



**Universitat de les
Illes Balears**
Facultad de Derecho

Memoria del Trabajo Fin de Grado

La detención ilegal policial «formal»

Juan Herrera Herrera

Grado en Derecho

Año académico 2017-18

DNI del alumno: 42976600L

Trabajo tutelado por el Dr. Eduardo Ramon Ribas
Departamento de Derecho Público

Se autoriza a la Universidad a incluir este trabajo en el Repositorio Institucional para su consulta en acceso abierto y su difusión en línea, con finalidades exclusivamente académicas y de investigación.	Autor		Tutor	
	Sí	No	Sí	No
	X	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

Resumen: **Art. 17.1 CE:** “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos por la ley”. En el art. 530 CP no tienen cabida aquellas detenciones policiales efectuadas fuera de los casos permitidos por la ley, aún mediando causa por delito, por tanto, deberemos determinar cuáles son los elementos que colman la tipicidad de este delito.

Palabras clave: detención policial ilegal, causa por delito, casos permitidos por las leyes, garantías constitucionales, garantías legales, tipicidad.

Índice

Índice	3
Tabla de abreviaturas.....	4
Introducción	5
1. Contextualización	5
2. El artículo 530 CP: Requisitos	8
2.1. El sujeto activo.....	8
2.2. El requisito de “mediar causa por delito”	8
2.3. Verbos rectores de la acción respecto al sujeto pasivo	10
2.4. Tipicidad de la detención ilegal del 530 CP. La vulneración de garantías.....	10
A. Garantía modal.....	12
B. Garantía informativa	14
C. Garantía asistencial	16
D. Garantía declaratoria	18
E. Garantía comunicatoria.....	19
F. Garantía temporal.....	19
G. Garantía impugnatoria	20
3. Elemento subjetivo del tipo.....	20
4. Comisión por imprudencia grave.....	21
5. Consumación y participación.....	21
6. Conclusiones	22
Bibliografía.....	24

Tabla de abreviaturas

Art.	Artículo
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CE	Constitución Española de 1978
CP	Código Penal
FFCCS	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LECrim	Ley de Ejuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
RA	Recurso de amparo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STEDDHH	Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

Introducción

La libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico ya proclamado en el artículo 1 de la Constitución Española, se reconoce y protege en el art. 17 CE como derecho fundamental a todas las personas. No se trata de un derecho absoluto, como indica el propio enunciado, sino que será posible su afectación con observancia de lo que el artículo establece, y en los casos y en la forma previstos por la ley.

El bien jurídico que el art. 17 CE protege es una de las dimensiones de la libertad. En concreto, la libertad física o deambulatoria. Otras manifestaciones de ese bien que es la libertad en su aspecto más íntimo, gozan de protección en otros preceptos.

Pudiendo afectarse esa libertad deambulatoria tan sólo en los casos y en la forma previstos por la ley, cobra especial relevancia la protección que la norma penal brinda a ese derecho. En especial, frente a la actuación arbitraria del Estado; aunque también, ante la restricción de esa libertad que siendo en principio legítima –por así estar prevista por la ley y ser necesaria para proteger otros bienes jurídicos –, no obstante, en su ejecución o desarrollo se vulneren garantías constitucionales o legales que amparan a quien se ve privado de ella.

El objeto de este trabajo se centra en el análisis del tipo previsto en el artículo 530 del Código Penal en su redacción dada por la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre.

La aparente dualidad de regulación de que es objeto la detención ilegal por autoridad o funcionario público contenida en éste tipo y en el art. 167 – referido a aquellas conductas del art. 163 CP – ha dado origen a una jurisprudencia dispar, la cual no ha hecho más que incrementar las dudas que respecto a la aplicación de uno u otro tipo merecen determinadas conductas.

Por interés profesional, este análisis y las conclusiones serán puestas en relación con los funcionarios públicos que en más ocasiones practican la detención, como son los de policía, en su función de Policía Judicial.

Para alcanzar el fin perseguido, se hará uso del aparato doctrinal, jurisprudencial y normativo para, por último, ofrecer unas consideraciones finales a modo de conclusión.

1. Contextualización

Entre los delitos contra la libertad, el Código Penal aprobado por LO 10/1995 de 23 de noviembre, modificado por la LO 1/2015 de 31 de marzo, en su Libro II, Título VI (Delitos contra la libertad), Capítulo I (art. 163 - 168 CP) bajo el epígrafe “De las detenciones ilegales y secuestros”, tipifica en su art. 167.1 CP¹ la acción de quien ostentando la condición de autoridad o funcionario público, llevando a cabo cualquiera de las conductas enumeradas en el referido capítulo, fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito, priva de libertad a otra persona.

¹ Que se configura como un delito especial impropio

Dichas acciones se castigan con penas que van desde la mitad superior a la señalada para el tipo infringido, hasta la superior en grado. Penas a las que se añade, en todo caso, la de inhabilitación absoluta de ocho a doce años por previsión del art. 167.3 CP.

El art. 163 CP, contiene una relación de conductas que pueden ser cometidas por particular y consisten en “detener o encerrar”, privando de libertad, referida a su dimensión física, o “libertad ambulatoria.” Contiene el tipo básico en el primer apartado; uno atenuado en el 163.2; uno agravado en el 163.3 ;y otro privilegiado en el art.163.4 CP. Las penas asignadas oscilan en una horquilla que va desde multa de tres meses hasta ocho años de prisión.

Conforme al art. 168 CP, son punibles la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos enumerados en ese Capítulo I, asignando penas inferiores en uno o dos grados a la señalada para el delito de que se trate, y por tanto, aquella que corresponda en función de su grado de ejecución.

Lo que la ley penal protege en este Capítulo I, como bien enuncia el Título VI del Libro II, donde sistemáticamente se ubica, es la libertad; y, concretamente, la llamada "libertad deambulatoria"; es decir, la facultad de permanecer o trasladarse de un lugar a otro, el derecho de toda persona a situarse en un espacio físico concreto.

El mismo Libro II del Código Penal vigente recoge en su Título XXI los delitos contra la Constitución y agrupa en el Capítulo V aquellos delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales, dedicando la Sección 1ª (art. 529 – 533) a tipificar aquellos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual. Son todos ellos delitos especiales propios, puesto que tan solo se podrá atribuir su comisión a los sujetos activos que – ostentando la cualidad que requiere el tipo – tengan entre sus atribuciones funciones relacionadas con el derecho al que afectan. En otras palabras, aquellas consistentes en acordar, efectuar, o prolongar una detención.

Dice el artículo 530.1 CP:

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.

De su redacción se extraen las notas esenciales que lo distinguen del delito tipificado en el art. 167: «mediando causa por delito», «acordar, practicar o prolongar cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado»; y, un elemento esencial del tipo ya que, de no darse, la detención acordada, practicada o prolongada bien podría entenderse legítima. El requisito es que debe ser «con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales».

La STS de 19 de febrero de 1993 señala que el bien jurídico protegido es “la libertad de movimientos como límite del poder y el estatuto de esa libertad en la relación Estado-

ciudadano”. Por su parte, BOLEA y ROBLES² afirman 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.”* Se trata por tanto, de «blindar» aquellas garantías y derechos que asisten a la persona, ante la injerencia del Estado en su derecho a la libertad enunciado en el artículo 17 de la Constitución.

Para ajustarnos al objeto de este trabajo, se parte del enunciado de tres hipótesis al objeto de determinar si las conductas planteadas tienen encaje en el art. 530 CP; o más bien, integran el delito de detención ilegal del art. 167 CP:

Primera: detención fuera de los casos previstos por la ley, sin mediar causa por delito.

Siguiendo a la doctrina y jurisprudencia, queda establecido que las detenciones policiales que se producen fuera de los casos permitidos por la ley sin que medie causa por delito, en la que las conductas típicas del art. 163 son ejecutadas prevaliéndose el sujeto activo de su condición³ o con abuso de ella, persiguiendo un fin ajeno al interés público, deben ser consideradas como detenciones ilegales del art. 167 CP.⁴

Segunda: detención mediando causa por delito, con vulneración de garantías.

También es pacífico que aquellas detenciones en las que concurren todos los requisitos señalados en la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 1310/2001 de 21 julio (ver infra 2), se ajustan al tipo del art. 530 CP.

Tercera y última: detención cometida fuera de los casos previstos por la ley aunque mediando causa por delito.

Dicho de otro modo, las detenciones policiales llevadas a cabo existiendo causa por delito, si bien fuera de los casos permitidos por las leyes⁵, ¿deben ser incardinadas en el tipo del art. 167CP, o por el contrario en el 530 CP?.

En esta tarea, no será de gran utilidad la dispar jurisprudencia del Tribunal Supremo, como ponen de manifiesto BOLEA y ROBLES⁶ en la revisión crítica que hacen de la aplicación jurisprudencial de los artículos 167 y 530 del Código Penal. No obstante, su interés y relevancia es tal, que debe ser abordado en los siguientes epígrafes.

² Vid. “La tipicidad de las detenciones ilegales policiales”, en Indret, Revista para el análisis del Derecho, núm. 4, 2006, pág. 4

³ Autoridad o funcionario público en el sentido del art.24 CP

⁴ ATS de 16 de julio de 2009, señala que el art. 167.1 es un tipo en el que el funcionario policial priva de libertad a una persona sin cobertura legal, sin justificación, y en los que el que el ejercicio de funciones de policía aparece como mera cobertura para una actuación arbitraria o no sujeta a criterios de racionalidad.

⁵ No coincidentes por tanto, con los casos previstos en el art. 492 LECrim.

⁶ (La tipicidad de las detenciones ilegales policiales, 2006)

2. El artículo 530 CP: Requisitos

Según constante jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, desde su Sentencia núm. 1310/2001 de 21 julio (MP: Sánchez Melgar, Julián), la aplicación del art. 530 CP exige, como requisitos para la existencia del delito, los siguientes:

a) un sujeto agente que sea autoridad o funcionario público, según definición del art. 24 del Código Penal, en el ejercicio de sus funciones, lo que permite entender que se trata de un delito especial propio; b) que la actuación de dicho sujeto agente se realice en una causa por delito, como dice el texto legal: «mediando» causa penal por delito; c) que la acción consista en acordar, practicar o prolongar una privación de libertad; d) que esa conducta se refiera a un detenido, preso o sentenciado; e) que la privación de libertad viole plazos u otras garantías constitucionales o legales; y f) que el agente obre dolosamente, teniendo conciencia plena que la privación de libertad que acuerde, practique o prolongue es ilegal [...].

A continuación se analizan cada uno de ellos, de necesaria concurrencia para apreciar cometido el tipo.

2.1. El sujeto activo.

Tan solo pueden ser sujetos activos quienes tengan la condición de autoridad o funcionario público, conforme a la definición contenida en el art. 24 CP.

Esto lo configura como un delito especial, debiendo adjetivarlo además de “propio”. Tan solo quien ostente tal cualidad y tenga entre sus funciones encomendadas la detención de personas, en su ejercicio y desde el mismo momento de la detención, se constituirá en garante de los derechos constitucionales y legales del detenido, pudiendo afectar con su proceder antijurídico, incluso omisivo, tales bienes.

Se debe recurrir a la norma procesal para llegar a la conclusión de que son los funcionarios de la policía judicial – además de los Magistrados, Jueces y Tribunales – quienes en los casos que fija el artículo 492 y 494 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deberán proceder o acordar la detención de quienes se hallen en ellos previstas.

La redacción del art. 530 CP contempla pues, la posible comisión del delito por parte de funcionarios de la policía judicial, jueces, fiscales (por comisión)⁷ y directores de centros penitenciarios, entre otros.⁸

2.2. El requisito de “mediar causa por delito”

Se trata de una expresión jurídica que requiere acudir a las normas procesales para determinar su contenido, por lo que, necesariamente, es preciso acudir a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁷ Si bien entre sus funciones no se enumera la de detener, si la pueden interesar.

⁸ En este sentido, (TAMARIT SUMALLA, 2005)p.1969

El art. 282 LECrim encomienda a la policía judicial la tarea de averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, así como recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial, fijando el art. 284 LECrim la instrucción de las primeras diligencias, que participarán a la autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal lo antes posible, y a más tardar una vez finalizadas.

Por su parte, el art. 492 LECrim enumera los casos en los que la Policía tiene la obligación de detener. Sobre este particular, aquellos comprendidos en el art. 490 LECrim no generan duda sobre la existencia – o no – de “causa por delito”. El examen de los casos revela que existe título de imputación suficiente que se puede identificar con una causa por delito, contra quien se pretende detener.

Es precisamente la posibilidad que prevé el art. 492.4 LECrim, la que puede plantear dudas sobre la procedencia o improcedencia de la detención, obligando a formar un juicio racional sobre la tipicidad del hecho, la participación y peligro de fuga del sospechoso.

De acuerdo con la doctrina científica⁹ y la jurisprudencia, el policía deberá recurrir a valorar «ex ante» si existen indicios racionalmente bastantes para deducir la existencia de un delito, así como la efectiva participación en el mismo del detenido.

Confirmada la concurrencia de estos requisitos, la detención quedaría fuera del ámbito del art. 167 CP¹⁰; pero además, ante un delito con pena inferior a tres años – o incluso ante un delito leve¹¹ – se deberá determinar, conforme a las circunstancias y antecedentes, si existe un riesgo de fuga del autor del hecho. De existir, procedería la detención por así estar previsto en la ley.

Como recoge la STS de 5 de julio,¹² ese juicio ex ante “*deberá realizarse sobre los hechos concurrentes en el momento de la detención [...] matizando que la ilegalidad de la detención “ha de ser entendida con criterios de racionalidad y ponderación, sin tratar de llevar a este estadio preliminar y antejudicial, el rigor y la técnica enjuiciadora de los hechos que el juez o tribunal llevará a cabo al término del procedimiento,...*”.

Algunos autores¹³ se pronuncian a favor de una concepción restrictiva sobre la “existencia de causa por delito”. Sin embargo, esta doctrina es incoherente con la regulación procesal, por cuanto el art. 492.4 LECrim obliga al agente de policía judicial a detener en la circunstancia expresada en el 492.3 – aunque todavía no se hallase procesado – cuando concurren motivos racionalmente bastantes para creer en la

⁹ (Gimeno Sendra, 2012)

¹⁰ En ese sentido, STS 94/2011 de 4 febrero (FJ 2.3)

¹¹ El art. 495 de la LECrim prohíbe la detención por simples faltas (deberá entenderse a los delitos leves, por disposición adicional 2 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo).

¹² STS 626/2007 de 5 de julio (FD TERCERO.3)

¹³ (DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, 1998 pág. 53)

existencia de un hecho que presente los caracteres de delito y que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.

Esta previsión lleva necesariamente a rechazar tal postura y mantener que se debe interpretar esa expresión en sentido amplio, entendiendo, tal como señala CLIMENT DURÁN¹⁴, aquella situación en que “constando un hecho delictivo que esté al menos racionalmente indiciado y que sea imputable a una o varias personas, se produce una actuación policial[...]dirigida a la averiguación de ese hecho o al aseguramiento de la persona o personas responsables”.

2.3. Verbos rectores de la acción respecto al sujeto pasivo

Al igual que en el art. 167 CP, el tipo contempla tres posibles acciones respecto al sujeto pasivo: “acordar, practicar o prolongar la detención de detenido, preso o sentenciado”.

Para la doctrina mayoritaria, el término «acción» se emplea por la ley en un sentido amplio, comprendiendo tanto la acción propiamente dicha como la omisión, que exterioriza la resolución delictiva, momento o dato inicial relevante para el Derecho Penal. El art. 11 CP, equipara la omisión a la acción cuando existe una específica obligación legal de actuar que debe respetarse por parte del autor.

El tipo exige que la conducta recaiga sobre “cualquier detenido, preso o sentenciado”, sujeto pasivo de las acciones anteriormente enumeradas. La alusión a “cualquier detenido” hace referencia a quien aún no estándolo, pudiera serlo.

2.4. Tipicidad de la detención ilegal del 530 CP. La vulneración de garantías

Cabe hacer notar que, de los elementos del tipo hasta aquí analizados, bien puede inferirse una detención “legal”.

Cuando un sujeto activo funcionario – que entre sus funciones tiene la de la averiguación de hechos delictivos, el descubrimiento y aseguramiento de sus autores para ponerlos a disposición judicial ajustándose a los casos en que la ley se lo exige o permite, sin tacha de arbitrariedad o actuación desproporcionada ni ajena al interés general – practica, acuerda o prolonga¹⁵ la detención de un detenido, preso o sentenciado, se puede afirmar con seguridad que su conducta está alejada de la que se castiga en el art.167.1, pero hasta aquí parece que también del 530 CP. Así, se evidencia que “*la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicar o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado,*” hasta ese momento, no ha cometido ningún ilícito.

No obstante, la redacción del art. 530 CP se extiende más allá y enlaza mediante la preposición «con» esa oración antecedente, con un complemento que la modifica: “con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales”. Esta frase es la que

¹⁴ (CLIMENT DURÁN, 1998 pág. 83)

¹⁵ Si fuese necesario para el cumplimiento de su función y siempre dentro del límite absoluto de 72 horas.

modifica la precedente; y, es precisamente la que la caracteriza como conducta típica recogida en el art. 530 CP.

Así la STS 1352/2004 de 22 de noviembre¹⁶, afirma:

[...]el tipo del artículo 530 queda reservado a los casos de detención justificada pero en la que se produce luego el incumplimiento de los plazos legales, como expresamente prevé el tipo penal, o la inobservancia de las restantes exigencias, como la de no poder exceder la detención del tiempo estrictamente necesario (arts. 17.2 CE y 520 LECrim), o de las garantías del artículo 520, a salvo lo relativo a la información de derechos cuyo incumplimiento ya hemos dicho origina el delito del artículo 537 y no el del 530 del Código Penal.

En sentido contrario, la reciente STS núm. 694/2016 de 27 julio¹⁷, inexplicablemente, casa la dictada por la Audiencia Provincial de La Rioja que había condenado a un policía por la comisión del delito previsto en el art. 167 en relación con el 163.1 CP, lo absuelve de éste y condena en segunda sentencia por delito del art. 530 CP, sin que en el factum conste vulneración de ninguna de las garantías “detentivas”.

Elemento normativo del tipo, la expresión “*con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales*”, requiere ser dotada de contenido para su correcta valoración. Contiene en sí una remisión a las normas legales que fijan tanto los plazos de la detención legal, como a las que establecen las garantías que el propio Estado reconoce al que se ve privado de libertad por su injerencia.

Dichas garantías «detentivas» se enuncian en el artículo 17 de la Constitución y desarrollan en los artículos 496 y siguientes, así como en los arts. 520 y siguientes de la LECrim, y no dejan de ser reflejo de un extenso marco normativo internacional vinculante que protege la libertad de las personas y los derechos que les asisten frente al ejercicio arbitrario del poder de los Estados, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Nueva York, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, o el Convenio para la Prevención de la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos.

La labor armonizadora llevada a cabo a través de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo como la 2010/64/UE de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, la 2012/13/UE de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales y la 2013/48/UE de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, han supuesto la consolidación de una serie de mejoras de los derechos del detenido, reforzando los

¹⁶ Con cita de la STS 1371/2001 de 11 de julio-

¹⁷ A pesar de reconocer que el policía procede a detener a causa de una decisión «equivocada y no amparada por el derecho» que interpreta las airadas protestas de un ciudadano en los pasillos de la comisaría como un hecho constitutivo de un delito de atentado.

contenidos en el art. 17 CE y ampliando los del art. 520 LECrim, el cual se ha visto modificado por la Ley Orgánica 5/2015 de Enjuiciamiento Criminal.

La sistematización que se ofrece¹⁸ de esas garantías y derechos facilitará su comprensión y alcance, permitiendo identificar su vulneración en aquellas acciones que desvirtúen su contenido o sobrepasen los límites que imponen:

A. Garantía modal

El art. 17 de la CE consagra como derecho fundamental la libertad, derecho que no siendo absoluto según reconoce el propio precepto, tan solo puede ser restringido con observancia de lo establecido en ese artículo, en los casos y en la forma prevenida en la Ley. Implica, por tanto, un límite que se impone tanto a los casos, como a la forma en que esta injerencia deberá llevarse a cabo para ser considerada legítima.

La forma enunciada en el art. 17.1 de la CE se refiere al modo en que debe practicarse la detención y tiene su desarrollo legal en el art. 520.1 LECrim, que establece que deberá practicarse de aquel modo que menos perjudique al detenido en su persona, reputación y patrimonio, además de procurar la salvaguarda de sus derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información, desde el momento mismo en que se produzca.

En consecuencia, esta garantía parece regir desde el mismo momento de la detención extendiéndose hasta su cese, pero como se verá, su vigencia temporal es más extensa.

Tiene su fundamento en la declaración que sobre el respeto a la dignidad de la persona proclama nuestra Constitución en el art. 10.1. y se concreta en el mandato del art. 520.1 LECrim, consistente en procurar la menor lesividad para la persona que ha de verse privada de libertad deambulatoria, sin que por ello quepa afectar otros derechos que los necesarios para el cumplimiento del deber que se impone a la policía judicial, en su función de esclarecimiento de hechos delictivos y de la averiguación de los autores.

Siendo la detención policial una medida cautelar provisionalísima que puede afectar a quien goza de la presunción de inocencia que le otorga el art. 24.2 de la Constitución, debe estar sometida a principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad que impone a los funcionarios policiales el art. 5 de la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante, LO 2/1986 de FFCCS). Tales principios, operan desde antes de que se produzca la detención, durante el tiempo en que se mantenga; e, incluso tras el cese de la detención.

Conforme a esos principios, ante la decisión de detener a una persona, el policía que conforme al art. 5.2 de la , LO 2/1986 de FFCCS que dispone como principio básico de la actividad de los integrantes de los cuerpos policiales el “impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral”, deberá valorar en primer lugar, si esa injerencia es coherente con la situación de hecho en la que se va a intervenir, eligiendo

¹⁸ Coincidente con la que hace CLIMENT DURÁN, 1998, por su alcance.

prudentemente el medio de intervención más adecuado procurando la idoneidad del procedimiento, ajustándolo en la medida en que las circunstancias varíen, conforme al principio de congruencia.

El principio de oportunidad exige que el agente se plantee, de manera previa y durante la detención, tanto el momento en el que ha de producirse ésta como el lugar y modo de llevarla a término, evaluando y procurando en todo caso conforme al principio de proporcionalidad, que las posibles consecuencias dañosas sean proporcionadas al mal que se produciría de no evitarlo, conforme a la alusión contenida en la Exposición de Motivos de la LO 2/1986 de FFCCS sobre la necesidad de que en la actuación policial, debe ser un criterio orientativo «la adecuación entre fines y medios», que se desarrolla en el mandato contenido en el art. 5.2.c de la referida ley.

Como establece el art. 5.3.c de la LO 2/1986 de FFCCS, los funcionarios de policía “velarán por la vida en integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y dignidad de las mismas”, lo que incluye necesariamente la adopción de una actitud activa para la salvaguarda de esos bienes, como la exclusión de cualquier otra que atente contra los mismos.

Especial mención merece el tratamiento que conforme al art. 521 LECrim deberá darse a los detenidos, procurando en la medida de lo posible que no compartan celda y de no serlo, su separación por sexo y edad. En ese sentido, la Secretaría de Estado de Seguridad, mediante la Instrucción 12/2007, de 14 de septiembre, sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo la custodia policial, imparte instrucciones precisas respecto a la práctica de la detención, y el tratamiento de detenidos, que refuerzan y complementan la regulación legal.

La exigencia legal de respeto a la vida e integridad física del detenido se extiende a su honor y dignidad, lo que obliga a quien detiene a buscar la discreción tanto en la elección del momento como del medio para llevarla a cabo, procurando la menor lesividad para la reputación del detenido. En virtud de esta premisa y conforme al mandato constitucional, se debe procurar evitar actuaciones que afecten a la reputación del detenido. Sobre todo aquellas en las que concurren medios informativos, vecinos o compañeros de trabajo, salvo que las circunstancias de flagrancia o la necesidad de inmediatez de la detención lo hagan inevitable.

En definitiva, se debe evitar el juicio mediático resultante de la detención de una persona que goza de presunción de inocencia, evitando que aparezca esposado frente a los fotógrafos y cámaras de televisión, extendiendo la necesaria cautela al contenido de la información que se transmita posteriormente a los medios, en comunicados y notas de prensa.

La Fiscalía General del Estado, dictó en diciembre de 2009 la Instrucción 3/2009 sobre el control de la forma en que ha de practicarse la detención, en la que se hace especial hincapié en la función tuitiva de los Fiscales en la defensa de los derechos de los ciudadanos en general, y de las garantías procesales de los imputados en particular, conminándoles a velar por que la detención se practique de la forma menos lesiva para la dignidad e intimidad de los afectados por la medida.

Por imperativo legal, igual protección merece el patrimonio del detenido, que deberá ser respetado, evitando cualquier afectación al mismo en la medida en que ésta sea posible.

B. Garantía informativa

Si bien la violación de esta garantía queda fuera del ámbito de vigencia del art. 530 y se castiga en el art. 537 CP¹⁹, haremos una breve referencia a la misma, significando la modificación introducida por medio del art. 2.4 de la Ley Orgánica 5/2015 de 27 de abril en el art. 520 LECrim con la nueva redacción de su apartado 2 y la adición del 2 bis.

El objeto de esta garantía, como expresa CLIMENT DURÁN,²⁰ es:

[...]que el detenido tome conocimiento acerca de que su detención no es arbitraria y que tiene los elementos fácticos y jurídicos que se le indican ; y, [...] que a la vista de todo ello el detenido pueda reaccionar defensivamente desde un primer momento, hablando con quien le ha detenido y pensando ya en su defensa y en la posible formulación de algún recurso.

En cuanto a su contenido, la nueva redacción del art. 520.2 LECrim impone que la información al detenido sobre los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad le sea facilitada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible y en una lengua que comprenda,²¹ permitiéndole conservar en su poder la declaración escrita de derechos durante todo el tiempo de la detención.

Asimismo, la modificación ha introducido el derecho a ser informado del plazo máximo de la detención legal hasta ser puesto a disposición judicial, así como de los medios de impugnación de la legalidad de la detención.

El art. 520.2bis por su parte, establece la obligatoriedad de adaptar la información sobre los derechos que asisten al detenido a su edad, grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una limitación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita.

Tras la entrada en vigor de la LO 5/2015 que modifica la LECrim, la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, en su reunión de 15 de julio de 2015 fijó como contenido mínimo de la información policial que ha de facilitarse a los detenidos la referida al lugar, fecha y hora de la detención y la comisión del delito, a la identificación del hecho delictivo, y también a los «indicios de los que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo», indicios, sobre los que ha de reseñarse su procedencia objetiva.

Con ocasión del RA 3766/2016, en fecha 5 de marzo de 2018, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en Sentencia 21/2018, en la que dedica sus fundamentos jurídicos 5,

¹⁹ Por aplicación del principio de especialidad.

²⁰ (CLIMENT DURÁN, 1998 pág. 171)

²¹ Mandato que enlaza con el contenido de la garantía asistencial que incluye la de disponer de intérprete en todas aquellos trámites, ejercicio de derechos y diligencias en las que deba intervenir el detenido.

6 y 7 a determinar tanto la forma, como el momento, contenido y extensión de la información relativa al derecho del detenido a ser informado de los fundamentos jurídicos y fácticos de la detención, así como el derecho de acceso a los elementos esenciales para impugnarla, conforme a lo que establece el art. 520 LECrim, declarando en el fundamento jurídico 6 c):

[...]la información que debe ser facilitada solo es suficiente si tiene un triple contenido: se ha de extender a los hechos atribuidos, a las razones motivadoras de la privación de libertad y a los derechos que, durante su detención, definen su estatuto personal. La información que la policía debe facilitar al detenido se extiende, por tanto, a los motivos jurídicos y fácticos de la detención; es decir, no sólo debe identificar y calificar provisionalmente la infracción penal que se sospecha ha cometido la persona detenida, sino también los datos objetivos que permiten establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investigado.

Para continuar más adelante en el mismo apartado, diciendo:

[...]la obligada referencia policial a las fuentes de prueba que permiten afirmar la concurrencia de los indicios que relacionan al sospechoso con el hecho investigado [...], dota de contenido al derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención, garantía adicional del derecho constitucional a la libertad y seguridad personal que ha obtenido por primera vez reconocimiento legal como derecho del detenido en el nuevo artículo 520.2 d) LECrim., a cuyos elementos nucleares nos referiremos a continuación.

A los que dedica el FJ 7, concluyendo que:

[...]Resulta evidente que solo si el detenido, debidamente asesorado, recibe información suficiente sobre los motivos por los que ha sido privado de libertad estará en condiciones de contrastar su veracidad y suficiencia. Tal constatación permite identificar el fundamento, momento, forma y contenido del derecho de acceso en el que el demandante fundamenta su pretensión de amparo.

Siendo que respecto al momento:

[...] Dicho intervalo se sitúa después de ser informado sobre las razones fácticas y jurídicas de la detención y antes de ser interrogado policialmente por primera vez. Por tanto, la pretensión de acceso a las actuaciones se produce siempre antes de que haya finalizado la redacción del atestado, del que la declaración del sospechoso es un elemento nuclear. De esta manera, el detenido, asesorado por el letrado designado voluntariamente o de oficio con quien previamente puede entrevistarse reservadamente (artículo 520.6.d) LECrim.), podrá decidir fundadamente su conducta procesal durante el interrogatorio, así como tomar la decisión de impugnar la legalidad de su privación de libertad cuando no comparta la causa que la motivó o la forma en que se está desarrollando. En este último caso, es al detenido a quien corresponde instar el ejercicio de su derecho, solicitando justificadamente los elementos de las actuaciones a los que quiere acceder.

La sentencia declara vulneradas las garantías que el art. 17.1 y 3 CE reconoce al demandante en cuanto titular del derecho a la libertad y seguridad personal, como consecuencia de no haber sido informado de modo suficiente sobre las razones de su

detención ni habersele permitido el acceso a los elementos de las actuaciones que eran esenciales para impugnar su legalidad.

C. Garantía asistencial

Esta garantía despliega sus efectos sobre tres de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley de Enjuiciamiento Criminal a cualquier detenido o preso, cuales son el derecho a asistencia de abogado, el de ser asistido por intérprete y el derecho a recibir asistencia médica.

El TEDH, en la sentencia del caso *Imbrioscia/ Suiza* de 24 de noviembre de 1993, declaró que *“las actuaciones previas al juicio están cubiertas, de manera que un sospechoso tiene derecho a contar con representación por abogado en todas las interrogatorios y declaraciones del proceso desde la fase más temprana del mismo”*. El derecho de asistencia jurídica, está así directamente entroncado con el derecho de defensa que reconoce a todos el art. 24.2 CE, derecho que el art 17.3 CE, garantiza a todo detenido y se materializa, en contar con la asistencia de abogado en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

Por esta previsión normativa, el art. 520.2.c LECrim, lo concreta en el derecho a designarlo y a ser asistido por él sin demora injustificada.

El punto 5 del referido art. 520 LECrim, regula la «libre designación de abogado», sin que pueda ser influido en tal designación por la autoridad o funcionario. Este derecho es irrenunciable para el detenido.²² Nace para la policía en defecto de designación, la obligación de solicitar al correspondiente Colegio de Abogados uno de oficio para su asistencia, regulando a continuación todo un procedimiento para conseguir la inmediatez y efectividad de la previsión de asistencia jurídica del detenido.

En cuanto al objeto de la asistencia letrada, la Ley de Enjuiciamiento Criminal lo enumera en el art. 520.6, que se ha visto sustancialmente ampliado con la redacción dada por la LO 5/2015 de 27 de abril, con el reconocimiento de una garantía hasta entonces negada a los detenidos, como es la posibilidad para el abogado de entrevistarse reservadamente con el privado de libertad, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, a salvo, lo dispuesto en el art. 527 en relación con el art. 509 LECrim. Esas comunicaciones tendrán carácter de confidenciales, con las consecuencias y las mismas excepciones que las previstas en el art. 118.4 LECrim.

La posibilidad de entrevista previa a cualquier toma de declaración policial, ya era defendida por PORTILLA CONTRERAS²³, quien consideraba que debía darse en todo caso, incluido el supuesto de incomunicación del individuo.

²² Salvo la previsión contenida en el 520.8 LECrim, referente a la posibilidad de renuncia, cuando haya sido detenido tan solo por causa de hechos delictivos relacionados con la seguridad del tráfico.

²³ (PORTILLA CONTRERAS, 1990 pág. 306)

No obstante, no es hasta que dicha posibilidad se ve impulsada por el art. 3.3 de la Directiva 2013/48/UE de 22 de octubre de 2013²⁴, cuando la LO 5/2015 de 27 de abril da nueva redacción al art. 520.6 LECrim la permite, trasladando así al Ordenamiento interno esa extensión del derecho de asistencia jurídica al detenido, si bien hay que mencionar que la Ley 38/2002 ya introdujo en el art. 775 LECrim una modificación en ese sentido al permitir, tanto antes como después de la toma de declaración con valor probatorio, la entrevista del detenido con su abogado.

Reflexionaba CLIMENT DURÁN²⁵ sobre la razón que podría ser el origen de no admitir la entrevista previa (en la anterior regulación), justificándola en *“el propósito legal de permitir que la policía recupere la ventaja que el delincuente tomó desde el momento en que cometió el hecho delictivo y ocultar las pruebas de su perpetración”*. No cabe duda de que en un sistema como el actual, en el que la presunción de inocencia debe ser vencida con pruebas legítimamente obtenidas y pleno respeto al estatuto jurídico del detenido, tal ventaja, basada en un supuesto «propósito legal», ha quedado desterrada.

La intervención del abogado en sede policial se enumera en el art. 520.6 LECrim y se centra en asistir al detenido de manera efectiva, durante los reconocimientos de identidad, interrogatorio policial, reconstrucciones, careos si se produjeran y recogida de muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

En efecto, no es ya una mera asistencia pasiva sino efectiva, en la línea que ya apuntaba el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en alguna de sus sentencias.²⁶

Debe entenderse de la STC de 5 de marzo²⁷, que el derecho del detenido enumerado en el art. 520.2.d LECrim – consistente en tener acceso a aquellos elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad – puede ser ejercitado tanto por el detenido, como en su nombre por el abogado que le preste asistencia, con vistas a una posible impugnación de la detención. Lo contrario, constituiría una restricción esencial que desnaturalizaría el derecho, y podría motivar que dicha incidencia se consignara en el atestado policial a instancia del abogado con base en el art. 520.6.b LECrim, o ser motivo que fundamente la impugnación.

Intimamente relacionado con el anterior, el derecho a ser asistido por intérprete gratuito está implícito en el derecho fundamental de defensa y vincula a quien procede a la detención desde el mismo momento en que ésta se produce. Este derecho se inicia en el mismo instante de la detención de quien, por ser extranjero o del que aún siendo nacional – pese a la obligación de conocer el idioma castellano – , diga no conocerlo y coincide con el momento en el que deberá ser informado tanto de los hechos que

²⁴ Establece un plazo de transcripción para los estados miembros, de a más tardar, el 27/11/2016

²⁵ (CLIMENT DURÁN, 1998 pág. 181)

²⁶ (STEDDHH, de 14 de abril de 2014, caso Cernák c. Slovaquie, § 78).

²⁷ STC Sala Primera núm. 21/2018 de 5 de marzo (FJ 9)

motivan su detención, de los indicios que lo relacionan con su participación, como de los derechos que le asisten.

Cuestión que plantea, en primer lugar, la necesidad de contar con formularios en la lengua que sea comprensible para el detenido, pudiéndose subsanar en su defecto lo antes posible, mediante un intérprete; y, por otra parte, la misma procura de ese intérprete en plazo razonable.

Siendo extranjero, el hecho de la detención debe ser puesto en conocimiento del cónsul de su país, facilitando la comunicación con el mismo conforme a lo establecido en el art. 520.3 LECrim. Este derecho afecta tanto a la garantía comunicatoria como a la asistencial durante la detención en relación con la que le pueda ser prestada conforme a la legislación internacional por ese consulado.

La intervención del intérprete se extiende a todas aquellas actuaciones en las que deba participar el detenido, incluso aquellas relacionadas con la entrevista y asistencia letrada.

Por último, el detenido tiene derecho a asistencia médica conforme a lo que prevé el art. 520.2.i, admitiéndose que le sea prestada por cualquier facultativo, en tantas ocasiones como sea necesario y ya desde el mismo momento de la detención por decisión de quien lo detuviese cuando su estado así lo aconsejase, o él lo reclamase por manifestar indisposición.

D. Garantía declaratoria

Los principales derechos que recoge esta garantía son los contenidos en el art. 520.2.a y c de la LECrim, en relación directa con el que se deriva del art. 24.2 de la CE, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia. Se trata de un derecho fundamental, cuya infracción puede causar indefensión material. Su vulneración incide en la presunción de inocencia y sus efectos estarán en función de la indefensión que produzcan, por lo que no deben ser tenidas en cuenta ni reseñadas aquellas manifestaciones que el detenido haga antes de ser informado de los hechos y su relación con los mismos, así como del contenido de sus derechos.

Si el detenido decidiera por sí mismo declarar ante la policía, se le deberá comunicar de nuevo su derecho a mantener silencio, a no decir la verdad y conforme al art. 389 LECrim, a no sufrir ninguna coacción ni amenaza, al igual que solicitar la paralización de la declaración cuando se sienta cansado, confuso o indispuesto.²⁸

Los mismos derechos persisten inalterables ante la declaración que tiene valor probatorio, realizada ante el juez.

Vulnerar esta garantía provocando al detenido –mediante sometimiento a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias – sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento,

²⁸ Art. 393 LECrim.

discernimiento o decisión, u otros que de cualquier modo, atenten contra su integridad moral, constituiría un delito de tortura del art. 174, y no el del 530 CP.

E. Garantía comunicatoria

Regulada en el art. 520.2.e, f y g, se materializa en el derecho a que se ponga en conocimiento de un familiar o persona que que desee, sin demora injustificada, su privación de libertad y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la oficina consular de su país. Incluye asimismo, el derecho a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección. Comunicación que no tendrá carácter de confidencialidad, debiendo celebrarse en presencia de un funcionario de policía.

Si el detenido es menor de edad, será puesto a disposición de las Secciones de Menores de la Fiscalía y se comunicará el hecho y el lugar de custodia a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del mismo.

Siendo el detenido extranjero, podrá ejercer su derecho a ser visitado por las autoridades consulares de su país, a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas. En caso de ser menor de edad, procederá comunicar de oficio el hecho de su detención a la oficina consular de su país.

No obstante, el detenido puede ver restringido ese derecho y ser sometido a incomunicación conforme lo dispuesto en el art. 527, cuando así se acuerde por resolución judicial mediante auto suficientemente motivado en los casos previstos por la ley.

F. Garantía temporal

El art. 17.2 CE dispone que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos; y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

El mismo plazo aunque con un pequeño matiz²⁹ recoge el segundo párrafo del art. 520.1 LECrim.

La STC 288/2000, de 27 de noviembre señala que, en la detención preventiva, operan dos plazos, uno relativo y otro absoluto:

El primero consiste en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, que, como es lógico, puede tener una determinación temporal variable en atención a las circunstancias del caso. Para la fijación de tal plazo habrán de tenerse en cuenta estas circunstancias y, en especial, el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las Autoridades implicadas y el comportamiento del afectado por la medida (SSTC 31/1996,

²⁹ Hace referencia a “dentro de los plazos establecidos en la presente Ley”, y en la ley se alude a otros plazos máximos, inferiores al de 72 horas, como en el art. 496 LECrim.

de 27 de febrero; 86/1996, de 21 de mayo y 224/1998, de 24 de noviembre). El plazo máximo absoluto presenta una plena concreción temporal y está fijado en las 72 horas computadas desde el inicio de la detención, que no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el que el afectado se encuentra en dependencias policiales (STC 86/1996, de 21 de mayo). En la hipótesis más normal de que no coincidan ambos plazos, absoluto y relativo, tendrá preferencia aquel que resulte más beneficioso para el detenido. El plazo relativo se superpone, sin reemplazarlo, al plazo máximo absoluto (SSTC 31/1996, de 27 de febrero y 86/1996, de 21 de mayo). En atención a tales plazos, la vulneración del artículo 17.2 CE se puede producir no sólo por rebasar el plazo máximo absoluto, es decir, cuando el detenido sigue bajo el control de la Autoridad gubernativa o sus Agentes una vez cumplidas las 72 horas de privación de libertad, sino también cuando, no habiendo transcurrido ese plazo máximo absoluto, se traspasa el relativo, al no ser la detención ya necesaria por haberse realizado las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, sin embargo, no se procede a la liberación del detenido ni se le pone a disposición de la Autoridad judicial (STC 224/1998, de 24 de noviembre).

Lo que determina la vulneración de la garantía temporal es, dentro del plazo absoluto, prolongar innecesariamente el plazo relativo.

El plazo máximo de setenta y dos horas puede ser ampliado conforme al art. 520 bis LECrim, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas.

En consecuencia, la garantía temporal se viola, como señala CLIMENT DURÁN,³⁰ cuando se sobrepase el tiempo que, en el caso concreto de que se trate, sea el necesario antes de presentar el detenido ante el Juez de Instrucción.

G. Garantía impugnatoria

Comprende el derecho a interponer demanda impugnando la legalidad de la detención, que será resuelta por el procedimiento sumarísimo y urgente regulado en la Ley Orgánica 6/1984 de 24 de mayo, del procedimiento de «Habeas Corpus». Este derecho, se deriva del mandato constitucional al legislador que contiene el art. 17.4 CE y tiene por objeto según declara la STC 31/1985 de 5 de marzo, que la persona privada de libertad considere que lo ha sido ilegalmente, acuda al procedimiento que la ley regula para de esta manera, permitir al Juez competente mediante la oportuna resolución determinar si la detención es ilegal o no, acordando lo procedente.

Se vulnera esta garantía obstaculizando o impidiendo su ejercicio, así como retrasando la comunicación de la solicitud de inicio del procedimiento.³¹

3. Elemento subjetivo del tipo

El art. 530 del CP requiere dolo, ya que su comisión culposa se castiga en el art. 532 CP.

La actuación de los funcionarios que constituyen la policía judicial está sometida a exigencias y requisitos legales que determinan tanto los casos como las formas en que

³⁰ (CLIMENT DURÁN, 1998 pág. 225)

³¹ Art. 5 de la LO 6/1984 de Habeas Corpus

pueden practicar una detención. Constituyen límites y procedimientos que imponen deberes concretos para evitar desviaciones y abuso de poder; y, se extienden tanto a los casos en que se puede detener, como al respeto de las garantías que amparan al detenido.

Si en el caso de las detenciones policiales que se castigan en el art. 167 CP, el dolo supone el conocimiento de la ilegalidad de la detención y voluntad de llevarla a cabo apartándose del legítimo ejercicio del cargo, con abuso de poder, el dolo que exige el art. 530 CP implica esa misma consciencia de actuar violando alguna de las garantías de las que es titular el detenido.

4. Comisión por imprudencia grave

La comisión culposa debe estar expresamente prevista en la norma penal para el delito de que se trate, a fin de que pueda ser efectivamente penado. Dicha tipificación, además, no se circunscribe a la previsión de la imprudencia in abstracto, sino que exige de la calificación expresa de tal comisión imprudente como grave o menos grave.

Si el art. 530 CP tipifica la comisión del delito analizado mediando dolo, el art. 532 CP, prevé la comisión por imprudencia grave. La que no pueda considerarse grave será atípica y, por tanto, no punible.

Conforme a reiterada jurisprudencia³², el delito por imprudencia exige que concurren los siguientes requisitos: “existencia de una acción u omisión voluntaria pero no maliciosa, la existencia de un elemento psicológico consistente en el poder o facultad del agente para conocer y prevenir un riesgo o peligro susceptible de determinar un daño, la concurrencia de un factor normativo que consiste en la infracción de un deber de cuidado en el cumplimiento de las reglas sociales establecidas para la protección de bienes social o individualmente valorados y que es la base de la antijuridicidad de la conducta imprudente, la causación de un daño y una existencia de relación de causalidad entre la conducta descuidada e inobservante de la norma objetiva de cuidado, como originario y determinante del resultado lesivo sobrevenido”.

Es evidente que la conducta imprudente que provoca una afectación al detenido y puede consistir tanto en una prolongación de su situación, como en la vulneración de las garantías enumeradas en los anteriores epígrafes, debe ser considerada grave.

5. Consumación y participación

Se produce tan pronto como se realizan todos los elementos del tipo.

Atendiendo a la corriente doctrinal y jurisprudencia que admite la cabida en este tipo de aquellas detenciones «fuera de los casos permitidos por las leyes» pero en los que «medie causa por delito», el perfeccionamiento del delito se producirá, en el mismo momento en el que se realice la detención vulnerando los preceptos que la autorizan, o bien, en aquél en que se vulneren alguna de las garantías detentivas.

³² SSTS 2252/2001, de 29 de Noviembre; 1841/2000, de 1 de Diciembre, entre otras.

Así, la detención ilegal por ausencia de causa legítima que la autorice es una infracción de perfeccionamiento instantáneo y de efectos permanentes, permitiendo la participación de otros, mientras ésta perdure.

La consumación del delito del art. 530 CP por vulneración de garantías constitucionales o legales se produce en el mismo momento en que son vulneradas esas garantías, por lo que es un delito instantáneo. Cabría la participación de quien, teniendo dominio del hecho ilícito, no lo remediara.

6. Conclusiones

Llegados a este punto, procede responder ahora a la cuestión de si una detención practicada fuera de los casos permitidos por la ley, aunque medie causa por delito, puede ser incardinada en el art. 530 Cp.

Para la jurisprudencia, es factible y así lo demuestran numerosas sentencias dictadas en este sentido.

Cabe preguntarse no obstante, si ello responde a la estricta aplicación del principio de tipicidad que impone el principio de legalidad, o bien, atiende a otras consideraciones como puedan ser las de proporcionalidad y mayor beneficio para el penado.

Las penas que impone el art. 167 CP son verdaderamente elevadas en comparación con las previstas en el art. 530 CP; y, es palmario, que los tribunales son reacios a aplicar tan severas sanciones salvo en casos manifiestamente arbitrarios y desproporcionados.

En opinión de quien suscribe el presente trabajo, esta cuestión crea una gran inseguridad y es contraria al espíritu de la reforma enunciada por el legislador en el Preámbulo de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, cuando en su enunciado cuarto, dice: "...en consonancia con el objetivo de tutela y respeto a los derechos fundamentales, se ha eliminado el régimen de privilegio de que hasta ahora han venido gozando las injerencias ilegítimas de los funcionarios públicos en el ámbito de los derechos y libertades de los ciudadanos. Por tanto, se propone que las detenciones, [...] llevadas a cabo por autoridad o funcionario «fuera de los casos permitidos por la Ley», sean tratadas como formas agravadas de los correspondientes delitos comunes, y no como hasta ahora lo han venido siendo, esto es, como delitos especiales incomprensible e injustificadamente atenuados".

Espíritu y voluntad que reafirma cuando en el Preámbulo de la LO 1/2015, justifica la modificación del art. 167 en la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia, garantizando resoluciones judiciales que sean percibidas en la sociedad como justas.

Admitir que las detenciones objeto de ésta hipótesis puedan ser calificadas como las del tipo contenido en el art. 530 CP, supone desatender al mandato del legislador y mantener el sistema de trato privilegiado del preterido Código Penal.

Cabe afirmar que es, precisamente, la redacción dada al tipo objeto de este trabajo, la que permite esa desviación y es en la expresión "mediando causa por delito", donde se materializa.

La Constitución prevé la legitimidad de la injerencia en el derecho a la libertad, «en los casos y en la forma previstos en la ley». Por ende, son casos y forma los que determinan la legalidad o ilegalidad de la detención, no las circunstancias.

Casos, que para la policía son los previstos en el art. 492 LECrim y se ajusten a los parámetros que en ellos se establecen. De no ajustarse, la conducta será típica del art. 167.1 CP, cuando como señala QUINTERO OLIVARES,³³ el funcionario “tenga la conciencia plena y absoluta de que la detención que ordena o realiza es ilegal y que ese acto es antijurídico en su inicio, realización y ejecución”.

Por el contrario, cuando los funcionarios de la policía judicial detengan – legítimamente ajustándose a los casos previstos en el art. 492 LECrim – y no obstante, dicha detención merezca el reproche penal por vulnerar plazos, garantías constitucionales o los derechos legales que asisten al detenido, éstas conductas deberán ser incardinadas en el artículo 530 CP y sancionadas conforme a lo que en él se establece.

Se hace recomendable una reforma que, simplificando la actual regulación punitiva, diferencie las que protegen la libertad deambulatoria en sí; es decir, «los casos», de las que en relación con la misma, atentan contra las «formas», como expresión de las garantías y derechos que amparan a quien es objeto de esa privación.

Con independencia de que se acometa desde una regulación unitaria o bien desde otra diferenciada en función del sujeto activo, en su caso, debería prescindirse de expresiones jurídicas que permitan tan amplia discrecionalidad y que puedan dar cabida a un trato privilegiado con respecto al delito común, procurando hacer orbitar tan sólo en torno a “los casos permitidos por la Ley” las causas de legítima intromisión.

³³ Citando la STS de 4 de diciembre de 2001

Bibliografía

CLIMENT DURÁN, C. 1999. *DETENCIONES ILEGALES Cometidas por autoridad o funcionario público.* Valencia : Tirant lo blanch, 1999. ISBN 84-8002-778-9.

—. **1998.** *Detenciones Ilegales policiales.* Valencia : Tirant lo blanch, 1998. ISBN 84-8002-632-4.

DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. 1998. *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial.* Madrid : EDITORIAL UNIVERSITARIA RAMON ARECES, 1998. Vol. II. ISBN 9788480042826.

Gimeno Sendra, V. 2012. La detención policial. *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas).* s.l. : Aranzadi S.A.U., marzo de 2012. ISBN 978-84-470-3857-2.

La detención ilegal cometida por funcionario público: tipos delictivos y criterios para su aplicación. **Jareño Leal, Ángeles. 2017.** 27, s.l. : Revistas Iustel, Mayo de 2017, Revista General de Derecho Penal.

La tipicidad de las detenciones ilegales policiales. **Bolea Bardon, C. y Robles Planas, R. 2006.** 381, Barcelona : InDret, Octubre de 2006.

PORTILLA CONTRERAS, G. 1990. *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público.* Madrid : Edersa, 1990. ISBN 84-7130-680-8.

QUINTERO OLIVARES, G. y otros. 2011. *Comentarios al Código Penal Español, Tomo I.* Cizur Menor (Navarra) : Aranzadi, 2011. ISBN-978-84-9903-741-7.

TAMARIT SUMALLA, J.M. 2005. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal (Dir. Quintero Olivares, G.).* 5ª. Cizur Menor (Navarra) : Aranzadi S.A., 2005. ISBN 84-9767-421-9.