

# La tipicidad de las detenciones ilegales policiales

Revisión crítica de la aplicación jurisprudencial de los arts. 167 y 530 del Código Penal

**Carolina Bolea Bardon**

Universitat de Barcelona

**Ricardo Robles Planas**

Universitat Pompeu Fabra

381

## *Abstract*

*Es difícil encontrar en el Código penal español una regulación tan deficiente y confusa de una serie de conductas delictivas tan relevantes para el funcionamiento del Estado de Derecho como es la relativa a las detenciones ilegales cometidas por funcionario público que se prevé en los arts. 167 y 530. Lejos de hallar criterios jurisprudenciales satisfactorios que reconduzcan, en la medida de lo posible, la situación se advierte que el caos se ha instalado en buena medida en las resoluciones de los tribunales. En este trabajo se describe la situación y se propone una revisión general de los criterios interpretativos de los tipos en cuestión con el fin de dotarlos de mayor coherencia y certeza en su aplicación.*

## *Sumario*

1. Consideraciones generales
2. La delimitación entre los arts. 167 y 530 CP
  - 2.1 Problemas
  - 2.2 ¿Requiere la expresión “causa por delito” que se haya iniciado el procedimiento penal?
  - 2.3 ¿La expresión “mediando causa por delito” incluye las faltas?
  - 2.4 La zona gris: las detenciones ilegales mediando causa por delito o falta pero fuera de los casos permitidos por la ley ¿art. 167 o art. 530 CP?
  - 2.5 Las vacilaciones del Tribunal Supremo: tres casos
  - 2.6 Revisión crítica de los pronunciamientos (a la vez: orientación sobre la correcta detención policial)
  - 2.7 La cuestión de la vulneración de las garantías en las “detenciones especiales”
  - 2.8 Síntesis
3. La remisión del art. 167 CP a los supuestos del art. 163 CP
  - 3.1 Trascendencia de la remisión
  - 3.2 La naturaleza de los supuestos del art. 163 CP
  - 3.3 La comisión de los supuestos del art. 163 por funcionarios públicos
  - 3.4 Síntesis
4. Corolario
5. Tabla de sentencias
6. Bibliografía

## 1. Consideraciones generales

En el Capítulo I, Título VI del Libro II del Código penal (arts. 163 y ss.) se recogen una serie de delitos que atentan contra la libertad de la persona ("*Delitos contra la libertad*"). Son los tipos comunes de detenciones ilegales, que se convierten en tipos cualificados cuando el sujeto activo es funcionario público (art. 167 en relación con los arts. 163 y ss.). Sin embargo, frente a la actuación de un funcionario, la libertad también es objeto de protección en la sección 1ª, capítulo V, Título XXI en los arts. 530 y ss. ("*Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la libertad individual*"). El tenor literal de los preceptos en cuestión es el siguiente:

"Art. 167. La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años".

"Art. 530. La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años".

El Código Penal de 1995 elimina el privilegio que se daba en la regulación anterior a los funcionarios públicos por los atentados contra la libertad, estableciendo ahora que las detenciones, al igual que las entradas y registros en el domicilio, practicadas por autoridad o funcionario público no justificadas (ilegales *ab initio*) se traten como formas agravadas de los correspondientes delitos comunes. En la regulación anterior dichas actuaciones venían siendo tratadas como delitos especiales injustificadamente atenuados. Las diferencias de penas entre los delitos cometidos por funcionarios y los correspondientes delitos comunes eran sustanciales. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclinó por realizar una interpretación correctiva de aquella regulación. Interpretaba que el art. 184 CP73 (detenciones ilegales de funcionario) debía aplicarse en supuestos en los que, existiendo un comienzo correcto de la detención, el funcionario se excedía con posterioridad en los límites de sus facultades. Se consideraba que en estos casos, junto a la protección de la libertad ambulatoria se pretendía proteger la tutela judicial efectiva.

Véase la STS, 2ª, 18.02.1997 (Ar. 1131; MP: Francisco Soto Nieto): "...el campo de aplicación más frecuente del artículo 184 del CP viene representado por el supuesto de comienzo correcto de su actuación por el Agente policial, en aras de llevar a efecto una detención, excediéndose luego de los límites de sus facultades. Su obrar es legítimo, ajustado a Derecho, en el inicio de su proceder, pero los actos subsiguientes y realizativos, o al menos alguno de ellos, de adecuada y especial significación, tienen de ilegalidad el tramo de ejecución de la propuesta privación de libertad".

Cuando la detención hubiera comenzado sin ningún tipo de cobertura legal, al margen de cualquier justificación, la conducta debía calificarse de acuerdo con el tipo base de detenciones ilegales (art. 480 CP73).

En este sentido, la STS, 2ª, 18.02.1997 (Ar. 1131) añade que “cuando la detención nace o surge teñida de ilegalidad, por razones ajenas al servicio e interés público, por motivaciones exclusivamente privadas, la actuación sale o escapa del marco competencial del agente y queda sometida al artículo 480 de dicho Texto legal, pues no puede acogerse a la tipificación -injustificadamente privilegiada- del artículo 184 quien dimite de su condición de funcionario público al poner las facultades que la ley le concede al servicio de intereses meramente particulares”.

Pues bien, pese a que en este punto la regulación actual de los delitos contra la libertad individual cometidos por funcionarios públicos es mucho más acertada que la anterior<sup>1</sup>, lo cierto es que da lugar, cuando menos, a dos grandes problemas aplicativos. Por un lado, la delimitación de aquellas detenciones ilegales policiales que deben subsumirse en el art. 167 de aquellas otras que deben encajarse en el art. 530 (*infra* 2). Por otro, la remisión que emplea el art. 167 a los artículos que castigan las privaciones de libertad cometidas por particulares (art. 163) genera importantes dificultades para encajar en aquellas figuras las diversas situaciones de detenciones ilegales llevadas a cabo por funcionarios públicos (*infra* 3).

## 2. La delimitación entre los arts. 167 y 530 CP

La razón de la penalidad más benigna prevista en el art. 530 parecería hallarse, *prima facie*, en el hecho de que en la situación contemplada en este precepto el ataque al derecho fundamental es menos directo, produciéndose como consecuencia de no respetar las exigencias legales que rodean la detención cuando hay razón material para practicarla. En este sentido, se ha afirmado en referencia al art. 530 CP, que en este delito “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 directamente contra la libertad, sino más bien contra las garantías de la misma”<sup>2</sup>. En la misma línea podría afirmarse que el bien jurídico que se protege en el Capítulo I, Título VI es la libertad, mientras que el bien jurídico protegido en el Capítulo V, Título XXI se vincula al derecho a que la afectación de ciertos derechos fundamentales como la libertad, intimidad, inviolabilidad de domicilio se realice respetando las formalidades establecidas en las leyes (“garantías constitucionales y legales”). De este modo, el exceso en las facultades que se otorgan a los funcionarios públicos con relación a estos derechos sería lo que determinaría la aplicación de estos últimos delitos, pues la restricción de la libertad ambulatoria sólo queda plenamente justificada cuando se practica con escrupuloso respeto a las exigencias legales. Con todo, y pese a que estas consideraciones parecen inspirar la regulación del Código penal, la concreta redacción dada a los arts. 167 y 530 plantea importantes problemas interpretativos y de delimitación<sup>3</sup>.

Antes de abordar algunos de estos problemas conviene referir que tanto en los Tratados internacionales ratificados por España como en la propia Constitución española se parte de un *concepto amplio* de detención ilegal, esto es, no se limita a los casos de detención no prevista en la

<sup>1</sup> DEL ROSAL BLASCO, 2000, p. 973.

<sup>2</sup> CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, 1996, p. 862.

<sup>3</sup> Destaca también MUÑOZ CONDE, 2002, p. 179, las dificultades a la hora de diferenciar entre los distintos supuestos de detención cometida por autoridad o funcionario.

ley (ilegítima *ab initio*), sino que abarca también la detención que vulnera el procedimiento legalmente establecido (infracción de las garantías que rodean la detención)<sup>4</sup>.

## 2.1 Problemas

En una primera aproximación a lo establecido en los arts. 167 y 530 observamos que ambos preceptos describen situaciones en las que la autoridad o funcionario público priva de libertad a un particular. La prevista en el art. 167 se refiere a actuaciones realizadas por la autoridad o funcionario en el ejercicio de sus funciones públicas, pero sin ninguna cobertura legal, sin razón que legitime dicha actuación, abusando por tanto de su condición de funcionario público. Por su parte el art. 530 describe actuaciones realizadas por el funcionario en el ejercicio de sus funciones públicas, con cobertura legal, pero con infracción de las garantías constitucionales. En efecto, el art. 167 parte de la doble exigencia de que la detención se realice “fuera de los casos permitidos por la Ley” y “sin mediar causa por delito”. En cambio, el art. 530 requiere únicamente que la privación ilegal de libertad se practique “mediando causa por delito”. Al margen de ambas descripciones quedan los supuestos de privación de libertad en que el funcionario actúa como particular, sin que su actuación tenga nada que ver con el ejercicio de sus funciones. En este último caso son de aplicación directa los arts. 163 y ss., esto es, los preceptos que sancionan las detenciones ilegales y secuestros cometidos por particulares (sin la agravación prevista en el art. 167).

Por lo demás, debe resaltarse que las diferencias de pena que se establecen entre los arts. 167 y 530 CP son relevantes. La pena prevista en el art. 167 es de prisión en la mayoría de casos y además, la inhabilitación absoluta de 8 a 12 años. En cambio, en el art. 530, únicamente se prevé inhabilitación especial de 4 a 8 años.

Según lo afirmado, la diferencia básica entre el art. 167 y el 530 parece girar en torno a la existencia o no de “causa por delito”<sup>5</sup>. La expresión “mediando causa por delito” como presupuesto para la aplicación del art. 530 y como razón de la exclusión del art. 167 plantea dos problemas: el primero, relacionado con el alcance que se debe dar al término “causa” (*infra b*); y, el segundo, referido a si el término delito debe entenderse en sentido amplio o estricto (*infra c*). Este requisito legal, que condiciona la aplicación del art. 530, provoca, además, dificultades a la hora de subsumir en él las detenciones con violación de garantías en el contexto de las detenciones legalmente previstas en las que no media causa por delito ni falta (las denominadas “detenciones especiales”) –*infra g*–.

Por otro lado, la expresión “fuera de los casos permitidos por la ley” prevista en el art. 167 (más amplia que la anterior) también genera dificultades a la hora de decidir la calificación jurídica de ciertas detenciones ilegales, concretamente, los casos en que la detención se practica en el curso de una investigación, pero fuera de los supuestos permitidos por la ley (*infra d*).

---

<sup>4</sup> Véase, CLIMENT DURÁN, 1998, pp. 71 y ss.

<sup>5</sup> Según JORGE BARREIRO, 1997, p. 482, con la expresión mediando causa por delito “se incorpora un criterio formalista de distinción entre los artículos 167 y 530 del CP, de difícil concreción y que complica la comprensión del alcance de los preceptos mencionados”. Para este autor (p. 483), el criterio de distinción debería estar basado en la finalidad (pública o privada) que informa el comportamiento de la autoridad o funcionario público”.

## 2.2 ¿Requiere la expresión “causa por delito” que se haya iniciado el procedimiento penal?

Para un sector de la doctrina, la exigencia de “causa por delito” implica que debe existir un procedimiento judicial en curso, no bastando con unas diligencias de investigación policial<sup>6</sup>. Sin embargo, esta interpretación no es coherente con la regulación establecida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>7</sup> (en adelante LECr.) de los presupuestos que legitiman la detención por parte de Autoridad o agente de la policía judicial. En efecto, el art. 492 LECr. obliga 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, supuestos en los que, precisamente, no existe procedimiento judicial abierto. Siguiendo la opinión de otro sector de la doctrina, debe entenderse que no es necesario que se haya incoado un procedimiento judicial para afirmar que media causa por delito. Por tanto, basta con que hayan indicios racionales de criminalidad. Además de los supuestos de detención previstos en el art. 492 LECr., también tienen la consideración de causa por delito todas aquellas actuaciones policiales que se llevan a cabo antes de la intervención del juez instructor encaminadas a descubrir al autor del delito, recoger los efectos, instrumentos y pruebas del mismo y demás diligencias de prevención establecidas en la LECr<sup>8</sup>.

## 2.3 ¿La expresión “mediando causa por delito” incluye las faltas?

En relación con la segunda cuestión, la discusión se centra en si el término delito debe interpretarse en sentido amplio (incluyendo las faltas) o en sentido estricto. La consecuencia directa de una interpretación que excluya las faltas (infracción penal que no requiere detención a menos que la persona «no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle» –art. 495 LECr.–) es que cualquier irregularidad que se cometa en una detención por falta deberá ser reconducida al art. 167 CP. Incluso en los supuestos excepcionales en los que sea procedente detener por falta, la infracción de alguna de las garantías que rodean la detención quedaría excluida del art. 530, lo que supone una consecuencia totalmente insatisfactoria, pues el tratamiento de estos casos debería ser exactamente el mismo al

---

<sup>6</sup> Así, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, 1998, p. 53.

<sup>7</sup> Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

<sup>8</sup> En este sentido, véase, CLIMENT DURÁN, 1998, pp. 82 y s. Según este autor, p. 83, “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”. Y añade (p. 84), que “la causa por delito ha de estar específicamente dirigida contra la persona que es objeto de una detención ilegal”, de modo que “si en el seno de una causa criminal ya existente, por estar dirigida contra otras personas, se considera erróneamente por la policía que una persona hasta entonces no imputada tiene responsabilidad en la misma y se procede a su indebida detención, será aplicable el art. 167, toda vez que contra ella no mediaba causa por delito”. Respecto a esto último, en el mismo sentido, STS, 2ª, 29.09.2003 (Ar 7436; MP: Diego Ramos Gancedo). Para JORGE BARREIRO, 1997, p. 482, interpretar “mediando causa por delito” en el sentido de requerir que exista un procedimiento judicial abierto “nos llevaría a consecuencias absurdas: por un lado, las detenciones practicadas por el funcionario fuera de los casos permitidos por la ley, con fines privados y prevaliéndose del cargo, cuando ya estuviera abierto un procedimiento, no podrían castigarse conforme al artículo 167 (habrá que acudir al tipo común de detenciones ilegales con la agravante 7.ª del art. 22); y, por otra parte, si el procedimiento penal no estuviera abierto y el funcionario cometiere irregularidades en la fase procesal en cuanto a los plazos o demás garantías constitucionales o legales, no podría operar el art. 530 ni sería posible condenar al funcionario por tales hechos”.

otorgado a la detención por delito. Además debe tenerse en cuenta que también existen supuestos de delito en los que no procede detener (art. 492 LECr.<sup>9</sup>). Y las consecuencias de una detención ilegal en estos casos de detención (improcedente) por delito debe equiparse a los supuestos de detención (improcedente) por falta. En contra, pues, de lo que opina un sector de la doctrina, consideramos que la posibilidad que otorga la legislación procesal al policía de detener al autor de una falta (aunque sea en casos excepcionales) obliga a interpretar el término delito en sentido amplio, como infracción penal<sup>10</sup>. Más relevante que la distinción entre falta o delito en este ámbito es, como a continuación veremos, la cuestión de la procedencia o improcedencia de la detención conforme a la legislación procesal.

#### 2.4 La zona gris: las detenciones ilegales mediando causa por delito o falta pero fuera de los casos permitidos por la ley ¿art. 167 o art. 530 CP?

La tercera cuestión planteada es la relativa a si procede aplicar el art. 167 CP a las detenciones ilegales policiales practicadas en el curso de una investigación, esto es, mediando causa por infracción penal, pero fuera de los supuestos permitidos por la ley. Cuando la detención se acuerda por delitos menos graves o por faltas en los casos en que, según la legislación procesal, no es precisa la adopción de la medida cautelar examinada, entramos en una zona gris, en la que no está claro si debe acudirse al art. 167 o al art. 530 CP. La detención por la comisión de una falta, habiendo acreditado el sujeto domicilio conocido o prestado fianza suficiente, o por un delito menos grave, sin que haya riesgo de fuga, no es considerada por el ordenamiento jurídico como una medida adecuada a la gravedad del hecho, sino que se entiende como desproporcionada (vid. arts. 492 y 495 LECr.). Pero la conducta del policía consistente en adoptar dicha medida, cuando no era procedente, no puede ser considerada, sin más, subsumible en el art. 167 CP. A ello se opone no sólo el tenor literal del precepto, que además de requerir que la detención se practique “fuera de los casos permitidos por la ley” añade la exigencia de que no medie causa por delito, sino sobre todo el hecho de que la detención *motivada por* la comisión de una infracción penal se aleja considerablemente de las actuaciones totalmente arbitrarias, de puro

<sup>9</sup> Cuya redacción, no obstante, dista mucho de ser clara: «La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener:

1. A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490.
2. Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional.
3. Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial. 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 le llame el Juez o Tribunal competente.
4. Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurran las dos circunstancias siguientes:
  1. Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.
  2. Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.»

<sup>10</sup> De otra opinión, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, 1998, p. 53; CLIMENT DURÁN, 1998, pp. 83 y s., afirmando que “precisamente esta posibilidad excepcional de detener al presunto autor de una falta, determina que el concepto de delito sea estricto y no pueda ser ampliado a las faltas”. A favor, en cambio, de interpretar “causa por delito” en el sentido de infracción penal genérica que abarca las faltas, ALONSO PÉREZ, 1997, p. 102; QUINTANAR DÍEZ, 2002, p. 70.

abuso de poder propias del art. 167 CP<sup>11</sup>. La expresión “sin mediar causa por delito” a la que se vincula la detención en el art. 167 debe interpretarse, pues, como detención *no motivada por* la comisión de una infracción penal. De la propia ubicación sistemática del art. 167 CP cabe deducir que este precepto debe reservarse para los atentados directos contra la libertad individual, conductas que, pudiendo realizar el particular, cuando son llevadas a cabo por el funcionario, devienen más graves por cometerlas prevaleciéndose de su cargo<sup>12</sup>. Esta es la razón material de la agravación de la pena que establece el precepto.

Sentado lo anterior, nos aproximamos a un criterio delimitador entre el art. 167 y el art. 530 que nos proporciona una solución distintiva acorde con la *ratio* de ambos preceptos para estos casos de detención improcedente. En concreto, habrá que preguntarse por las razones por las que el funcionario decide adoptar la medida en cuestión. Si las razones que llevan al agente a practicar la detención responden a la pura arbitrariedad y muestran una clara situación de abuso de poder por parte del funcionario será aplicable el art. 167 CP. En cambio, si la detención por falta o delito menos grave, cuando tal medida es improcedente sigue manifestando una actuación al servicio e interés público, a menudo vinculada a algún tipo de error en la apreciación de los hechos o en la calificación de los mismos, entonces lo correcto será acudir al art. 530 CP<sup>13</sup>. Esta solución evita caer en el automatismo de calificar toda detención por falta o por delito menos grave improcedente como detención ilegal del art. 167<sup>14</sup>.

## 2.5 Las vacilaciones del Tribunal Supremo: tres casos

*Aparentemente*, la jurisprudencia del Tribunal Supremo revela cierta seguridad y claridad en el establecimiento de los límites entre la conducta típica descrita en el art. 167 y la del 530 CP.

Tal como recoge la STS, 2ª, 29.09.2003, (Ar. 7436; MP: Diego Antonio Ramos Gancedo): “tiene declarado esta Sala que el ámbito típico del delito sancionado en el artículo 530 del Código Penal se refiere a supuestos de ilícitas privaciones de libertad cometidas por Autoridades o funcionarios, por razón de la inobservancia de las garantías legales y constitucionales que condicionan el modo de practicarse y no de las que delimitan la procedencia de su adopción. En efecto, mientras que la detención ilegal por falta

<sup>11</sup> Tal como señala, JORGE BARREIRO, 1997, p. 483, en el art. 167 se trata de “supuestos en los que la detención surge ya viciada de ilegalidad, como sería cuando la autoridad o funcionario público acuerda la detención por razones ajenas al servicio e interés público, es decir, por motivaciones exclusivamente privadas. Para tales casos, en los que la autoridad o funcionario público actúa como un particular pero prevaleciéndose de su condición, está pensado el tipo agravado del artículo 167”.

<sup>12</sup> Acoge este mismo planteamiento, en relación a los delitos menos graves, CLIMENT DURÁN, 1998, pp. 78, 85, 114 y ss. No obstante, cuando se trata de faltas, al interpretar la expresión “mediando causa por delito” en sentido estricto, aplica directamente el art. 167, excluyendo toda posibilidad de acudir al art. 530 CP.

<sup>13</sup> En realidad, los supuestos de detención por falta frecuentemente serán casos de error en los que el agente se equivoca al apreciar el hecho como presunto delito (detención putativa), véase la STS, 2ª, 21.01.2005 (Ar 1002; MP: Enrique Bacigalupo Zapater). Si, en cambio, sabiendo que los hechos no pueden dar lugar más que a una falta, el policía cree que por faltas se puede detener (error, por otro lado, difícil de admitir tratándose de miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad), estaríamos ante un error de permisión.

<sup>14</sup> Solución que no pueden acoger quienes defienden una interpretación restrictiva del término delito. Vid., entre otros, REBOLLO VARGAS, 2004, pp. 194 y 195, quien propone acudir al art. 167 para sancionar la detención ilegal por faltas, “siempre que éstas tuvieren lugar sin ajustarse a los requisitos contemplados en el art. 495 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. Sorprendentemente, al analizar el art. 530 afirma este autor (2004, p. 2478) que la expresión “mediando causa por delito” debe ser interpretada en sentido amplio “dado que en ella tienen encaje detenciones por la comisión de infracciones administrativas”.



de causa legítima que la justifique pertenece al tipo penal del artículo 167, referido así a las privaciones de libertad irregulares en el fondo, la del artículo 530 exige que medie causa por delito, estando su ilicitud determinada por el hecho de incumplirse las garantías institucionales de carácter constitucional y legal”.

Sin embargo, examinando algunas de las sentencias de los últimos años observamos que en la práctica no le resulta fácil a nuestro alto tribunal decidir qué tipo de detención ilegal realiza el funcionario público. Basta comparar los hechos descritos en las SSTs, 2ª, 29.06.2004 (Ar. 6422 MP: Jose Antonio Martín Pallín); 21.01.2005 (Ar. 1002 MP: Enrique Bacigalupo Zapater); 30.04.2003 (Ar. 4235 MP: Andrés Martínez Arrieta) y la respectiva calificación jurídica de los mismos para obtener una idea del problema que se plantea. En los dos primeros casos se trata de una detención considerada ilegal porque el hecho que la motiva no puede, a juicio del tribunal que juzga cada caso, ser constitutivo más que de una falta. No obstante, mientras en la STS, 2ª, 29.06.2004 (Ar. 6422) se condena aplicando el art. 530, en la STS, 2ª, 21.01.2005 (Ar. 1002) el Tribunal Supremo acude al art. 167 para sancionar la conducta del agente de policía que realiza la detención. En el último caso STS, 2ª, 30.04.2003 (Ar. 4235) el Tribunal Supremo niega cualquier atentado contra la libertad individual cometido por funcionarios públicos, con lo que curiosamente ni siquiera entra en juego el art. 530, pese a que los hechos que motivaron la detención fueron posteriormente enjuiciados en un procedimiento de faltas y el detenido, que permaneció en comisaría más de 48 horas, tenía domicilio conocido. Veamos, con mayor detenimiento los tres supuestos y las diferentes consideraciones del alto tribunal.

a) En la STS, 2ª, 29.06.2004 (Ar 6422), se confirma la SAP Sevilla, Penal Secc. 4ª, 31.03.2003 (Ar 413; MP: Margarita Barros Sansinforiano), en la que se condena como autor de una detención ilegal prevista en el art. 530 CP al policía local que, ante la sustracción de una gorra de un vehículo oficial en la feria de abril de Sevilla, identifica al que la había cogido y acuerda trasladar al mismo a las dependencias policiales en contra de su voluntad, pese a estar suficientemente identificado, habiendo cometido un hecho constitutivo de falta. En el FJ 4º de la sentencia dictada por la Audiencia, se afirma que “en la disyuntiva acerca de si el tipo aplicable al caso debe ser el previsto en el art. 530 del CP o bien el del art. 167, -siempre en relación con el subtipo atenuado del art. 163.4º del CP, previsto para los supuestos del que aprehendiere ilegítimamente a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad-, el Tribunal opta por el tipo del art. 530 del CP, por ser más beneficioso al inculpado al castigar el hecho con una pena de inhabilitación, no absoluta, sino especial para empleo o cargo público y de duración sensiblemente inferior a la prevista en el art. 167 del CP. (...) debiendo realizar una interpretación amplia de la expresión “mediando causa por delito” que debe entenderse en el sentido amplio de por causa o en forma preordenada o abocada a un proceso penal”. El Tribunal Supremo considera correctamente aplicado el art. 530 CP, pese a admitir que “la detención se realizó fuera de la legalidad y con la única pretensión de hacer valer, abusivamente, la autoridad de que estaba investido. Todo ello para reprimir una conducta que, en ningún caso, dadas sus características, podría ser considerada como delito” (FJ 3º).

b) En la STS, 2ª, 21.01.2005 (Ar. 1002), se califica la conducta del policía que ordena la detención de quien, según el atestado, podría ser culpable exclusivamente de una falta de daños, como

detención ilegal del art. 167 CP, puesto en relación con el nº 4 del art. 163 y con el art. 14.3 CP. El TS estima, así, el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada por la AP Madrid, Secc. 5ª, 20.02.2003 (Ar 26; MP: Francisco Javier Vieira Morante) que condenó al policía como autor de un delito contra la libertad individual cometido por imprudencia grave en aplicación del art. 532 CP. Según el FJ 1º de la STS “la solución dada al caso no es acertada, dado que la valoración paralela que, como lego en derecho, debía realizar el acusado, era extremadamente simple, pues tenía una manifestación meramente cuantitativa: se trataba de la comprobación del valor del daño a través de los documentos que existían en el atestado, concretamente, de la estimación en dinero del daño que la propia denunciante proporcionó en la denuncia. Con la sola lectura de la denuncia el acusado, por lo tanto, pudo saber que el hecho no era constitutivo de delito. Por consiguiente, no cabe duda que supo que el hecho instruido en el atestado tenía un valor inferior a las 50.000 ptas. y, en este sentido, que el dolo alcanzó completamente a todos los elementos del tipo del art. 167 CP, inclusive el elemento normativo: supo que el daño no alcanzaba a 50.000 ptas. Para el dolo no se requiere más (...). El error, por tal razón, sólo pudo recaer sobre la antijuridicidad del hecho típico y debió ser considerado de acuerdo a las reglas del art. 14.3 CP. Desde esta perspectiva es evidente que se trata de un error de prohibición evitable, dado que el acusado actuaba en un ámbito en el que debía cerciorarse de las facultades que le acuerda la Ley en relación con los derechos fundamentales de una persona. En otras palabras: ateniéndonos a las manifestaciones de la Audiencia expuestas en la sentencia, es evidente que se debieron aplicar los arts. 167 (en relación con el art. 163.4 CP) y 14.3 CP”.

c) Finalmente, en la STS, 2ª, 30.04.2003 (Ar. 4235), se estima parcialmente el recurso interpuesto contra la SAP Barcelona, Secc. 7ª, 28.06.2001, que condenó a los acusados como autores de un delito contra la libertad individual cometido por funcionario público del art. 530 CP y a uno de los acusados como autor de una falta de lesiones. El Tribunal Supremo absuelve del delito contra la libertad individual tanto al funcionario de policía que, como víctima de lo que luego sería enjuiciado como una falta de lesiones, procede a la detención del agresor, como al instructor que acuerda la detención y mantiene al detenido desde las 19.30 horas del 24.3.1997 hasta la mañana del 27.3.1997, fecha en que es puesto a disposición judicial. Se mantiene la condena del primer agente de policía por una falta de lesiones. Sorprende el fallo absolutorio de esta sentencia por cuanto consta como probado: «1. que el policía que practica la detención de quien le había propinado unos golpes en la cara, tras un incidente leve de circulación y desconociendo su condición, ordena a la patrulla de su mismo cuerpo (CNP) que traslade al detenido “a la Comisaría en la que prestaba sus servicios, la de Horta, pese a haber ocurrido los hechos en lugar muy próximo a la Comisaría de Vía Layetana”; 2. que “sobre las 19.30 horas del mismo día la patrulla presentó al Sr. Gerardo en esa primera Comisaría mencionada, siendo instructor de las diligencias policiales abiertas a raíz de estos hechos el otro acusado, Braulio”; 3. que una vez acordada su detención en comisaría, el policía que practicó la detención se desplazó expresamente a la misma y, “hallándose el Sr. Gerardo sentado en un despacho de la misma, le propinó una patada en la parrilla costal derecha, causándole una contusión en la zona, de la que sanó en catorce días requiriendo una sola asistencia médica para ello, sin imposibilidad para llevar a cabo su trabajo habitual, añadiendo que le iba a arruinar la vida y a pegarle dos tiros. Ese mismo día, tras lo narrado, el acusado Juan Francisco bajó a los calabozos en los que se hallaba el

Sr. Gerardo preguntándole cómo se encontraba, y diciéndole que iba a estar allí tres días”; 4. que “en el tiempo que permaneció detenido, y pese a conocer el instructor que el Sr. Gerardo tenía domicilio conocido, y carecía de antecedentes penales se le mantuvo detenido en la citada Comisaría, circunstancia que desde el primer momento el acusado Juan Francisco convino con el otro acusado, no practicándose en ese tiempo otra diligencia con cierto contenido que la propia declaración del detenido, pasadas más de 42 horas de efectuarse la detención”; 5. que “el Sr. Gerardo fue puesto a disposición judicial la mañana del día 27.3.1997, acordándose entonces por el órgano jurisdiccional su inmediata puesta en libertad». El Tribunal Supremo parte de que la detención que realizó en la vía pública el funcionario de policía era ajustada a derecho. Y considera que “las posteriores actuaciones que inciden sobre la forma en que se desarrolló la detención no le competen, pues el ordenamiento procesal y orgánico responsabiliza y atribuye la posición de garante sobre la persona del detenido al funcionario policial a quien se encomienda el detenido que se convierte en responsable de su realización conforme a derecho de modo y manera que sólo este funcionario es quien puede realizar la acción típica del delito del art. 530 del Código penal respecto a los detenidos bajo su custodia”. En cuanto a la conducta del instructor que acordó la detención en comisaría, niega el Tribunal Supremo que la detención se prolongara, como afirma la Audiencia, “indebidamente más allá de lo imprescindible sin llegar a practicarse diligencia relevante a la investigación de los hechos”. Examinando el atestado, llega el alto Tribunal a la sorprendente conclusión de que ni siquiera es aplicable el art. 530 en relación con la duración de la detención, pues “comprobamos que desde la fecha y hora de la detención, a las 19.30 horas del día 24.3.1997, hasta su puesta a disposición judicial en la mañana del 27 siguiente, teniendo en cuenta las disposiciones organizativas para la entrega en el Juzgado de guardia, el tiempo y las diligencias practicadas, declaraciones del perjudicado, sanidades, declaración del imputado, reconocimientos médicos e indagaciones sobre testigos del hecho denunciado no revela una prolongación indebida del tiempo de la detención que sólo procedería si existiera una efectiva connivencia en la prolongación de la detención, situación no explicitada en la sentencia impugnada y, consecuentemente, no acreditada por lo que procede estimar la impugnación formalizada”.

## **2.6 Revisión crítica de los pronunciamientos (a la vez: orientación sobre la correcta detención policial)**

A la vista de estos pronunciamientos, lo primero que debemos preguntarnos es si los tres casos forman parte de esa zona gris a la que aludíamos anteriormente en la que no queda claro si debe acudir al art. 167 o al art. 530 CP, esto es, en los supuestos en los que la detención se acuerda por delitos menos graves o por faltas cuando, según la legislación procesal, no es precisa la adopción de dicha medida cautelar. De entrada, en los tres casos se plantea una detención por falta, de manera que el paso siguiente es determinar la necesidad de adoptar la medida en cuestión. Lo decisivo en este punto es valorar si ante las circunstancias del caso concreto y desde una perspectiva *ex ante*, aparecía como procedente practicar la detención por parte del agente de policía<sup>15</sup>. De los hechos relatados en las dos primeras sentencias resulta bastante evidente que la

---

<sup>15</sup> Tal como establece la STS, 2ª, 12.07.2005, (Ar. 6818; P: Diego Antonio Ramos Gancedo) en su FJ. 4º: “En los supuestos de intervención policial que concluye con la detención de una persona, el examen de la racionalidad de

práctica de la detención no aparecía *ex ante* como una medida adecuada a las circunstancias del caso (detención improcedente). En la STS, 2ª, 29.06.2004 (Ar. 6422), el hecho que motiva la detención (la sustracción de una gorra de un vehículo oficial) no es constitutivo más que de una falta y su autor se halla suficientemente identificado. En la STS, 2ª, 21.01.2005 (Ar. 1002) se acuerda la detención de quien, según el atestado, sólo podía ser culpable de una falta de daños, pese a haberse personado voluntariamente en comisaría y a estar perfectamente identificado. En cambio, en la STS, 2ª, 30.04.2003 (Ar. 4235), no queda claro que la práctica de la detención no fuese procedente. Más bien parece que la agresión inicial que sufre el policía en la vía pública puede justificar la adopción de la medida. El que posteriormente esa agresión no pase de ser calificada como falta de lesiones no obsta a considerar necesaria *ex ante* la medida. Las circunstancias del momento pueden aconsejar practicar la detención para acabar de esclarecer los hechos en comisaría. Téngase en cuenta que el policía, que se encontraba fuera de servicio, discutió con una persona a causa de un incidente en la circulación. Y en el transcurso de la discusión el policía impide al motorista que circulara, razón por la que éste le propina varios golpes en la cara. Otra cuestión distinta es determinar si, una vez presentado en las dependencias policiales, el instructor del atestado policial debía proceder o no a acordar la detención y, sobre todo, si era necesario mantener privado de libertad al detenido todo el tiempo que duró la detención. Atendiendo a los hechos que motivaron la detención –que determinaron un procedimiento por faltas– y al tiempo que se tuvo privado de libertad al detenido –casi tres días teniendo domicilio conocido– debemos concluir que la actuación del instructor fue improcedente.

Una vez establecida la no procedencia de la medida, hay que preguntarse por las razones que llevaron al agente a practicar la detención en cada caso para calificarla o bien como ilegal *ab initio* o bien como vulneradora de garantías constitucionales. De los hechos declarados probados en la primera sentencia (STS, 2ª, 29.06.2004, Ar. 6422) deducimos que las razones que llevan al agente a practicar la detención se hallan desvinculadas de la infracción inicial cometida por el detenido, responden a la pura arbitrariedad y muestran una clara situación de abuso de poder. Por consiguiente, la decisión de condenar al agente de policía aplicando el art. 530 CP no es correcta y no resulta coherente con la argumentación del Tribunal Supremo cuando afirma (FJ 3º) que “lo cierto es que en este caso la detención se realizó fuera de la legalidad y con la única pretensión de hacer valer, abusivamente, la autoridad de que estaba investido. Todo ello para reprimir una conducta que, en ningún caso, dadas sus características, podría ser considerada como delito”. Correcto hubiera sido en este caso estimar aplicable el art. 167 CP. Respecto a las otras dos sentencias (STS, 2ª, 21.01.2005, Ar. 1002 y STS, 2ª, 30.04.2003, Ar. 4235) entendemos que no es posible afirmar que las razones que llevan al policía a acordar la detención son absolutamente privadas, ya que manifiestan una actuación en interés público. Ni responden a la pura arbitrariedad, ni muestran una situación de abuso de poder. Por ello hay que considerar que la actuación de los acusados, aunque incorrecta, no puede incardinarse en el art. 167, por no tratarse de atentados directos contra la libertad individual. La solución a la que llegaba la Audiencia Provincial en ambos casos (no así la del Tribunal Supremo) es, por tanto, la correcta.

---

la sospecha que justifica la medida debe hacerse ‘*ex ante*’, y no esperar a la confirmación ‘*ex post*’ de los indicios racionales, por lo que es correcto detener con base racional aún cuando posteriormente se determine que el sujeto no ha cometido el ilícito”.

## 2.7 La cuestión de la vulneración de las garantías en las “detenciones especiales”

La expresión utilizada “fuera de los casos permitidos por la Ley” remite a otro cuerpo legal para completar el supuesto de hecho típico del art. 167 CP. Como ya se indicó, ese otro cuerpo legal al que se dirige la remisión normativa es, básicamente, la LECr., pero no únicamente pues existen supuestos especiales de detención como, por ejemplo, la detención con fines de identificación (art. 20.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana<sup>16</sup>), la detención de extranjeros para expulsión del territorio nacional (art. 61 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>17</sup>), el internamiento urgente de un enfermo psíquico por razón de necesidad (art. 211 Cc), el internamiento o aislamiento de personas sospechosas de ser portadoras de enfermedades contagiosas (art. 26.1 Ley 14/1986, de 25 abril, General de Sanidad<sup>18</sup>). La constitucionalidad de estas “detenciones especiales”, a menudo denominadas “detenciones gubernativas”, ha sido muy cuestionada por algunos autores por entender que la posibilidad de detención sólo cabe a partir de una *infracción penal*, de forma que sólo serían admisibles las practicadas por funcionarios según lo establecido en la LECr. En cualquier caso, lo que interesa en este contexto es determinar: 1. si es posible la comisión de un delito de detención ilegal en este ámbito; y 2. si la detención ilegal sólo puede ser reconducida al art. 167 o si puede acudir también al art. 530.

Para un sector de la doctrina, los arts. 530 y ss. también deberían ser aplicables a los supuestos de detenciones especiales<sup>19</sup>. El problema de esta solución es que las detenciones especiales no pueden constituir una detención ilegal en el sentido de los arts. 530 y ss. pues no media causa por delito y la cláusula “mediando causa por delito” prevista en dichos preceptos impide cualquier otra interpretación. Parece que son razones materiales las que llevan a estos autores a querer aplicar los arts. 530 y ss. a los supuestos especiales de detención. Lo que se persigue es que las irregularidades en el procedimiento o en la forma en que se practican dichas detenciones tengan el mismo tratamiento que la infracción de las garantías que rodean la detención por delito (detención en sentido estricto). No obstante, por obligado respeto al principio de legalidad, habrá que buscar otra solución. Las soluciones propuestas para sancionar esas conductas van desde la atipicidad<sup>20</sup> hasta el castigo por detención ilegal del art. 167, sin olvidar la opción planteada por algún autor de acudir a otros preceptos del CP (concretamente, al delito o falta de coacciones)<sup>21</sup>. La aplicación del art. 167 será viable en aquellos casos en que se alargue de forma totalmente injustificada el tiempo de privación de libertad, de modo que desaparezca la causa legal que habilitaba originariamente para practicar la detención. Por ejemplo, en el requerimiento de

---

<sup>16</sup> BOE de 22.2.1002, nº 46.

<sup>17</sup> BOE de 23.12.2000, nº 307 y BOE de 12.1.2000, nº 10, respectivamente.

<sup>18</sup> BOE de 29.4.1986, nº 102.

<sup>19</sup> Así, ALONSO PÉREZ, 1997, p. 51, p. 338, quien admitiendo que queda fuera del art. 530 la infracción de las garantías cuando la detención se haya producido al margen de la LECr., considera que dicha infracción debería quedar amparada dentro de este artículo, “puesto que no existe diferencia alguna entre la conducta del funcionario, sea la detención por delito o por otras causas”; confróntese, también, DEL ROSAL BLASCO, 2002, p. 978.

<sup>20</sup> CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, 1996, p. 864, consideran estos casos de detención como atípicos.

<sup>21</sup> CLIMENT DURÁN, 1998, pp. 298, 308, 309, 365, 368.

acompañamiento para la identificación en comisaría, si el sujeto es mantenido en las dependencias policiales más allá del tiempo mínimo imprescindible para la identificación (y no hay razones para proceder a una detención en sentido estricto por falta de indicios racionales de criminalidad) la privación de libertad se transformará en ilegal y será de aplicación el art. 167 CP<sup>22</sup>. Pero quedarán supuestos que no podrán ser subsumidos en dicho precepto por cuanto la irregularidad en la forma no llegue a cuestionar la existencia de causa legal para proceder a la detención con fines identificativos. Siguiendo con el mismo ejemplo, en el requerimiento de acompañamiento, la ausencia de garantía informativa (esto es, el derecho a ser informado de modo inmediato y comprensible de las razones de tal requerimiento, inexcusable según la STC, Pleno, 18.12.1993, Ar. 341; MP: Fernando García-Mon y González Regueral), no permite hablar de una detención “fuera de los casos permitidos por la Ley”<sup>23</sup>. Tampoco sería aquí posible apreciar un delito de coacciones. La solución que nos queda es afirmar la atipicidad de estas conductas. Solución materialmente insatisfactoria puesto que estas irregularidades formales cometidas por funcionario deberían seguir el mismo tratamiento que los supuestos análogos en que efectivamente media causa por delito. Existe, pues, un claro vacío legal que nos lleva a proponer, *de lege ferenda*, la eliminación de la expresión “mediando causa por delito” del art. 530.

## 2.8 Síntesis

Con la regulación actual de los tipos de detenciones ilegales hay que concluir que el art. 167 (en relación con los arts. 163 y ss.) debe aplicarse para aquellos supuestos de detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos que respondan a la pura arbitrariedad o abuso de poder. Por su parte, el art. 530 debe reservarse a todos aquellos supuestos de detenciones policiales practicadas a partir de la *comisión de una infracción penal* (sea delito o falta) que, sin embargo, no resulten procedentes o presenten alguna irregularidad legal. Por consiguiente, la controvertida expresión “mediando causa por delito” debe entenderse como opuesta a detención *arbitraria* y, más concretamente, como equivalente a *detención motivada por la comisión de una infracción penal*. La actual doctrina del Tribunal Supremo requiere una importante revisión en este punto.

Existe un grave vacío legal para los supuestos de “detenciones especiales” en tanto no es posible predicar de ellos que “media causa por delito”, de manera que quedan fuera del campo de aplicación del art. 530.

---

<sup>22</sup> Según BANACLOCHE PALAO, 1996, p. 428, el tiempo mínimo imprescindible para practicar la identificación se ha 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).

<sup>23</sup> Respecto de las demás garantías previstas en el art. 17. 3 de la Constitución, la STC, Pleno, 18.11.1993, Ar. 341, sostiene que las mismas “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 (...) Ninguna de estas garantías constitucionales -recordatorio del derecho a no declarar y asistencia obligatoria de Abogado- 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 repetido artículo 9.3 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana”.

### 3. La remisión del art. 167 CP a los supuestos del art. 163 CP

#### 3.1 Trascendencia de la remisión

Ya hemos afirmado que las diferencias de pena que se establecen entre los arts. 167 y 530 CP son importantes. Respecto a este último, únicamente se prevé inhabilitación especial de 4 a 8 años, mientras que la pena prevista en el art. 167 a menudo será la de prisión (la misma que la establecida para las detenciones ilegales comunes en su mitad superior) y, además, la inhabilitación absoluta de 8 a 12 años. Ahora debe advertirse que con la técnica de remisión normativa que impone el legislador en el art. 167 CP, la pena varía en función del número del art. 163 al que se entienda que se remite el precepto. En concreto el art. 163 CP se estructura en cuatro apartados, que establecen lo siguiente:

- Art. 163. «1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.
2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado.
3. Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días.
4. El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses».

Así, cuando los tribunales ponen en relación el art. 167 con el 163.4, la pena resultante es una pena intermedia (no de prisión, sino de multa e inhabilitación absoluta) entre la prevista en el 163.1 y la del 530 CP<sup>24</sup>. En cambio, cuando los tribunales ponen en relación el art. 167 con el 163.2, la pena vuelve a ser de prisión<sup>25</sup>. Como es evidente, decidir a qué número del art. 163 se remite el art. 167 en cada caso concreto es una cuestión sumamente importante. Sin embargo, hay que poner de relieve que no es un problema al que la doctrina haya dedicado especial atención. El análisis doctrinal se centra en la figura del particular que realiza alguna de las conductas típicas descritas en los distintos números del art. 163, y cuando se llega al art. 167 lo que preocupa es la delimitación de este precepto con el art. 530. Quienes, en cambio, sí se enfrentan a la pregunta acerca del número del 163 con el que se ha de poner en relación el 167 son los tribunales cuando en el caso concreto tienen que decidir qué tipo de detención ilegal ha llevado a cabo el funcionario.

---

<sup>24</sup> Véase STS, 2ª, 08.04.1999 (Ar. 2775; MP: Carlos Granados Pérez); STS, 2ª, 12.12.2000 (Ar. 10329; MP: Joaquín Martín Canivell); STS, 2ª, 21.01.2005 (Ar. 1002; MP: Enrique Bacigalupo Zapater)

<sup>25</sup> Véase STS, 2ª, 19.07.2000 (Ar. 6225; MP: Jose Antonio Marañón Chávarri); STS, 2ª, 18.12.2002 (Ar. 10775; MP: José Ramón Soriano Soriano); STS, 2ª, 29.09.2003 (Ar. 7436; MP: Antonio Ramos Gancedo); STS, 2ª, 24.03.2004 (Ar. 1600; MP: Enrique Abad Fernández); STS, 2ª, 05.05.2005 (Ar. 5136; MP: Julián Sánchez Melgar); STS, 2ª, 14.04.2005 (Ar. 4391; MP: Andrés Martínez Arrieta).

### 3.2 La naturaleza de los supuestos del art. 163 CP

Cuando el sujeto activo de la detención ilegal es el particular, la doctrina prácticamente unánime entiende que el art. 163.1 es el tipo básico de detenciones ilegales<sup>26</sup>. Los arts. 163.2 y 163.4 vendrían así a recoger dos tipos privilegiados, mientras que en el art. 163.3 se establecería un tipo agravado. Veamos, por este orden, algunos de los problemas que suscita la naturaleza de estos apartados.

Algunos autores entienden que la atenuación prevista en el art. 163.2 responde a razones político criminales<sup>27</sup>. Al respecto, consideran que lo que se pretende con la atenuación es que el autor deje en libertad al detenido lo más pronto posible, exigiéndose que el cese de la situación de privación de libertad responda a un acto voluntario y espontáneo del autor. De ahí, seguramente, que el art. 163.2 sea interpretado por muchos como una modalidad específica de arrepentimiento espontáneo, cuyo precedente vendría a ser el art. 480, párr. 3º CP73 (en la redacción actual se ha eliminado la exigencia de que no haya comenzado el procedimiento)<sup>28</sup>. Sin embargo, el precepto no exige forma alguna de arrepentimiento. En efecto, el art. 163.2 sólo establece dos requisitos objetivos: 1. que sea el propio autor el que deje en libertad al detenido dentro de los tres primeros días de su detención (por tanto, quedarían fuera los supuestos en los que la puesta en libertad se deba a la intervención de la policía) y 2. que no logre el objeto que se había propuesto (más allá de la propia detención)<sup>29</sup>. También se ha interpretado el precepto como un supuesto peculiar de desistimiento que no puede determinar la impunidad del sujeto por tratarse de un delito permanente<sup>30</sup>. El desistimiento iría referido, no a la consumación, sino al agotamiento del delito, en la medida en que no se continúa con la realización de un delito ya consumado<sup>31</sup>. No obstante, si el legislador pensó en privilegiar únicamente al que deja en libertad al detenido antes de 3 días movido por el ánimo de arrepentimiento (respecto a la detención ya consumada) o por desistimiento (respecto a la prolongación de esa detención), habría que preguntarse: ¿qué sucede cuando el autor tiene previsto desde el principio mantener a la víctima privada de libertad por un breve espacio de tiempo (por ejemplo, unas pocas horas)? ¿Acaso no debería aplicarse el tipo privilegiado también en este caso? ¿Es que la detención con previsión inicial de duración de

---

<sup>26</sup> Véase, por todos, MUÑOZ CONDE, 2004, p. 171; RAGUÉS I VALLÈS, 2006, p. 80.

<sup>27</sup> Así, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, 2004, p. 189; REBOLLO VARGAS, 2004, p. 181; QUERALT JIMÉNEZ, 2002, para quien la atenuación de la pena se explica como un “tender la mano al secuestrador con la rebaja de la pena para que la libertad, la integridad y acaso la vida del detenido dejen de correr peligro lo antes posible”.

<sup>28</sup> Así, MUÑOZ CONDE, 2004, p. 174, quien lo considera como “un caso de especial relevancia del arrepentimiento espontáneo, coincidente en esencia con la atenuante 5ª del art. 21”; JORGE BARREIRO, 1997, p. 472; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, 1998, p. 49, para quien “la alteración de la pena se explica por los mismos mecanismos psicológicos de aquella atenuante, aunque los requisitos no coincidan totalmente”; CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 89.

<sup>29</sup> En relación al segundo requisito, como bien apunta DEL ROSAL BLASCO, 2005, pp. 185 y ss., no debemos confundir el objeto de la detención con la condición del delito de secuestro. Siguiendo a la jurisprudencia, advierte que una cosa es el objetivo o propósito que se define en el art. 163.2 y otra muy diferente la condición para ponerla en libertad a que se refiere el art. 164. Mientras que “la condición” se vincula a una actividad externa, ajena al sujeto pasivo del delito, el “objeto propuesto” se mantiene en el ámbito interno de la relación delictiva (mantener la privación de libertad hasta que no se proporcione determinada información), sin trascendencia externa alguna.

<sup>30</sup> Así, QUERALT JIMÉNEZ, 2002, p. 101, advirtiendo que de lo único que se desiste es de continuar el delito.

<sup>31</sup> Así, DÍEZ RIPOLLÉS, 1997, p. 750.



menos de tres días no merece la misma atenuación que la que corresponde al que detiene con intención de prolongar la detención más allá de ese plazo y luego se echa atrás?

El art. 163.4 CP es interpretado por la doctrina en general como un tipo privilegiado que prevé un elemento subjetivo del injusto consistente en el ánimo de presentar al detenido a la autoridad<sup>32</sup>. Hasta aquí reina acuerdo. Las opiniones se dividen a la hora de explicar la naturaleza del precepto. Para algunos, lo que viene a establecer el último número del art. 163 es un supuesto específico de error de prohibición vencible que recae sobre los elementos que integran la causa de justificación de ejercicio de un derecho prevista en el art. 490 LECr. Y ello por entender que de no tratarse de un error difícilmente se explicaría el privilegio que comporta, a efectos de pena, la aplicación del 163.4 CP<sup>33</sup>. Para otro sector de la doctrina, el art. 163.4 CP recoge un supuesto de exceso doloso. Considerar que estamos ante un exceso doloso supone que el sujeto es consciente de que su actuación no está legalmente justificada (sabe que no concurren los presupuestos objetivos de la causa de justificación), y pese a ello practica la detención aunque sea con la intención de presentar el detenido a la autoridad<sup>34</sup>. Como ejemplo de exceso doloso, a subsumir en el art. 163.4 CP, se menciona la detención realizada por una ronda de vecinos: los vecinos sospechan que un sujeto es traficante de drogas y ante la ausencia permanente de las fuerzas de seguridad lo detienen para ponerlo a disposición de la autoridad<sup>35</sup>. En la regulación actual se añade el adverbio “inmediatamente” (“para presentarla inmediatamente a la autoridad”), con lo que queda excluida aquella postura que entiende aplicable el precepto también a aquellos

---

<sup>32</sup> Confróntese, en este sentido, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, 2004, p. 190, para quienes el sujeto ha de creer necesariamente que el sujeto pasivo es autor de un delito, pues de lo contrario habría que aplicar el n. 1.; DÍEZ RIPOLLÉS, 1997, p. 768; JORGE BARREIRO, 1997, p. 473, para quien el elemento subjetivo consistente en la finalidad de presentación inmediata del detenido a la autoridad es el que fundamenta el tratamiento punitivo privilegiado; MUÑOZ CONDE, 2004, p. 174 ; QUINTANAR DÍEZ, 2002, p. 44, quien considera que “dicho elemento subjetivo del tipo, no se justifica en modo alguno desde una perspectiva liberal y garantista ajena al incentivo colaboracionista con la autoridad judicial o policial en general encargada de la persecución de las infracciones”. Respecto a esto último, se está criticando un elemento que no está previsto en la ley, pues ésta no exige ningún ánimo o intención colaboracionista para aplicar la atenuación.

<sup>33</sup> A favor de entender que el n.º 4 del art. 163 CP recoge supuestos específicos de error de prohibición, MUÑOZ CONDE, 2004; REBOLLO VARGAS, 2004, pp. 184 y s., aunque calificando el precepto de innecesario, p. 175; QUERALT JIMÉNEZ, 2002, p. 102. Este último autor considera que la atenuación de la pena prevista en el n. 4 del art. 163 constituye un “auténtico e injustificado privilegio”, que puede llegar a tener un efecto criminógeno.

<sup>34</sup> Cfr., en este sentido, CLIMENT DURÁN, 1998, p. 39, DÍEZ RIPOLLÉS, 1997, p. 766 y s., considerando que el legislador ha reducido de manera desproporcionada la pena en estos supuestos; JORGE BARREIRO, 1997, p. 473; MUÑOZ SÁNCHEZ, 1996, p. 376 y s.; DEL ROSAL BLASCO, 2005, p. 186, considerando excesivamente baja la pena prevista en el precepto; QUINTANAR DÍEZ, 2002, p. 44, para quien el precepto configura un “arresto ilegal” que tiene como precedente el art. 482 CP73 y que constituye un supuesto particular de exceso del ejercicio del *ius deprehensionis* de los particulares previsto en el art. 490 LECr. Una ulterior exigencia establece DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, 1998, p. 49, para apreciar el tipo privilegiado del n. 4. Según este autor, además del elemento subjetivo (intención de presentar a la persona a la autoridad), es necesario que la autoridad pueda proceder sobre el detenido de forma legal, “lo que significa que el autor de la detención debe conocer que el detenido ha cometido un delito o que es un fugado”. En caso contrario, es decir, “si la Autoridad no puede proceder sobre el detenido de una forma legal privándole de la libertad, el particular estaría cometiendo el tipo básico del artículo 163.1, aunque tuviese intención de presentar al detenido ante la Autoridad, porque en este caso se trataría de una Autoridad que no obraría como tal, sino como un simple particular, cometiendo un hecho delictivo”.

<sup>35</sup> Ejemplo propuesto por MUÑOZ SÁNCHEZ, 1996, p. 377.

supuestos en que el particular detiene dentro de los casos permitidos por la ley pero se excede en los plazos legales<sup>36</sup>.

El art. 163.3 CP es considerado por la doctrina como un tipo agravado cuyo fundamento se basa en el mayor desvalor del hecho derivado de la mayor duración de la privación de libertad<sup>37</sup>. El precepto aisladamente considerado no plantea en sí mismo mayores problemas interpretativos, pues contiene una agravación de la pena únicamente en consideración a la mayor gravedad del injusto que determina la prolongación de la detención más allá de 15 días. Sin embargo, las dificultades aparecen cuando se pone en relación con el nº 2 del art. 163 CP. No se explica por qué el superar los 15 días de privación de libertad agrava sin más la detención cuando la atenuación de la que dura menos de 3 días se condiciona a dos requisitos: que sea el propio autor el que deje en libertad al sujeto y que no se consiga el objeto propuesto. A la vista de las exigencias que condicionan la atenuación de la detención de breve duración resulta incongruente la agravación prevista en el nº 3, pues esta última sólo depende del factor tiempo.

En definitiva, de las consideraciones anteriores puede concluirse que en el art. 163 CP el legislador ha introducido distintas lógicas, lo que plantea graves problemas de interpretación.

### 3.3 La comisión de los supuestos del art. 163 por funcionarios públicos

Volviendo al art. 167 y a los problemas interpretativos que la técnica de la remisión trae consigo, es de destacar que la jurisprudencia no suele poner en relación el precepto con el nº 1 del art. 163. Parece, pues, que en la *praxis* jurisprudencial no se interpreta el nº 1 del art. 163 como el tipo básico, al menos cuando se trata de aplicarlo en relación con el art. 167. De hecho, en todos aquellos casos, que no son poco frecuentes en la práctica de detenciones ilegales por funcionarios, en los que los agentes de policía detienen a un sujeto abusando de su cargo (pues actúan sin ningún tipo de cobertura legal) observamos que los tribunales son reacios a aplicar lo que la doctrina califica como el tipo básico de detenciones ilegales<sup>38</sup>. Seguramente consideran excesivo entender que el art. 167 remite directamente al n. 1 del art. 163 por la pena resultante (prisión de 4 a 6 años). Todo apunta a que así lo entiende la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando busca subsumir en otros números del precepto la conducta realizada por el funcionario<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> En este sentido, Díez RIPOLLÉS, 1997, p. 768. Confróntese, no obstante, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, 1998, p. 49, poniendo como ejemplo de supuesto en el que sería aplicable el precepto el dilatar la entrega del detenido a la autoridad más de 24 horas.

<sup>37</sup> Véase, por todos, DEL ROSAL BLASCO, 2005, p. 187.

<sup>38</sup> Véase, en este sentido, STS, 2ª, 19.07.2000 (Ar 6225), el objeto de la detención es dar un escarmiento a quien les ha reprochado tomarse unas copas estando de servicio; STS, 2ª, 05.05.2005 (Ar 5136), policías locales que ordenan a un delincuente habitual a introducirse en el vehículo policial sin existir causa para detener, trasladándole a un despoblado donde le propinan una paliza y le conminan a irse de la ciudad; STS, 2ª, 14.04.2005 (Ar 4391), agentes de policía que introducen en un vehículo a un ciudadano extranjero embriagado llevándolo hasta un descampado alejado de la ciudad donde le propinan diversas patadas y golpes, abandonándolo a su suerte, tras permanecer con él al menos unos 20 minutos; STS, 2ª, 24.03.2004 (Ar 1600), policía que detiene y golpea a quien le recrimina haber aparcado mal el coche.

<sup>39</sup> Concretamente, en las sentencias mencionadas en la nota anterior el TS acude al 163.2 CP, lamentablemente sin explicar la razón que le lleva a optar por ese número y no por otro.

De manera excepcional, se aparta de este proceder la STS, 2ª, 30.12.2003 (Ar 2004\364; MP: José Jiménez Villarejo), en la que se condena por detención ilegal, poniendo en relación el art. 167 con el n.1 del art. 163, rechazando además que el n. 4 se pueda emplear para policías<sup>40</sup>. También en la STS, 2ª, 12.03.2001 (Ar 1937; MP: Gregorio García Ancos), se menciona la posibilidad de vincular el art. 167 al n. 1 del art. 163 en un supuesto en el que la Audiencia Provincial condenó por dos delitos de detención ilegal (poniendo en relación el art. 167 con el 163.4) y se hace referencia a la “benevolencia con la que calificó los hechos el Tribunal sentenciador”<sup>41</sup>.

Con todo, a nuestro entender, una importante razón de fondo que explica la inaplicación del 163.1 estriba en que las detenciones ilegales de policía se castigan siempre, por breve que sea su duración e independientemente de que al atentado contra la libertad le acompañe otro delito.

Así, por ejemplo, en la STS, 2ª, 15.11.2001 (Ar 4006; MP: José Hermenegildo Moyna Ménguez), se condena por un delito de abusos deshonestos en grado de tentativa en concurso con un delito de detención ilegal cometido por funcionario público al policía local que traslada a una menor de edad a un monte y le conmina para que se despoje de la ropa de cintura para abajo, deteniendo su acción al comprobar que la víctima tenía la menstruación.

En la STS, 2ª, 05.05.2005 (Ar 5136), se considera a los policías locales que ordenan a un delincuente habitual a introducirse en el vehículo oficial, llevándole a un lugar despoblado y fuera del casco urbano donde le propinan una paliza, autores de un delito de detención ilegal (art. 167 en relación con el art. 163.2) y de una falta de lesiones.

En cambio, las detenciones ilegales realizadas por particulares vinculadas a la comisión de otro delito a menudo no se castigan separadamente porque se entienden absorbidas por el delito al que acompañan (siempre y cuando, el tiempo que dure la privación de libertad sea breve y coincida con el hecho delictivo al que acompaña).

A los requisitos para que ello suceda se refiere la STS, 2ª, 06.06.2005 (Ar 5309; MP: Joaquín Delgado García) cuando establece que “la regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de delitos o de normas ha de ser necesariamente una valoración jurídica por la cual, si la sanción por uno de los dos delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible,

---

<sup>40</sup> En la STS, 2ª, 30.12.2003 (Ar 2004\364), se afirma: “La norma que se dice indebidamente inaplicada (sic. art. 163.4) configura un tipo privilegiado de detención ilegal cuyo sujeto activo únicamente puede ser un particular y cuya «ratio» es la oportunidad de dispensar un tratamiento penal más benévolo al que, fuera de los casos permitidos por las Leyes -y normalmente por disculpable error- aprehende a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad. Ninguna de estas circunstancias concurre en la acción enjuiciada que fue realizada no por un particular sino por un funcionario público, no por error sino a sabiendas de la falta de causa legal de detención y no para presentar al detenido inmediatamente a la autoridad sino para privarle arbitrariamente de libertad por más de veinticuatro horas. Se rechaza, en consecuencia, el tercer motivo de casación”. En este caso se condena al policía (además de la falta de lesiones) por un delito de detención ilegal previsto y penado en el artículo 167 en relación con el 163.1 CP a la pena de privación de libertad de cinco años de prisión y a la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años.

<sup>41</sup> No obstante, el TS confirma la sentencia de la Audiencia para no incurrir en una *reformatio in peius*. Los hechos de esta sentencia giran en torno a un policía que detiene a dos personas, después de un leve incidente de tráfico, trasladándolas a la Comisaría, “llegando sobre las 15 horas, donde igualmente compareció Javier Amador dando cuenta de las causas de la detención e informando a los detenidos de sus derechos, utilizando un impreso de los existentes a tal fin, siendo ingresados en los calabozos Alfonso M. y Emilio G. y puestos a disposición judicial el día siguiente, decretándose su libertad por el Juzgado de Instrucción 4 de Móstoles, siguiéndose actuaciones de Juicio de Faltas contra Alfonso M. y Pablo Emilio, dictándose sentencia condenatoria contra el primero por una falta de vejaciones leves, cuya firmeza no consta y deduciéndose testimonio origen de la presente causa”.

nos hallaríamos ante un concurso de normas; y, en caso contrario, ante un concurso de delitos". Y se distinguen tres supuestos de privación de libertad: "1º. El que podemos considerar ordinario, que parte de la concepción de que en todo delito de agresión sexual, lo mismo que en los de robo con violencia o intimidación en las personas, hay siempre una privación de la libertad ambulatoria, consecuencia necesaria del acto de amenaza o de fuerza física que paraliza los movimientos de la víctima. Habría aquí concurso de normas, con particular aplicación de la regla de la absorción del núm. 3º del art. 8 CP, porque el precepto más amplio o complejo -la mencionada agresión sexual- consume en su seno aquel otro más simple -la detención ilegal-. Si hay una coincidencia temporal entre el hecho de la agresión sexual y el de la privación de libertad ambulatoria, puede aplicarse esta regla de la absorción. 2º. Otro supuesto es aquél en que no se produce esa coincidencia temporal, pues, consumado el hecho de la agresión sexual, se deja a la víctima atada, esposada, encerrada, en definitiva impedida para moverse de un sitio a otro. Si ello se hace en condiciones tales que el autor del delito puede pensar que esa privación de libertad posterior al momento de la consumación de la agresión sexual, lo ha de ser, no por unos breves momentos, ordinariamente el necesario para poder escapar, sino que cabe prever que tardará algún tiempo en verse libre, nos hallaríamos ante un concurso real de delitos, el primero de la agresión sexual, y el posterior de detención ilegal a castigar conforme al art. 73 CP. 3º. Por último, y esto es lo que aquí más nos interesa, puede ocurrir que sí exista esa coincidencia temporal entre los dos delitos, pues la detención se produce durante el episodio central de la agresión sexual, es decir, mientras se están realizando las actividades necesarias para tal agresión; pero ello durante un prolongado período de tiempo durante el cual simultáneamente se está produciendo este doble atentado a la libertad personal. Desde el punto de vista del criterio de la valoración jurídica antes referido, hay que decir que en estos casos la significación ilícita de la detención tiene tal relevancia que no cabe afirmar su absorción en la agresión sexual como elemento integrante de la violencia o intimidación propia de este último delito. Nos encontraríamos entonces ante un concurso ideal de delitos del art. 77 CP. Así se viene pronunciando esta sala en casos de duración claramente excesiva, aunque hay que comprender la dificultad que existe para distinguir este supuesto del examinado en primer lugar. Una larga privación de libertad no puede considerarse consumida en la violencia o intimidación personal que acompaña a estos delitos contra la libertad sexual. Es necesario aplicar las sanciones de los dos delitos para abarcar la total antijuridicidad de estos comportamientos".

Las anteriores consideraciones deben ponerse en relación con una reflexión, más amplia, de carácter material: los supuestos de detenciones ilegales de funcionario actuando en el ejercicio de sus funciones, especialmente cuando se trata de un agente de policía, no coinciden exactamente con las detenciones practicadas por particulares. Lo que varía no es sólo la condición de funcionario del sujeto activo, sino que la detención ilegal realizada por un particular y la cometida por un policía no presentan la misma naturaleza. El agente de la policía tiene un acceso más directo a la libertad del ciudadano que cualquier particular. Dispone de una mayor accesibilidad al bien jurídico derivada del propio ejercicio de sus funciones. El Estado le concede unas prerrogativas que implican restricciones a la libertad del particular que van desde la detención para la identificación hasta la decisión de la permanencia en comisaría del detenido hasta 72 horas, pasando por la realización de pruebas de alcoholemia, etc. Puede practicar una detención (ilegal) sin necesidad de emplear violencia ni intimidación (impensable entre particulares). Por su propia posición goza de una presunción de actuación conforme a derecho que hace más fácil vencer la posible resistencia del sujeto a detener, asegurar su impunidad y, a la

vez, dificulta posibles cursos salvadores. De esta manera, cualquier vulneración en este ámbito se debe considerar más grave y se debe castigar separadamente<sup>42</sup>.

Así, hemos visto que la detención ilegal practicada por particular cuando acompaña a otro delito y no posee la suficiente entidad para constituir un injusto independiente no se castiga separadamente. En buena lógica, tampoco debería castigarse esa misma detención cuando se trata de una agente de policía que actúa como *particular sin abuso del cargo*<sup>43</sup>. En cambio, las conductas de detención ilegal de escasa duración practicadas por funcionario público *en el ejercicio de sus funciones* siempre deben ser punibles. De ahí que la sanción para el funcionario que practica una detención ilegal que quedaría impune de realizarla un particular no deba ser la prevista en el nº 1 del art. 163 CP. Y, en este sentido, actúa con buen criterio la jurisprudencia cuando resuelve estos supuestos de detención ilegal de policía de menos de tres días acudiendo a otros números del art. 163 CP.

Una vez descartada la aplicación general del nº 1 del art. 163 (como supuesto básico) en relación con el art. 167, nos encontramos con un importante déficit de argumentación en las sentencias de nuestros tribunales sobre las razones por las que se entiende aplicable un número del art. 163 y no otro en relación con el art. 167. Supuestos prácticamente idénticos son reconducidos unas veces al nº 2 y otras al nº 4 del art. 163, con el diferente tratamiento penológico que ello conlleva.

Así, por ejemplo, en la STS, 2ª, 18.02.2005 (Ar 1894; MP: Joaquín Giménez García), se condena a los acusados como autores de un delito de detención ilegal (art. 163.4 en relación con el 167 CP) a 4 meses y 15 días de multa, con una cuota diaria de 6 euros, y una responsabilidad personal subsidiaria de 1 día por cada dos cuotas impagadas, así como 8 años de inhabilitación absoluta. Los hechos se refieren a que sobre las 4.30 horas del día 4.2.2004, después de un incidente entre dos grupos de personas y cuando los mismos ya estaban apaciguados, los tres condenados que integraban uno de los grupos, y que son agentes del Cuerpo Nacional de Policía que se encontraban fuera de servicio, con el fin de dar un *escarmiento* a una de las personas -Lucas- del otro grupo, se le acercaron y le convencieron para que se aproximara a un callejón donde los tres de común acuerdo le propinaron varios golpes cesando en esta situación cuando volvieron los amigos de Lucas extrañados por la tardanza de éste. Los condenados impidieron que se acercaran alegando que Lucas estaba detenido, acto seguido, los dos grupos llamaron a la Guardia Civil que acudió al poco tiempo. A continuación, y al apercibirse de que Lucas tenía signos

---

<sup>42</sup> Véase, no obstante, la STS, 2ª, 04.02.2003 (Ar 1142; MP: José Ramón Soriano Soriano), en la que pese a admitir el tribunal que la detención no se halla plenamente justificada, pues “hubiera bastado con identificar al conductor y formular la correspondiente denuncia, para que la policía judicial competente iniciara las correspondientes diligencias, si lo estimaba oportuno”, absuelve a los acusados del delito de detenciones ilegales por el que habían sido condenados por la Audiencia, considerando que incurrieron en un error pues “se hallaban en la creencia, de que podían actuar de tal guisa, consecuencia de un exceso de celo”. Se aprecia un error de tipo vencible “la ausencia de dolo, debido al error o deficiente interpretación de la situación verificada por los acusados, policías locales, debe calificarse de vencible”, cuando en realidad, de admitirse el error (bastante difícil de creer), debiera haber sido calificado de error de prohibición, por cuanto los policías pudieran pensar que detener antes de que el sujeto iniciara la tentativa de delito estaba permitido por la ley.

<sup>43</sup> Véase STS, 2ª, 23.06.2000 (Ar 5790; MP: José Aparicio Calvo-Rubio), en la que rechaza la aplicación del art. 167 CP (aplicándose en su lugar el art. 163.4 CP) a la detención practica por guardia civil y policía nacional que, actuando fuera de servicio, y por tanto sin utilizar el uniforme reglamentario, vestidos de paisano, se dirigieron al domicilio del presunto autor de un delito de abusos sexuales, le golpearon repetidamente y acto seguido, le obligaron por la fuerza a introducirse en un vehículo particular, trasladándolo a las dependencias de una comisaría, todo ello, sin que existiese denuncia previa de la que pudiera ser persona ofendida. Críticamente, RAGUÉS I VALLÈS, 2006, pp. 84-85.

evidentes de lesiones, la Guardia Civil intento llevarlo a un centro médico, a lo que se opusieron inicialmente los acusados, aduciendo que era su detenido y que de ahí no se movía, hasta que ante la insistencia de uno de los guardias civiles de mayor graduación, consintieron que se le prestara la asistencia médica necesaria. Después que Lucas acudió a dos centros médicos, fue conducido hasta el cuartel de la Guardia Civil donde los acusados formalizaron por escrito la lectura de sus derechos como detenido, situación en la que quedó hasta que ese mismo día fue llevado a presencia judicial, donde tras recibirle declaración se le puso en libertad.

En cambio, en la STS, 2ª, 24.03.2004 (Ar 1600), se confirma la sentencia de la Audiencia Provincial que condena a la pena de tres años de prisión y diez años de inhabilitación absoluta por un delito de detenciones ilegales del 167 puesto en relación con el art. 163.2, al policía que, vestido de paisano, detiene y golpea a quien le recrimina haber aparcado mal el coche, sabiendo éste que es policía. Consta como probado que el acusado Claudio dejó su coche particular estacionado en doble fila en las inmediaciones de la comisaría de policía, entrando a trabajar en dichas dependencias, dada su condición de policía. El vehículo de Claudio impedía la salida del coche propiedad de Franco, el cual al ir a trabajar, sobre las 9.30 horas, se encontró con que no podía salir, razón por la que estuvo preguntando en diversos locales para ver si en los mismos estaba el propietario del vehículo que le impedía la salida o alguien sabía quien era su propietario. Un albañil, que trabajaba en esa zona, le dijo que el coche era de un policía, dirigiéndose Franco a la comisaría y por la puerta trasera preguntó si el vehículo era de algún policía y le contestaron que no. Franco se quedó esperando y vio salir de comisaría al acusado, Claudio, que vestía de paisano y que se dirigió a su vehículo. Franco se acercó a él y le increpó diciéndole "encima que eres policía me dejas esperando una hora". Comenzó una discusión entre Franco y Claudio, Franco le pidió el número de placa a Claudio y como quiera que no se la daba Franco cogió un papel para apuntar la matrícula del coche de Claudio, momento en que este le empujó y se introdujo en su vehículo. Franco decidió denunciar estos hechos y entró en la comisaría donde le dijeron que tenía que esperar el turno para denunciar. Mientras estaba esperando, se le acercó el acusado, Claudio, en compañía del policía nacional núm. 000, entonces en prácticas, conminándole Claudio a que bajara a la planta inferior, como cada vez insistía más y lo decía más alto, Franco decidió bajar y mientras bajaba Claudio le empujó, le golpeó en la cara y le dijo que estaba detenido, causándole lesiones consistentes en contusión aguda en mejilla izquierda y pómulo, ligera hemorragia conjuntival y erosión en mejilla izquierda, de las que tardó en curar seis días sin estar impedido para su trabajo. En los calabozos, Claudio entregó al policía nacional núm. 001, el volante de la detención de Franco, el cual le retiró las pertenencias y lo metió en los calabozos. Franco estuvo detenido desde las once de la mañana hasta las cinco de la tarde, momento en el que se dispone su libertad y abandona las dependencias policiales. A las 17.20 horas, es asistido en el Hospital.

Cabe remarcar que en ambos casos la detención se practica después de golpear a la víctima, seguramente para cubrir los propios golpes. Distinto es el caso en que se detiene para posteriormente poder golpear, cuando con ello lo que se pretende es poder pegar impunemente.

En muchas ocasiones la decisión entre los dos números (163.2 y 163.4) se establece en función de si se atiende al dato de haber dejado en libertad al sujeto antes de tres días o al de si se ha llevado inmediatamente a la persona a comisaría. Sin embargo, la razón material de la elección entre uno u otro número ha de ser otra, máxime si se tiene en cuenta que ambas circunstancias coinciden frecuentemente, pues la entrega en comisaría del detenido determina su puesta en libertad dentro del plazo de los tres días. Dicho con otras palabras: la detención ilegal seguida de su presentación inmediata a comisaría encaja tanto en el art. 163.4 como en el art. 163.2 (pues la privación de libertad en todo caso ha durado menos de tres días), de tal manera que, como muestran las sentencias anteriormente citadas, unas veces el Tribunal Supremo otorga relevancia al dato de la

presentación inmediata en comisaría (y, por consiguiente, recurre al art. 163.4) y otras a la duración inferior a tres días de la privación de libertad (en cuyo caso aplica el art. 163.2).

A nuestro juicio, la razón material que justifica la aplicación de uno u otro apartado reside en si se produce o no la *consolidación* de la privación de libertad. En efecto, el nº 4 del art. 163 debería quedar limitado a los supuestos de detención practicada sin cobertura legal en los que el abuso de poder por parte de la policía no llega a traducirse en una situación consolidada de privación de libertad, sino que aparece menos grave por el escaso tiempo transcurrido entre la detención y la puesta en libertad. Entendemos, pues, que la solución dogmáticamente más acertada es reservar el tipo privilegiado para los supuestos menos graves de detención no vinculada a la comisión de una infracción penal, siempre que el presentar al sujeto a la autoridad (léase presentarla en comisaría) conlleve su inmediata puesta en libertad (tiempo mínimo imprescindible para comprobar que no había razón para practicar la detención)<sup>44</sup>. Para apreciar la menor gravedad de esta detención deberán darse dos requisitos: 1. la entrega inmediata del detenido en comisaría; 2. la puesta en libertad inmediata del detenido tras ser entregado a comisaría. El fundamento del privilegio del nº 4 se basa, pues, en la brevedad de la detención condicionada por el propio hecho de poner a disposición de la autoridad al detenido. En efecto, una vez presentado el detenido en comisaría, será el instructor del atestado policial quien, cumpliendo correctamente con su obligación, dejará en libertad al detenido en cuanto compruebe que la detención no era procedente. De modo distinto habría que valorar el hecho si el instructor fuese instrumentalizado (a través del correspondiente engaño) por el agente de policía que practicase la detención, consiguiendo que la detención se prolongase indebidamente<sup>45</sup>. En tal caso no cabría aplicar el n. 4, por mucho que la intención del agente fuera precisamente entregar en comisaría al detenido. Por todo ello estimamos que los hechos de los que se ocuparon las dos sentencias referidas antes [STS, 2ª, 18.02.2005 (Ar. 1894) y STS, 2ª, 24.03.2004 (Ar. 1600)] debieron subsumirse, en ambos casos, en el art. 163.2 CP.

Por lo demás, conviene añadir que consideramos que no hay razón para excluir la posibilidad de realizar la conducta típica descrita en el n. 4 del art. 163 sin ningún tipo de error. Y si efectivamente nos encontramos ante un caso de error habrá que aplicar el tratamiento jurídico que para el error prevé el CP<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> En un sentido parecido, señala Díez RIPOLLÉS, 1997, p. 766, que en estos supuestos de “detención transitoria” a la aspiración desde un principio del sujeto activo a una presentación inmediata de la víctima ante la autoridad, “se añade la expectativa de aquella de una aun más rápida puesta en libertad en cuanto pase a disposición de la autoridad”.

<sup>45</sup> Véase STS, 2ª, 23.03.2005 (Ar 6505; MP: Andrés Martínez Arrieta), en la que se condena como autor mediato de un delito de detención ilegal (por el tiempo total de privación de libertad del detenido) al funcionario de policía que siguiendo un plan preconcebido detiene a una persona con una bolsa con 3000 pastillas de éxtasis y una pistola que le habían entregado para que fuera sorprendido por el policía, lo que efectivamente ocurrió poniéndolo a disposición de otros policías y acordándose la prisión provisional por la autoridad judicial, estando el detenido privado de libertad por más de 15 días.

<sup>46</sup> En los supuestos de error, habría que comprobar si el sujeto cree erróneamente que su conducta está justificada, y ello como consecuencia de un error sobre la situación: actúa creyendo que se dan los presupuestos que legitiman la detención, cuando en realidad no concurren. En ese caso, estaríamos ante una detención putativa (error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación). De ahí, que también desconozca la antijuricidad de su conducta, pues el error sobre los presupuestos de una causa de justificación *indirectamente* determina un error sobre el carácter ilícito del hecho. Pero ello es una consecuencia indirecta que no puede alterar la naturaleza del error, que versa sobre la situación justificante. Mientras estos casos de detención putativa

Los supuestos anteriores son de menor gravedad que aquellos otros en que se tiene privado de libertad al detenido sin presentarlo en comisaría o asegurándose de que la detención se alargará en comisaría durante horas o días. En efecto, cuando no hay motivos para proceder a la detención (ni reales ni aparentes) y la misma no viene seguida de la inmediata entrega en comisaría o bien la entrega en comisaría no se traduce en inmediata puesta en libertad, la detención se *consolida*, de modo que hay que acudir al art. 163.2, siempre que la privación de libertad no dure más de tres días y no se logre (eventualmente) el objeto propuesto (más allá de la detención). Habrá que tener en cuenta que cuantas más alegaciones falsas realiza el policía en el momento en que se instruye el atestado (denuncia por atentado, desobediencia, vejaciones, etc.) más tardará en ponerse en libertad al detenido, prolongándose con ello la situación de privación de libertad, lo que en definitiva agrava la conducta del policía.

Véase STS, 2ª, 18.12.2002 (Ar. 10775), en la que se confirma la sentencia dictada por la AP de Barcelona que condenó como autores de un delito de detención ilegal del art. 167 en relación con el art. 163.2 CP a los policías locales que detuvieron a quien respondió con un gesto despectivo a los insultos que le había proferido uno de los acusados por su orientación sexual, *haciendo constar en el atestado la comisión de un delito de atentado e insultos a los agentes inexistente*, y que determinó que la detención en comisaría se prolongara desde las 05.21 horas hasta las 11.30 horas (las cursivas son nuestras).

De lo anterior se sigue que el art. 167 debe ser puesto en relación con el art. 163.2 en los supuestos de consolidación de la detención practicada por funcionario sin ninguna cobertura legal, siempre que “el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su encierro o detención”<sup>47</sup>, y sin haber conseguido, en su caso, “el objeto que se había propuesto”. Como venimos afirmando, el objeto propuesto no puede identificarse con la propia detención, sino que debe ir más allá de ella, de forma que no siempre se dará este elemento. Tampoco debe vincularse a la comisión de otro delito que conlleve necesariamente una privación de libertad<sup>48</sup>. Así, el elemento condicional “sin haber logrado el objeto propuesto” debe ser interpretado como “siempre que lo hubiera”. De no aceptarse esta interpretación, no se explicaría por qué le resulta más favorable al sujeto detener con una finalidad más allá de la detención que sin ella, cuando es más reprochable lo primero que lo segundo.

---

deberían ser tratados según el nº 1 del art. 14, los casos de error de prohibición deberán seguir el régimen general del art. 14. 3 CP.

<sup>47</sup> En relación con la exigencia de haber dejado en libertad al detenido dentro de los tres primeros días de su detención, según se establece en la STS, 07.02.2005 (Ar 4162; MP: Joaquín Giménez García), FJ 1: El tipo privilegiado del párrafo 2º del art. 163 cuya aplicación se postula tiene su razón de ser cuando el cese de la detención tiene su origen en un acto voluntario y libre de los propios captores, que bien de una manera directa ponen en libertad al detenido, o bien de manera indirecta facilitan la huida del detenido tendiéndole lo que gráficamente puede entenderse como «un puente de plata» -equivalente a un desistimiento activo-, de suerte que el abandono del lugar por los captores debe ir unido al hecho de que dejan al detenido en condiciones de una fácil, pronta y sin riesgos soltura por sí mismo, o en condiciones de poder ser liberado por terceras personas que de manera segura pueden acudir en auxilio del detenido siendo esta circunstancia conocida y buscada por los captores, en definitiva, la aplicación del tipo privilegiado vendría de la mano de actos propios e inequívocos de los captores que o bien liberan al detenido, o propician de manera clara su autoliberación y que en la medida que tal acción acredita una menor culpabilidad, ello justificaría la menor punibilidad que prevé el tipo penal.

<sup>48</sup> El objeto propuesto podría consistir, por ejemplo, en impedir que sujeto privado de libertad se presente a un oposición de notaría, evitar que contraiga matrimonio, obtener una información por parte del propio detenido, etc.



### 3.4 Síntesis

El art. 167 deberá ponerse en relación con el art. 163.1 en los siguientes supuestos de detención ilegal cometida por funcionario público:

-cuando la privación de libertad dure entre tres y quince días;

-o cuando, siendo inferior a los tres días, exista una finalidad más allá de la propia detención y ésta se logra;

-o cuando, siendo inferior a los tres días, la puesta en libertad no obedece a la voluntad del funcionario público.

El art. 167 deberá ponerse en relación con el art. 163.2 cuando la privación de libertad dure menos de tres días y a ella le siga la puesta en libertad voluntaria por parte del funcionario público y, además, no se logre la finalidad propuesta, en caso de que la hubiera.

El art. 167 deberá ponerse en relación con el art. 163.3 cuando la detención ilegal cometida por funcionario público dure más de quince días.

El art. 167 deberá ponerse en relación con el art. 163.4 cuando a la detención ilegal le siga la presentación inmediata del detenido a comisaría y éste permanezca allí el tiempo mínimo imprescindible para comprobar que no procedía la detención (no consolidación de la privación de libertad), lo que exige que el policía que ha practicado la detención no provoque (directa o indirectamente) la dilatación de la privación de libertad del detenido en comisaría. En caso de que la provoque habría que acudir al art. 163.2 o 163.1 (o incluso al 163.3) en función de la duración final de la privación de libertad.

### 4. Corolario

La regulación en el Código penal de las detenciones ilegales policiales es deficiente y ha provocado la disparidad de criterios jurisprudenciales para supuestos idénticos en busca de soluciones ajustadas a la gravedad de cada caso. La crítica aquí vertida y las soluciones interpretativas propuestas pretenden mejorar la gravedad de la situación que, en cualquier caso, reclama la atención inmediata del legislador.

## 5. Tabla de sentencias

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 2ª, 12.07.2005	6818	Diego Antonio Ramos Gancedo
STS, 2ª, 06.06.2005	5309	Joaquín Delgado García
STS, 2ª, 05.05.2005	5136	Julián Sánchez Melgar
STS, 2ª, 14.04.2005	4391	Andrés Martínez Arrieta
STS, 2ª, 23.03.2005	6505	Andrés Martínez Arrieta
STS, 2ª, 18.02.2005	1894	Joaquín Giménez García
STS, 2ª, 07.02.2005	4162	Joaquín Giménez García
STS, 2ª, 21.01.2005	1002	Enrique Bacigalupo Zapater
STS, 2ª, 29.06.2004	6422	Jose Antonio Martín Pallín
STS, 2ª, 24.03.2004	1600	Enrique Abad Fernández
STS, 2ª, 30.12.2003	2004\364	José Jiménez Villarejo
STS, 2ª, 29.09.2003	7436	Diego Antonio Ramos Gancedo
STS, 2ª, 30.04.2003	4235	Andrés Martínez Arrieta
STS, 2ª, 04.02.2003	1142	José Ramón Soriano Soriano
STS, 2ª, 18.12.2002	10775	José Ramón Soriano Soriano
STS, 2ª, 15.11.2001	4006	José Hermenegildo Moyna Mengües
STS, 2ª, 12.03.2001	1937	Gregorio García Ancos
STS, 2ª, 12.12.2000	10329	Joaquín Martín Canivell
STS, 2ª, 19.07.2000	6225	Jose Antonio Marañón Chavarri
STS, 2ª, 23.06.2000	5790	José Aparicio Calvo-Rubio
STS, 2ª, 08.04.1999	2775	Carlos Granados Pérez
STS, 2ª, 18.02.1997	1131	Francisco Soto Nieto
SAP Sevilla, Penal Sec. 4ª, 31.03.03	413	Margarita Barros Sansinforiano
SAP Madrid, Sec. 5ª, 20.02.03	26	Francisco Javier Vieira Morante
SAP Barcelona, Sec. 7, 28.06.2001	-	-

## 6. Bibliografía

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

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

Agustín JORGE BARREIRO (1997) en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (coord. Agustín JORGE BARREIRO), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid.

Ángel CALDERÓN CEREZO/José Antonio CHOCLÁN MONTALVO (2001), *Derecho penal, tomo II, Parte Especial*, 2ª ed., Bosch, Barcelona.

Juan Carlos CARBONELL MATEU/José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (2004), en VVAA., *Derecho penal, Parte Especial*, 1ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia.

Juan Carlos CARBONELL MATEU/ José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (1996), en VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia.

Carlos CLIMENT DURÁN (1998), *Detenciones ilegales policiales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Bernardo DEL ROSAL BLASCO (2005), en AA.VV, (coord. COBO DEL ROSAL) *Derecho penal español, Parte especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid.

--- (2002), en Manuel COBO DEL ROSAL (Director), *Compendio de Derecho penal español, Parte Especial*, Marcial Pons, Madrid.

Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (1998), *Compendio de Derecho penal, Parte Especial*, Vol. II, (dir. Miguel BAJO FERNÁNDEZ), Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid.

José Luis DÍEZ RIPOLLÉS (1997), en AA.VV., *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, Vol. I., Tirant Lo Blanch, Valencia.

Francisco MUÑOZ CONDE (2004), *Derecho penal, Parte Especial*, 15ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

--- (2002), *Derecho penal, Parte Especial*, 14ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

Juan MUÑOZ SÁNCHEZ (1996), "Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el Código penal de 1995", en AA.VV, *Delitos contra la libertad y la seguridad*, CGPJ, Madrid.

Joan Josep QUERALT JIMÉNEZ (2002), *Derecho penal español, Parte Especial*, 4ª ed., Atelier, Barcelona.

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

Ramon RAGUÉS I VALLÈS (2006), "Delitos contra la libertad" en AAVV, *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 1ª ed., Atelier, Barcelona.

Rafael REBOLLO VARGAS (2004), *Comentarios al Código penal, Tomo I* (dir. CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN), Marcial Pons, Madrid.