



Universitat de les
Illes Balears

Detenciones ilegales policiales

- Conceptuación, interpretación y revisión de la detención ilegal realizada por autoridad o funcionario público -

NEVADO FERRÀ, ALEJANDRO

TUTELADO POR:
RAMÓN RIBAS, EDUARD

4º GDRE. CURSO: 2012/2013
UNIVERSITAT DE LES ILLES BALEARS

ÍNDICE

1. Introducción	3
2. Antecedentes	4
3. Características principales del art. 530: tipicidad y ámbito de aplicación.	5
4. El artículo 530 CP, y las diferencias con el artículo 167 CP. Las retenciones y el «cacheo».	12
5. Las detenciones improcedentes o desproporcionadas y las detenciones especiales o gubernativas	15
6. La violación de las garantías constitucionales y legales del artículo 537 y su relación con el artículo 530 CP.	19
7. Conclusiones	22
8. Bibliografía	24

1. Introducción

La libertad, después de la vida, es el don máspreciado que la naturaleza puede ofrecer¹. Por ello, está consagrada como un derecho fundamental en el art. 17 de la Constitución Española de 1978, sólo dos preceptos más allá de aquel que reconoce el derecho de todos a la vida.

Detención significa que un sujeto priva a otro de la posibilidad de trasladarse de lugar según su libre voluntad. Así, con la detención de una persona por un particular, agente de la autoridad o funcionario público, se está privando de libertad a la misma, y, por ende, restringiendo un derecho fundamental. El derecho a la libertad no sólo cubre la movilidad, sino también las garantías inherentes a la detención cuando hay causa legal para practicarla.

En el presente trabajo se analizará la vigente regulación de las detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público, tanto las detenciones ilegales materiales como las formales por vulneración de alguna de las garantías constitucionales o legales que velan por los intereses del privado de libertad. Nuestro objetivo será determinar las características más destacadas de las normas penales que tratan sobre las detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público. Entre otras, pero principalmente, el artículo 530 del Código Penal, que constituirá el centro del objeto de nuestro análisis.

No es baladí tratar de un asunto como el de las detenciones por parte de quien ejerce una posición de superioridad en razón de su *status* público. Las detenciones ilegales son una cuestión de interés general y de gran relevancia. El legislador ha titubeado en el recorrido y la constitución de tales delitos, provocando una marea de planteamientos correctivos y alternativos. Tanto a la doctrina científica como jurisprudencial les resulta difícil averiguar la voluntad del legislador. Si bien encuentran aspectos positivos, sobre todo con respecto a la pretérita regulación en el cuerpo legal de 1973, no es menos cierto que siguen existiendo demasiadas vaguedades. Además, a pesar de la abundancia normativa, persiste un vacío legal en la regulación penal, que, de

¹ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Septiembre de 1993.

un modo preocupante desde el punto de vista de la estricta legalidad, la jurisprudencia ha venido a cubrir².

Iniciaremos nuestra ruta con una breve comparación entre la actual y la derogada ordenación de las detenciones ilegales. Proseguiremos atendiendo a lo intrínseco del art. 530 CP, observando sus elementos principales y su ámbito de aplicación. A continuación, daremos las claves para diferenciar este tipo del constituido en el art. 167 del mismo cuerpo legal, prestando atención asimismo a las denominadas «retenciones» y «cacheo». Posteriormente, analizaremos dos tipos de detenciones, extraordinarias por su naturaleza, como son las detenciones improcedentes o desproporcionadas y las detenciones gubernativas o especiales. Y concluiremos analizando la relación que se esconde entre los artículos 530 y 537 del Código Penal.

En definitiva, estudiaremos la regulación de los presupuestos a partir de los cuales autoridades y funcionarios públicos están legitimados para detener, y de las sanciones penales que les corresponderán si no respetan estos presupuestos, o haciéndolo, no consideran escrupulosamente los derechos del impedido de libertad. El fin de la norma debe corresponderse con el equilibrio entre la protección fundamental de la libertad y la defensa de la labor de los agentes policiales en la investigación y descubrimiento de las acciones criminales. Armonía, homogeneidad e inteligibilidad se presentan como caracteres que necesariamente deben revestir la ordenación de las detenciones ilegales.

2. Antecedentes

Las detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público han sido tratadas de forma distinta según la normativa penal vigente en cada momento histórico. Sin ahondar mucho en la evolución sistemática y aplicación jurisprudencial de las mismas, sí apuntaremos dos notas importantes. En primer lugar, de nuestro ordenamiento jurídico se deriva un **concepto amplio de *detención ilegal***, en el que se comprenden tanto las detenciones sin fundamento legal, es decir ilícitas *ab initio*, como

² TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario a los artículos 530», *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo II (Dir. QUINTERO OLIVARES, G.), 6ª Edición, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1569.

las realizadas legítimamente pero vulnerando el procedimiento legalmente establecido, esto es, infringiendo alguna de las garantías constitucionales o legales ligadas a la detención.

En segundo lugar, con la aprobación del nuevo Código Penal (en adelante, CP) de 1995, además de simplificarse notablemente la anterior regulación, excesivamente casuística (arts. 184 a 186 y 188), **se eliminó el privilegio** que hasta entonces venían disfrutando **los funcionarios públicos por los atentados contra la libertad**. Este privilegio consistía en tratar las detenciones ilegales *ab initio* cometidas por estos sujetos como delitos especiales atenuados. Tras esta consideración absolutamente injustificada, el legislador decidió incluirlas como forma agravada del delito de detención ilegal común o realizado por particulares, tipificándose desde entonces en el art. 167 CP³. Se constituye, por ende, como un delito especial impropio agravado. Sin embargo, no es de merecer ignorar la interpretación correctiva que realizó el Tribunal Supremo de la anterior regulación, una interpretación muy restrictiva del delito de detenciones ilegales de funcionarios, aplicándolo sólo en los casos en que había existido un comienzo correcto de la detención y posteriormente se había excedido en los límites de sus facultades⁴. Todo ello se esclareció, como decimos, tras la entrada en vigor del nuevo CP, en el que se elevó a rango de ley esta diferenciación básica. Y si bien el criterio jurisprudencial no resulta literalmente coincidente con el tipificado, ambos responden a una idea común, que es la especialidad de las detenciones ilegales cometidas por funcionarios o autoridad públicas⁵.

3. Características principales del art. 530: tipicidad y ámbito de aplicación.

El precepto básico del que nos ocuparemos inicialmente es el 530 CP, regulado en el Título XXI (Delitos contra la Constitución), Capítulo V (De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales), Sección 1ª (De los

³ «Al optar por conservar un grupo de delitos «cometidos por funcionarios separado de las detenciones ilegales comunes, el Legislador de 1995 responde a la complejidad del asunto y destaca la existencia de una diferenciación sustancial entre las diversas situaciones contempladas». TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», op. cit., p. 1566.

⁴ Muy clarificadora la STS de 16 de marzo de 1991.

⁵ TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», op. cit., p. 1568

delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual). Atendiendo a su literalidad, **los elementos** de que se compone son varios, empezando por el **sujeto activo**, que deber ser autoridad o funcionario público de acuerdo con lo previsto en el art. 24 del mismo Texto legal. Estamos, pues, ante un delito especial propio⁶.

Posteriormente, observamos la triplicidad de **conductas típicas**, cuáles son acordar, practicar o prolongar cualquier privación de libertad de un sujeto pasivo, el cual debe ser un detenido, preso o sentenciado. Además de que son diversas las conductas tipificadas, al referirse a «cualquier» privación de libertad, se dan cabida en el tipo otras actuaciones distintas de la detención estrictamente entendida, como pueden ser la prolongación por el Juez de la prisión preventiva más allá de los plazos establecidos legalmente, o igualmente la prolongación de tales plazos por el funcionario de prisiones una vez se ha decretado la libertad o indulto del preso, o se ha extinguido el tiempo de condena. Así pues, se observa como con el término *prolongación* se entienden asimismo subsumidas las acciones cometidas por **omisión**⁷, aquellas en las que el funcionario o la autoridad no libera al detenido pudiéndolo hacer⁸. También se incardinan en las conductas típicas las simples «retenciones» obligadas cuando se cumplan una serie de requisitos y sin perjuicio de que queden al margen ciertas «situaciones mínimas de retención», sostiene la doctrina constitucional, que posteriormente será analizada.

En cuanto a las formas de aparición del delito, la **consumación** se produce, según ha establecido la jurisprudencia, en el momento en que la persona queda privada de su libertad, a pesar de tratarse de un delito de efectos permanentes⁹. Así pues, el

⁶ El CP de 1995 suprimió la diferenciación entre las conductas cometidas por un Juez, por los funcionarios de la policía judicial encargados de la práctica de detenciones o por el director de un establecimiento penitenciario, y unió todas ellas en torno al concepto de autoridad o funcionario público.

⁷ TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», op. cit., p. 1569.

⁸ STS de 30 de marzo de 2009 (Caso *Publio Córdón*), «en el tipo básico y rector de los delitos de detención ilegal de los arts. 480 y ss. CP 1973 la ilicitud no exige una forma específica de comisión que pueda excluir la modalidad omisiva de su realización, dado que, en dichos tipos penales acción y omisión son equivalentes desde el punto de vista del texto legal, de su repercusión sobre el objeto de protección y del sentido social de una y otra modalidad. Es evidente que el delito se comete tanto privando a otro de su libertad como no liberándolo pudiéndolo hacer».

⁹ Entre otras, SSTS de 23 de febrero de 2011 y 20 de diciembre de 2007, en la que «el delito de detención ilegal constituye una infracción de consumación instantánea y de ejecución permanente, de suerte que por el hecho de privar consciente e indebidamente de la libertad a un tercero, aunque sea por un momento, determina que el tipo del injusto aflore en plenitud con todos los elementos objetivos y subjetivos».

delito de detención ilegal es una infracción instantánea que se produce desde el momento en que la detención o el encierro tiene lugar¹⁰, con independencia del tiempo durante el que la víctima haya estado privada de su libertad ambulatoria¹¹ (lo esencial es la privación de libertad, aunque sea por un breve espacio de tiempo¹²), y el ánimo del autor orientado a causarla¹³. No es necesario que, además, la privación de libertad se haya hecho de tal manera que la víctima no pueda recibir ninguna clase de auxilio¹⁴¹⁵.

Por otra parte, ¿cuándo se entiende consumado el delito de detención ilegal si la persona ya estuviere privada de libertad? Para responder a ello, primero debemos tener presente que la extensión de las garantías a los ya privados de libertad se produce «sólo en la medida en que tales personas puedan ser objeto de diligencias de investigación en el ámbito penitenciario por hechos cometidos en la prisión»¹⁶, como señala TAMARIT SUMALLA. Así, la detención ilegal formal se consumaría con la omisión de la práctica de las garantías correspondientes al privado de libertad¹⁷. Finalmente, puede existir tentativa de detención ilegal cuando se intenta privar a una persona de su libertad ambulante y no se consigue.

El tercero de los elementos es la exigencia de que **medie causa por delito**. En relación con este elemento se plantean dos problemas fundamentales, por razón de la indeterminación y del alcance que debe darse a los términos «causa» y «delito». A

¹⁰ SSTs de 23 de marzo de 1999, de 31 de marzo de 2000, y de 9 de enero de 2003.

¹¹ SSTs de 26 de noviembre de 2001 y de 7 de octubre de 2002.

¹² Discrepa CLIMENT DURÁN, C., *Detenciones ilegales policiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 473, quien alude para el supuesto de que un agente detuviere materialmente ilegal a alguien, pero posteriormente, tras una reflexión pausada, liberase a la persona. «si la detención indebida ha tenido una muy corta duración, quizá podría resolverse reputando el hecho impune por atipicidad al reputarse este hecho amparado por el principio de insignificancia o de adecuación social». Si no, la actuación podría quedar más o menos justificada por la vía del error de tipo vencible.

¹³ STS de 10 de mayo de 2005.

¹⁴ STS de 9 de mayo de 2005.

¹⁵ COLINA OQUENDO, P., «Comentario al art. 163 CP», en *Código Penal. Comentado y con jurisprudencia* (Coord. RODRÍGUEZ RAMOS, L.), 2ª Edición, La Ley, Madrid, 1997, p. 396.

¹⁶ TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», op. cit., p. 1599.

¹⁷ Señala CLIMENT DURÁN, C., *Detenciones...*, op. cit., pp. 475-476, que «como los delitos de detención ilegal forma se caracterizan por quebrantar una determinada garantía detentiva, tan pronto como se produzca la infracción de una de esas garantías quedará perfeccionado el delito. Es claro que es un delito instantáneo». Si la detención fuere materialmente legal, pero se prolonga más allá del tiempo necesario, «se produce la perfección del delito tan pronto como la detención se dilata más allá de dicho plazo y se configura como un delito permanente mientras se prolonga esa situación ilícita».

modo de síntesis diremos que la mayor parte de la doctrina¹⁸ considera no necesaria la incoación de un procedimiento judicial para entender que media causa por delito, en tanto es lo más coherente, según defienden, con la obligación que tienen las autoridades de detener al no procesado cuando existen motivos racionales suficientes para creer en la existencia de un hecho constitutivo de delito y para creer que la persona que se intenta detener ha participado en él. En ellos, lógicamente, no existe un procedimiento judicial abierto, bastando, por tanto, que haya indicios racionales de criminalidad. De hecho, hay autores que incluso van más allá, y afirman que «existe causa por delito cuando, constando un hecho delictivo que esté al menos racionalmente indiciado y que sea imputable a una o varias personas, se produce una actuación policial o judicial dirigida a la averiguación de ese hecho o al aseguramiento de la persona o personas presuntamente responsables»¹⁹, matizando seguidamente que en todo caso «la causa por delito ha de estar específicamente dirigida contra la persona que es objeto de una detención ilegal».

En cuanto a la cuestión de si el término «delito» debe interpretarse estricta o ampliamente (ergo, si deben entenderse incluidas o no las faltas), de nuevo encontramos dividida a la doctrina. Primeramente debemos recordar que conforme al art. 495 LECrim, es regla general que no se puede detener por la comisión de una falta, constituyendo la única excepción los supuestos en que el presunto autor de la misma no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante a juicio de la autoridad o Agente que intente detenerle. Así, dada la excepcionalidad de la detención por faltas, algunos autores mantienen que no puede extenderseles la vulneración de las garantías constitucionales o legales²⁰, por lo que habría que reconducir éstas al art. 167 CP (ya que no media «causa por delito») aun cuando fuera procedente la detención por falta. Otro sector, por el contrario, sostiene que el tratamiento en estos casos debería ser exactamente el mismo que el otorgado a la detención por delito, pues lo contrario supone una consecuencia totalmente insatisfactoria (la detención ilegal formal en delitos por vía del art. 530 y la misma en faltas por vía del art. 167, con la consiguiente y

¹⁸ BOLEA BARDÓN, C., / ROBLES PLANAS, R., «La tipicidad de las detenciones ilegales policiales», InDret, núm. 381, 2006, pp. 6-7. En el mismo sentido, TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», op. cit., p. 1570.

¹⁹ CLIMENT DURÁN, C., *Detenciones...*, op. cit., p. 83.

²⁰ DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J., en *Compendio de Derecho penal, Parte Especial*, Vol. II, (Dir. M. BAJO FERNÁNDEZ), Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 1998, p. 53; CLIMENT DURÁN, C., *Detenciones...*, op. cit., pp. 83 y ss.

notable diferencia punitiva)²¹. A juicio de estos últimos, por tanto, la posibilidad, aunque excepcional, otorgada por la legislación procesal al policía de detener al autor de una falta hace que deba interpretarse el término *delito* en sentido amplio, como *infracción penal*.

Por último, el tipo alude a **la «violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales»**. Se trata de una norma penal en blanco (o precepto penal de naturaleza incompleta), lo que significa que debemos remitirnos a otras normas extrapenales, a través de las cuales se determinarán el ámbito y la extensión del supuesto de hecho, esto es, los casos señalados por la Ley justificativos de la detención así como los requisitos a los que la misma ha de sujetarse, reglas contenidas particularmente en los artículos 489 y siguientes y 520 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim). Expresamente se hace mención de los plazos, es decir, hasta las 72 horas como máximo o «el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos»²² (con las excepciones admitidas legalmente para supuestos de terrorismo y para las declaraciones de estado de excepción o de sitio) que tienen los funcionarios de policía para comunicar la detención y poner los detenidos a disposición judicial, así como el plazo de 72 horas para el juez para que acuerde libertad o prisión (art. 499, en relación con el art. 497, ambos de la LECrim).

En cuanto a las otras garantías constitucionales o legales, vienen definidas en el art. 520 LECrim, hallándose, entre otras, el derecho a la asistencia médica, el derecho a intérprete o el derecho a la comunicación de la detención a los familiares o persona que el detenido desee o a la oficina consular (vid. epígrafe *La violación de las garantías constitucionales y legales del artículo 537 y su relación con el artículo 530 CP*).

²¹ ALONSO PÉREZ, F., *Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el nuevo Código penal*, La Ley - Actualidad, Madrid, 1997, p. 102; QUINTANAR DÍEZ, M., en COBO DEL ROSAL, M (Coord.), *Comentarios al Código penal*, Tomo VI, Edersa, Madrid, 2002, pp. 6-7.

²² Muy significativa la STS de 8 de febrero de 1994. Según BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones*, MacGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 1996, p. 428, «el tiempo mínimo imprescindible para practicar la identificación se ha de reducir al que duren los siguientes trámites: el traslado a las dependencias policiales, la toma y comprobación de datos al detenido y, en caso de incapaces o extranjeros, lo que se tarde en practicar las actuaciones necesarias para obtener algún dato que permita la identificación (toma de huellas dactilares, comunicación con embajadas extranjeras, etc.)».

En lo que respecta al **tipo subjetivo**, es importante destacar, pese a resultar una obviedad, la necesidad de que el dolo abarque todos los elementos del tipo, tanto descriptivos como normativos, suscitándose problemas de distinción entre error de tipo y error de prohibición (a los que inmediatamente nos referiremos) cuando el desconocimiento se refiera a los elementos normativos²³. La jurisprudencia se ha referido en ocasiones a la presencia de un elemento subjetivo del injusto (o *elemento subjetivo interno culpabilísimo*), constituido por la «conciencia plena, absoluta y segura que tiene el funcionario público de que la detención que ordena o realiza es ilegal»²⁴. Compartimos la opinión de que lo que la jurisprudencia ha planteado como una cuestión de ausencia del denominado «dolo específico» no es otra cosa que una problemática a resolver de acuerdo con las reglas del error de tipo²⁵. De esta forma, la violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales constituye un elemento del hecho típico que debe ser abarcado por el dolo, sin más. En definitiva, si el error versa sobre hechos o circunstancias fácticas constitutivas de la infracción penal (ej. tiempo transcurrido desde la detención), el error será considerado de tipo, mientras que si el error versa sobre la ilicitud de tales hechos, el error será de prohibición.

El art. 532, por su parte, tipifica la realización imprudente cuando ésta sea grave (pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 6 meses a 2 años), lo que no sucede en el resto de delitos contra las garantías constitucionales cometidos por funcionarios públicos en los que sólo es punible la forma dolosa, a excepción del delito de incomunicación ilegal del art. 531 CP²⁶.

En el art. 532 se subsumirán los casos de **error de tipo**, conforme al art. 14.1 CP, cuando éste sea vencible o evitable, esto es, que el funcionario podría haber evitado

²³ Basta con el dolo eventual, señala TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», op. cit., p. 1570.

²⁴ SSTs de 19 de febrero de 1993 y de 7 de octubre 1994. En la primera de ellas se afirma que «En el delito del art. 184 CP late la idea de una actuación abusiva por parte del funcionario infractor, con consciente extralimitación de poder. [...] Se resalta doctrinal y jurisprudencialmente la necesidad en el autor de una actitud subjetiva de abuso secundando al dolo, dolo específico de este delito constituido por la conciencia plena, absoluta y segura que tiene el agente funcionario público de que la detención que ordena o realiza es ilegal, es decir que el acto es antijurídico en su inicio, realización y ejecución».

²⁵ TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», op. cit., p. 1570.

²⁶ Con la anterior regulación, la doctrina coincidía mayoritariamente en la dificultad de que este delito pudiera tener naturaleza culposa, según señala la STS de 7 de octubre de 1994.

la conducta delictiva si hubiera puesto el cuidado necesario²⁷ (ej.: cuando ha existido una confusión evitable sobre la persona del detenido, o cuando el policía practica una detención creyendo ver un delito flagrante de tráfico de drogas en quien recibe dinero a cambio de un objeto que confunde con una papalina de droga). No obstante, hay que percatarse de un detalle importante, cual es que el rebajamiento punitivo previsto en el art. 14.3 para el error de prohibición vencible (pena inferior en uno o dos grados) supone en cualquier caso una penalidad superior a la establecida en el caso de imprudencia grave para el error de tipo vencible²⁸. Por el contrario, si el error fuera invencible, versare sobre las circunstancias fácticas o sobre su valoración jurídica, no surge responsabilidad penal, de acuerdo con los arts. 14. 1 y 3 CP.

En lo concerniente al **bien jurídico protegido**, éste se concreta en el sistema de garantías constitucionales relativas a la libertad individual, proclamado en el art. 17.1 CE. A su vez, se complementa con otras garantías que igualmente gozan de protección jurídico-penal (arts. 17.2, 3 y 4 CE), tales como la duración máxima de la prisión preventiva, el derecho de información del detenido y el derecho de asistencia de abogado, o el derecho de *habeas corpus*. Además, en relación con las detenciones realizadas al margen de los supuestos legalmente previstos (arts. 167 CP, y 530 cuando media causa por delito), la jurisprudencia ha considerado que el bien jurídico protegido «radica en la libertad de movimientos como límite del poder y el estatuto de esa libertad en la relación Estado-ciudadano», como se detalla, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1993 (en la que se hace referencia, no obstante y lógicamente, al artículo 184 del preterido CP).

En síntesis, observamos cómo el legislador ha pretendido, básicamente, sancionar el hecho de que no se hayan respetado las exigencias legal-procedimentales en torno a la detención cuando hay base legal o razón material para practicarla. Así, la doctrina lo ha entendido como un delito en el que «no se actúa como particular, sino como autoridad o funcionario que se excede en el ejercicio de su competencia. No prescinde de ésta, no actúa fuera completamente de la misma, es más, no atenta

²⁷ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., «Delitos contra la constitución: delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales», *EGUZKILORE - Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 14, 2000, p. 116.

²⁸ TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», op. cit., p. 1570.

directamente contra la libertad, sino más bien contra las garantías de la misma»²⁹. Hállese aquí probablemente la razón de la mayor benignidad en cuanto a la pena respecto de la detención que sí atenta de modo frontal, pleno y directo a la libertad del ciudadano, representada en los arts. 163 y ss. (la denominada detención materialmente ilegal, y que veremos a continuación). La protección que otorga el art. 530 CP se vincula a que la afectación a estos derechos fundamentales se realice respetando las formalidades establecidas en las leyes, castigándose el exceso en las facultades del funcionario público, pues es ineludible que la restricción de la libertad ambulatoria sólo está plenamente justificada cuando se ha practicado con absoluto y pleno respeto a las exigencias legales.

Finalmente, sin tal vez pretenderlo, el legislador ha permitido que las detenciones ilegales *ab initio*, cuando medie causa por delito, también se entiendan integradas en el precepto objeto de análisis, o al menos ello es lo que la mayoría de la doctrina científica y jurisprudencial, como veremos, ha considerado.

4. El artículo 530 CP, y las diferencias con el artículo 167 CP. Las retenciones y el «cacheo».

Resulta conveniente resaltar los elementos más singulares y exclusivos del art. 530 para poderlo diferenciar de otros delitos semejantes, como el del art. 167 CP con el que mantiene disimilitudes sutiles, difíciles de marcar y de inevitable revisión crítica³⁰.

En primer lugar, en el art. 167 se articula la detención por autoridad o funcionario directamente ilegal, ya sea por razones particulares o no pero en todo caso con abuso de su cargo, fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito. No es un artículo sencillo de entender, pero principalmente debe destacarse la necesidad de que se produzca un **abuso de poder o la extralimitación en sus funciones** por parte de quien está destinado a ejercer una función pública. De hecho, las penas tan altas (en su mitad superior las penas previstas para las detenciones por

²⁹ CARBONELL MATEU, J. C., / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Comentario al artículo 530», en *Comentarios al Código Penal de 1995* (Coord. VIVES ANTÓN, T.S.), Vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 862.

³⁰ TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», op. cit., p. 1567.

particulares del art. 163, más inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años) suponen una agravación por razón de la cualidad y del abuso de su función o cargo llevado a cabo por el funcionario, siendo el delito, por lo demás, una detención ilegal común igual que la que pueda cometer un particular. Se trata, como ya avancé en los antecedentes, de un delito especial impropio, en su modalidad agravatoria. En definitiva, pues, el art. 167 CP será aplicable ante detenciones absolutamente arbitrarias y en las que la condición de funcionario del agente que actúa en virtud de una competencia de hecho origine una pluriofensividad.

Por el contrario, en el art. 530, *a priori*, hace referencia a la **detención materialmente legal, en la que media causa por delito, pero existen, sin embargo, defectos de forma**. Cuándo una detención es legal nos vendrá determinado por la LECrim, fundamentalmente en su art. 492, ya que, como dije, el precepto es una norma penal en blanco. En éste se contienen los casos en los que existe la obligación impuesta a la autoridad de detener³¹. De este modo, si se acomete una detención fundándola en alguno de dichos casos, la misma será legal *ab initio*. Lo que se castigaría en el art. 530 CP, por consiguiente, es la vulneración de las garantías constitucionales o legales imperiosas en la detención. Pero, además, también se incluyen en dicho precepto, según muchos autores, y como ya he dicho, las detenciones materialmente ilegales, es decir, sin causa legal para ello, cuando medie causa por delito, en tanto que es requisito imprescindible para la aplicación del art. 167 CP que no medie causa por delito. Por ello, se adivina por muchos la dualidad típica del art. 530 CP³².

De otra parte, existen las detenciones administrativas de carácter temporal, las denominadas «**retenciones**». Éstas suponen una limitación de la libertad ambulatoria, si bien menos grave que la que supone una detención en sentido estricto, principalmente por su temporalidad. Las mismas no se encuentran fundamentadas en la LECrim, sino

³¹ 1º) a cualquiera que se hallara en alguno de los casos del art. 490 (momento de cometer un delito in fraganti, al fugado de la cárcel o establecimiento penal donde estuviere cumpliendo condena o pendiente de causa, y al declarado en rebeldía); 2º al que estuviere procesado por delito que tuviere asignada en el Código pena superior a la de prisión correccional (esto es, delito con pena superior a cinco años) o inferior a ella, si sus antecedentes o de las circunstancias del hecho hicieran presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial (a no ser que prestare en el acto fianza bastante a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, si ello presumiese su eventual comparecencia); 3º al que todavía no está procesado, si la autoridad tiene motivos racionalmente bastantes para creer que se ha cometido un hecho delictivo y que la persona que intenta detener tuvo participación en él.

³² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., «Delitos contra...» op. cit., p. 119. En el mismo sentido, TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», op. cit., p. 1568.

en el artículo 20.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (en adelante, LOPSC). Ríos de tinta siguieron a la aprobación del precepto. Se debatía si el mismo era o no constitucional. Se zanjó la polémica, medianamente, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de noviembre de 1993, en la que estimó constitucional la norma. Desde entonces, las «retenciones» no pueden estimarse ilegales cuando sirvan para identificar a una persona que ha cometido un ilícito administrativo o sean necesarias para impedir que la misma cometa un delito o falta (a), en las dependencias próximas y que cuentan con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación (b), a estos solos efectos (c) y por el tiempo imprescindible³³. De tal modo que, si se cumplen todos estos requisitos, no serán de aplicación los arts. 167 y 530 CP, en tanto las «retenciones» son legales. El art. 20.2 LOPSC es un precepto de gran importancia, por cuanto dio cobertura legal a actuaciones indispensables en el trabajo policial como la retención para identificación, que antes carecía de ella³⁴.

Cuestión distinta será el que posteriormente se infrinjan algunas de las garantías de protección del privado temporalmente de libertad. La STC dejó claro que no son aplicables en bloque los derechos que proceden al detenido (en concreto, el TC sostiene que los mismos «hallan su razón de ser en el supuesto de la detención preventiva, por lo que no se adecuan enteramente a un supuesto de privación de libertad como el que consideramos»), y que así como la ausencia de la garantía informativa (derecho a ser informado de modo inmediato y comprensible de las razones de tal requerimiento) sí es punible, conforme al art 537 CP, no lo serán otras como el recordatorio del derecho a no declarar o del derecho de asistencia obligatoria de abogado, pues afirma que ninguna de ellas «son indispensables para la verificación de una de las diligencias de identificación que, vale reiterar, no permiten interrogatorio alguno que vaya más allá de la obtención de los datos personales a los que se refiere el artículo 9.3 de la LOPSC».

Sin embargo, el problema más grave que puede plantearse en este ámbito es el de que puede haber *retenciones* en las que no «medie causa por delito», por lo que no sería aplicable el art. 530, sino, como hemos dicho, el art. 537 CP en la medida en que en éste no se requiere tal exigencia. Ahora bien, el art. 537 delimita las garantías

³³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 868

³⁴ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., «Delitos contra...» op. cit., p. 119.

constitucionales o legales protegidas, por lo que se da un vacío legal, con la consiguiente atipicidad, en la vulneración de garantías protegidas sólo por el art. 530 en casos de «retenciones» (véase epígrafe siguiente, en *las detenciones especiales*).

Finalmente, haremos mención del «**cacheo**». Son legales a pesar de que se requiere de la inmovilización del ciudadano durante un cierto tiempo (STS 23 de diciembre de 1994). En todo caso, debe haber un mínimo de fundamento, basado sobre todo en la «sospecha» racionalmente fundada de comisión de algún delito, ya que de lo contrario podrían derivarse abusos y otras limitaciones intolerables punibles por el art. 530 CP. Por tanto, dentro de ese margen de apreciación que se le concede al funcionario a la hora de privar de libertad a un ciudadano, deberá actuar siempre racionalmente dentro de los casos permitidos por las leyes. Si no fuera así, su actuación será antijurídica y será aplicable el art. 167 CP.

5. Las detenciones improcedentes o desproporcionadas y las detenciones especiales o gubernativas

Las detenciones improcedentes son aquellas en las que hay causa por delito (entendida como infracción penal), pero en las que la privación se ha realizado fuera de los supuestos permitidos por la ley (principalmente, arts. 492 y 495 LECrim). Es decir, si el presunto autor de una falta tiene domicilio acreditado o ha prestado fianza, o el procesado por delito con pena inferior a la prisión correccional ha prestado fianza bastante para presumir racionalmente que comparecerá cuando sea llamado por la autoridad judicial, la detención no es considerada procedente, por no ser proporcional al fin de la norma, por lo que de darse, ésta devendrá desproporcionada. Ahora bien, ¿dónde la subsumimos? Lo cierto es que no se sabe si aplicar el art. 167 o el art. 530 CP. El primero de ellos quedaría descartado por cuanto si bien su tipo penal exige que se dé fuera de los casos permitidos por las leyes, también exige que no medie causa por delito. También el segundo sería *a priori* inaplicable ya que la detención ha sido materialmente ilegal, en tanto no existe cobertura normativa alguna. Así, ¿cuál correspondería aplicar?

En este punto la doctrina sigue igualmente dividida. No obstante, la mayoría entiende que el art. 167 CP debe reservarse a los atentados directos contra la libertad, es decir, supuestos en los que existe un verdadero abuso de poder, y en los que la detención resulta totalmente arbitraria. La solución se halla en las razones por las que el funcionario decide adoptar la medida de detención. Si fuera por pura arbitrariedad y existe una clara situación de abuso de poder deberá ser aplicado el art. 167, mientras que si tal funcionario lo hace en pro a su actuación al servicio o interés público será de aplicación el art. 530³⁵. Estos últimos supuestos estarían muy ligados a errores por parte de los policías en la apreciación de los hechos o en la calificación de los mismos (error sobre los elementos normativos del tipo, que si es vencible será de aplicación el art. 532 CP). Entre otros, son muy frecuentes los casos de agentes que detienen por un hecho constitutivo de falta al apreciarlo como presunto delito, la denominada detención putativa³⁶.

No obstante lo dicho anteriormente, también es cierto que una buena parte de la doctrina se inclina por subsumir *de facto* las detenciones improcedentes en el art. 530 CP³⁷, razonando principalmente que por la literalidad de tal precepto no se exige que la detención se deba haber realizado conforme a algún supuesto legal, siendo el único requisito el que medie causa por delito. Ello confirmaría la dualidad típica del artículo 530 CP, el cual castigaría la privación de libertad ilegal realizada en el curso de una investigación criminal, siendo ilegal bien por no realizarse en un supuesto previsto en la ley, o bien por incumplir alguno de sus requisitos o de las garantías constitucionales o legales imperiosas en la detención.

Por lo que respecta a **las detenciones especiales o gubernativas**, si las detenciones improcedentes eran aquellas en las que mediaba causa por delito pero la detención se había producido fuera de los supuestos permitidos por la ley, las detenciones especiales son aquellas en las que se da la situación inversa, es decir, aquellas en la que no media causa por delito, pero sí están permitidas por la Ley. Ahora

³⁵ Ahora bien, hay que recordar que para quienes entienden *delito* en sentido estricto del art. 530, en los casos de detenciones improcedentes por faltas lo aplicable es el art. 167, y no el 530 CP, aun cuando el agente no se prevaleciera o abusara de su función o cargo, y lo hiciera por interés y con sujeción a la función y servicio públicos.

³⁶ SSTs de 19 de febrero de 1993 y de 21 de enero de 2005.

³⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...*, op. cit., pp. 867-868, matizando que «Estas disposiciones [arts. 492 y 495 LECrim] son lo suficientemente amplias como para dar la máxima discrecionalidad a la autoridad o funcionario público, pero la detención no podrá ser nunca arbitraria ni inmotivada».

bien, no nos referimos, como anteriormente hemos hecho, a los artículos de la LECrim, sino a otros situados en otros textos normativos o cuerpos legales. Son las llamadas detenciones especiales o gubernativas, y, entre otras, hallamos la detención de extranjeros para su expulsión del territorio nacional, la detención por internamiento urgente de un enfermo psíquico por razón de necesidad, o la detención por internamiento o aislamiento de personas sospechosas de ser portadoras de enfermedades contagiosas, supuestos todos ellos previstos respectivamente en la Ley de extranjería, Código Civil y Ley General de Sanidad.

Si bien algunos autores discuten sobre la constitucionalidad de estas detenciones, el Tribunal Constitucional ha declarado que algunas de ellas no son contrarias a nuestra Carta Magna señalando que existen otros supuestos legales de detención al margen de los previstos en la LECrim (Sentencias del Tribunal Constitucional de 18 de noviembre de 1993, mencionada anteriormente en cuanto declaraba constitucionales las *retenciones*, y de 17 de enero de 1994).

Por lo que respecta a su tipicidad, de nuevo nos encontramos con la problemática de que son inaplicables, aparentemente, los arts. 167 y 530 CP, el primero porque la detención especial sí está prevista en las Leyes, y el segundo porque no media causa por delito. Así, hay que dar de nuevo con una solución al problema, pero en esta ocasión no podemos fijarnos en la actitud o la intención con la que el funcionario o autoridad actúa deteniendo a la persona. Entonces, para un sector de la doctrina deben ser aplicables los arts. 530 y ss. CP, más por razones materiales al entender que las irregularidades en el procedimiento o en la forma en que se practican dichas detenciones deben tener el mismo tratamiento que la infracción de las garantías cuando se practica una detención al mediar causa por delito³⁸.

Tal postura, sin embargo, no convence a muchos por entenderla contraria al principio de legalidad³⁹. Las alternativas pueden ser varias, como acudir al art. 167 (puesto en relación con el art. 163, tipo básico y común de los delitos de detenciones

³⁸ Según ALONSO PÉREZ, F., *Detenciones...*, op. cit., pp. 337-338, la infracción de las garantías en las detenciones especiales debería quedar amparada por el art. 530 «puesto que no existe diferencia alguna entre la conducta del funcionario, sea la detención por delito o por otras causas». También BOLEA BARDÓN, C., / ROBLES PLANAS, R., «La tipicidad...», op. cit., p. 14.

³⁹ Entre otros, BOLEA BARDÓN, C., / ROBLES PLANAS, R., «La tipicidad...», op. cit., p. 13.

ilegales), o, en su caso, a otros preceptos del CP (por ejemplo, al artículo 172 -delito de coacciones- o al 620 -falta de coacciones-)⁴⁰, o, finalmente, la simple atipicidad⁴¹.

La primera de aquellas alternativas será válida y aplicable en los casos en que se prolongue el tiempo de privación de libertad más allá del estrictamente necesario de forma totalmente injustificada, ya que ello provocaría la desaparición del fundamento legal en que se basó el funcionario para practicar la detención, transformándose en una detención ilegal material⁴².

Ahora bien, puede que la ausencia de alguna de las formalidades en el proceder de la detención con fines identificativos no llegue a suponer que la misma se encuentra *fuera de los casos permitidos por las leyes*, es decir, que la misma sería legal materialmente, aunque ilegal formalmente. Y suponiendo también que no es subsumible esta irregularidad en la falta o el delito de coacciones. Pues bien, en estos casos lo más que se puede hacer es resignarse y asumir la atipicidad de tales conductas, aunque para muchos autores ello suponga un claro vacío legal incomprensible y necesitado de inmediata corrección⁴³.

Otros autores, intentado salvar de la atipicidad a este tipo de conductas, han afirmado que sería punible en los supuestos del art. 537 (detención ilegal por vulnerar el

⁴⁰ CLIMENT DURÁN, C., *Detenciones...*, op. cit., pp. 298 y ss., señala en sede de detención para identificación en dependencias policiales que «cuando practicada esta detención se vulnera alguna de las garantías detentivas [...], no se incurrirá en el delito de detención ilegal formal de los artículos 530 o 531 del CP, porque en tal caso no media causa por delito». En principio, habría que considerar tales casos como atípicos, salvo cuando cesada la razón justificativa de la detención, el detenido prosiguiera indebidamente en las dependencias policiales, en cuyo caso se transformará la detención en ilegal del art. 167 CP. En p. 308, en sede de detención para la expulsión de extranjeros del territorio nacional, «cualquier acto por el que se impida que el extranjero detenido goce de cualquiera de las garantías detentivas podrá constituir un delito o una falta de coacciones [...]». Mismo sentido en pp. 365 y 368 en sedes de internamiento forzoso y urgente por razón de necesidad de enfermos psíquicos, y de enfermos contagiosos. Compartiendo opinión, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., «Delitos contra...» op. cit., p. 120.

⁴¹ Así, CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Comentario...», op. cit., 1996, p. 864

⁴² Opina MONTAÑÉS PARDO, M. A., «Algunas consideraciones sobre la Ley de Seguridad Ciudadana a la luz de la Jurisprudencia Constitucional», *Estudios de Jurisprudencia* en Revista Colex, núm. 8, 1993, p. 80, que «una eventual prolongación abusiva de la permanencia en las diligencias policiales a los solos fines identificatorios no estará nunca amparada por las previsiones del citado precepto [art. 530 CP] y, en consecuencia, la privación de libertad bien puede calificarse de ilegal».

⁴³ Entre otros, BOLEA BARDÓN, C., / ROBLES PLANAS, R., «La tipicidad...», op. cit., p. 14, quienes proponen «de *lege ferenda*, la eliminación de la expresión “mediando causa por delito” del art. 530 CP».

derecho a la información inmediata de las razones de detención o el derecho a la asistencia letrada) pues allí no se exige que medie causa por delito⁴⁴.

6. La violación de las garantías constitucionales y legales del artículo 537 y su relación con el artículo 530 CP.

Tal vez, y sólo tal vez, el presente trabajo debería haberse centrado en la figura del 537 CP, y ello porque parece que este precepto abarca la mayoría de las garantías constitucionales y legales que pueden ser violadas a quien ha sido detenido o puesto preso⁴⁵. Podría entenderse, por ende y a pesar de la parca habilidad del legislador, que el art. 537 CP prevalece sobre el 530 por una **relación de especialidad**. Aquél se convertiría en una figura específica, o en un supuesto particular de detención ilegal, en el que son objeto de protección el derecho a la asistencia de abogado y el derecho de información por el detenido de los derechos de que dispone y de las razones de la detención. En lo que respecta al primero de estos derechos, se encuentra regulado en los arts. 520.2.c), 520.4, 5 y 6, 520 bis. 2, 527 (para casos de incomunicación) y 788 LECrim, y en el ámbito penitenciario en el art. 51.2 de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria. En cuanto a la segunda de dichas garantías, regulada en el art. 520.2 LECrim, comprende la información de los hechos que se le imputan y de los derechos que le asisten, en particular a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, a designar abogado y solicitar su presencia, a comunicar la detención a determinadas personas, a ser asistido por un intérprete de tratarse de extranjeros y a ser reconocido por un médico forense.

Así pues, si la vulneración de estas garantías específicas se produjere tras una detención materialmente legal, es decir, habiendo causa legal para ello, sería de aplicación éste y no el art. 530. Muy acertadas son las siguientes palabras de TAMARIT SUMALLA: «La presencia del artículo 537 reduce el ámbito de aplicación del presente

⁴⁴ PORTILLA CONTRERAS, G., «Delitos contra la Constitución (V). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas» en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte Especial*, II, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 774 y ss.

⁴⁵ El art. 537 CP reza lo siguiente: «La autoridad o funcionario público que impida u obstaculice el derecho a la asistencia de abogado al detenido o preso, procure o favorezca la renuncia del mismo a dicha asistencia o no le informe de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención, será castigado con la pena de multa de cuatro a 10 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años».

tipo casi exclusivamente a las violaciones de los plazos, lo cual de hecho minimiza las diferencias con sus antecedentes de los artículos 184 y siguientes»⁴⁶. Ciertamente, aquellas dos garantías cubren la gran mayoría de las garantías constitucionales y legales que se mencionan en el art. 530, por lo que es evidente que éste prácticamente aparece como tipo residual, comprendiendo sólo la violación de los plazos en las detenciones por funcionario público mediando causa por delito.

En cualquier caso, contextualicemos la situación. El art. 537 CP es un delito autónomo, no previsto en los anteriores Códigos Penales dado que en ningún momento se contempló específicamente la violación de los derechos del detenido por parte de los funcionarios, si bien la novedad es relativa por cuanto la jurisprudencia había subsumido en la mayoría de ocasiones estas infracciones en el antiguo artículo 184 como causa que convertía la detención en ilegal⁴⁷⁴⁸. Mediante la nueva regulación ya no existirán divergencias jurisprudenciales, lo que garantiza la condena por las infracciones de dichas garantías cuando no eran subsumidas en aquél precepto⁴⁹. En cuanto a la autoridad o funcionario público como sujetos activos, no existen diferencias respecto de lo dicho para el art. 530, y en cuanto a las conductas típicas son tres: impedir u obstaculizar el derecho a la asistencia de abogado (si se hace mediante violencia o intimidación, u amenazas, procederá el pertinente concurso de delitos⁵⁰), procurar o favorecer la renuncia de dicha asistencia⁵¹, y, en tercer lugar, no informar de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de la detención (reproducción literal de lo dispuesto en el art. 17.3 CE y 520.2 LECrim). De otra parte, del tenor literal se desprende que las dos primeras conductas pueden afectar tanto al detenido como al preso, mientras que la tercera sólo al preso. En definitiva, pues, parece que el legislador ha pretendido extender la garantía prevista en el art. 17.3 CE a todas las personas privadas de libertad, incluyendo a las que se encuentran en

⁴⁶ TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», op. cit., p. 1569.

⁴⁷ Entre otras, de forma muy clara lo expone la STS de 25 de septiembre de 1993.

⁴⁸ La doctrina española, por el contrario, se encontraba dividida, pues algunos autores entendían que la violación de las garantías de la detención debía tipificarse en el art. 184, en tanto que otros defendían su inclusión en el art. 194 (impedir a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por las leyes). Según recoge ALONSO PÉREZ, F., *Detenciones...*, op. cit., pp. 335 a 337, a favor de la primera tesis, VIVES ANTÓN, T.S., o PORTILLA CONTRERAS, G. En cambio, a favor de considerar aplicable el art. 194 CP, MAGALDI PATERNOSTRO, M.T., y QUERALT, J. J.

⁴⁹ Como en la STS de 7 de febrero de 1994, la cual demuestra una tendencia vacilante en este campo.

⁵⁰ TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», op. cit., p. 1599.

⁵¹ La asistencia de abogado es un derecho irrenunciable conforme al art. 520 LECrim, siendo la única excepción el art. 520.5 para en caso de detenciones por delitos relacionados con la seguridad del tráfico.

prisión, ya sea preventiva o provisional, aunque en estos casos «sólo en la medida en que tales personas puedan ser objeto de diligencias de investigación en el ámbito penitenciario por hechos cometidos en la prisión [...]»⁵².

Podría sorprender *a priori* la diferencia de la pena entre uno y otro precepto, porque mientras que el art. 537 CP sanciona la infracción de aquellas dos garantías con pena de multa de cuatro a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años, en el art. 530 CP desaparece la pena de multa y se duplica la de inhabilitación por tiempo de cuatro a ocho años. Hay quién achaca esta disociación al mero hecho de que aquél es un supuesto específico de la detención ilegal del art. 530, careciendo de otra explicación⁵³. Otros, sin embargo, son más críticos y expresan su más que comprensible desconcierto, entre algunos, TAMARIT SUMARALLA, quien alude certeramente a que «el desafortunado criterio seguido por el legislador en la fijación de las consecuencias jurídicas en uno y otro tipo hace que resulte imposible determinar si la norma especial describe en realidad un tipo cualificado o privilegiado». Es decir, si atendemos a las penas asignadas no es posible conocer la relación entre ambos tipos. Ello no obstante, entiende dicho autor que «puede resultar beneficiosa dada la actitud contraria manifestada en ocasiones por la jurisprudencia a considerar como ilegal una detención por la sola infracción de la garantía de instruir al detenido de sus derechos constitucionales»⁵⁴.

Por otra parte, para el caso de que se produjere la vulneración de las garantías protegidas en el art. 537 conjuntamente con la violación de plazos u otras garantías constitucionales o legales distintas de aquellas (art. 530), se produciría un concurso de delitos entre ambos tipos, siendo de aplicación el art. 77 CP⁵⁵.

Finalmente, otro punto importante a tener presente es que el art. 537 no exige que medie causa por delito, a diferencia del otro tipo. Ello supone, aún más si cabe, una mayor extensión de este tipo frente al 530, en cuanto a la posible incardinación en él de la vulneración de las garantías de asistencia letrada y de información en el marco de las

⁵² TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», op. cit., p. 1599.

⁵³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., «Delitos contra...» op. cit., p. 122

⁵⁴ TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», op. cit., p. 1599.

⁵⁵ TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», op. cit., p. 1569.

detenciones especiales, como afirman determinados autores y como ya decíamos con anterioridad en el correspondiente epígrafe de las detenciones especiales.

7. Conclusiones

Con la exposición del presente tema, espero, aun someramente, haber destacado los elementos más característicos, y los problemas que su interpretación plantea, de las detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público. Tras su lectura, se constata en primer lugar el aparente acierto del legislador de 1995 al tipificar autónomamente el delito de detenciones ilegales. Sin embargo, el perfeccionamiento del delito con respecto al integrado en el Código Penal de 1973, no completa éste, por cuanto se han observado ciertas imprecisiones, como en los términos «causa» y «delito», interferencias entre los artículos 530 y 537 CP, o incluso un vacío legal en cuanto a la vulneración de las garantías constitucionales o legales en el marco de una detención especial o gubernativa.

Las razones anteriores nos llevan a considerar la necesidad bien de fortalecer las garantías fundamentales que protegen a los ciudadanos frente a los abusos cometidos por aquellos sujetos investidos de un poder público, bien de modificar la figura penal para conseguir completar definitivamente el delito y preservar efectivamente y en todo momento aquellas garantías. Hemos advertido al respecto las divergencias, tanto entre la doctrina jurisprudencial como entre la científica, a la hora de encontrar soluciones a los problemas dogmáticos. No obstante, de igual trascendencia resulta la otra cara de la moneda, esto es, la necesaria legitimidad que debe atribuirse a los funcionarios policiales en aras del *ius puniendi*.

“Nada en exceso, todo en su justa medida”, afirmaba Aristóteles. Así, el propósito principal debe ser encontrar una fórmula que, disponiendo de la mayor seguridad jurídica, permita, por un lado, la encomienda a los agentes de la autoridad de detener en los supuestos en que resulte necesario objetivamente, y por otro, permita la efectiva garantía de la libertad, ambulatoria en el presente caso, de los ciudadanos.

Nos hemos referido al aparente acierto del legislador en la reforma de este delito, contenida en el CP de 1995. Sin embargo, se plantea la posibilidad por algunos autores⁵⁶ de que sea necesaria una única regulación para todos los delitos de detención ilegal funcional. En ella sólo devendría relevante la constancia de que con la detención ilegal se ha vulnerado un derecho fundamental, medie o no causa por delito. De este modo parece hallarse regulado en algunas legislaciones de nuestro entorno cultural, como en la alemana (§ 239 StGB) o en la portuguesa (art. 158 CP), en las que sólo existe un tipo penal referido a las detenciones por particulares, aunque en el caso luso haya una pena agravada para los funcionarios públicos.

No obstante, tal vez sea preferible mantener un delito de detención ilegal para cuando la misma se haya realizado por particulares, y otro distinto para cuando sean los funcionarios públicos quienes la hayan practicado en el ejercicio de sus funciones. También otras legislaciones lo han considerado de esta forma, como el *Codice penale* italiano (arts. 605 y 606) o *le nouveau code penal* francés (arts. 432.4 y 5). En cualquier caso, para el estudio más profundo de estas alternativas será preciso realizar una nueva investigación o acudir a otras ya hechas, dado que es imposible asumir tal carga en el presente trabajo.

En síntesis, se alaba el esfuerzo del legislador por intentar perfeccionar el delito de detenciones ilegales, pero la tarea no puede concluir aquí. Teniendo en cuenta todos los escenarios posibles, ha de estudiarse profundamente la posibilidad de configurar un tipo legal menos complejo que el actual. Si, por el contrario, se opta por mantener la misma estructura, entonces habrá que modificar los elementos más dilemáticos, constatados los problemas dogmáticos aparecidos tras la nueva configuración del tipo penal. En cualquier caso, se hace recomendable una reforma clara, comprensible y concluyente sobre las detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público.

⁵⁶ PIMENTEL, Z., «La detención ilegal cometida por funcionario público», en CIRCUNSTANCIAS - *Revista de ciencias sociales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, Núm. 16, 2008, «III. Hipótesis».

8. Bibliografía

ALONSO PÉREZ, F., *Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el nuevo Código penal*, La Ley - Actualidad, Madrid, 1997.

BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones*, MacGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 1996.

BOLEA BARDÓN, C., / ROBLES PLANAS, R., «La tipicidad de las detenciones ilegales policiales», *InDret*, núm. 381, 2006.

CARBONELL MATEU, J. C., / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Comentario al artículo 530», en *Comentarios al Código Penal de 1995* (Coord. VIVES ANTÓN, T.S.), Vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

CLIMENT DURÁN, C., *Detenciones ilegales policiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

CLIMENT DURÁN, C., *Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

COLINA OQUENDO, P., «Comentario al art. 163 CP», en *Código Penal. Comentado y con jurisprudencia* (Coord. RODRÍGUEZ RAMOS, L.), 2ª Edición, La Ley, Madrid, 1997.

DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J., en *Compendio de Derecho penal, Parte Especial*, Vol. II, (Dir. M. BAJO FERNÁNDEZ), Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 1998.

MONTAÑÉS PARDO, M. A., «Algunas consideraciones sobre la Ley de Seguridad Ciudadana a la luz de la Jurisprudencia Constitucional», *Estudios de Jurisprudencia* en *Revista Colex*, núm. 8, 1993.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

PIMENTEL, Z., «La detención ilegal cometida por funcionario público», en CIRCUNSTANCIAS - *Revista de ciencias sociales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, Núm. 16, 2008.

PORTILLA CONTRERAS, G., «Delitos contra la Constitución (V). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas» en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte Especial*, II, Marcial Pons, Madrid, 1997.

QUINTANAR DÍEZ, M., en COBO DEL ROSAL, M (Coord.), *Comentarios al Código penal*, Tomo VI, Edersa, Madrid, 2002.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., «Delitos contra la constitución: delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales», EGUZKILORE - *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 14, 2000.

TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario al artículo 530», en *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo II (Dir. QUINTERO OLIVARES, G.), 6ª Edición, Aranzadi, Navarra, 2011.