

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

FRANCISCO ALONSO PEREZ

Inspector Jefe del CNP

Profesor Jefe del Área Jurídica (Centro de Promoción)

Doctor en Derecho

INTRODUCCION

El Código Penal de 1973 tipifica estos delitos en el Título XII del Libro II, protegiendo dos bienes jurídicos distintos que garantiza la Constitución española en los artículos 17 y 18: la libertad y la seguridad, recogiendo las siguientes figuras delictivas: detenciones ilegales, sustracción de menores, abandono de familia y de niños, omisión del deber de socorro, allanamiento de morada, amenazas, coacciones, descubrimiento y revelación de secretos y delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo.

El nuevo Código Penal regula los delitos contra la libertad en el Título VI del Libro II, que comprende tres capítulos: el primero, dedicado a las detenciones ilegales y secuestros (arts. 163 a 168), el segundo a las amenazas (arts. 169 a 171) y el tercero a las coacciones (art. 172).

Observamos, pues, que se modifica la rúbrica del Título XII del CP de 1973 "Delitos contra la libertad y seguridad" por "Delitos contra la libertad" en el CP de 1995, recogándose únicamente las figuras delictivas mencionadas.

Las distintas modalidades de los delitos de abandono de familia y de niños y de sustracción de menores han sido recogidos en los artículos 223 a 233 del nuevo Código, ubicados en el Capítulo III (De los delitos contra los derechos y deberes familiares) del Título XII (Delitos contra las relaciones familiares), en tanto que la omisión del deber de socorro se tipifica en los artículos 195 y 196, que integran el Título IX (De la omisión del deber de socorro), el allanamiento de morada en el Capí-

tulo II (Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público) del Título X (Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio), que comprende los artículos 202 a 204, el descubrimiento y revelación de secretos en los artículos 197 a 201, dentro del Capítulo Primero (Del descubrimiento y revelación de secretos) del Título X (Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio) y los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo en los artículos 311 a 318, que integran el Título XV (De los delitos contra los derechos de los trabajadores).

DETENCIONES ILEGALES Y SECUESTROS

Como hemos señalado, estos delitos vienen recogidos en el Capítulo Primero del Título VI, concretamente en los artículos 163 a 171.

Estudiaremos en primer lugar las detenciones ilegales y secuestros, pasando a continuación a analizar los diferentes tipos agravados y la posibilidad de punibilidad de los actos preparatorios.

Detenciones ilegales.

Las distintas figuras delictivas se recogen en el artículo 163 (1).

En el número 1 se recoge el tipo básico del delito de detenciones ilegales, cuya redacción procede del artículo 480 del CP de 1973, habiéndose suprimido el párrafo segundo, que castigaba con la misma pena al "que proporcionare lugar para la comisión del delito", por innecesario, puesto que se trataría de un supuesto especial de participación, que se castigaría conforme al artículo 28 (cooperación necesaria).

Detención significa "acción y efecto de detener" y detener "arrestar o poner en prisión". Así pues, la acción típica puede revestir dos modalidades: encierro y detención.

En principio, el encierro no puede entenderse sin que transcurra un cierto lapso de tiempo, en tanto que la simple detención puede

consumarse instantáneamente, aunque QUINTANO (2) señala que "la detención, aunque la ley expresamente no lo requiera, exige un cierto lapso de tiempo para la consumación". Sobre este particular, VIVES ANTON (3) precisa acertadamente que si detener es privar de la capacidad de alejarse de un determinado lugar a una persona, mal puede una simple interrupción instantánea de dicha capacidad ser entendida como privación de la misma. Sería llevar demasiado lejos el ámbito del tipo, extendiendo el área de lo punible a conductas carentes de significación como atentados a la libertad. Aplicando el criterio de la consumación instantánea, el simple hecho de coger a otro y zarandearlo un momento en una discusión, constitutivo, en principio, del maltrato de obra previsto y penado como falta, habría ya de ser conceptualizado como delito de detención ilegal, aun cuando la libertad de movimientos hubiera sufrido un menoscabo insignificante. Concluye este autor afirmando que la existencia de "detención" implica el transcurso de un mínimo lapso de tiempo, a valorar según las circunstancias, y que, en consecuencia, nos hallamos ante un delito necesariamente permanente.

En principio, a tenor de la redacción del precepto, sujeto activo tiene que ser necesariamente un particular, aunque, en nuestra opinión, también pueden cometer este delito los funcionarios públicos cuando actúen como particulares, es decir, al margen del ejercicio de las funciones de su cargo.

La detención ilegal se agrava si el encierro o detención ha durado más de quince días (art. 163.3), previsión que también contenía el artículo 481.2º del CP de 1973.

Al contrario, se atenúa la pena si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto (art. 163.2) y cuando el particular, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, supuestos que también contemplaba el CP de 1973 en el artículo 480, párrafo tercero, y en el artículo 482 respectivamente, habiendo incorporado en la redacción el nuevo CP el término "inme-

diatamente". Los casos en que el particular está facultado para la práctica de la detención vienen enumerados en el artículo 490 de la LECrim: delincuentes sorprendidos "in fraganti", fugados de centros penitenciarios o de detención y procesados o condenados en rebeldía; fuera de los supuestos mencionados, el particular incurrirá en el delito del artículo 163.4, siempre que concurra el requisito de que la privación de libertad se efectúe con la intención de presentar al detenido "inmediatamente" a la autoridad, con lo que parece deducirse que si no se da esta finalidad procederá la aplicación del tipo básico.

Secuestro.

Viene regulado en el artículo 164 (4). Conviene aclarar que no se trata de una nueva figura delictiva, pues aunque el CP de 1973 no utilizara expresamente el término "secuestro", el tipo venía recogido como una figura agravada de las detenciones ilegales en el artículo 481.1º cuando en la detención ilegal "se hubiere exigido rescate o impuesto cualquier otra condición" y en ello consiste en definitiva el secuestro: en la detención ilegal de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, sea dinero o cualquier otro beneficio, que no tiene necesariamente que tener un contenido económico.

El precepto contiene una agravación de la pena cuando el secuestro dure más de quince días y una atenuación cuando el culpable diere libertad al secuestrado en los tres primeros días sin haber conseguido su propósito, a tenor de la remisión que se hace a los apartados 3 y 2 del artículo anterior respectivamente.

Tipos agravados.

En los artículos 165 a 167 se contemplan tres tipos agravados de las detenciones ilegales y secuestros, recogiendo algunas novedades de especial interés con respecto al CP de 1973, como veremos.

1. Ejecutar el hecho con simulación de autoridad o función pública o cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o funcionario público.

Se recoge en el artículo 165 (5). El primer supuesto, es decir, cuando el hecho se realice con simulación de funciones públicas, venía contemplado en el artículo 481.3º del CP de 1973 como una modalidad agravada del tipo básico del delito de detenciones ilegales que tipificaba el artículo 480, añadiéndose en el nuevo Código la palabra "autoridad".

Sin embargo, son novedosas las agravaciones derivadas de la condición del sujeto pasivo: que la víctima sea menor de dieciocho años o incapaz o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

El concepto de incapaz a efectos penales viene definido en el artículo 25 del propio Código Penal, que considera como tal a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma.

En cuanto al último supuesto, no basta la concurrencia de la cualidad de funcionario público en el sujeto pasivo, sino que se exige para la aplicación del tipo agravado que el funcionario se encuentre en el ejercicio de las funciones de su cargo o que la detención ilegal o secuestro se haya producido como consecuencia de las mismas. Entendemos que también procedería la aplicación de este tipo si el sujeto activo es "autoridad", puesto que, como dice ZUÑIGA (6), siguiendo a la doctrina mayoritaria —cita a RODRIGUEZ DEVESA y DEL TORO—, es dominante la concepción de que la categoría de autoridad es una especie de la de funcionario público, toda vez que la autoridad participa en la concepción de funcionario, sólo que además se le otorga mando o jurisdicción.

2. Detenciones ilegales y secuestros con desaparición forzada de personas.

El repudio de la Comunidad Internacional a las prácticas generalizadas de desaparición

forzada de personas está cada vez más extendido, como ha puesto de manifiesto MARTIN PALLIN (7), señalando que la calificación de tales conductas como un crimen contra la humanidad y la valoración de su uso como un instrumento perverso en manos del Estado y sus servidores para violar los puntos más sensibles de la personalidad e integridad del ser humano, merecerían sin, duda, un consenso unánime de todos los países que han asumido como base de la convivencia interna y como modelo inexcusable para evitar la reproducción de actos de barbarie que, en su día, sacudieron la conciencia de la humanidad.

En nuestro país este delito viene tipificado en el artículo 483 del CP de 1973, sancionando con la pena de reclusión mayor al "reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida o no acreditare haberla dejado en libertad", habiendo sido incorporado al nuevo CP, con alguna ligera modificación, en el artículo 166 como un tipo agravado de los delitos de detenciones ilegales y secuestros.

Se observa que en el artículo 483 del CP de 1973 se exige que el reo de detención ilegal "no acredite" haber dejado en libertad a la persona detenida, en tanto que en el artículo 166 del CP de 1995 se limita a precisar "salvo que la haya dejado en libertad", expresión que, en nuestra opinión, pretende eliminar la calificación de tipo de "sospecha" que la mayoría de la doctrina española entendía que se daba en el artículo 483. Por otra parte, no se exige, en consecuencia, que el propio acusado demuestre haber dejado en libertad a la persona detenida o secuestrada, aunque de alguna forma debe acreditarse, aunque sea por otros medios, esta circunstancia.

Sujeto activo del delito que comentamos puede ser cualquier persona, incluso los funcionarios públicos, aunque conviene delimitar en qué casos procederá la aplicación de este precepto y en qué supuestos el tipo especialmente agravado del artículo 167 —que estudiaremos más adelante—, que contiene una remisión a los artículos anteriores.

Refiriéndose a los delitos de detenciones ilegales cometidos por particulares, que el

Código de 1973 regula en el Capítulo Primero del Título XII (arts. 480 a 483), QUINTANO (8) decía: "el delito del artículo 480, como la mayoría de los del título, ya he dicho que puede ser también perpetrado no sólo por el particular, sino por funcionarios y hasta por autoridades judiciales siempre y cuando lo hicieren, no ya ilegalmente en cuyo supuesto incurrirían en el tipo paralelo del artículo 184 —detención ilegal cometida por funcionario público—, sino al margen de sus normales atribuciones y con propósitos ajenos a la función pública".

El artículo 483 del Código Penal de 1973 ha sido objeto de duras críticas por parte de la doctrina, que ha venido propugnando su desaparición del Código Penal, por constituir un tipo de sospecha, contrario al principio de presunción de inocencia que consagra el artículo 24.2 de la CE. Han sido muchos los autores que han estimado inexplicable su persistencia tras la Constitución y la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, por ser un delito cualificado, no ya por el resultado, sino por la sospecha y dar entrada así al objetivismo del "versari in re illicita", conculcando así el principio de responsabilidad personal al no exigir un resultado material, sino el mero desconocimiento del paradero de la persona detenida. Además, se dice que se trata de una presunción de asesinato, por la equiparación de la pena del artículo 406 del CP de 1973, a pesar de las diferencias que separan ambos supuestos respecto a la comprobación del resultado de muerte.

Así, RODRIGUEZ RAMOS (9), siguiendo a la doctrina mayoritaria, afirma que se trata de un delito de sospecha, conculcador, por ello, del derecho fundamental a la presunción de inocencia y que, por tanto, debería erradicarse del Código Penal.

Han sido escasas las ocasiones en que la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la aplicación del artículo 483 del CP de 1973. MUÑAGORRI (10) cita las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1974 y de 25 de junio de 1990, esta última desestimando el recurso de casación interpuesto

contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de septiembre de 1988 con motivo de la desaparición de Santiago Corella, "El Nani", recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, que acordó la inadmisión de los tres recursos de amparo por sendos autos de 28 de noviembre de 1990.

La mencionada sentencia del TS de 25 de junio de 1990 hace referencia a la presencia de nuestra Constitución que en su artículo 24.2 presume la inocencia y del artículo 1 del CP, según la reforma de 1983, que declara con rotundidad que no hay pena sin dolo o culpa y que cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, solo se responderá de éste si se hubiese causado, al menos por culpa, preceptos que hacen de manera absoluta e incompatible cualquier modalidad de delito de sospecha con los principios informadores de nuestro ordenamiento. No obstante, sin perjuicio de que, como señala la doctrina científica, el precepto resulte criticable, puede ser objeto de una interpretación diferente que, conforme al principio de conservación de las normas, al que en tantas veces se refiere el Tribunal Constitucional, permita admitir su vigencia, siempre que de él se erradiquen por completo las ideas de sospecha, de inversión de la carga de la prueba o del llamado "versari in re illicita". Por consiguiente, el artículo 483 sólo puede ser compatible con el nuevo orden constitucional si en él se prescinde por completo de la idea de que el plus punitivo nace de sospechar que el sujeto detenido murió.

Señala MUÑAGORRI (11) que, coincidiendo con la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de septiembre de 1988 y del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1990, han surgido en la doctrina científica española nuevas opiniones en relación con el artículo 483 del CP de 1973 coincidentes con la interpretación jurisprudencial realizada. Así, COBO DEL ROSAL y CARBONEL (12) admiten la interpretación del mismo en base al principio de conservación de las normas, porque "cuando se priva al sujeto pasivo de su libertad se adquiere respecto de él una especial posición análoga a la de garante que permite

hacer responder mucho más gravemente por el simple hecho de no devolver dicha libertad». MUÑOZ CONDE (13) reconoce que el mencionado artículo 483 es "el único precepto directamente aplicable en los casos no tan raros ... en los que la detención ilegal es medio para hacer «desaparecer» a la persona detenida. Como el presumible homicidio o asesinato no puede ser probado, nada impide formular un tipo de detenciones ilegales calificadas por no dar razón del paradero de la persona detenida o no dar explicación satisfactoria de su desaparición".

GIMBERNAT (14) manifiesta su opinión favorable a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid por entender que el supuesto concreto contemplado en ella muestra una detención ilegal cuyos autores son, además, responsables de las circunstancias que han originado su desaparición. En relación con la pena, rechaza la crítica de la desproporción sancionatoria, dado que "la modalidad de detención que se ha cometido es más grave que la prevista en el artículo 481.1 del CP de 1973 y sancionada con una pena de hasta diecisiete años y cuatro meses, en cuanto que, en este último supuesto, el sujeto ciertamente permanece detenido más de quince días, pero una vez transcurrido este tiempo es puesto en libertad, pudiendo reintegrarse a su vida familiar.

Siguiendo a MUÑAGORRI (15), podemos concluir planteando la conveniencia de mantener el delito de detención ilegal con desaparición forzada de personas que tipifica el artículo 483 del Código Penal de 1973 y que ha sido también recogido en el actual artículo 166 del nuevo CP, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional, en base a la entidad del bien jurídico protegido, puesto que el ataque a la seguridad física y moral de las personas que se produce por su desaparición causada por los autores de una detención ilegal tiene entidad suficiente para que su prevención sea penalmente contemplada.

Por último, queda por precisar en qué supuestos sería aplicable el artículo 166 y en qué casos el 167 cuando el sujeto activo sea

un funcionario público. Entendemos que cuando el funcionario actúe como particular, procede la aplicación del artículo 166, en tanto que cuando intervenga en el "ejercicio de sus funciones" y "sin mediar causa por delito" se aplicaría el tipo agravado del artículo 167.

3. Detenciones ilegales y secuestros cometidos por autoridades y funcionarios públicos.

En razón a la condición de autoridad o funcionario público del sujeto activo, el artículo 167 contiene también una agravación de la pena.

Centrándonos en la conducta típica del precepto mencionado, pasaremos a examinar los requisitos que, en nuestra opinión, integran la misma: "encierro", "detención" y "secuestro", ilegalidad de la detención y que no medie causa por delito. Además, como resultado de la conducta del sujeto activo debe producirse una privación de libertad.

a) "Encierro", "detención" y "secuestro".

Sobre el alcance de estas expresiones, nos remitimos a las consideraciones expuestas al examinar los artículos 163 y 164, puesto que el artículo 167 contiene una remisión a los preceptos mencionados.

b) *Ilegalidad de la detención.*

Conforme establece el artículo 167 del CP, la detención debe llevarse a cabo "fuera de los casos permitidos por la ley", es decir, "ilegalmente".

El artículo 184 del CP de 1973, al tipificar el delito de práctica de detención ilegal cometida por funcionario público utilizaba también el término "ilegalmente". Comentando el precepto mencionado, VIVES ANTON (17) señala que ilegalmente significa "de modo contrario a la ley". Pero contrario a la ley no es sinónimo de antijurídico, al menos si, como parece, la referencia a la legalidad debe entenderse en sentido técnico, es decir, a normas que osten-

ten el rango de leyes. Y entenderla de otro modo sería dar al tipo del artículo 184 del CP de 1973 una extensión inadecuada, dado que el contenido del injusto en él incriminado es, en definitiva, el menoscabo de las garantías de los ciudadanos frente a los poderes públicos, que dimanar por obvias razones, exclusivamente de la ley en sentido estricto.

En el tipo legal del artículo 184 del CP de 1973 no podría entenderse el injusto sin el adverbio "ilegalmente" —como tampoco puede entenderse en el tipo del artículo 167 del nuevo CP con la expresión "fuera de los casos permitidos por la ley—, como dice ZUÑIGA (18), puesto que el ordenamiento jurídico si bien protege el derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE), admite la posibilidad de la detención en supuestos legalmente establecidos, por lo que no sería posible establecer una prohibición general para proteger la libertad personal.

En cuanto al contenido, el término "ilegalmente" nos encontramos ante un concepto en blanco, que nos remite a una amplia serie de normas que regulan los casos en que procede la práctica de la detención por funcionarios públicos.

En la doctrina española encontramos fundamentalmente dos corrientes doctrinales con relación a los supuestos legales de privaciones de libertad: unos autores entienden que sólo caben por infracciones penales (delitos y faltas), en tanto que otros opinan que, además, existen otros supuestos legales de detención con carácter no penal.

Los primeros afirman que únicamente cabe la posibilidad de detención a partir de una infracción penal, supuestos que esencialmente vienen recogidos en los artículos 490, 492 y 495 de la LECrim.

Así, PORTILLA (19) afirma que las dos únicas posibilidades de privación lícita de libertad en nuestro ordenamiento jurídico son la detención por delito y la detención por falta.

QUERALT (19), tras citar el artículo 17 de la Constitución, resalta la desaparición de la detención gubernativa, considerando derogada ésta, lo cual representa un avance significativo al garantizar un único proceso de detención, el que tiene por base la comisión de hechos punibles, entendiendo por tales las

figuras delictivas contenidas en las leyes penales, fundamentalmente en el CP, y los diversos grados de responsabilidad y de colaboración criminal que se establecen en aquéllas: autoría y participación, por un lado, y, por otro, consumación, frustración y tentativa y actos preparatorios punibles.

Comentando el artículo 20.2 de la LOPSC, GIMBERNAT (21) señala que la detención por infracción administrativa que regula el precepto mencionado no es un caso atípico de detención, sino simplemente es inconstitucional.

Según los autores mencionados no caben otros supuestos legales de detención, por lo que la privación de libertad ambulatoria por otros motivos sería contraria a la Constitución.

Además, como señala HERRERO (22) basándose en la conocida sentencia del Tribunal Constitucional 98/1986, de 10 de julio, señalando que la detención es una situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y privación de libertad, se acogen a un concepto de detención absolutamente amplio, por lo que serían detenciones, en sentido estricto, por ejemplo, los controles policiales y las verificaciones de identidad que se recogen respectivamente en los artículos 19.2 y 20.1 de la LOPSC.

Pero lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico contempla otros supuestos distintos de los penales por los que cabe la posibilidad legal de detener. Por otra parte, el propio Tribunal Constitucional ha avalado la constitucionalidad de alguno de estos supuestos. Así, la Sentencia 115/1987, de 7 de julio, confirma la constitucionalidad del artículo 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio (detención administrativa o gubernativa de extranjeros), por estar en armonía con el artículo 17 de la Constitución y con el artículo 5.1.f) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, cuando la detención no exceda de 72 horas, declarando incluso conforme a la Constitución la privación de libertad de los extranjeros hasta un período de 40 días, prevista en el citado artículo 26.2, con autorización judicial. Asimismo, la Sentencia 34/1993,

de 18 de noviembre, ha declarado que la medida prevista en el artículo 20.2 de la LOPSC (traslado a una dependencia policial a efectos de identificación), que considera una modalidad de privación de libertad, no es contraria al texto constitucional.

Añade HERRERO (23) que la prevención necesita instrumentos (que han de ser evidentemente legales) restringentes, a veces, de las libertades. ¿Cómo, por ejemplo, defender preventivamente a los ciudadanos de una delincuencia organizada, sofisticada, transnacional, cuyos sujetos activos utilizan, por sistema, identidades falsas, si no se provee a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad de medios legales para proceder a la auténtica identificación?

Además, desde su punto de vista, también se presenta, como incongruente, la constante referencia de estas corrientes doctrinales a la LECrim, dando la sensación de que se trata de una norma configuradora e inmodificable del instituto de la detención, sirviéndose de sus correspondientes artículos para descalficar otros preceptos de leyes igualmente orgánicas y referentes a la regulación de la privación o restricción de la libertad ambulatoria. No se puede imputar ilegitimidad o arbitrariedad a una ley orgánica amparándose en que no está de acuerdo con otra ley del mismo rango, sobre todo si ésta es anterior. Y, en fin, no parece que pueda afirmarse, como obvio, que el artículo 17 de nuestra Constitución regule, de forma cerrada y exclusiva, una única forma posible de detención: la detención por delito o infracción penal, porque precisamente el número 1 de dicho precepto remite a la ley los casos y forma de llevar a cabo la privación de libertad, por lo que se trata de una remisión abierta.

Para otros autores, además de los supuestos legales de detención contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, existen además otras privaciones legales de libertad no basadas en infracciones penales.

En esta clase de detenciones rige el principio fundamental de quedar sometidas a "reserva legal", pues en caso contrario, siguiendo a HERRERO (24), quedaría quebrantado el artículo 17.1 de nuestra

Constitución y estaríamos, por ello, ante detenciones arbitrarias.

En este sentido, VIVES ANTON (25) señala la existencia de otras normas legales que previenen hipótesis de detención independientes de las contempladas en la LECrim. Así, los artículos 8 y 9 de la Ley 4/1985, de extradición pasiva, los artículos 16 y 32 de la Ley Orgánica 4/1981, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, o el artículo 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. MUÑOZ CONDE (26), refiriéndose al artículo 184 del CP de 1973, indica que dicho precepto es una norma penal en blanco que nos remite a otras leyes no penales para determinar el ámbito y extensión de su supuesto de hecho, citando expresamente los artículos 490 y 492 de la LECrim y 12 de la derogada Ley de Orden Público. RODRIGUEZ RAMOS (27) hace referencia a otros supuestos de detención: menores, arresto del quebrado, extranjeros, circulación rodada, salud física y mental y militares, aunque critica la dudosa constitucionalidad de alguna de estas privaciones de libertad. GIMENO SENDRA (28) distingue entre detenciones "típicas" y "atípicas". Por detenciones "típicas" entiende las que pueden disponerse al amparo del artículo 17 de la Constitución y artículos 489 y ss. de la LECrim, en tanto que denomina detenciones "atípicas" las que no se encuentran reguladas en la LECrim, sin que participen con plenitud de la naturaleza de las medidas cautelares, por lo que, en ocasiones, poseen una dudosa legitimidad constitucional, enumerando entre éstas las detenciones que pudieran practicarse dentro del ámbito del procedimiento "sumarísimo" de la Ley de extranjería, la detención de personas sospechosas de ser portadoras de enfermedades "infecto-contagiosas", los arrestos sustitutorios, el arresto del quebrado y las detenciones de menores.

c) *Que no medie causa por delito.*

La expresión "sin mediar causa por delito", que utiliza el artículo 167 del CP, parece referirse a las detenciones ilegales cometidas por

funcionarios públicos fuera de los supuestos contemplados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por constituir esta expresión un elemento negativo del tipo, planteándose la duda si el término "delito" debemos entenderlo en su sentido amplio de "infracción penal", en cuyo caso deberían incluirse también las detenciones por faltas, o no, pues en este último supuesto la detención por faltas, aunque excepcional, se consideraría ilegal. En nuestra opinión, parece deducirse que el término "delito" se refiere a infracción penal, por lo que deben incluirse también dentro de la conducta típica las detenciones cometidas por los funcionarios públicos fuera de los supuestos contemplados en el artículo 495 de la LECrim, que exige para la detención por faltas que el presunto autor no tenga domicilio conocido y que, además, no ofrezca fianza bastante a juicio de la autoridad o agente de la Policía Judicial que intente detenerle.

Por otra parte, como se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior, parece evidente que dentro del artículo 167 deben incluirse también las detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos fuera de los supuestos contemplados en otras disposiciones al margen de la LECrim, como la detención de extranjeros para su expulsión del territorio nacional (art. 26.2 de la LO 7/1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España), las privaciones de libertad a efectos de identificación (art. 20.2 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana) o los supuestos de detención en los estados de excepción y sitio (arts. 16 y 32 de la LO 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio), por citar algunos ejemplos. En consecuencia, las privaciones de libertad practicadas por funcionarios públicos fuera de los supuestos recogidos en otras disposiciones al margen de la LECrim dará lugar al delito del artículo 167 del CP.

d) *El resultado de la privación de libertad.*

Siguiendo a CORDOBA (29), como resultado de la práctica ilegal de la detención, debe

haberse producido una privación de libertad. Tal requisito se desprende del sistema de graduación de la pena establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 167, en función del tiempo de duración de la detención. Así, el apartado 3 recoge una atenuación de la pena "si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el propósito que se había propuesto", y el apartado 3 agrava la pena "si el encierro o detención ha durado más de quince días".

La cuestión más importante que aquí se plantea es determinar qué tiempo de privación de libertad debe ser computado a efectos de la determinación de la pena conforme a los artículos 163 a 166, que, en todo caso, se verá agravada por el artículo 167 cuando el sujeto activo sea funcionario público. En opinión de CORDOBA, la cuestión debe ser resuelta en el sentido de que el tiempo a computar no debe ser la totalidad del período durante el cual haya estado detenido el sujeto, sino aquel en el que el mantenimiento de la privación de libertad, a partir del instante de la vulneración de la ley, haya dependido de la voluntad del sujeto activo. En favor de esta interpretación cabe aducir la cualidad de delito permanente del tipo del artículo 167, cualidad que implica el referido requisito de voluntad.

Así pues, la aplicación del artículo 167 del CP exige que se produzca la privación de libertad de una persona fuera de los casos permitidos por las leyes, cualquiera que sea la forma utilizada (encierro, detención, internamiento, etc.).

4. Punibilidad de los actos preparatorios.

La posibilidad de sancionar los actos preparatorios de los delitos anteriores viene recogida en el artículo 168 (30).

Como consecuencia del principio general recogido en los artículos 17.3 y 18.2 del CP en el sentido de que los actos preparatorios sólo se castigarán en los casos expresamente establecidos en la ley, el precepto mencionado contempla la punibilidad de la proposición, la conspiración y la provocación para

cometer los delitos tipificados en los artículos 163 a 167, señalando para estos casos la pena inferior en uno o dos grados a la fijada para el delito de que se trate.

AMENAZAS

Como dice MUÑOZ CONDE (31), gramaticalmente la voz "amenaza" significa "dar a entender a otro con actos o palabras que se quiere hacerle algún mal". Pero desde el punto de vista jurídico, no toda amenaza constituye infracción penal, sino que deben concurrir los requisitos exigidos en los diferentes tipos, que tendremos ocasión de estudiar con detenimiento.

En principio, no se exige que el sujeto activo tenga el propósito de llevar a cabo la amenaza, sino que basta con que aparentemente pueda considerarse atemorizado, privándole así de su tranquilidad y sosiego.

El mal anunciado ha de ser futuro, requisito que permite distinguir las amenazas de otros delitos en que la intimidación aparece como elemento integrante pero el mal anunciado es inmediato (coacciones, robo con intimidación, atentado, etc.).

Las distintas modalidades delictivas de los delitos de amenazas vienen recogidas en el Capítulo II del Título VI (arts. 169 a 171), habiendo seguido el Código Penal de 1995 en líneas generales la sistemática del Código de 1973, con algunas modificaciones que tendremos ocasión de examinar, distinguiendo entre amenazas graves y menos graves, según que el mal con que se amenace constituya o no delito (aunque no todo delito, sino sólo los que específicamente se determinan). Las amenazas leves son constitutivas de falta y vienen recogidas en el artículo 620 (32).

Conviene aclarar que si la amenaza se dirige contra determinadas personas o instituciones, serán de aplicación los tipos penales en que se prevén específicamente estas figuras: al Rey, a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona (art. 490); a los miembros de las Cortes o de una Asamblea Legislativa de

Comunidad Autónoma (art. 498); al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo, o al Consejo de Gobierno o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma (art. 504), y a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad (art. 505). Asimismo, la afirmación falsa de la existencia de aparatos explosivos u otros que puedan causar el mismo efecto constituye el delito tipificado en el artículo 561.

1. Amenazas graves.

1.1. Tipo básico.

Se tipifican en el artículo 169 (33). Por delito hay que entender un hecho tipificado en el Libro II del Código Penal, y la amenaza ha de ir referida a alguna de las modalidades de los delitos que expresamente se mencionan.

Con respecto a la redacción del artículo 393 del CP de 1973, observamos las siguientes novedades:

a) En el artículo 493 del CP de 1973 la amenaza viene referida al sujeto pasivo o su familia, en tanto que en el artículo 169 del CP de 1995 se incluyen también "otras personas con las que esté íntimamente vinculado".

b) En el CP de 1973 la amenaza había de recaer en un mal que constituyera delito en la persona, honra o propiedad del amenazado o de su familia, en tanto que en el nuevo CP se especifican concretamente qué delitos dan lugar a la aplicación del tipo penal: delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

c) El CP de 1973 agrava las amenazas condicionales de un mal que constituya delito cuando éstas se realicen por escrito o a nombre de entidades reales o supuestas. El CP de 1995 añade las que se efectúen por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción y en nombre de "grupos" reales o supuestos. Aunque entendemos la agravación de la pena cuando las amenazas tengan lugar a través de un medio de comunicación

(prensa, radio, televisión, etc.), no acabamos de comprender el motivo de incluir también las realizadas a través del teléfono, puesto que quizá resulte más grave cometer el delito ante un grupo de personas que hacerlo por este medio de comunicación.

Conviene poner de relieve que, a tenor de lo previsto en el apartado 2 del artículo 1º de la Ley Orgánica 5/1995, sobre el Tribunal del Jurado, modificada por la Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre, y por la disposición final segunda del CP de 1995, el Tribunal del Jurado es competente para conocer de los delitos de amenazas tipificados en el artículo 169.1º del CP.

1.2. Tipo agravado

Recogido en el artículo 170 (34). Este tipo agravado venía recogido en el artículo 496 bis del CP de 1973, pero referido de forma general a todos los delitos de amenazas y coacciones, no sólo a las amenazas graves, como hace el nuevo Código Penal. Por otra parte, estaba limitado exclusivamente al supuesto en que existiera el propósito de aterrorizar a los habitantes de una población, que el Código Penal de 1995 amplía cuando estén dirigidas a aterrorizar a un grupo étnico o a un amplio grupo de personas, exigiendo, además, en todos los casos que dichas amenazas tengan la gravedad necesaria para conseguirlo.

En el supuesto de que las amenazas fueran dirigidas a un grupo étnico y se dieran los demás requisitos que exige el artículo 170, evidentemente no procedería apreciar la agravante genérica 4.ª del artículo 22 (35), en virtud de lo establecido en el artículo 67, que prohíbe la aplicación de las reglas mencionadas en el artículo 66 para la determinación de la pena cuando la ley haya tenido en cuenta las circunstancias atenuantes o agravantes al describir o sancionar una infracción, como ocurre en el tipo que estamos examinando.

2. Amenazas menos graves.

Se recogen en el artículo 171 (36). El CP de 1973 se limita a sancionar las amenazas con-

dicionales de un mal que no constituya delito en el artículo 494, que el nuevo Código tipifica en el apartado 1 del artículo 171, incorporando a la acción típica la exigencia de que la condición no consista en una conducta debida y variando la pena en función de que el culpable haya o no conseguido su propósito.

El mal con que se amenaza puede consistir en un hecho ilícito no constitutivo de delito o lícito, exigiéndose, en todo caso, que la amenaza sea condicional.

En el apartado 2 del artículo 171 el CP incorpora una nueva modalidad delictiva consistente en exigir a otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos relativos a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés, agravándose la pena en el apartado 3 cuando la amenaza consista en revelar o denunciar la comisión de algún delito. En este último caso se faculta al Ministerio Fiscal para abstenerse de acusar por el delito, salvo que éste estuviere sancionado con pena de prisión superior a dos años, en cuyo caso el Juez o Tribunal podrá rebajar la pena en uno o dos grados.

El nuevo Código viene así a tipificar específicamente la figura del chantaje, que RODRIGUEZ DEVESA (37) define como la exigencia de dinero u otro provecho bajo la amenaza de revelar un secreto cuya divulgación perjudicaría a la víctima. En el CP de 1973 no existe una figura concreta dedicada al chantaje, si bien todas las modalidades del mismo se recogen dentro de las amenazas condicionales (arts. 493.1º o 494).

Este delito puede entrar en concurso con las diferentes modalidades delictivas de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197 y ss.), aunque en este último caso se exige, como regla general, denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (art. 201).

COACCIONES

El nuevo Código Penal recoge un tipo básico y otro agravado de las coacciones en el artículo 172 (38). En el tipo básico se mantie-

ne la redacción del artículo 496 del CP de 1973, aunque no así en el agravado, como veremos.

La acción consiste en obligar a otro, mediante violencia, a hacer u omitir un determinado comportamiento. La jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina entienden por violencia tanto la violencia física, ejercida sobre las personas o cosas, como la violencia moral, es decir, la intimidación.

La diferencia fundamental con las amenazas es que en las coacciones el mal aparece como inminente, en tanto que en las amenazas el mal es futuro.

El tipo agravado del delito de coacciones en el CP de 1973 viene recogido en el párrafo 2º del artículo 496, sancionando a los que "actuando con violencia o intimidación, en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otros, obliguen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, paro o cierre empresarial". En el nuevo CP el tipo agravado se contempla en el párrafo segundo del artículo 173, que presenta una redacción más generalizada, al señalar que se impondrán las penas en su mitad superior "cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental", salvo que el hecho tuviera señalada pena mayor en otro precepto del Código.

NOTAS

(1) Ver arts. 480, 481.2º y 482 del CP de 1973.

Ver arts. 17 y 19 CE, 489 a 491 y 496 LECrim, LO 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de Hábeas Corpus, y arts. 500, 530 a 533, 537, 542 y 606 CP.

(2) QUINTANO RIPOLLES, A.: "Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal", tomo I, Madrid, 1972, págs. 900-901.

(3) VIVES ANTON, T. S., y GIMENO SENDRA, J. V.: "La detención", Bosch, Barcelona, 1977, págs. 61-62.

(4) Ver art. 481.1º del CP de 1973.

Ver art. 163 CP.

(5) Ver art. 481.3º del CP de 1973.

Ver arts. 12 CE y 24, 25, 163 y 164 CP.

(6) ZUÑIGA RODRIGUEZ, L.: "Libertad personal y seguridad ciudadana", 1ª edición, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1993, pág. 180.

(7) MARTIN PALLIN, J. A.: "Desapartación forzada de personas: de la sospecha al reproche penal", Actualidad Penal, número 19, Semana 8-14 mayo 1989, pág. 101.

(8) QUINTANO RIPOLLES, A.: "Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal", Tomo I, Edición de 1962, pág. 772.

(9) RODRIGUEZ RAMOS, L.: "Posible Inconstitucionalidad del artículo 483 del Código Penal", Poder Judicial, 1989, págs. 684 y ss.

- [10] MUÑAGORRI LAGUIA, J. A.: "La construcción del delito de detención ilegal con desaparición forzada. La jurisprudencia constitucional y el artículo 483 del Código Penal". Poder Judicial, núm. 27, septiembre 1992, página 114.
- [11] MUÑAGORRI LAGUIA, J. A.: Obra citada, pág. 121.
- [12] COBO DEL ROSAL, M., y CARBONELL, C.: "Derecho Penal. Parte Especial". Valencia, 1988, pág. 710.
- [13] MUÑOZ CONDE, F.: "Derecho Penal. Parte Especial", 8ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, páginas 154 y 155.
- [14] GIMBERNAT, E.: "El delito de detención ilegal con desaparición forzada". Poder Judicial, 1990, págs. 104 y 105.
- [15] MUÑAGORRI LAGUIA, J. A.: Obra citada, págs. 145 y 146.
- [16] Ver arts. 184 a 187 del CP de 1973.
Ver arts. 17 CE, 24, 530 a 533, 537 y 542 CP, 489 a 501 LECrim, 211, 1335 y 1044 CC, 1333 LECrim, 8 y 9 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva, 26 y 33 de la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, 16 y 32 de la LO 4/1981, de 1 de junio, sobre los estados de alarma, excepción y sitio, 2 y 3 de la LO 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, 26 y 28 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y 20 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana.
- [17] VIVES ANTON, T. S., y GIMENO SENDRA, J. V.: Obra citada, pág. 67.
- [18] ZUÑIGA RODRIGUEZ, L.: Obra citada, pág. 196.
- [19] PORTILLA CONTRERAS, G.: "Desprotección de la libertad y seguridad personal en la Ley sobre Protección de la Seguridad Ciudadana". Vol. Col. Seguridad Ciudadana. Materiales de reflexión y crítica sobre la Ley Corcuera. Editorial Trotta, Madrid, 1993, pág. 79.
- [20] QUERALT, J. J., y JIMENEZ, E.: "Manual de Policía Judicial". Ministerio de Justicia. Servicio de Publicaciones de la Secretaría General Técnica. Madrid, 1987, págs. 56 y 57.
- [21] GIMBERNAT, E.: Artículo publicado en el diario "El Mundo" y reproducido en "Otrosí" (Colegio de Abogados de Madrid), noviembre 1993, pág. 7.
- [22] HERRERO HERRERO, C.: "La libertad ambulatoria y la legalidad de su privación". Centro de Estudios Judiciales. Colección "Cursos". Vol. 13. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior. Madrid, 1994, pág. 77.
- [23] HERRERO HERRERO, C.: Obra citada, págs. 80 y 81.
- [24] HERRERO HERRERO, C.: Obra citada, pág. 86.
- [25] COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTON, T. S., BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., y CARBONEL MATEU, J. C.: "Derecho Penal. Parte Especial", 3ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 95.
- [26] MUÑOZ CONDE, F.: "Derecho Penal. Parte Especial", 8ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, página 652.
- [27] RODRIGUEZ RAMOS, L.: "La detención". Ediciones Akal, S. A. Madrid, 1987, pág. 55 y ss.
- [28] GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., ALMAGRO NOSETE, J., y CORTES DOMINGUEZ, V.: "Derecho Procesal. Tomo II. Proceso Penal", 3ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, págs. 358 y 359.
- [29] CORDOBA RODA, J.: Obra citada, pág. 306.
- [30] Ver arts. 17, 18 y 163 a 167 CP.
- [31] MUÑOZ CONDE, F.: "Derecho Penal. Parte Especial", 8ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, página 142.
- [32] "Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:
1.º Los que, de modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito.
2.º Los que causen a otro amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve.
Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal."
[33] Ver art. 493 del CP de 1973.
Ver arts. 17 CE, 138 y ss., 147 y ss., 162 y ss., 173 y ss., 178 y ss., 197 y ss., 205 y ss., 234 y ss., y 620 del CP, LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, modificada por la LO 8/1995, de 16 de noviembre, y disposición final segunda del CP.
[34] Ver art. 496 bis del CP de 1973.
Ver arts. 22.4ª, 67, 169, 510 y 511 del CP.
[35] "Son circunstancias agravantes: ...
4ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca."
[36] Ver art. 194 del CP de 1973.
Ver arts. 10, 169, 170, 197 y ss., y 620 CP.
[37] RODRIGUEZ DEVESA, J. M., y SERRANO GOMEZ, A.: "Derecho Penal Español. Parte Especial". Decimoquinta edición. Dickinson, Madrid, 1992.
[38] Ver art. 496 del CP de 1973.
Ver arts. 14 a 29 CE, 197 y ss., 314, 315, 316, 510, 511, 512 y 620 CP.