



Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de elche

Grado en Derecho

Biblioteca

TRABAJO FIN DE GRADO

**La detención como medida limitativa de derechos
fundamentales**

Curso académico: 2019-2020

ALUMNO: PABLO ROS VERDÚ

TUTOR: MÁXIMO JOSÉ PERTUSA GUILLÉN

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	3
RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN.....	5
LA PRIVACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD	7
LA DETENCIÓN.....	8
1. Regulación.....	8
2. Concepto	8
3. Presupuestos.....	10
4. Caracteres	12
5. Clases de detención.....	14
5.1 En razón a su forma de cumplimiento	14
5.2 En razón del sujeto que la practica	15
EL PROCEDIMIENTO DE <i>HABEAS CORPUS</i>	20
1. Concepto y notas esenciales	20
2. Presupuesto material y ámbito de aplicación: La detención ilegal.....	21
CONCLUSIONES.....	29
BIBLIOGRAFÍA.....	32
MARCO NORMATIVO	35
JURISPRUDENCIA.....	36

ABREVIATURAS

Art. / Arts.	Artículo / Artículos
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Cfr.	Confróntese
CP	Código Penal
DDFF	Derechos Fundamentales
Dir.	Director
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
FJ	Fundamento Jurídico
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOHC	Ley Orgánica de Habeas Corpus
MF	Ministerio Fiscal
Núm.	Número
Op. Cit.	Obra citada
p.pp. / pág. págs.	Página / Páginas
SS	Siguientes
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
Vid.	Véase

RESUMEN

Dado que la mayoría de los procedimientos penales que se sustancian en nuestro país empiezan con una detención, sumado a la importancia que ostentan los Derechos Fundamentales por erigirse como el núcleo central del ordenamiento jurídico de todo Estado democrático de Derecho, se hace oportuno el estudio de esta medida cautelar, como medida limitativa del derecho fundamental a la libertad.

Puede ser detenida cualquier persona que esté cometiendo un delito o se disponga a cometerlo. Para ello, la ley autoriza la detención no sólo a los agentes de la autoridad sino también a determinadas personas en supuestos especiales cuya finalidad no es otra que la de asegurar la futura sentencia que se dicte e impedir que el investigado huya o ponga en peligro la continuidad del proceso.

El objeto de este trabajo está dirigido al estudio y análisis de la medida cautelar de Detención con apoyo en la normativa vigente, en la jurisprudencia y en la doctrina más autorizada.



INTRODUCCIÓN

La detención se afirma como una institución jurídica básica de la que goza nuestro Estado Social y de Derecho. Pero sobre todo merece nuestra atención por el hecho de hallarse en juego un bien jurídico de gran importancia para la persona humana y, a su vez, para la sociedad, que es la libertad. En las siguientes páginas intentaremos dar razón del concepto, presupuestos, caracteres y clases de esta medida coercitiva. Más tarde, daremos fin a este trabajo abordando la figura del Habeas Corpus frente a la detención ilegal cometida por autoridad o funcionario público fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito. Asimismo, trataremos de ilustrar este campo de investigación a partir de la asentada jurisprudencia del Tribunal Constitucional para que nos facilite la labor.

Conviene destacar la importancia que, actualmente, ostentan los llamados derechos fundamentales en nuestra Constitución. Éstos ya no son considerados únicamente como esferas de libertad que rigen frente a quien posee el poder, sino que ahora predomina su posición central en nuestra sociedad y Estado de Derecho como aquellos bienes inherentes a cada individuo, erigiéndose como la base de nuestro bienestar social. Este cambio tan importante tiene su origen más inmediato en los años posteriores a la II Guerra Mundial en la Europa Continental, cuando las Constituciones plantearon un modelo de justicia apoyado esencialmente en el pleno reconocimiento de la dignidad humana y en el respeto a los DDFF. Por esta razón, gracias al constitucionalismo moderno, los poderes públicos no sólo tienen por misión el deber de respetar este derecho, sino que además han de promover su ejercicio entre la sociedad, es decir, de que su ejercicio sea real y efectivo sin ningún tipo de impedimento o dificultad en su plenitud dado que así lo señala el art. 9.2 CE. Su regulación también se observa en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, concretamente en su art. 3, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, art. 9.1 y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 6. No obstante, en un proceso penal los DDFF no son absolutos. Por ello, entre el fin de descubrir la verdad y al mismo tiempo de garantizar la defensa y libertad de cualquier individuo, se demanda la aplicación por parte del juez del principio de ponderación o proporcionalidad que sea capaz de armonizar el respeto de ambas necesidades. Por tanto, en tanto que constituyen

un límite a la investigación penal, pueden ceder a los efectos de conseguir el ansiado equilibrio.

El reconocimiento del derecho a la libertad se articula desde una perspectiva negativa. Esto es, la privación de libertad se deduce de la lesión o perturbación que ejerce una autoridad pública o un tercero sobre el titular del derecho impidiendo completamente su ejercicio efectivo. Según la STC 15/1986, de 31 de enero, tanto la libertad como la seguridad en ningún caso pueden ser restringidas por medio de una detención que sea ilegal, porque se estaría causando un perjuicio a esa persona que busca desarrollar libremente su vida privada y social de acuerdo con sus valores morales y éticos dentro del territorio nacional. Podría decirse que la justificación que ha adoptado el tribunal mantiene una estrecha conexión con el art. 10.1 CE, al reconocer que el libre desarrollo de la personalidad y de los derechos que le son inherentes son la base del orden político y de la paz social. Por lo que el texto constitucional se encarga de plasmar aquellos mecanismos encargados de velar por su protección y que se prevén a lo largo del art. 17 en sus cuatro apartados.

Sólo estará justificada la detención que sea legítima y hubiera sido adoptada por el órgano competente en ese momento conforme a los presupuestos y condiciones determinados por la ley (principio de legalidad). En tanto los derechos fundamentales ostentan una posición preferente, el Estado debe respetar todo lo posible tales derechos en el curso de la fase de instrucción, llegando a frenar su ejercicio cuando se den las condiciones que la propia CE y las leyes establecen. En este orden, la razón de la detención es exclusivamente necesaria a la hora de restringir o limitar el derecho fundamental a la libertad cuando resulten motivos suficientes para la imputación de la persona responsable de la comisión del delito que se pretende sancionar por medio de la facultad del *ius puniendi* del Estado en orden a lograr una coexistencia pacífica digna de seres humanos y al mismo tiempo, de que se llegue a la solución judicial de todo conflicto jurídico.

LA PRIVACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD

La privación de este derecho fundamental sólo es posible cuando esté recogido expresamente en un título legal¹. Dice el art. 17 CE en su apartado primero que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad y nadie puede ser privado de ella, salvo lo previsto en este artículo y en la forma previstas en la ley. De la misma forma, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado diciendo que este derecho consiste en no ser privado de libertad salvo lo dispuesto en la ley². Por tanto, podemos decir que las conductas que supongan una privación de la libertad sin tener en cuenta los criterios que la justifican serán consideradas contrarias a la Constitución.

La CE otorga a la libertad el carácter de “valor superior” del ordenamiento jurídico junto a los de justicia, igualdad y pluralismo político tal y como aparece proclamado en el artículo 1. Podemos entender por libertad aquella manifestación conductual íntimamente relacionada con la libertad de movimiento o deambulatoria, es decir, de trasladarse de un lugar a otro sin ningún tipo de restricción o prohibición³. Queda por tanto fuera de nuestro estudio la dimensión intelectual de la misma, esto es, la libertad de expresión o pensamiento.

Nos detendremos en el análisis de su faceta física, la libertad frente a la detención, condena o internamientos que sean arbitrarios. Ahora bien, esto no implica que sea un derecho absoluto⁴, puesto que en el curso de una investigación penal puede ceder su ejercicio con el deseado fin de que se llegue a la solución judicial de todo conflicto jurídico que, en primer lugar, pasa necesariamente por el hecho de hacer posible el enjuiciamiento penal del investigado en el marco de un proceso y, en segundo lugar, el aseguramiento de la futura sentencia que se dicte. Para ello, la intromisión o vulneración en su ejercicio ha de ser legítima y sometida a condiciones o presupuestos establecidos por la ley. Siguiendo a MORENO CATENA, solamente cabría justificar la

¹ Véase los arts. 5 y 8 CEDH.

² Véase al respecto SSTC 140/1986, de 11 de noviembre; 241/1994, de 20 de julio y 121/2003, de 16 de junio.

³ En igual sentido MORENO CATENA, V., *Derecho procesal penal* (con CORTÉS DOMÍNGUEZ), 7ª Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 302.

⁴ ENCINAR DEL POZO, M. Á., *Ley de Enjuiciamiento Criminal con Jurisprudencia Sistematizada*, 1ª Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 629.

privación de libertad cuando el investigado se halle sometido a un proceso y cuya culpabilidad se presuma del esclarecimiento de los hechos⁵.

LA DETENCIÓN

1. Regulación

Para conocer su regulación debemos tener en consideración el art. 1 CE, que como ya se ha dicho, configura a la libertad como un auténtico derecho fundamental cuyo ejercicio vincula a todos los poderes públicos y también al legislador en su tarea de respetar el contenido esencial de dicho derecho, consagrado a su vez en el art. 17 CE. De ello también se ocupa el CEDH en su art. 5 enumerando los motivos por los que puede ser limitado el derecho a la libertad. De igual manera aparece regulada en la LECrim, en concreto en los arts. 489 y ss. y 520 y ss. en lo que se refiere a la asistencia letrada del detenido. Por su parte, el CP recoge el delito de detención ilegal en los arts. 163 a 168.

2. Concepto

Partiendo del concepto de detención podemos afirmar que es aquella medida cautelar personal consistente en una privación de forma temporal de la libertad deambulatoria o de movimiento del imputado que se adopta o bien en el seno de un proceso ya iniciado o ante la sospecha de la comisión de un hecho delictivo, y con la finalidad de iniciar posteriormente un proceso penal.

La instauración lícita de la detención está encaminada a garantizar el cumplimiento no de cualquier fin o interés, sino que ha de tratarse de un fin constitucionalmente protegido que autorice la restricción del derecho fundamental en cuestión. En este planteamiento, surge un conflicto por averiguar la preferencia de uno respecto del otro, entre la libertad del presunto autor del hecho delictivo y la facultad que posee el Estado de perseguir y castigar los delitos como fin constitucionalmente

⁵ MORENO CATENA, V., *Derecho procesal penal...*, op. cit., p. 262.

lícito a través del *ius puniendi*, que debe resolverse mediante la imposición de una situación de equilibrio de ambos y garantice a su vez a la sociedad el derecho a una convivencia pacífica. La solución a esta problemática viene acompañada de una serie de principios que toda medida cautelar debe atender y que más tarde desarrollaremos. El destacado principio de proporcionalidad acompañado del principio de instrumentalidad (es necesario que exista un proceso para que el imputado sea presentado ante la Autoridad Judicial, se le juzgue y finalmente se dicte la sentencia penal que corresponda), provisionalidad (la medida que se acuerde no será definitiva, debiendo cumplirse los plazos legales), temporalidad (la ley es la que fija los límites de duración), y la jurisdiccionalidad (donde la decisión la adopta el juez, a excepción de los casos de detención por particulares o bien, de los agentes y cuerpos de seguridad que aparecen mencionados en la ley).

Otra definición del concepto de detención dada por MONTERO AROCA sería la siguiente: “La detención es una medida cautelar personal consistente en la privación leve de la libertad, limitada temporalmente, con el fin de poner al sujeto detenido a disposición de la autoridad judicial, quien deberá resolver, atendidas las condiciones legales, acerca de su situación personal, bien manteniendo la privación de libertad por tiempo mayor (prisión provisional), bien adoptando una medida cautelar menos gravosa (libertad provisional), o bien restableciendo el derecho a la libertad en su sentido natural ante la ausencia de presupuestos que condicionen una tutela cautelar penal”⁶.

De esta definición podemos concluir que solo nos referiremos a aquellas detenciones que se adopten en un proceso, dejando al margen aquellas que se deriven de normas relacionadas con la seguridad ciudadana (art. 16 LO 4/2015, de 30 de marzo)⁷. Tampoco entra dentro de nuestra consideración la diligencia de cacheo, al entender la STS 510/2002 de 18 de marzo, que no es propiamente una detención, sino una restricción de la libertad de mínima entidad, por lo que no le son aplicables las

⁶ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, 27ª Ed., Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 280.

⁷ En su art. 19 establece que “Las diligencias de identificación, registro y comprobación practicadas por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con ocasión de actuaciones realizadas conforme a lo dispuesto en esta sección no estarán sujetas a las mismas formalidades que la detención”.

exigencias derivadas del art. 17 CE. Igualmente, no será considerada como detención la llevada a cabo con fines radiológicos o para realizar una prueba de alcoholemia⁸.

En torno al concepto de la retención policial, el TC se ha pronunciado en su STC 10 de julio de 1986 declarando que entre la detención y la libertad no pueden encontrarse zonas intermedias⁹. Por medio de la retención, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad están facultados para realizar las diligencias de identificación que resulten idóneas en las dependencias policiales a los efectos de prevenir e impedir la comisión de un delito o infracción administrativa. Para ello es necesario que el presunto autor del hecho no hubiera podido ser identificado, tal y como lo sostiene la STC 341/1993, de 18 de noviembre. Por tanto, cabe pensar en que cuando se dan las circunstancias para retener a una persona, al no tratarse de una verdadera detención, al retenido no se le aplicarían las mismas garantías que tiene un detenido. En otras palabras, al no constituir una detención, el retenido no puede reclamar los derechos previstos en el art. 17.3 CE. En caso contrario, un detenido nunca puede ser interrogado en dependencias policiales, puesto que debe ponerse inmediatamente en conocimiento del juez, que es ante quien debe declarar y no ante un agente policial, cuya tarea de detención ya finalizó.

Por último, debemos añadir que la finalidad de la detención no está dirigida a la investigación del delito, sino a la evitación de los riesgos de fuga, reiteración delictiva y destrucción de pruebas que pongan en peligro la ejecución de la sentencia, así como a asegurar la presencia del imputado en el proceso.

3. Presupuestos

La detención, como medida cautelar que es, debe responder a dos tipos de presupuestos: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. Ambos son necesarios si se quiere adoptar la deseada medida puesto que si falta alguno de ellos dicha medida no será

⁸ Vid. STS 1579/2005, de 22 de diciembre.

⁹ Véase STC 98/1986, de 10 de julio, FJ 4. Igualmente, STS 838/2013, de 12 de noviembre.

posible. Sin embargo, NIEVA FENOLL reduce la enumeración únicamente al primer presupuesto¹⁰.

a) El *fumus boni iuris* o “apariencia de buen derecho” se traduce en la imputación contra una determinada persona por el presunto delito cometido. En otras palabras, que existan indicios racionales de criminalidad. Para ello es requisito necesario que el sujeto pasivo posea la condición de investigado¹¹. Así, la apertura del proceso debe sustentarse sobre la máxima certeza de que el imputado se ha visto involucrado en el delito y no hay dudas acerca de su culpabilidad ya que está en juego la restricción del derecho a la libertad de una persona. En este sentido, el juicio de imputación responderá a un mayor grado de certeza si la medida cautelar a adoptar resulta ser más severa, como lo es la prisión provisional, puesto que supone un plazo más duradero en la limitación de la libertad deambulatoria del sujeto pasivo.

b) En cuanto al segundo presupuesto de las medidas cautelares, el *periculum in mora* o “peligro de mora procesal”, consiste en la posibilidad de que el imputado, durante la celebración del proceso, impida con su conducta el normal desarrollo del mismo, así como la ejecución de la sentencia que se dicte llegado el momento. Son principalmente tres los riesgos que comprende este presupuesto: el peligro de fuga, destrucción de pruebas y reiteración delictiva. De esta manera, ha quedado rechazado definitivamente el de la “alarma social” provocada por el delito¹². Cabe señalar por lo que respecta al

¹⁰ Cfr. NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal III Proceso Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 259. “En cuanto a los presupuestos de las medidas cautelares, en el proceso penal quedarían reducidos a tres, el *fumus*, el *periculum* y la pendencia de un proceso, si no fuera porque este último es una obviedad y el segundo no es un auténtico presupuesto, sino una descripción de la situación cautelable, lo que deja reducida la enumeración al primer presupuesto”.

¹¹ MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal...*, op. cit., p. 86. “Es parte necesaria en el proceso; esta característica implica que, de no existir persona contra quien se dirija la acusación, no puede entrarse en el juicio y, por tanto, no cabe dictar sentencia condenatoria, de aquí que se considere como diligencia de investigación imprescindible su identificación y determinación”. En sentido similar, ASENSIO MELLADO, J.M., *Derecho Procesal Penal*, 7ª Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 38; NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal III...* op. cit., p. 135.

¹² Cfr. PILLADO GONZÁLEZ, E., GRANDE SEARA, P., “Las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva en el Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal” en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal* (dir. MORENO CATENA),

riesgo de fuga, ha de ser valorado en cada caso concreto y se tendrá en consideración no solamente la naturaleza del delito y de la pena, sino también las circunstancias personales del imputado¹³.

4. Caracteres

Las medidas cautelares obedecen a una serie de caracteres. Entre ellos se encuentra la instrumentalidad donde la decisión que se tome en relación a esa medida cautelar se supedita a un proceso ya incoado puesto que la misma se considera accesoria del proceso pendiente o futuro. Por tanto, esta vinculación se mantendrá mientras esté pendiente la resolución judicial del mismo. Si por el contrario, se pone fin al proceso, quedan extinguidos sus efectos. Por otra parte, la provisionalidad implica el sometimiento de la medida cautelar a unos estrictos plazos marcados por la Ley. En este sentido, la provisionalidad puede verse como una consecuencia del anterior. Así, entre la provisionalidad y la temporalidad, aunque a priori puedan considerarse la misma cosa, su notable diferencia reside en el límite temporal. Así, mientras el estado de provisionalidad se mantiene siempre vigente hasta el momento en que acontezca otra circunstancia que implique un nuevo plazo, la temporalidad no es ilimitada puesto que es la ley la encargada de marcar los límites¹⁴.

Estas medidas están sujetas a la regla “rebus sic stantibus”, por lo que, si los presupuestos que las motivan desaparecen o cambian, éstas deberán necesariamente también desaparecer o adaptarse a las nuevas circunstancias, siendo sustituidas por otras o simplemente dejándolas sin efecto.

Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 451; En el mismo sentido, ASENSIO MELLADO, J.M., *Derecho procesal penal...*, op. cit., p. 175.

¹³ En este sentido, véase la STC 128/1995, de 26 de julio.

¹⁴ Esta diferencia también es señalada por CALAMANDREI en CALAMANDREI, P., *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Ediciones Olejnik, Chile, 2018. Según este autor, la diferencia entre la provisionalidad y la temporalidad es que la primera significa que la medida permanecerá en el tiempo hasta que acontezca un evento posterior que requiera su modificación por otra, mientras que la temporalidad obedece a una duración que se limita en el tiempo, dado que no puede durar para siempre.

En cuanto a la homogeneidad de la medida, se caracteriza por ser homogénea, pero no idéntica a la que se adopte en la futura sentencia. Su objeto está encaminado exclusivamente al aseguramiento de la sentencia que se pretende dictar.

Dado que el derecho a la libertad deambulatoria tiene la categoría de derecho fundamental, el legislador procesal ha de controlar los límites que afecten a este derecho teniendo en cuenta para ello al principio de proporcionalidad¹⁵. Por lo que respecta a este principio, se traduce en el adecuado equilibrio entre la reacción penal al delito cometido y la finalidad que se persigue con la pena impuesta. Se deduce así su carácter práctico y al mismo tiempo protector ya que se encuentra expresamente consagrado en nuestro texto fundamental en la medida en que se dirige a los poderes públicos cuando se exceden en su ejercicio de manera arbitraria. En definitiva, el principio de proporcionalidad se constituye en nuestro ordenamiento jurídico como un claro intento de minimizar todo lo posible la violencia ejercida por el Estado a través del *ius puniendi*. A su vez, dicho principio mantiene una estrecha vinculación con el de necesidad. Para ello hemos de tener en cuenta que la detención solo debe resultar aplicable cuando sea necesario, o sea, cuando no haya otra medida menos gravosa para el derecho fundamental a través de la cual pueda alcanzarse el mismo fin legítimo. En estas ocasiones en las que no se sabe muy bien si el investigado ha cometido realmente el hecho por el que se le persigue, deberá interpretarse la ley de la manera que sea más favorable a la libertad.

Pero lo que caracteriza principalmente a la detención, respecto de las otras medidas cautelares, es su jurisdiccionalidad y provisionalidad. En relación con la jurisdiccionalidad, en tanto en cuanto, no es necesario que practique la detención la autoridad judicial, siendo lo común que se lleve a cabo por los agentes de las fuerzas de seguridad además de los particulares. Tendremos, por tanto, diversos tipos de detención. Y en relación con la provisionalidad, al ser la detención una medida cautelar que podríamos calificar como “provisionalísima” ya que su duración es mucho más breve al

¹⁵ Véase en este sentido DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 61. Para esta autora, la limitación impuesta por el legislador al derecho a la libertad ha de estar debidamente controlada y ello solo será posible gracias a la aplicación de dos principios: El principio de reserva de Ley y el de unidad de la Constitución. Tarea ésta que nos lleva a detenernos en el análisis de otro principio fundamental, el de proporcionalidad o ponderación de bienes.

no poder sobrepasar las 72 horas. Pasamos a continuación a enumerar las clases de detención.

5. Clases de detención

Cabe distinguir dos clases de detención: Atendiendo por un lado al sujeto que practica la detención y, por otro, a su forma de cumplimiento.

5.1 En razón a su forma de cumplimiento

De acuerdo con el art. 509.1 LECrim, el juez podrá acordar con carácter excepcional la incomunicación del detenido siempre y cuando se cumplan dos requisitos: uno, que exista una necesidad urgente de evitar que la vida, la libertad o la integridad física de una persona estén en peligro; y dos, que exista una necesidad urgente para el juez de actuar de manera inmediata con el fin de evitar comprometer de manera grave el proceso. La detención por incomunicación ha llevado al TC a pronunciarse acerca de su naturaleza y finalidad. El alto tribunal sostiene que podrá decretarse la incomunicación del detenido para el caso de investigaciones terroristas y bandas armadas previa petición por parte de las autoridades estatales de manera urgente y sin interrupciones¹⁶, privando al detenido de su derecho a designar letrado de confianza, así como poder entrevistarse reservadamente con su abogado mientras dure la detención¹⁷ siempre que se comunique su adopción mediante resolución motivada (auto). Por lo que se refiere a la finalidad, el TC señala dos aspectos que legitiman la medida: no obstaculizar los fines de la instrucción y la de aislar al detenido de relaciones personales, que pueden ser empleadas para transmitir al exterior todo lo relativo a la investigación del caso en perjuicio del desarrollo de ésta. Para estos casos, el art. 527 LECrim dispone que la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal podrán solicitar la restricción de derechos por un plazo máximo de 24 horas de conformidad con lo

¹⁶ Véase STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 11; STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3.

¹⁷ Vid. ATC 155/1999, de 14 de junio.

dispuesto en el art. 509¹⁸. Finalmente, gracias a la reforma operada por la LO 13/2015, el detenido podrá comunicarse con terceras personas como muestra del respeto fundamental al trato digno que merece toda persona privada de libertad. Podemos afirmar que el régimen de incomunicación obliga al preso a seguir incomunicado durante las próximas veinticuatro horas a los efectos de asegurar los fines que habilitan esta medida. Entendemos que si la norma faculta la prolongación de esta nueva prórroga para estos supuestos es porque considera esencial la protección de los bienes tan preciados y que se encuentran amparados por nuestra Carta Magna, como lo son la paz social y la seguridad ciudadana, por medio de la persecución y castigo de los delitos.

5.2 En razón del sujeto que la practica

a) La detención por particulares.

El art. 490 LECrim dispone que cualquier persona puede detener cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1. °Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo.
2. °Al delincuente “in fraganti”.
3. °Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena.
4. °Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme.
5. °Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior.

¹⁸ En este sentido, GONZÁLEZ-MONTES, S., propone una redacción más acorde y detallada de ambos preceptos con el fin de evitar confusiones al respecto. Véase GONZÁLEZ-MONTES, S., en “Reflexiones sobre el proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 17, 2015, p. 20.

6. °Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente.

7. °Al procesado o condenado que estuviera en rebeldía.

Se observa que el legislador se refiere a “cualquier persona” a la hora de introducir el precepto. Pues bien, esto significa que tanto los particulares como las Autoridades y agentes de la Policía Judicial legalmente pueden ordenar y realizar una detención. Por lo que se refiere a la modalidad de detención que ahora nos ocupa, esto es, la llevada a cabo por ciudadanos individuales, no está permitida en todos los ordenamientos. Sin embargo, en aquellos donde sí se da esta posibilidad como ocurre en el caso español, tan sólo se exige como una facultad que concede el Estado al ciudadano relacionada con el deber de colaboración que tienen todos con la Administración de Justicia cuya finalidad consiste en poner inmediatamente a disposición de la autoridad judicial o policial a la persona detenida o bien poner en su conocimiento la comisión del delito cometido si lo ha presenciado como testigo directo. En consecuencia, cualquiera que practique la detención fuera de los casos expresamente permitidos por el mencionado art. 490 incurrirá en un delito de detención ilegal tipificado en el art. 163.4 del Código Penal.

b) La detención policial.

La detención policial es la que se realiza con mayor frecuencia y se encuentra regulada por los arts. 492 a 496 de la ley procesal penal. De esta manera, la policía no sólo va a poder ejercer su papel conforme a los supuestos enumerados en estos preceptos, sino también en los del art. 490 del mismo Cuerpo Legal. La diferencia con el anterior tipo de detención está en la labor de seguridad que compete a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la cual consiste en privar temporalmente de libertad por el tiempo imprescindible al sospechoso que ha realizado el hecho punible, previa investigación del mismo, debiendo acordar su libertad o prisión por mayor tiempo¹⁹. Por tanto, no se trata de facultades, sino de obligaciones dirigidas a la policía con el objeto de realizar las averiguaciones pertinentes tendentes al esclarecimiento de los hechos que presentan los caracteres de delito.

¹⁹ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “La detención policial: garantías constitucionales”, *Actualidad jurídica Aranzadi* núm. 374, 1999.

En segundo lugar, VIDAL FERNÁNDEZ sostiene que se trata de una medida precautelar, que no cautelar, por la sencilla razón de que en algunos casos el juez o tribunal competente desconocen la detención y no se ha abierto aún el proceso frente al imputado²⁰. El TC, por su parte, se ha pronunciado sobre la naturaleza de la detención preventiva y la ha calificado de penal, policial y cautelar²¹.

Por lo expuesto, la naturaleza policial de esta forma de detención cobra especial importancia en la medida en que las fuerzas y cuerpos policiales persiguen con sus fines garantizar la paz y seguridad nacionales protegiendo los derechos de sus ciudadanos. Pueden actuar por sí mismos o por orden de un juez o fiscal para decidir sobre la privación de libertad del sospechoso, debiendo salvaguardar al mismo tiempo sus derechos sin ningún tipo de arbitrariedad en su conducta. Para evitar que esto suceda, hemos de tener presente en todo momento los presupuestos que se recogen en los artículos antes mencionados.

c) Detención por el Ministerio Fiscal.

Esta modalidad de detención practicada por el MF se circunscribe en la práctica jurídica a la fase preprocesal del procedimiento en las llamadas “diligencias previas de investigación”. Según el art. 5 EOMF, el MF únicamente podrá adoptar la detención preventiva, puesto que una vez abierto el juicio, toda medida cautelar que suponga una privación de libertad, deberá ser acordada por el Juez de Instrucción.

Si el Fiscal se ve impedido para decidir sobre la situación personal del imputado desde el momento en que se incoa el proceso se debe a su condición de parcialidad como parte acusadora al sostener la acusación. En palabras de FUENTES, “la adopción de medidas restrictivas de derechos así como la práctica de las pruebas no podrá ser encomendada al Ministerio Fiscal que ni es independiente, ni imparcial, ni tampoco

²⁰ Vid. VIDAL FERNÁNDEZ, B., “Cooperación policial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea”, en DE HOYOS SANCHO, M. (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Valladolid, 2009, p. 715. Este autor califica a la detención policial de medida precautelar desde el momento en que se lleva a cabo previa incoación del futuro procedimiento penal por un órgano distinto del judicial.

²¹ Cfr. STC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 2.

podría serlo desde el momento en que su función es la de sostener la acusación y, por ello, ser parte en el proceso”²².

De este modo, la actuación del Fiscal comienza con la práctica por sí mismo o con una orden dirigida a la Policía Judicial de realizar aquello que considere oportuno a los fines de la investigación. Y concluye, bien mediante el archivo de lo actuado porque no reviste los caracteres de delito, bien poniendo a la persona detenida a disposición del Juez de Instrucción. También se verá obligado a abandonar su actividad investigadora si es conocedor de que se está tramitando paralelamente un procedimiento sobre los mismos hechos.

d) Detención judicial.

La detención judicial es aquella que acuerda el juez en el curso de una investigación judicial. Así, una vez emitida la decisión por el juez competente, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad procederán a la detención de la persona requerida, para posteriormente, ponerla a su disposición. A continuación, el juez tiene dos opciones: sustituir la detención por la prisión provisional o dejarla sin efecto, esto es, poner en libertad a la persona detenida por no concurrir los indicios que motivaron aquella. Para ello, dispondrá de un plazo máximo de 72 horas a partir del momento en que le hubiere sido entregado el detenido. Por tanto, puede apreciarse que, a diferencia de la detención preventiva, la situación del detenido corresponde exclusivamente al juez dado que el detenido no se encuentra ya a disposición de la policía. Ahora bien, puede darse el caso de que el juez que conoce del asunto no sea el competente.

Para ello, nos remitiremos al art. 496 LECrim que señala que *“El particular, Autoridad o agente de Policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes artículos, deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma”*. Como es lógico, el particular o agente de la autoridad encargado de llevar al delincuente inmediatamente y sin interrupción ante la autoridad judicial, se le exige que lo traslade al juez que se halle más cerca del lugar de

²² FUENTES SORIANO, O., “Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma”, *Fundación Alternativas*, Madrid, 2003, p. 36.

la detención. Si el juez ante quien fuera llevado el recluso no es competente, haya o no un procedimiento abierto, lo remitirá (al detenido) inmediatamente junto con toda la documentación pertinente sobre la detención (identificación del autor de la detención, la causa de ésta, nombre del detenido...) al que deba conocer o, en su caso, al que ya esté conociendo del asunto (arts. 498 y 499 LECrim).

El plazo que establece este precepto es distinto del que dispone el art. 17.2 CE. Esto ha dado pie a diversas interpretaciones en ciertos sectores de la doctrina²³. A pesar de ello, el propio TC ha venido a resolver esta cuestión, mostrando su conformidad con el plazo de 72 horas que caracteriza a la detención preventiva. Teniendo presente esto, estima dos plazos: uno relativo, referido a la averiguación y esclarecimiento de los hechos, y otro máximo absoluto, fijado en las setenta y dos horas²⁴. Igualmente, cabe pensar que se estará ante una intromisión del derecho a la libertad de esa persona aun cuando no habiéndose cumplido el plazo máximo y se haya prolongado indebidamente. No obstante, la garantía del plazo de las setenta y dos horas es cuestionada en los casos en que se traslada al detenido ante el juez incompetente ya que transcurre un lapso de tiempo duradero dificultando su cumplimiento. Es normal que, en el momento en que ninguno de los dos coincida (absoluto y relativo), prevalecerá el que sea más beneficioso para el afectado²⁵.

Aunque el plazo de 24 horas resulta ser más garantista para el detenido porque se le pone antes a disposición judicial y el juez pueda decidir acerca de su situación personal, para la jurisprudencia y el TC el plazo de 72 horas es el que mejor se ajusta a la finalidad de la detención gubernativa. Ahora bien, los actos necesarios encaminados a un mejor esclarecimiento de los hechos han de interpretarse de manera restrictiva, esto es, solo de aquellos que guardan relación con el detenido: reconocimiento e identificación del detenido y su toma de declaración.

De lo anterior, se observa que el precepto constitucional referido en ambas detenciones es diferente. La detención preventiva se articula, pues, en consonancia con

²³ Así, se muestra a favor del plazo de veinticuatro horas LORCA NAVARRETE en LORCA NAVARRETE, A. M., *Derecho procesal penal*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 109.

²⁴ STC 95/2012, de 7 de mayo.

²⁵ STC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3.

el art. 17.2 CE. Mientras que la detención judicial se apoyaría en el 17.1²⁶. Lo que demuestra que esta medida cautelar posee una naturaleza variable en función a sus clases. Por una parte, la adoptada por particulares o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin previa autorización judicial o del Ministerio Fiscal, y, por otra, la que efectúan sólo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad previa petición de estos dos últimos.

EL PROCEDIMIENTO DE *HABEAS CORPUS*

1. Concepto y notas esenciales

Entre los mecanismos jurídicos previstos por el Ordenamiento Jurídico para garantizar la libertad y reaccionar frente a detenciones arbitrarias o ilegales se encuentra el procedimiento de *Habeas Corpus*, así como, el delito de detención ilegal. Este procedimiento aparece regulado en el art. 17.4 CE. En él se señala que “*la ley regulará un procedimiento de habeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente*”, precepto que, a su vez, fue desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del mismo procedimiento. Se trata, por tanto, de un procedimiento en el que se ha de presentar al detenido de manera urgente ante el juez, quien deberá resarcir a aquellas personas que hayan sido privadas ilegalmente de su libertad.

En la regulación de esta institución se ve reflejada la fuerza vinculante que tienen los derechos fundamentales, en este caso, la libertad personal, en la medida en que se traduce en un mandato constitucional y como compromiso para los poderes públicos de que su ejercicio sea real y efectivo en nuestro actual Estado Social y Democrático de Derecho²⁷. Asimismo, el TC ha estimado que son aplicables al proceso de habeas corpus determinadas privaciones de libertad como los arrestos en domicilios

²⁶ Así lo refleja el máximo garante de nuestros derechos fundamentales en la STC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 2.

²⁷ En el mismo sentido, vid. PATIÑO GONZÁLEZ, M. C., “El Habeas Corpus”, *Revista Derecho del Estado*, Junio 2000, nº8, p. 127.

con ocasión de una sanción disciplinaria, la retención policial o la detención gubernativa de extranjeros para su expulsión²⁸.

Podemos calificar a este procedimiento con las notas de agilidad y sencillez. Así, se exige que la verificación por parte del juez acerca de si la detención es ajustada a Derecho sea efectuada lo antes posible, y sencillo, que garantice su acceso a todos los ciudadanos independientemente de su capacidad económica. Es importante que cuando el juez tenga conocimiento de la existencia de una posible detención no adoptada legalmente, acuerde la celebración de una audiencia con el detenido para que éste le exponga las condiciones en las que se ocasionó su privación de libertad y, después, comprobar si realmente concurren los supuestos legales que habilitan la adopción del procedimiento. Afirma FUSTERO BERNAD que “la simple percepción por parte del juzgador de esa intención [de preservar la solicitud de Habeas Corpus] le hace necesariamente defensor de la legalidad observando de una manera neutra y clara si la vulneración se ocasionó o no, y todo ello con la consecuente audiencia del detenido para tener absoluta certeza de su intención al exigir su comparecencia ante el juez para que se revise su caso”²⁹. Ahora bien, aunque este proceso tenga como única finalidad la protección de la libertad frente a una detención ilícita, no quiere decir que el juez no pueda incoar diligencias de investigación sobre los delitos acaecidos durante su tramitación. Así lo dispone la LOHC en su artículo 9. Por último, el órgano judicial tiene un plazo de 24 horas para cumplir con su trámite y podrá ser solicitado, además del propio detenido, por una persona con quien mantenga una relación de parentesco, ya sean sus hermanos, ascendientes o descendientes; el Ministerio Fiscal, el Defensor del Pueblo o su abogado defensor.

2. Presupuesto material y ámbito de aplicación: La detención ilegal

El art. 1 de la LOHC establece los supuestos de detención ilegal, concepto este que no coincide sin embargo con el de detención ilegal que maneja el Código Penal a la hora de delimitarlo. Se trata de un concepto en el cual quedan englobadas dos tipos de detenciones ilegales: las prohibidas por ser materialmente ilegales y las que se han

²⁸ Entre otras, SSTC 31/1985, de 5 de marzo; 115/1987, de 7 de julio.

²⁹ FUSTERO BERNAD, A., “Proceso Habeas Corpus: el auto que resuelve la solicitud de incoación del procedimiento”, *Revista de Derecho vLex*, Núm. 137, octubre 2015.

adoptado legalmente, pero vulnerando derechos y garantías fundamentales. Si la víctima de la detención se halla en los anteriores casos, se verá beneficiada del habeas corpus y con ello, su puesta a disposición del juez inmediatamente y sin interrupción.

La ilegalidad que nos compete definir, a este respecto, es la que se realiza por una autoridad distinta a la judicial³⁰. Puesto que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el Habeas Corpus no resultaría procedente si la limitación del derecho fundamental hubiese sido ordenada por la fuerza judicial. En este sentido, la LOHC menciona en su primer precepto a las personas que han sido detenidas de forma ilegal por falta de cobertura legal, transcurso del plazo máximo de la detención y falta de respeto a sus derechos inherentes contenidos en la norma fundamental del Estado. En concreto:

a) Las que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurren los supuestos legales (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*), o sin haberse cumplido las formalidades y requisitos exigidos por las leyes (como, por ejemplo, el derecho de información al detenido de sus derechos).

b) Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar. Además de las dependencias en sede policial o judicial, caben otros lugares como es el caso de un centro de menores, vivienda particular, etc.

c) Las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las leyes, si transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al Juez más próximo al lugar de la detención. El plazo máximo que establece la CE es de setenta y dos horas, salvo que se autorice el estado de excepción o de sitio, o para el caso de investigaciones de banda armada o elementos terroristas conforme al 520 bis LEC. Sin olvidar, como ya se ha dicho anteriormente, que se puede vulnerar su plazo máximo no sólo por superarlo sino también por hacer lo propio con el relativo.

d) Las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida (puestas en conocimiento las razones por las que se le detiene, ser asistido por abogado e intérprete, a no declarar en su contra, etc.).

³⁰ A este respecto, MARTÍN OSTOS, J., “Sobre el Habeas Corpus en España”, *Justicia: Revista de derecho procesal vLex*, Núm. 3-4, noviembre 2008, p. 27.

A colación del primer apartado y de este último, se demuestra que a través de este proceso no sólo se repara al perjudicado su libertad personal sino también los demás derechos que recoge la Carta Magna durante el transcurso de la detención

En cuanto a aquél que considera que no le ha sido reparado su derecho con la resolución dictada por el juez, dispone de un medio para recurrirla y es una de las principales competencias otorgadas al Tribunal Constitucional. Es el denominado recurso de amparo. Así, una vez agotada la vía judicial previa, se abre otra, a través de este recurso y que tiene por objeto el restablecimiento o preservación de los derechos o libertades. Con ella, se agotaría de este modo la jurisdicción interna, quedando como última opción la jurisdicción internacional ante el Comité de Derechos Humanos o el TEDH.

Si bien, como ya se ha mencionado al introducir este epígrafe, el concepto de detención ilegal que emplea el CP es distinto del previsto en la Ley de Habeas Corpus. Es necesario tener presente que la regulación de los delitos de detenciones ilegales se encuentra en el Capítulo I, Título VI del Libro II del Código Penal (arts. 163 y ss.) donde se mencionan una serie de delitos que atentan contra la libertad de la persona. Estos son los llamados “Delitos contra la libertad”. Y en conexión con ellos también es de aplicación el tipo agravado del art. 167 cuando el sujeto activo es un funcionario público, cuyo ámbito de protección comprende la sección 1ª, Capítulo V, Título XXI en los arts. 530 y ss. “Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la libertad individual”. Conviene recordar en este instante un aspecto relevante y que ya hemos anotado con anterioridad. De nuestro ordenamiento jurídico se deduce un amplio concepto en el que se encuadran, por un lado, aquellas detenciones que son ilegales *ab initio*, o sea, desde el primer momento de su adopción, y por otro, las que se adoptan legítimamente, pero se han visto perjudicadas las garantías legales y constitucionales consustanciales a toda detención.

El art. 163 castiga con pena de prisión de cuatro a seis años al particular que impida la libertad de otra persona, encerrándola o deteniéndola. A diferencia del delito de coacciones, el bien jurídico protegido por este delito es la libertad deambulatoria del sujeto pasivo consagrada en el 17.1 CE, consistente en la facultad de trasladarse de un lugar a otro con total libertad. Por tanto, la libertad que protege este artículo es

solamente la de movimientos, y no la libertad personal en general³¹. En cuanto al elemento objetivo, se exige la conducta de encerrar o detener a una persona en contra de su voluntad privándola de libertad, y en cuanto al elemento subjetivo, se precisa de una conducta dolosa del autor para acometer la acción típica.

Respecto a los verbos nucleares de encerrar o detener, sostiene AMADEO GADEA que el primero de ellos tiene por tarea el confinamiento en un lugar que impida a la víctima salir, mientras que el segundo, está destinado a que la misma pierda su libertad deambulatoria por cualquier otra vía que no sea el encierro³². Por su parte, RAGUÉS i VALLÈS da por hecho que, aunque se trate de verbos desiguales, ambos persiguen el mismo objetivo. Por lo que no duda en calificar esta doble regulación de innecesaria³³.

El TS manifiesta en la STS de 28 de enero de 1994 que en ambos supuestos se busca la inmovilidad del sujeto pasivo impidiéndole de esta manera, su derecho de poder abandonar el lugar porque está encerrado o, de desplazarse dentro de un determinado espacio abierto porque está detenido³⁴. Refiriéndose a los arts. 163 y 167 de la norma penal, adopta la jurisprudencia del Supremo tres requisitos que caracterizan a este delito: la restricción de la libertad deambulatoria cometida por el sujeto activo con

³¹ En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, Ed. Tirant Lo Blanch, 22ª Edición, Valencia, 2019, p. 162. Afirma que “este delito no deja de ser una variante de las coacciones, aunque se diferencia de ellas en que no ataca la libertad genéricamente considerada, sino sólo un aspecto de ella, la ambulatoria, y, por otra parte, los medios comisivos en las detenciones ilegales no se restringen al empleo de la violencia como ocurre en el delito de coacciones, ni al de intimidación, como ocurre en las amenazas”.

³² Vid. AMADEO GADEA, S., *Código Penal-Parte Especial. Con las modificaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 1/2019, de 20 de febrero y 2/2019, de 1 de marzo, Libro Segundo, Título VI*, 2020, p. 168.

³³ Cfr. RAGUÉS i VALLÈS, R., “Delitos contra la libertad”, en *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial* (dir. SILVA SÁNCHEZ), Ed. Atelier Libros Jurídicos, 3ª Edición, Barcelona, 2011, p. 87.

³⁴ Véase igualmente la STS 177/2014, de 28 de febrero (Sala de lo Penal, Sección 1ª). La Sala pone de relieve que la conducta típica del delito de detención ilegal viene configurada por los verbos de encerrar o detener, a través de los cuales se restringe injustamente la libertad deambulatoria. De ahí, que esta Sala concluya que el delito de coacciones es el género y el de detención ilegal es el especial en el sentido de que es el principio de especialidad el que aporta la principal diferencia entre ellos, esto es, precisamente el ataque a la libertad de movimientos. Asimismo, califica la infracción de instantánea ya que su consumación tiene lugar en el mismo momento en que se produce su detención quedando excluidas las que sean breves o fugaces. De igual manera, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial...*, op. cit., p. 162.

dolo; el sujeto pasivo que se ve impedido contra su voluntad o sin ella; y el tiempo de duración desde la comisión del hecho punible³⁵.

Por lo que respecta al dolo del autor, se define como la voluntad y conciencia de realizar el elemento objetivo del injusto a sabiendas de su carácter delictivo, es decir, es suficiente con que el acusado tenga conocimiento acerca de la ilicitud de su conducta independientemente de la intención ulterior, puesto que el art. 163 nada dice acerca de los propósitos o finalidades comisivas³⁶.

Consideramos, por tanto, que las conductas que prescribe el art. 163, de consumación momentánea del delito castigado, se extienden también a los restantes preceptos de este Título VI, Capítulo I. Es necesario analizar detenidamente caso por caso para evitar conclusiones precipitadas, y una buena manera de solventarlo es acudiendo a los textos jurisprudenciales y doctrinales. Por ello, uno de los aspectos que hemos de tener en cuenta a la hora de decidir si existe o no detención ilegal, y, por ende, una privación del derecho a la libertad, es el factor temporal, que difiere dependiendo del caso en que nos encontremos.

En el siguiente paso nos ocuparemos de examinar el art. 167. Previamente, hemos de recordar que, con la entrada en vigor de nuestro actual CP de 1995, se produjo una reforma de la pasada regulación en la cual el legislador se inclinó por incrementar la penalidad de las detenciones ilegales *ab initio* cometidas por estos sujetos, tipificándolas en el 167. Tras la interpretación por parte del Supremo de tipificar este delito únicamente para aquellos casos en los que la detención era acertada *ab initio*, pero con posterior abuso de su función por parte de dicha autoridad o funcionario público al haber violado plazos u otras garantías constitucionales o legales, se acordó elevar a rango de ley esta fundamental diferenciación. A pesar de que no concurren las valoraciones que se encuentran tipificadas con la propias de la doctrina jurisprudencial, se deduce de ellas una misma idea, que es la particularidad de las detenciones ilegales cometidas por autoridades o funcionarios públicos.

El art. 167 establece que *“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 este Capítulo será castigado con las penas respectivamente*

³⁵ STS 790/2007, de 8 de octubre.

³⁶ Vid. AMADEO GADEA, S., *Código Penal-Parte Especial...*, op. cit., p. 171.

previstas en éstos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado". El delito de detención ilegal previsto en esta disposición se caracteriza por ser especial, en el que el sujeto activo ha de reunir la condición de autoridad o funcionario público³⁷ que hubiera practicado una detención ilegal de acuerdo con los requisitos que marca la ley, en los arts. 163 a 166 CP. También se caracteriza por ser impropio, puesto que, supondría una agravación del ilícito penal al reunir el sujeto activo su capacidad expresa de poder acordar detenciones en el ámbito de sus competencias. Y en el caso de que el mismo no tuviera esa facultad, sería de aplicación el tipo penal común (arts. 163 a 166). En consecuencia, es de base ilegal por cuanto se adopta fuera de los casos permitidos por la ley. Por su parte, el 530 señala 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, 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"*.

Afirma GÓRRIZ ROYO que la expresión *fuera de los casos permitidos por la ley, y sin mediar causa por delito*³⁸ son los componentes esenciales que permiten distinguir un precepto de otro. Por tanto, en el primer caso hablaremos de detención ilegal cuando no se cumpla lo establecido en los arts. 490, 492 y 495 LECrim, o, no medie causa por delito contra el detenido. Ya que, si interviene causa, sería procedente el 530 de nuestro Código Penal³⁹. Siguiendo esta línea, si se tienen razones para creer que se ha cometido un delito y existe causa legal que justifique la detención, pero no se tienen en consideración los derechos constitucionales y procesales exigidos a todo procesado, estaremos refiriéndonos nuevamente al 530, y, si el propio agente detiene aún sabiendo que no existe base legal en la que pueda basar la privación de libertad, al

³⁷ Es el art. 24 CP el que nos indica qué debe entenderse por autoridad o funcionario público. Concretamente, en su apartado segundo, otorga esta condición a todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.

³⁸ GÓRRIZ ROYO, E., "Detenciones ilegales y secuestros sin dar razón del paradero de la persona detenida (art. 166 CP) y practicados por autoridad o funcionario público (art. 167 CP)" en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Actualizada con la corrección de errores (BOE 11 de junio de 2015)*, Epígrafe 24, 2ª Edición, Tirant on line, (dir. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Y coordinadoras, GÓRRIZ ROYO, E., y MATA LLÍN EVANGELIO, A.), Valencia 2015.

³⁹ Véase CLIMENT DURÁN, C., *Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 60.

167⁴⁰. De ahí que, aunque la autoridad o funcionario ejerce su cargo por causa de delito o “mediando causa por delito”, pero de manera ilícita, quiere decir que ha obrado conforme a sus funciones que le son encomendadas por la norma. Cuestión distinta es cuando actúan como simples particulares fuera del marco de sus competencias. En este caso, estaremos ante una detención no permitida por la ley, o lo que es lo mismo, una detención ilegal del 163 y ss. En cambio, si la autoridad o funcionario se aprovechan de su cargo, esto se traduce en un abuso de poder para ordenar de manera arbitraria la detención, y por esta razón se entiende justificada la imposición de las penas más graves que establece este precepto⁴¹. Así, mientras que la pena impuesta en estos casos es la de prisión y, además, de inhabilitación absoluta de 8 a 12 años, para el 530 se impone solamente la de inhabilitación especial de 4 a 8 años.

Para comprender adecuadamente el significado de “mediar causa por delito”, es preciso acudir a los artículos de la LECrim, principalmente al 492, donde se señala en qué supuestos está obligada la Policía a llevar a cabo una detención, y también, al 490 al existir motivos suficientes contra la persona a quien se pretende detener. Ya que, de no hacerlo podrían incurrir en un delito de omisión del deber de perseguir delitos en contra del art. 282. Quedarían justificados, de este modo, los delitos cuando la Policía tenga indicios racionales de que los mismos han sido cometidos sin que sea necesaria la existencia de un procedimiento judicial abierto, o que se dirija a la apertura del proceso penal contra el autor del hecho criminal⁴².

Por otra parte, en la referencia a la detención “fuera de los casos permitidos por la ley” hablamos de una vulneración cometida en los derechos y garantías que ostenta todo individuo tras su detención. Adquiere especial relevancia y debe valorarse adecuadamente para no caer en el error de confundirlo con el anterior supuesto, puesto que se considera de menor gravedad en comparación con aquél. La solución pasa por diferenciar, por un lado, que la decisión de acordar una detención no puede resultar de aplicación automática sino conforme a los presupuestos del *fumus boni iuris* y

⁴⁰ Vid. PORTILLA CONTRERAS, G., *Tratado de Derecho Penal español. Parte Especial. IV. Delitos contra la Constitución. Actualizado con las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 570.

⁴¹ RAMÓN RIBAS, E., *Detenciones Ilegales Practicadas por Funcionario Público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 285.

⁴² Véase DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Compendio de Derecho penal, Parte Especial*, Vol. II, (dir. MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 53.

periculum in mora, o sea, que la privación de libertad ha de estar siempre justificada. Y, por otro, el máximo respeto a lo dispuesto por las leyes y la Constitución al adoptar esta medida cautelar personal. No es, en suma, la limitación de la libertad deambulatoria lo que se lesiona, sino las referidas garantías constitucionales. Como decimos, esta es la verdadera distinción. Si tenemos claro esto, estamos en condiciones de identificar en la práctica si procede manejar el 167 o bien el 530.

En el 163.4 también se hace mención a la actuación fuera de los casos permitidos por la ley. Su particularidad se deduce por la participación del particular, a quien no se le exige que medie o no causa por delito porque sencillamente, a diferencia de las autoridades y funcionarios públicos, solo están facultados para actuar y de manera accesoria a las circunstancias de cada caso.

Así, en correlación con esta cuestión, no podemos obviar la importante figura jurídica que ya hemos tenido ocasión de ver y que recibe el nombre de Habeas Corpus. Ahora bien, no todas las detenciones son ilegales sino solo aquellas en que según la LOHC establece que no se han cumplido los supuestos legales. Dada la condición que ostenta el sujeto activo a la hora de acordar, practicar o prolongar una detención, se le exige una serie de reglas y principios éticos y deberes profesionales que persiguen el bienestar común, unido necesariamente a una vocación y relación del cargo con el Estado. Por tanto, se trata de una profesión que está muy ligada al mundo de la función pública y del derecho. Con ello, el abuso de su posición y actuación dolosa para cometer un delito de detención ilegal daría lugar a una total desviación sobre la deontología policial. Ya que dichos cargos requieren del conocimiento de los deberes que le atribuye la norma para proteger la libertad deambulatoria de la que son titulares todas las personas⁴³.

De lo expuesto a continuación, se reclama la imperiosa necesidad de buscar soluciones para salvaguardar a los ciudadanos en sus derechos y garantías constitucionales frente a los ataques del poder del Estado, esto es, a través de aquellos sujetos que revisten un poder público. Sería conveniente, en este sentido, ahondar en la regulación de la figura penal (detención ilegal cometida por autoridad o funcionario

⁴³ En el mismo sentido, ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Libertad Personal y Seguridad Ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1993, p. 250.

público) con el fin de que la sociedad disfrute de una mayor seguridad jurídica y de que se haga efectivo el pleno desarrollo del derecho a la libertad deambulatoria o de movimientos. Para ello, es tarea obligatoria atender a la delimitación del concepto de detención, así como en qué casos y forma puede ser adoptada según la ley. Esto nos ayudará a evitar toda clase de ambigüedad como ocurre cuando la Constitución establece en su art. 17.1 que nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en ese artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley. En todo caso, se hace necesaria una reforma clara, comprensible y simplificada sobre este delito en busca de soluciones ajustadas a la gravedad de cada caso.

CONCLUSIONES

1. Si el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado en el proceso penal se sujeta a lo estrictamente necesario para mantener la coexistencia pacífica entre sus ciudadanos y de esta manera, poder proteger sus derechos que se afirman como fundamentales, entonces, la detención debe configurarse como una medida cautelar personal adoptada por un órgano jurisdiccional en el seno de un proceso penal que tenga como resultado la privación de libertad del sujeto objeto de investigación con la finalidad de hacer posible, en primer lugar, su aseguramiento a la llamada del juicio oral y, en segundo lugar, a posibilitar el cumplimiento de la eventual sentencia penal de condena que en su día se pronuncie. Por tanto, la adopción de esta medida cautelar resulta necesaria no sólo para garantizar los efectos penales de la sentencia, sino también para la protección de la víctima y la reinserción social del imputado recogida en el art. 25 CE.

2. Como ya se ha dicho, la detención tan sólo debe resultar aplicable cuando sea estrictamente necesario. Por ello, de acuerdo con el principio de excepcionalidad, la libertad ha de ser siempre la regla y su restricción la excepción. Así, se considerará contraria a la Constitución una privación automática u obligatoria de la libertad o su práctica sin la presencia de concretos motivos que la justifiquen junto con la absoluta prohibición de tratos inhumanos o degradantes como condición o requisito esencial.

3. Cabe señalar dos particularidades de la detención frente a las demás medidas cautelares. La primera se observa con la jurisdiccionalidad y, la segunda, con la provisionalidad. Respecto a la jurisdiccionalidad, la detención no tiene por qué ser

siempre acordada o adoptada por la autoridad judicial. Nos encontramos de este modo con diferentes clases de detención. Por lo que se refiere a la provisionalidad, podríamos denominar a la detención como una medida cautelar provisionálísima al tener una duración mucho más corta que la prisión provisional fijada en un plazo de setenta y dos horas. Esto demuestra que la detención debe concluir tan pronto cuando sea posible, sin prolongaciones indebidas. Todo ello con el propósito de lograr un proceso ágil y rápido.

4. Para acordar la detención es necesario tener en cuenta previamente la concurrencia de dos presupuestos fundamentales: *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, y el *periculum in mora* o riesgo de fuga y la proporcionalidad. Solo así estará justificada la detención.

5. El carácter restrictivo de la detención se constata no sólo como límite del derecho a la libertad personal, sino también en relación a otros derechos fundamentales si se atiende al contenido y finalidad de la medida, tales como el derecho a la intimidad, derecho al secreto de las comunicaciones o el derecho a la integridad física. Por tanto, al existir una necesidad de proteger estos derechos fundamentales, por un lado, y la necesidad de consolidar la pendencia de los procesos que tengan lugar, así como la ejecución de la futura sentencia, por otro, se demanda la existencia de esta medida cautelar como la figura garante del proceso y como medida de seguridad en el ámbito de la justicia. A su vez, es indispensable para que pueda hablarse del derecho a un juicio justo que rijan el principio de presunción de inocencia y el derecho a la libertad del investigado, puesto que todavía no ha sido declarado culpable del hecho que se le imputa.

6. En relación al proceso de Habeas Corpus conviene concretar que no se trata de un recurso ni de un procedimiento sumario, sino de una garantía más al sujeto que ha sido privado de su libertad de forma ilegal. Por lo tanto, la pretensión que se solicita tiene carácter constitucional. Además, su trámite debe ser resuelto en un plazo de 24 horas. Sin embargo, no es aplicable ante una detención judicial o prisión provisional, en cuyo caso habrán de impugnarse por la vía de los recursos.

7. La LECrim no establece en qué forma concreta se debe realizar la detención. Pero sí en la que menos perjudique al detenido, es decir, de la manera que menos daño cause a su honor, intimidad y propia imagen. Sin embargo, a día de hoy podemos observar en numerosos casos mediáticos que realmente se le está ocasionando un perjuicio muy

grave, como ocurre con las detenciones que abren telediarios o los titulares que ocupan las portadas de los periódicos. Esto se debería evitar.



BIBLIOGRAFÍA

AMADEO GADEA, S., *Código Penal-Parte Especial. Con las modificaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 1/2019, de 20 de febrero y 2/2019, de 1 de marzo, Libro Segundo, Título VI*, 2020.

ASENCIO MELLADO, J.M., *Derecho Procesal Penal*, 7ª Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

CALAMANDREI, P., *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Ediciones Olejnik, Chile, 2018.

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

DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “La detención policial: garantías constitucionales”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 374, 1999.

- *Compendio de Derecho penal, Parte Especial*, Vol. II, (dir. MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.

ENCINAR DEL POZO, M. Á., *Ley de Enjuiciamiento Criminal con Jurisprudencia sistematizada*, 1ª Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

FUENTES SORIANO, O., “Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma”, *Fundación Alternativas*, Madrid, 2003.

FUSTERO BERNAD, A., “Proceso Habeas Corpus: el auto que resuelve la solicitud de incoación del procedimiento”, *Revista de Derecho vLex*, Núm. 137, octubre 2015.

GONZÁLEZ-MONTES, S., en “Reflexiones sobre el proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 17, 2015.

GÓRRIZ ROYO, E., “Detenciones ilegales y secuestros sin dar razón del paradero de la persona detenida (art. 166 CP) y practicados por autoridad o funcionario público (art. 167 CP)” en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Actualizada con la corrección de errores (BOE 11 de junio de 2015)*, Epígrafe 24, 2ª Edición, Tirant on line, (dir. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Y coordinadoras, GÓRRIZ ROYO, E., y MATA LLÍN EVANGELIO, A.), Valencia 2015.

LORCA NAVARRETE, A. M., *Derecho procesal penal*, Tecnos, Madrid, 1986.

MARTÍN OSTOS, J., “Sobre el Habeas Corpus en España”, *Justicia: Revista de derecho procesal vLex*, Núm. 3-4, noviembre 2008.

MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, 27ª Ed., Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

MORENO CATENA, V., *Derecho procesal penal* (con CORTÉS DOMÍNGUEZ), 7ª Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, Ed. Tirant Lo Blanch, 22ª Edición, Valencia, 2019.

NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal III Proceso Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

PATIÑO GONZÁLEZ, M. C., “El Habeas Corpus”, *Revista Derecho del Estado*, junio 2000, nº8.

PILLADO GONZÁLEZ, E., GRANDE SEARA, P., “Las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva en el Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal” en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal* (dir. MORENO CATENA), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

PORTILLA CONTRERAS, G., *Tratado de Derecho Penal español. Parte Especial. IV. Delitos contra la Constitución. Actualizado con las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

RAGUÉS i VALLÈS, R., “Delitos contra la libertad”, en *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial* (dir. SILVA SÁNCHEZ), Ed. Atelier Libros Jurídicos, 3ª Edición, Barcelona, 2011.

RAMÓN RIBAS, E., *Detenciones Ilegales Practicadas por Funcionario Público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

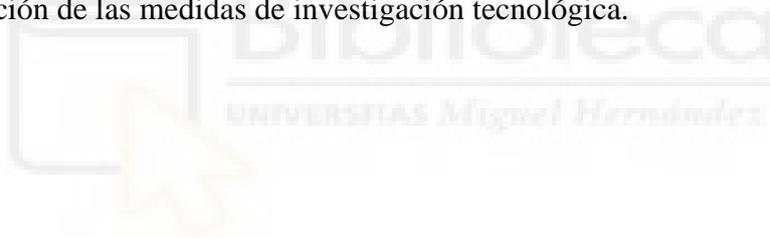
VIDAL FERNÁNDEZ, B., “Cooperación policial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea”, en DE HOYOS SANCHO, M. (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Valladolid, 2009.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Libertad Personal y Seguridad Ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1993.



MARCO NORMATIVO

- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, París, adoptada el 30 de diciembre de 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, adoptada el 16 de diciembre de 1966.
- Constitución Española de 1978.
- Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de “Habeas Corpus”.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, 14 de diciembre de 2007.
- Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.
- Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.



JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

Autos:

- ATC de 14 de junio de 1999.

Sentencias:

- STC núm. 31/1985, de 5 de marzo de 1985.
- STC núm. 15/1986, de 31 de enero de 1986.
- STC núm. 98/1986, de 10 de julio de 1986.
- STC núm. 140/1986, de 11 de noviembre de 1986.
- STC núm. 115/1987, de 7 de julio de 1987.
- STC núm. 199/1987, de 16 de diciembre de 1987.
- STC núm. 341/1993, de 18 de noviembre de 1993.
- STC núm. 241/1994, de 20 de julio de 1994.
- STC núm. 128/1995, de 26 de julio de 1995.
- STC núm. 127/2000, de 16 de mayo de 2000.
- STC núm. 288/2000, de 27 de noviembre de 2000.
- STC núm. 224/2002, de 25 de noviembre de 2002.
- STC núm. 121/2003, de 16 de junio de 2003.
- STC núm. 95/2012, de 7 de mayo de 2012.

Tribunal Supremo

Sentencias:

- STS núm. 510/2002, de 18 de marzo de 2002.
- STS núm. 1579/2005, de 22 de diciembre de 2005.
- STS núm. 790/2007, de 8 de octubre de 2007.
- STS núm. 838/2013, de 12 de noviembre de 2013.
- STS núm. 177/2014, de 28 de febrero de 2014.