una escala objetiva. La apreciación de uno u otro precepto no se abandona a la conciencia personal del autor. Sólo cuando, conforme a un criterio objetivo, hubiere debido de considerarse en atención a las circunstancias concurrentes la representación del sujeto como racional, deberá aplicarse el art. 491, nº 4 pág. 15 de "El delito de detenciones ilegales en el Código penal español" continuación, 1965. A.D.P. MAJADA mantiene un criterio idéntico al acabado de exponer de CORDOBA RODA en "Práctica Procesal Penal", 4ª ed. Bosch, Barcelona, 1980, pág. 1145 y 1146.
- (279) Vid. las siguientes sentencias 27 de Enero de 1885 (C.J.Cr. 8598), 10 de Julio de 1929 (C.J.Cr. nº 13) y la de 5 de Noviembre de 1892 (C.J.Cr. 208).
- (280) Así, las sentencias de 26 de Diciembre de 1870 (C.J.Cr. 64) y la de 22 de Abril de 1881 que considera que "la simple sospecha de que el sujeto era un ratero y alguna expresión parecida, no eran indicios racionales para detener" (C.J.Cr. 5962).
- (281) En este sentido la sentencia de 5 de Febrero de 1885 mantuvo que "no existe detención ilegal, pues el funcionario judicial actuó conforme a hechos concretos que en los momentos de su comisión pue en afectar caracteres de delito". (C.J.Cr. 8632); en general y exigiendo un fundamento racional del delito que motive la detención, pueden verse las siguientes sentencias; 23 de Febrero de 1880 (C.J.Cr. 5384), 15 de Noviembre de 1884 (C.J.Cr. 8398), 20 de

Febrero de 1884 (C.J.Cr. 7739), 31 de Diciembre de 1918 (C.J.Cr. 139), 21 de Noviembre de 1946 (R.A. 1279), 14 de Noviembre de 1962 (C.J.Cr. 1180), 19 de Octubre de 1963 (C.J.Cr. 1185).

(282) Representantes de esta línea jurisprudencial que estima suficiente en la aplicación del nº 4 del 492 que la detención no sea arbitraria, siendo suficiente con la creencia subjetiva del funcionario, son las siguientes sentencias: 7 febrero de 1889 que sostiene que "no incurren en responsabilidad criminal los funcionarios que realizan un acto de detención, si obran con error o sin él en la inteligencia y supuesto de que el detenido haya cometido el delito, aun cuando luego se deshaga el error o se justifique su inocencia..." (C.J.Cr. 125), 16 de Noviembre de 1895 (C.J.Cr. 133) o la de 6 de Junio de 1935 (C.J.Cr. 129) que exige que la "inexistencia del delito sea palpable y evidente, pues si existe la apariencia..." y en general las sentencias de 5 de febrero de 1966 (R.A. 618) 17 de Diciembre de 1971 (C.J.Cr. 1587), 19 de Junio de 1974 (R.A. 2906) 27 de Mayo de 1981 (C.J.Cr. 734).

(283) Vid. la sentencia de 17 de Diciembre de 1971 (C.J.Cr. 1587).

(284) Se vuelve a plantear el tema de la formación de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado en materia de legislación procesal y derechos humanos, de la que ya hicimos mención supra pág. 280. No cabe la menor duda de que un funcionario puede errar sobre el hecho objetivo que condiciona la detención, pero lo que no es admisible es la carencia de conocimiento sobre el cuándo y en qué forma debe practicarse la detención y, lo que es más importante, el desconocimiento del cuadro de delitos que configuran la legislación penal. A la exigencia de conocimientos técnicos se une el hecho de que el funcionario debe valorar no en base a simples sospechas, sino con los datos objetivos suficientes como para considerar que alguien ha participado en la comisión de un delito y para ello es imprescindible, previamente, conocerlos.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Derechos humanos ha determinado que en la interpretación del apartado c, del artículo 5, de la Convención para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales sobre el alcance de los términos "indicios racionales de que se ha cometido una infracción", debe primar la existencia de los elementos objetivos suficientes como para considerar que se ha cometido un delito y así, la decisión 2, nº 8098/77 de 13 de Diciembre de 1978, mantuvo que "las sospechas que en el momento del arresto no se fundan sino en un pequeño número de elementos, no pueden, de ninguna forma, ser cualificados de razonables", pág. 11. En esta misma línea se expresan las decisiones de 1 de Julio de 1961 (affaire "LAWLESS"); 19 de Diciembre de 1974, 5 de Diciembre de 1978 (R. nº 8224/78); 12 de Julio de 1979 (R. 8339/78); 22 de Mayo de 1984 (caso de JONG, BALJET y VAN DEN BRINK) y el informe de la Comisión de 14 de Julio de 1974 sobre el asunto JACOB KAMMA/The NETHE LAND.

(285) Vid. aptdo 3º del art. 492.

(286) Así el apartado. 3º del 492, establece como condiciones "objetivas" el hecho de que de los antecedentes o las circunstancias del caso hagan presumir que no se presentará ante la autoridad judicial.

(287) El hecho de detener a un ciudadano sobre el que recae la presunción de que comparecerá a la convocatoria judicial, dará lugar al delito de detenciones ilegales del 184.

(288) Este requisito aparece descrito en el nº 3 del artículo 492, cuando se dispone que "Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste, en el acto, fianza bastante a juicio de la autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando fuese llamado por la autoridad judicial". En contra de la exigencia de tal criterio se manifiesta GIMENO SENDRA, para el que, por un presunto delito con pena superior a prisión menor, los funcionarios están obligados a detener en todo momento, exigiendo únicamente el requisito de

presunta no comparecencia ante la autoridad judicial, en los supuestos de detención por delitos con pena inferior a prisión menor. op. cit. pág. 91.

- (289) Vid. en este sentido REINOSO Y REINO; "Los derechos del detenido". en Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. A. ONECA, Salamanca 1982, págs. 908 y ss.
- (290) Que es el límite máximo que el artículo 74 impone en los casos de delitos sancionados con la pena de multa.
- (291) Vid. artículo 495 de la LECr. Criterio este que parece olvidar ASENSIO; "La prisión Provisional", Civitas, Madrid 1987, pág. 112.
- (292) A sensu contrario de lo expuesto al artículo 74 del c.p.
- (293) Vid. artículo 493 de la LECr.
- (294) Ya, algún autor como R. DE ASCUAS y SAENZ Y DOMINGUEZ ALFONSO, consideraba que la "Cédula personal es documento mediante el cual debe tenerse por acreditado y conocido el domicilio, nombre y circunstancias de la persona que en el mismo estuvieren designados", pág. 317 de "Ley de Enjuiciamiento Criminal", Madrid, 1883, citado por REUS; "Ley de Enjuiciamiento Criminal" cit. pág. 494 y ss.
- (295) Este artículo prevé la sanción de los que ocultaren su verdadero nombre, vecindad, estado o domicilio, a la autoridad o funcionario público que se lo preguntare por razón de su cargo".
- (296) Vid. en este mismo sentido a QUERALT; op. cit. págs. 151 y 152. Este autor, además, considera que "el requerimiento de identificación no puede efectuarse sin mediar causa bastante", es decir, sin que el requerido esté implicado en un hecho

delictivo", pág. 151.

Por otra parte, las sentencias de 15 de Marzo de 1877 y la de 19 de Abril de 1888, consideran que "es detención ilegal la ejecutada por no llevar los documentos que acreditan la personalidad, omisión que no es constitutiva de delito". (C.J.Cr. 318). La más reciente de 27 de Mayo de 1981, ha sancionado también como detención ilegal la realizada por no querer mostrar las filiaciones (C.J.Cfr. 734).

- (297) En este sentido, pueden verse las obras de AGUILERA DE PAZ; "Comentarios a la LECR" pág. 158 y RAMOS DE ACUAS, cuando expone que "lo que se tiene que garantizar en cualquiera de las formas que establece el título VII de este libro, es la verdad de las noticias que dé sobre su domicilio y los datos relativos a su persona", pág. 317.
- (298) Vid. el artículo 12 de la Ley de Orden Público, que permite a la Autoridad gubernativa o a sus agentes, detener a quienes cometan o intenten cometer cualquiera de los actos contrarios al orden público.
- (299) También prevista en el artículo 12 de la LOP en su aptdo. 1º, al regular las detenciones por desobedecer las órdenes dadas en relación a actos de orden público.
- (300) Regulada en el artículo 22 de la Ley de Orden público, derogado por el artículo 4º del Real Decreto de 25 de Enero de 1977, por el que se modificaron artículos de la Ley de Orden Público.
- (301) Vid. en este sentido BOIX REIG; "Algunos aspectos de la responsabilidad subsidiaria" en C.P.C 3(1977) págs. 29 y ss y GIMENO SENDRA; "La Detención...", cit, pág. 93 a 98.
- (302) Algunos autores han requerido, como criterio de aplicación de la medida cautelar, el hecho de que los actos contrarios al orden público sean al mismo

este el caso de VIVES ANTON; "La Detención..." op. cit. págs. 77 a 79. PRATS CANUT; En la "Retención", inédita lección magistral, pág. 9 y QUERALT; "El policía y la ley, cit. en donde manifiesta que "Tras la entrada en vigor de nuestra Constitución, el sistema ha cambiado, ésta es mi opinión, radicalmente. Sólo puede practicarse la detención si se sospecha que el sujeto ha intervenido de algún modo en un hecho criminal, es decir, en tanto que policía judicial. Por meras infracciones administrativas y aunque se prevea en una ley formal, la Administración ha quedado desposeída de su anterior potestad de detener para preservar su esfera jurídica" op.cit.pág. 122.

2, pág. 122, GIMENO SENDRA; "La Detención...", cit. pág. 95 y en Habeas Corpus, cit. pág. 66; En contra de esta tesis GALVEZ MONTES; "Artículo 17 Seguridad personal" en Rvta. Derecho Público. Comentarios a la Leyes Políticas. Tomo II, arts. 10 a 23 pág. 391.

Por el contrario, otros han considerado la necesidad no de reducir los desórdenes y las desobediencias a delitos, sino el que la detención se afectúe sólo en los casos de mayor "gravedad" y con el derecho de fianza exigido en los supuestos de la comisión de faltas, de esta forma, REINOSO y REINO cuando reconoce que "debiera añadirse a la desobediencia la característica de grave, ampliándose en la medida de posibilitar el derecho de fianza para evitar la detención", pág. 909 y 910 de los "Derechos del detenido" en Libro Homenaje a ANTON ONECA cit. en "Fundamentales derechos de la persona ante la privación de libertad" en Rvta. de Documentación Jurídica nº 22, 1979, pág. 184 y ss. En contra de esta concepción, que limita la extensión del artículo 12 de la LOP, GONZALEZ PEREZ se declara partidario de la ejecución de la medida cautelar en todos los supuestos del artículo 2º de dicha ley, siempre que reúna los siguientes requisitos: A) Orden previa de la autoridad o agente, b) que la orden se refiera a algunos de los actos contrarios al orden público. No es necesario que se esté cometiendo o intentando cometer la contravención. Basta que la orden tenga relación con dichos actos. c) Que sea desobedecida, lo que presupone un plazo prudencial dentro del cual pueda cumplirse", pág. 173 de Comentarios a la Ley de Orden Público, ABELLA, Madrid 1971.

(303) La excesiva amplitud del concepto de orden público, denunciada ya por gran parte de la doctrina (Vid. OCTAVIO DE TOLEDO; "El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del título II del Código Penal", en C.P.C. nº 1, 1977; MUÑOZ CONDE; "Derecho Penal Especial" citado, pág. 626; MORILLAS CUEVA; "El artículo 20 de la Constitución y el delito de desacato" en ADP, 1981) facilita la arbitrariedad policial al romper el principio de seguridad jurídica, mediante una concepción elefantíasiaca del orden público. Así, el artículo 2º de la LOP, considera como actos contrarios al orden público, y por consiguiente, como hechos que posibilitan la detención gubernativa, los siguientes: a) Los que perturben o intenten perturbar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, o que atenten a la unidad espiritual nacional, política y social de España. b) Los que alteren o intenten alterar la seguridad pública, el normal funcionamiento de los servicios públicos y la regularidad de los abastecimientos o de los precios, prevaliéndose abusivamente de las circunstancias. c) Los paros colectivos y los cierres o suspensiones ilegales de empresas, así como provocar o dar ocasión a que se produzcan unos y otros. d) Los que originen tumultos en la vía pública y cualesquiera otros en que se emplee coacción, amenaza o fuerza, o se cometan o intenten cometer con armas o explosivo. e) Las manifestaciones y reuniones públicas ilegales, o que produzcan desórdenes o violencias y la celebración de espectáculos públicos en iguales circunstancias. f) Todos aquellos por los cuales se propague, recomiende o provoque la subversión, o se haga la apología de la violencia o de cualquier otro medio para llegar a ella. g) Los atentados contra la salubridad pública y la transgresión de las disposiciones sanitarias, dictadas para evitar las epidemias y contagios colectivos. h) Excitar al incumplimiento de las normas relativas al orden público y la desobediencia a las decisiones que la autoridad o sus agentes tomaren para conservarlo o restablecerlo. i) Los que, de cualquier modo no previsto en los párrafos anteriores, faltaren a lo dispuesto en la presente ley o alterasen la paz pública o la convivencia social".

(304) Vid. COBO DEL ROSAL y BOIX REIG; "prohibición

constitucional de imponer sanciones privativas de libertad por parte de la Administración civil" en Comentarios a la legislación penal, tomo 1º Derecho-Penal y Constitución, pág. 231

- (305) La jurisprudencia, si bien es cierto que, de forma excepcional, se ha manifestado favorable a la limitación del concepto de orden público y reduciendo en estos supuestos la detención a los que poseen naturaleza delictiva, Vid. la sentencia de 17 de Diciembre de 1980, que recorta las facultades de la Administración, en el sentido de impedir que en el art. 2º de la Ley de Orden Público se incluyan todo tipo de conductos. 9 de Febrero de 1875; 29 de Septiembre de 1965; 23 de Junio de 1975.
- (306) Son partidarios de esta interpretación PERIS GOMEZ; JUEZ; "Estado y Derechos humanos", op. cit. pág. 240 QUERALT; "El policía y la Ley" op. cit. págs. 125 y 126.
- (307) En el artículo 2º de la LPRS, el que regula los casos de personas en estado peligroso, que son los siguientes: los vagos habituales; los que habitualmente ejerzan, promuevan, favorezcan o faciliten la prostitución, así como los dueños, empresarios, gerentes, administradores o encargados de locales o establecimientos abiertos o no al público, en los que con su conocimiento se realicen las indicadas actividades; los que promuevan, favorezcan o faciliten la producción, tráfico, comercio o exhibición, de cualquier material pornográfico o hagan su apología, así como los que realicen actos de exhibicionismo que atenten a la moral y los dueños, empresarios, gerentes, administradores o encargados de locales o establecimientos abiertos o no al público, en los que, con su conocimiento, tengan lugar las actividades expresadas; los mendigos habituales y los que vivieren de la mendicidad ajena o explotaren con tal fin a menores, enfermos, lisiados o ancianos; los ebrios habituales y los toxicómanos; los que promuevan o realicen el ilícito tráfico, fomenten el consumo de drogas

tóxicas, estupefacientes, o fármacos que produzcan análogos efectos y los dueños, empresarios, gerentes, administradores o encargados de locales... así como los que ilegalmente posean las sustancias indicadas; los que con notorio menosprecio de las normas de convivencia social, se comportaren de un modo insolente, brutal o cínico, con perjuicio para la comunidad o daño de los animales, las plantas o las cosas; los que integrándose en bandas o pandillas manifestaren, por el objeto y actividades de aquellas, evidente predisposición delictiva; los que sin justificación lleven consigo armas u objetos que, por su naturaleza y características, denoten su presumible utilización como instrumento de intimidación, coacción o agresión, los que de un modo habitual o lucrativo, faciliten la entrada en el país o la salida de él a quienes no se hallen autorizados para ello: Véase, el exhaustivo pero necesario análisis que ROMEO CASABONA realiza de cada uno de estos estudios en "Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo"; Bosch, Barcelona, 1986, pág. 153 a 173.

- (308) El artículo 19 de la LPRS, prevé que el juez, en relación al presunto peligroso, puede adoptar entre otras medidas cautelares la detención, siempre que no pueda ser citado o carezca de domicilio conocido.
- (309) La doctrina ha venido generalmente criticando la falta de fundamentos objetivos en la detención de presuntos peligrosos y así, SERRANO GOMEZ denuncia el hecho de que para detener a los peligrosos, tan sólo hace falta la presunción, lo que, en su opinión, pone en peligro la garantía constitucional en base a la falta de seguridad jurídica establecida en el artículo 9,3º. op.cit. págs 136 y 137.
- (310) Vid. TERRADILLOS. "Peligrosidad social y Estado de Derecho"; Akal, Madrid, 1981, págs. 230 y 232.
- (311) Vid. JORGE BARREIROS; "Las medidas de seguridad en el derecho español" civitas Madrid, 1976, págs. 282 y 283. MATTES; "La Prisión preventiva en España" CEU, 1975, pág. 80 a 84. FAIREN; "El proceso por

peligrosidad sin delito en el Derecho comparado" en Peligrosidad social y medidas de seguridad; de AA.VV., Valencia 1974, págs. 153-170. Circulares relacionadas con la Ley de peligrosidad. Fiscalía del Tribunal Supremo Abella, Madrid 1972, pág. 132.

- (312) Vid. supra prág. 338 y en general, sobre este tema, la obra de SABATER TOMAS; "Peligrosidad social y Delincuencia", nauta, Barcelona, 1972, págs. 377 y 378.
- (313) El aptdo. 3º del artículo 64 del R. de PRS. establece que "si la policía judicial procediera a la detención de un presunto peligroso por concurrir en él circunstancias que pudieran determinar que el juez adoptara alguna medida cautelar privativa de libertad, lo pondrá a disposición de dicha autoridad dentro del plazo legal".
- (314) Vid. FAIREN GUILLEM; "Dudas en el proceso de peligrosidad en la Ley de 4 de Agosto de 1970" en AAVV Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad, Valencia, 1974, págs. 173 a 191; RODRIGUEZ RAMOS; "La detención" cit. pág. 54, se expresa en el mismo sentido.
- (315) Vid. en este sentido GIMENO SENDRA; Habeas Corpus cit. pág. 30 y "el derecho a la libertad y sus restricciones en el ordenamiento español" en Reforma política y derecho, colección de temas constitucionales, Ministerio de Justicia, 1985, Madrid, pág. 46, en donde rechaza la detención policial de peligrosos en base al principio de reserva de ley orgánica; BUSTOS RAMIREZ, op. cit. pág. 357.
- (316) De este modo, las sentencias del Tribunal Constitucional 23/1986 de 14 de Febrero y la de 21/1987 de 1º de Febrero, entienden que "La imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad, son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que, de una lado, no cabe otra condena -y la medida de seguridad lo es- que la que

recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal y, por otro lado, no es posible, sin quebrantar el principio de bis in idem, íntimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos y ello, aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad, diciendo que en un caso se sanciona la culpabilidad y en el otro la peligrosidad", (sentencia de 14 de febrero de 1986), mientras que la de 19 de Febrero de 1987 recuerda que "no caben medidas de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal".

- (317) Previstas en los artículos 344 y 452 bis a) y ss. respectivamente del código penal. Sobre este tema, RODRIGUEZ RAMOS entiende que "si los supuestos del artículo de la citada ley de 1970 son, en un caso particular, constitutivos de delito,... el principio "ne bis in idem" convierte en inútiles, por redundantes, tales contenidos; si no se trata de supuestos delictivos sino de posibles casos de auténtica peligrosidad predeictual, el carácter de la medida de seguridad los convierte en una auténtica fraudación del artículo 25 de la Constitución, en concordancia con otros muchos, particularmente el 17, pues los delitos y las penas se extienden a casos análogos, perfectamente indefinidos, resultando mera declaración formal (no real ni efectiva) la proclamación de los derechos fundamentales relativos a estos ámbitos", pág. 55 de la Detención, op. cit.
- (318) Vid. GIMENO SENDRA; Habeas Corpus, op. cit. pág. 45. En su opinión, en la LPRS "la falta de separación de la fase instructora y decisora, con atribución a dos órganos jurisdiccionales distintos, la merma del derecho de autodefensa del imputado y la inexistencia de acusación, ha permitido afirmar a la doctrina el carácter inquisitivo del procedimiento", pág. 45 y 46.
- (319) Ello no supone, como expone VIVES ANTON, que no puedan imponerse ambas sanciones injustamente, ya que "La concurrencia de pena y medida de seguridad

sería perfectamente constitucional, constitucional como lo es la acumulación de varias penas en el castigo de un hecho, en tanto en cuanto se respete el principio de proporcionalidad". Pág. 96 de "Constitución y medidas de seguridad" en Poder Judicial. 2ª época nº 3 Septiembre de 1986.

- (320) De este modo, mientras en nuestra jurisprudencia -bastante escasa por cierto- destaca la sentencia de 3 de Diciembre de 1891, en la que se considera que la detención por un Alcalde de barrio de dos personas de raza negra por ser sospechosos de practicar la mendicidad y la vagancia, es de carácter arbitrario, (C.J.Cr. 219) las del Tribunal de Derechos Humanos de 12 de Octubre de 1977, Requete nº 7034/75 XC/Autriche; la de 13 de Diciembre de 1977, nº 7397/76 Peyer/Suisse; y la de 18 de junio de 1971 (affaire "DE WILDE, OOMS y VERSYP", admite la legalidad de las detenciones realizadas en virtud de la peligrosidad del sujeto, sin que sea necesaria la realización de un hecho que presente los caracteres de delito y así, en la última de las sentencias enumeradas, se recoge el supuesto de la detención de tres personas cuya peligrosidad consistía en ser considerados vagabundos, en cuya determinación influyó la identidad, estado físico, edad y clase de vida que llevaban.
- (321) Existen, además de estos, otros supuestos de detención caracterizados por la especial cualificación del sujeto pasivo, como son la detención de extranjeros, de inimputables etc., que serán analizados posteriormente.
- (322) De este modo, uno de sus portavoces, MOYA, propone que se introduzca "la figura de la retención momentánea por parte de la policía, que debería ser razonada... pág. 171, que naga posible el poder trasladar a una dependencia policial a cualquier persona, a los efectos de una total comprobación de identidad y de las posibles responsabilidades pendientes, sin necesidad de acusación concreta por delito". Pág. 169 de "Las redadas ¿Detención, Retención, o qué?. En la policía y sus sindicatos en España. Edit. Fundamentos 1982.

Desde una perspectiva doctrinal, PRATS CANUT ha definido la retención como "aquella privación de libertad de un ciudadano llevada a cabo por un funcionario de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, faltando los presupuestos legalmente previstos de criminalidad o indicios de la misma, así como voluntad de posterior puesta del retenido a disposición de la autoridad judicial competente, lesionándose asimismo el ejercicio del derecho a la defensa por parte del retenido", pág. 2 de la "retención" lección magistral inédita. Por su parte, GALVEZ MONTES considera que la retención consiste en "una momentánea privación de libertad para la pérdida de diligencias identificadoras u otros análogos" pág. 392 de "Artículo 17. "Seguridad personal" en Rvta. de Derecho Público. Comentarios a las leyes políticas", Tomo II.

(323) Así, los artículos siguientes de los estatutos de autonomía, Artículos 31,2 y 38 del E.A. de Cataluña; 23,3 del de Andalucía, 26,2 del de Asturias, 18,5 del de la Rioja; 26.1 del de Extremadura, etc. El artículo 5º de la Orden 29 de Julio de 1981 (Mº del Interior). Circulación urbana e interurbana. Investigación del grado de impugnación alcohólica de los usuarios de las vías públicas, el art. 6.3 de la Ley Orgánica del Defensor del pueblo, 3/1981 de 6 de abril o la sentencia de 6 de octubre de 1980 (Aranzadi nº 3662) donde se emplea el término retención aludiendo a la privación de libertad de un ciudadano en el interior de un vehículo. Vid. también la sentencia de 16 de Octubre de 1986 (Aranzadi 5623).

(324) La retención, como figura intermedia entre la detención y la libertad, constituye, siempre que no entre en los supuestos del art. 492 de la LECr, un auténtico delito de detención ilegal no sólo por la infracción que supone del principio de presunción de inocencia, sino por su inconstitucionalidad al no respetar las garantías previstas en el artículo 17 de la Constitución. Así, QUERALT considera que "con la retención se vulnera doblemente la esfera jurídica fundamental del ciudadano. Por un lado, se la priva ilegítimamente de libertad y por el otro, se retrasa, pese a su pérdida de libertad, la puesta

en marcha del mecanismo de su defensa", pág. 148 de "El policía y la ley..." cit. En el mismo sentido véase PRATS CANUT pág. 4 de la retención, op.cit. pág. 4.

- (325) Opción esta última que sigue QUERALT al tipificar la infracción de las garantías del detenido a través del art. 194, referente a los delitos contra los derechos cívicos reconocidos en las leyes. Pág. 158 de "El policía y la ley" cit.
- (326) En determinados países occidentales de los pertenecientes a la fase del capitalismo avanzado, ya existen figuras similares a la que estamos analizando. Así, en Alemania Federal el parágrafo 163 c del St. PO regula el supuesto de detención con finalidad de efectuar la identificación del sospechoso, incumpliendo el mandato constitucional de presunción de inocencia reflejado en la necesidad de indicios objetivos de criminalidad, en este caso ausentes. Vid. supra pág.314. En Italia la ley de 18 de Marzo de 1978 insitucionaliza la figura del "acompañamiento coactivo", con la finalidad de comprobación de la identidad. Vid. supra pág.321. Mientras que en Francia un sistema de reglamentaciones administrativas permite la detención sin indicios de criminalidad y sin control judicial con la finalidad de proceder a su identificación. Vid. pág.326
- (327) En esta sentencia, 98/1986 de 10 de julio, se desestimó el recurso presentado por dos ciudadanos que fueron, tan en opinión policial como judicial, retenidos sin que les fueran aplicadas las garantías que establece el artículo 520 de la LECr. El motivo de la desestimación se basó en que "El órgano judicial denegó la solicitud de habeas corpus, no porque, constatada la situación de privación de libertad la considerase judicialmente correcta, disponiendo su mantenimiento, sino porque entendió, con alguna inconsistencia entre lo expuesto en el fallo y en el fundamento jurídico de su resolución, que los demandantes no estuvieron, ni estaban en el momento de resolver, privados de libertad".

- (328) En la sentencia relativa al caso GUZZARDI se analiza el confinamiento como medida con carácter preventivo relativa al procesado.
- (329) Como son la seguridad y en definitiva la integridad física del detenido.
- (330) Para PRATS CANUT, "la retención no tiene ninguna apariencia de legalidad, y su aceptación como tal en un Estado de Derecho significaría legitimar las vías de hecho en la actuación de los poderes públicos. Esta privación de libertad, llevada a cabo por la autoridad policial, obliga al penalista a afirmar que estamos ante uno de los supuestos contemplados en el art. 184 del c.p., es decir, estamos ante una detención ilegal practicada por funcionario". Pág. 17 de "La retención cit.
- (331) En esta misma línea se expresa QUERALT; "El policía y la ley", cit, pág. 149.
- (332) Lo que ocurre normalmente, debido al carácter intimidatorio que el Gobierno pretende otorgarle a tales actuaciones, como ha sucedido en la denominada Operación Primavera, donde la mayoría de las detenciones fueron practicadas en presencia de los medios de comunicación, que fueron lógicamente y previamente avisados de la realización de la misma, con el perjuicio que ello representa para la dignidad del detenido.
- (333) Argumento este no compartido por MOYA, para el que, con tales medidas, se "acabarían los abusos y daría seguridad jurídica al ciudadano. En segundo término, facilidades para la investigación y transparencia en la actuación policial. Y por último, acomodar el derecho a una situación que se viene haciendo por libre y con cierta ligereza", pag. 171 de "Las redadas..." cit. al hacer referencia a la necesidad de crear la figura de la retención.
- (334) En el análisis de este tema me ceñiré exclusivamente a la posible infracción del artículo

17 de la Constitución y no a otras cuestiones, también de interés, pero que hacen referencia al principio de legalidad o al valor procesal del atestado policial en relación al ejercicio del control de alcoholemia.

- (335) Vid. GIMENO SENDRA; "El valor probatorio de los metodos alcoholométricos en Rvta. La Ley 1984 nº 4, pág. 1102.
- (336) Vid. la Orden de 29 de Julio de 1981 sobre circulación urbana e interurbana. Investigación del grado de impregnación alcohólica de los usuarios de las vias públicas.
- (337) El art. 1º dice: "Todo usuario de vía, sea o no conductor, que sen encuentre implicado directamente en un accidente de tráfico, podrá ser sometido a las pruebas de detención alcohólica. Asimismo, podrá verse sometido a dichas pruebas, cualquier conductor que sea denunciado por una de las infracciones recogidas en el art. 289, i del Código de la circulación, presente síntomas evidentes de embriaguez o, aún en ausencia de estas circunstancias, cuando sea requerido al efecto por la autoridad o sus agentes dentro del problema de controles preventivos de alcoholemia.
- (338) Tales garantías aparecen recogidas en el art. 4 de la citada Orden.
- (339) Vid. artículo 5º de la Orden.
- (340) Vid. artículo 7º de la Orden.
- (341) Vid. artículo 8º de la Orden.
- (342) Esta tesis tambien es sostenida por LORENTE HURTADO; "La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional en Poder Judicial nº 1 Marzo 1986 pág. 60 y por GIMENO SENDRA; "El derecho a la libertad y sus restricciones en el

ordenamiento español" en Reforma política y Derecho, colección de temas constitucionales, M<sup>o</sup> de Justicia, Madrid, 1985, pág. 43.

- (343) Véase el artículo 172 del código civil.
- (344) La citada Decisión consideró que el análisis de sangre era una restricción de libertad adecuada a derecho, por la protección de derechos de terceros que significa.
- (345) Vid. sentencia de 13 de Diciembre de 1979 del Tribunal de Derechos Humanos.
- (346) No olvidemos que la única normativa que prevé el control de alcoholemia no tiene rango de ley, al tratarse de una simple Orden.
- (347) Así, la Circular n<sup>o</sup> 2/1986 de 14 de Febrero sostiene que "se trata de un acto voluntario, pues no existe obligación legal de someterse a la prueba de precisión sobre el grado de impregnación alcohólica, ni a la de análisis de sangre, sin perjuicio de la infracción administrativa en que se pudiere incurrir con la negativa...".
- (348) En efecto, el Tribunal Constitucional en esta materia se muestra lo suficientemente ambiguo como para considerar que la mencionada prueba tiene carácter obligatorio, al sostener que "la verificación de la prueba supone para el afectado un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos... STC 107/1985 de 7 de Octubre... STC 100/1985 de 3 de Octubre..., Mientras que, por contra, la STC de 4 de Octubre de 1985/103, mantiene la voluntariedad del acto al sostener que "no hubo una ejecución forzosa de la investigación del alcohol, pues el ahora recurrente fué invitado a someterse a esta investigación y voluntariamente aceptó y declinó otras investigaciones, entre ellas, la del análisis

de sangre".

Para un análisis más detallado de la jurisprudencia constitucional en el tema de controles alcoholométricos, véanse los artículos de ASENSIO MELLADO; "Los métodos alcoholométricos en la Jurisprudencia constitucional" Rvta. La Ley, 1 36, vol. II págs. 988 a 997; el de LORENTE HURTADO: "La prueba..." cit. págs. 59 a 69. MORILLAS CUEVA; "La responsabilidad penal del que conduce vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas" (inédito ).

- (349) Vid. los artículos 8 de la Orden citada y el 52 del Código de la circulación.
- (350) Vid. STS 197/1985 de 7 de Octubre.
- (351) El artículo 13 de la Constitución establece que: "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título, en los términos que establezcan los tratados y la ley". 2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23 salvo que, atendiendo a los criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales. 3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo. 4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.
- (352) Vid. STC 107/1984 de 23 de Noviembre.
- (353) Vid. STC 99/1985 de 30 de Septiembre.
- (354) Se ha llegado incluso a pretender, por parte de la Administración, expulsar a una estudiante de nacionalidad francesa por el hecho de participar en una manifestación "no autorizada, pero pacífica y

estrictamente académica". Vid. STS de 10 de Diciembre de 1984 (Ref Aranzadi 6527). Este tan sólo es un ejemplo de las desorbitantes facultades que en esta materia posee la Administración.

- (355) El artículo 489 de la LECr dispone que "ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban.
- (356) Leyes 4/1985 de 21 de Marzo y 7/1985 de 1 de Julio respectivamente.
- (357) En general y sobre el carácter de esta institución limitativa de derechos y en concreto de la libertad individual, véanse los trabajos de COBO DEL ROSAL y BOIX REIG; "Perfil constitucional de la extradición" en Comentarios a la Legislación Penal, Tomo I, EDERSA, Madrid, 1982, págs. 49 a 59; MUÑOZ CAMPOS; "Derecho de asilo y de extradición" en Rvta. La Ley, Recensión 1981-3 pág. 875; BUENO ARUS; "Nociones básicas sobre la extradición" en Convenios de Extradición, BOE, 1980, Ministerio de Justicia, págs. 15 a 51; MANZANARES SAMANIEGO; "El Convenio Europeo de Extradición, Bosch, Barcelona, 1986 y GIMBERNAT ORDEIG; "Algunos problemas de extradición en el Derecho español" en Libro Homenaje a Antón Oneca, págs. 233 a 259.
- (358) Vid. artículos 8 y 9 de la ley de extradición pasiva respectivamente.
- (359) Sobre el funcionamiento en materia de detención de la INTERPOL, véanse los trabajos de GARCIA BARROSO; INTERPOL y el procedimiento de extradición de extradición, Edersa, Madrid, 1982, págs. 87 a 91; PASTOR BORGONON; "Aspectos procesales de la extradición de Derecho español". Madrid, 1984, pág. 176.
- (360) Vid. el artículo 8 de la ley de extradición pasiva.
- (361) Vid. el artículo 9 de la Ley de extradición pasiva.

(362) Vid. ibidem.

(363) Tal artículo mantiene, al regular la detención preventiva, que: 1. En caso de urgencia, las autoridades competentes de la parte requirente podrán solicitar la detención preventiva de la persona reclamada; las autoridades competentes de la parte requerida resolverán acerca de esta solicitud de conformidad a la ley de esta última parte. 2. La solicitud de detención preventiva indicará la existencia de algunos de los documentos precisos en el párrafo 2º letra a del artículo 12 y notificará la intención de cursar una solicitud de extradición; mencionará asimismo el delito por el cual se solicitará la extradición, el tiempo y lugar de la comisión de aquél y en la medida de lo posible, la filiación de la persona reclamada. 3. La solicitud de detención preventiva se remitirá a las autoridades competentes de la parte requerida, bien por vía diplomática bien directamente por vía postal o telegráfica, bien por conducto de la organización internacional de policía criminal, bien por cualquier otro conducto que deje constancia escrita o sea admitido por la mencionada Parte. Se informará sin dilación a la autoridad requirente del resultado que haya tenido su solicitud. 4. La detención preventiva podrá concluir si dentro de los 18 días siguientes a la misma parte requerida no hubiese recibido la solicitud de extradición ni los documentos mencionados en el artículo 12; en ningún caso la detención excederá de los cuarenta días, contados desde la fecha misma. Sin embargo, será posible en cualquier momento la puesta en libertad provisional, pero en tal caso la Parte requerida habrá de tomar las medidas que estimare necesarias para evitar la fuga de la persona reclamada. 5. La puesta en libertad no será obstáculo para una nueva detención, ni tampoco para la extradición, si la solicitud de ésta se presentare ulteriormente".

(364) Ya que el propio Convenio considera conforme a derecho la detención de una persona contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición y las sentencias dictadas sobre este tema por el mismo Tribunal de Derechos Humanos, no exigen más requisitos que los establecidos por la ley de Extradición de 1985. Vid. las sentencias de

21 de Mayo de 1976, nº 6565/74; 6 de Octubre de 1976 nº 7317/75; 10 de Diciembre de 1976 nº 7256/75.

- (365) Estas conductas aparecen descritas en el artículo 29 del Decreto de 14 de Febrero de 1974, cuya anticonstitucionalidad fue ya denunciada, entre otros autores, por NIETO PALOMO, al considerar que "con este precepto se concede a las autoridades administrativas que en él se expresan, una facultad ope legis para detener a un súbdito extranjero sometido a una medida de expulsión y su posterior ingreso en prisión, sin que los motivos que pueden mover a aquella se encuentren tasados de una forma clara y concreta" pág. 177 de "La expulsión de extranjeros: sus garantías en el derecho español" en Documentación Administrativa, págs. 140 a 186, Madrid, Enero-Marzo, 1982, nº 193.
- (366) Vid. el artículo 30,1 del Decreto.
- (367) Resolución que, junto a otras órdenes como la del ministerio de gobernación de 22 de Junio de 1968, por la que se regulan las conducciones de detenidos, presos y penados; el decreto 2355/67 de 16 de Septiembre de 196 sobre conducción de detenidos y presos por la guardia civil, conformaban los criterios que regían a los diferentes centros policiales.
- (368) Vid. el apartado segundo de la resolución de 27 de Septiembre de 1982.
- (369) Vid. el preámbulo de la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de Julio, B.O.E. de 3 de Julio de 1985, nº 158. Véase, por todos, un análisis completo de dicha ley en los trabajos de MOYA ESCUDERO; "La expulsión de extranjeros del territorio nacional: dudosa garantía de los derechos fundamentales" en Rvta, La Ley, número 1370, 17 de Enero de 1986 y FERRANDIZ MACHADO; "La expulsión de extranjeros" en la Rvta. Policía Diciembre de 1985.
- (370) Vid. el apartado 2º del artículo 26 de la citada

ley en relación a las letras a) c) y f) del apartado 1º del mismo artículo.

En relación a si los agentes de la autoridad pueden o no practicar la detención, FERRANDIZ MACHADO considera que "Este problema quizá podría obviarse considerando que la autoridad gubernativa puede acordar, con carácter general, que sus subordinados procedan a la detención preventiva de todos los extranjeros que se hallen en alguno de los supuestos. No obstante, la solución tropieza con el inconveniente de que la ley orgánica no contempla tal detención como una medida obligatoria (dice que se podrá proceder a la detención) y además, establece que la instrucción y resolución de los expedientes de expulsión tendrá carácter individual", pág. 66 de "La expulsión de extranjeros..." op. cit.

(371) De los cual se desprende, como deduce MOYA ESCUDERO, que "en consecuencia, se permite la detención preventiva por una autoridad gubernativa por causas que no son constitutivas de delito, ni muchas veces de falta, ni siquiera de infracción de la normativa de extranjería, ya que, salvo el requisito del apartado a) podría presumirse que se trata de extranjeros que se encuentra legalmente en territorio español", pág. 3 de "La expulsión de extranjeros..." op. cit. En el mismo sentido vid. AÑON ROIG y MARTINEZ VIDAL: "Notas sobre una legislación amenazante", en C.P.Cr. nº 29, Madrid, 1986, pág. 278.

(372) El Defensor del Pueblo ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra los artículos, 7, 8, 26 y 34 de la Ley Orgánica de 1 de julio de 1985 "por estimar, sin perjuicio del respeto debido a cualquier otra opinión diferente, que en ellos se vulneran los artículos 14, 16, 17, 21, 22, 24, 25 y 53, 2 de la Constitución..." pág. 2 de tal recurso. Uno de los motivos de este recurso reside precisamente en la infracción del artículo 25,3 de la Constitución, pues, como dice el Defensor del Pueblo, "En consecuencia, esta prohibición ha de interpretarse en el sentido de que si la Administración está incapacitada para dictar resoluciones sancionatorias que impliquen aquella privación de libertad, directa o subsidiariamente, al concluir el expediente, lo estaría asimismo -y

ello con mayor fundamento- para adoptar esas medidas restrictivas con carácter cautelar". pág. 30 del recurso.

Desgraciadamente, se nota en dicho recurso la ausencia de las consideraciones necesarias que cuestionen la constitucionalidad misma de las causas que motivan la expulsión del extranjero.

(373) Vid. el artículo 26 apartado f del Proyecto de Ley de 28 de enero de 1985 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

(374) Vid. el artículo 33 de la Ley Orgánica de 1 de Julio de 1985.

(375) Vease sobre los requisitos del delito de desobediencia; CORDOBA RODA; págs. 521 a 523. CEREZO MIR; "Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia", en Rvta. de Estudios Penitenciarios, 1966, pág. 368; MAESTRE LOPEZ: "El delito de desobediencia a la Autoridad o sus agentes", Bosch, Barcelona, 1986, pág. 24. La diferencia entre el delito de desobediencia del 237 del c.p. y la falta del 570 nº 5, reside exclusivamente en la gravedad de la orden y en la reiteración de la oposición, por lo que se desprende la necesidad de una oposición persistente en la conducta del extranjero ante la orden de expulsión, que haga posible la aplicación del delito que analizamos. En este sentido véase CORDOBA RODA; op. cit. pág. 522 y las sentencias de detención que, por otra parte, también estaría justificada en base al artículo 5 aptdo 6 del Convenio sobre Derechos Humanos y de una obligación establecida por la ley.

Así, el artículo 21 apartado 2º de la Ley de 1 de Julio de 1985, dispone que "Cuando un extranjero se encuentra encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del fiscal, su salida de España siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la ley de Enjuiciamiento criminal, o su expulsión, si está incurso en algunos de los

supuestos del artículo 26,1.

Si el extranjero fuere condenado por un delito menos grave y en sentencia firme el Juez o Tribunal, podrá acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar todo ello, sin perjuicio de cumplir si regresara a España la pena que le fuere impuesta".

(377) Sobre los requisitos de la expulsión del extranjero y, en general, sobre las condiciones requeridas para proceder a la expulsión o extradición, el Convenio para la protección de los derechos y libertades fundamentales y el Tribunal de Derechos Humanos, mantienen nuevamente una actitud pasiva ante el desarrollo que de esta materia realizan las legislaciones internas de cada país. No se establecen ningún tipo de limitaciones, salvo en lo referente a los plazos de la detención preventiva en el proceso de expulsión y extradición, como veremos en su momento. De este modo, a la mera descripción que realiza el art. 5 aptdo f del Convenio sobre la entrada ilegal, expulsión o extradición del extranjero, admitiendo la detención en cualquier supuesto, acompaña una jurisprudencia del Tribunal de Derecho Humanos total y absolutamente permisiva con las detenciones administrativas que en cada país suele practicarse. Vid. las sentencias de 7 de Octubre de 1976 R 7376(76 y la de 8 de Marzo de 1976 R. 6701/74.

(378) Problemática ésta que no es exclusiva de nuestro país, sino que es una característica general de la superprotección estatal frente a los sectores marginales más indefensos, por la desprotección que supone el no gozar en pleno de igualdad con los nacionales, en materia de los derechos fundamentales de las mismas garantías que éstos. La misma indefensión se produce en Italia, donde es norma la detención administrativa del extranjero. Vid. en general sobre las características de la detención con finalidad de expulsión en Italia el artículo de DI TROCCHIO "illegittimità Dell'arresto di stranieri imputati di reati dognali" en Riv. it di procedure penale, 1980, págs. 1085 y 1099, mientras que en Francia, las condiciones de

detención alcanzan cotas que infringen claramente el principio de igualdad. Véase ANDRE VITU; "Crimes et delits contre la chose publique" en Revue S. Criminelle n° Enero-Marzo 1980, pág. 123 a 125; LEVASSEUR "Crimes et delits contre les personnes" en Revue S. Criminelle n° 2, abril-Junio 1980, págs. 436 a 439; GASSIN; "La liberté individuelle devant le droit penal..." op. cit. pág. 19 a 24.

(379) Ley 85/1978 de 28 de Diciembre que representa la "otra Constitución" del militar. En general, el régimen de garantías que la Constitución y la LECr en su desarrollo reconocen al detenido, son vulneradas en el régimen jurídico militar, caracterizado por un sistema procesal hipotéticamente contradictorio, separación de poderes ficticia y ausencia de libre defensa. Dándose subyugos en los que desde el juez que instruye la causa hasta el defensor, pertenecen a la misma Unidad que acusa al detenido, estando la investigación subordinada a las órdenes del superior jerárquico y no dirigida a la veracidad de la investigación. El mal trato físico y psíquico, la falta de acondicionamiento de los calabozos, la incomunicación como regla, etc. degrada al detenido hasta el extremo de que es posible afirmar que la Constitución no es aun la norma fundamental por la que se rige el sistema jurídico militar. Vid. el informe de la Asociación pro-derechos humanos de 1986.

(380) Vid. el artículo 173 de las ordenanzas que dice: "...cuando se encuentre desempeñando un servicio de armas u otro cometido esencialmente militar, sólo podrá ser detenido por sus jefes, a no ser que hubiere cometido delito y estuviere fuera del alcance de los mismos. Cualquier miembro de las Fuerzas Armadas que fuera detenido por autoridad no militar o sus agentes legalmente autorizada para ello, tendrá la obligación de identificarse y el derecho-deber de comunicar inmediatamente con sus superiores y no se le podrá retener en dependencias policiales o gubernativas más tiempo que el imprescindible para la formación del atestado". Este privilegio es justificado por MARTI COLL, al considerar que mirando no a su persona sino a la función que desempeñan las fuerzas armadas y sus

miembros que han de ser protegidas por la Ley; es por esto que se concede o reconoce a los militares un "status", una situación estatutaria especial en diversos ámbitos o esferas y entre ellos en el de su detención; no cabe alegar ante ello que se produzca una quiebra del principio constitucional de igualdad...", pag. 38 de "Detención de militares" en Revta. del Poder Judicial nº 4 1985.

- (381) Vid. Affaire "Engels" y otros sentencia de 8 de Junio de 1976.
- (382) En la misma sentencia se mantiene que "compete al Tribunal asegurar en el marco del artículo 6 y aun fuera incluso de los artículos 17 y 18, que lo disciplinario no invada el campo de lo penal. En resumen, la autonomía de la noción material penal opera por así decirlo en sentido único... Así, si a un militar se le imputa una acción u omisión que haya transgredido una norma jurídica referente al funcionamiento de las Fuerzas Armadas, el Estado puede en principio utilizar contra él el derecho disciplinario en vez del derecho penal".
- (383) Vid. el artículo 8 de la Constitución en su apartado segundo se dispone que "una ley Orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución".
- (384) Así, la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de Junio de 1981, mediante una interpretación de los artículos 25,3 y 17,1 de la Constitución, considera que "De ambos artículos se deduce la posibilidad de sanciones disciplinarias que impliquen privación de libertad y la remisión a leyes para la fijación de presupuestos".
- (385) Sobre la vigencia del decreto de 11 de Julio de 1934 se ha pronunciado la Comisión permanente del Consejo de Estado a través de un informe de 20 de Mayo de 1982, así como la circular 728 de 27 de Octubre de 1982 emitida por la dirección general de policía en un sentido favorable a su actual aplicación. Por el contrario, la circular 696 de la

Dirección general de policía de 28 de Marzo de 1981 mantiene que la ley Orgánica de 1980 que reformó el código de justicia militar y las reales ordenanzas de 1978, produjeron la inmediata modificación del decreto de 1984 en el sentido de que, por aquellos delitos que competen a la jurisdicción ordinaria, los militares detenidos debían ser puestos a disposición de la Autoridad civil, no militar, correspondiente. En este mismo sentido se manifestó el informe de la Junta de Jueces de Valencia de 3 de Julio de 1982 y en la doctrina, RODRIGUEZ RAMOS; "La detención", pág. 66.

- (386) Vid. el apartado 2º del art.670 del Código de Justicia militar derogado.
- (387) Vid. el aptdo 1º, 4º y 8º del art. 670 del código de Justicia Militar, previo al nuevo código penal militar de 9 de diciembre de 1985.
- (388) Vid. el artículo 173 de las Reales Ordenanzas de 1978.
- (389) Vid. el artículo 173 del RD. de 1974.
- (390) Vid. el artículo 2º del citado decreto.
- (391) Vid. el artículo 5º del mismo.
- (392) Vid. el artículo 8 del mismo.
- (393) Vid. el artículo 5º de la Ley orgánica de 27 de Noviembre de 1985 sobre el regimen disciplinario de las Fuerzas Armadas.
- (394) Vid. el aptdo. 7 del art. 8 de ibidem.
- (395) De esta forma, el artículo 10 del régimen disciplinario de 1985, faculta privaciones de libertad de hasta treinta días en domicilio o en la