

El delito de detención
Juan Muñoz Sánchez

E D I T O R I A L T R O T A

En el ámbito penal el legislador, condicionado por matices políticos e ideológicos de la época, ha elegido, como veremos más adelante, una vía más concreta y limitada que aquella propuesta en el análisis constitucional: la libertad de movimiento aparece sólo como una pretensión esencialmente negativa y formal, la ausencia de interferencias o impedimentos de terceros, no protegiéndose el aspecto positivo de la libertad de movimiento.

No obstante, en la protección penal de la libertad de movimiento juega un importante papel su reconocimiento constitucional, en el sentido de que exige dar preferencia, en caso de varias interpretaciones posibles del precepto, a aquella interpretación que sea más adecuada a la protección otorgada por la Constitución.

Y, por último, se deduce del contenido del derecho fundamental del art. 17 de la Constitución que los titulares del derecho a la libertad de movimiento no son todas las personas sino sólo aquellas que tengan una voluntad natural de movimiento.

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 480.1 DEL CP

Podemos afirmar, como conclusión de los dos subepígrafes anteriores, que la consideración de la libertad de movimiento como algo valioso y necesitado de protección es una valoración cuyo fuerte arraigo social lo pone claramente de manifiesto el que se recoja como bien jurídico fundamental en el art. 17 de la Constitución.

Pero que la sociedad considere que la libertad de movimiento debe ser protegida y que la Constitución la proteja como bien jurídico fundamental no quiere decir aún que sea protegida penalmente. Procede, por tanto, un análisis de ciertos tipos penales para verificar este extremo.

En efecto, el CP parece proteger la libertad ambulatoria de modo especial en dos lugares: en el Capítulo I del Título XII se castigan las detenciones ilegales realizadas por particulares; mientras que en la Sección segunda del Capítulo II del Título II se contemplan las detenciones ilegales en las que el sujeto activo es un funcionario público.

Aparte de esta doble regulación de las detenciones ilegales, en el CP existen otros muchos preceptos cuya realización implica o lleva necesariamente consigo una supresión de la libertad ambulatoria: piénsese en el delito de rapto, la violación, etc.

Esta dispersión normativa en la protección penal de la libertad de movimiento viene vinculada, como dice Vives Antón⁴⁷, a la naturaleza de las cosas, ya que la libertad de movimiento tiene un carácter previo o instrumental en relación a otros bienes, por tanto los ataques dirigidos a estos bienes han de afectarla de algún modo.

En nuestra investigación nos limitaremos al estudio de la protección penal que el art. 480.1 parece ofrecer a la libertad de movimiento.

47. VIVES ANTÓN, 1977, pp. 13-14.

1. Planteamiento general

Al concepto de bien jurídico se le han asignado diversas funciones: por un lado, en el ámbito de la interpretación, es uno de los puntos de vista que permiten dar contenido material a lo injusto, lo que permitirá solucionar numerosos problemas límites que se dan en la práctica; por otro lado, en el ámbito de la política criminal, es un límite al *ius puniendi* en la medida que proporciona un criterio objetivo para la determinación y la crítica de las normas del Derecho penal. Por tanto, el concepto de bien jurídico no sólo lleva consigo una exigencia al legislador, según la cual los preceptos penales sólo deben proteger bienes jurídicos, sino que además tiene significación para la interpretación del derecho positivo⁴⁸.

En la medida en que el bien jurídico determina el contenido material de lo injusto ofrece un criterio sustancial decisivo en la interpretación de los tipos penales en particular. Esta afirmación adquiere especial dimensión en un delito que, como el delito de detención ilegal, se configura como un tipo de los denominados «resultativos» o «prohibitivos de causación», es decir, que se caracterizan porque el comportamiento típico queda delimitado exclusivamente por la lesión del bien jurídico plasmada en la producción de un determinado resultado⁴⁹. En efecto, el art. 480 sólo contiene el verbo típico, que pone el énfasis en el resultado producido, sin aludir al comportamiento que da lugar al resultado.

De aquí la importancia de una correcta determinación del bien jurídico protegido por el tipo legal del art. 480 del CP.

En el proceso de determinación del bien jurídico en Derecho penal hay que empezar por distinguir dos sentidos en el plano conceptual. Se define el bien jurídico como el estado social valioso sobre el que recae la tutela penal. Ahora bien, ese concepto no coincide necesariamente con el bien jurídico protegido u objeto de protección de la norma, que se refiere a ese estado en cuanto es precisamente protegido por la ley penal y no en otra medida.

Con ello queremos destacar que en el proceso de tipificación se produce la consecuencia de que las dimensiones del interés prejurídico al que la norma penal dispensa su tutela y las dimensiones del bien jurídico protegido no tienen necesariamente que coincidir⁵⁰. Se pone de manifiesto que la norma penal eleva a bien jurídico sólo determinados aspectos del interés prejurídico⁵¹.

48. Vid. RUBIO LLA, 1975, pp. 329-337.

49. MIR PUIG, 1990, p. 218, quien define los delitos resultativos como aquellos en los que «basta cualquier conducta que cause el resultado típico sin limitación de modalidades de acción»; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1978, p. 273, nos dice que los tipos prohibitivos de causar son aquellos tipos que se limitan a prohibir la producción de un resultado.

50. Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, 1960, p. 137, distingue dos sentidos del concepto de bien jurídico: puede entenderse «el valor objetivo sobre el que recae la tutela penal, pero también... ese valor sólo en cuanto es precisamente protegido por la ley y no en otra medida».

51. NUVOLEONE, 1972, p. 24 y ss. dice que «la norma no se refiere genéricamente a tal interés (prejurídico) en todas sus posibles manifestaciones sino que exceptúa algunas que no considera merecedoras de aquella tutela: en función de esto la norma crea un hecho típico, el hecho constitutivo del delito, con determinados requisitos objetivos y subjetivos, positivos y negativos, que señalan precisamente los confines dentro de los cuales la tutela debe ejercerse».

2. Encuadramiento del art. 480 en el sistema legal de protección de bienes jurídicos: Título XII del CP

En la tarea de concreción del bien jurídico del precepto legal del art. 480.1, nos es de ayuda, aparte del propio texto, el encuadramiento del precepto en el sistema de protección de bienes jurídicos, es decir, la posición del art. 480 dentro del CP. El art. 480 se encuentra en el Título XII, que porta la rúbrica «Delitos contra la libertad y la seguridad».

Los epígrafes del CP que recogen un conjunto de delitos tienden a expresar casi siempre el bien jurídico con ellos protegido, facilitando así al intérprete la comprensión de los diversos tipos penales⁵². Pero esta función que se le asigna a las rúbricas legales de determinación del bien jurídico y de ayuda para la interpretación del tipo no siempre es suficientemente efectiva.

Esto precisamente ocurre en relación con la rúbrica legal del Título XII: «Delitos contra la libertad y la seguridad». La doctrina científica ha destacado la falta de claridad y precisión en lo concerniente al bien jurídico que trata de proteger⁵³. Falta de precisión que viene determinada, por una parte, porque la rúbrica menciona dos bienes jurídicos, libertad y seguridad, sin que se den más puntos de apoyo para determinar qué delitos afectan a la libertad, a la seguridad o a los dos en conjunto⁵⁴. Por otra parte, porque la libertad y seguridad son conceptos ambiguos, que no tienen una significación unívoca⁵⁵. Ello ha llevado a estar ante una rúbrica que, más que ayudar a una segura y cierta interpretación de la ley penal, dificulta la tarea en cuanto facilita los malentendidos y las distintas acepciones doctrinales⁵⁶, además de conducir a que este Título contenga una confusa mezcla de diferentes delitos, debido a que la amplitud de sus conceptos ha hecho que éste sea el cajón de sastre del CP, de forma que ha acogido figuras delictivas que no encontraban en otro lugar del Código un lugar sistemático⁵⁷.

52. Decía GONZÁLEZ Y GÓMEZ DE LA SIERRA, 1893, p. 587, que una defectuosa clasificación en los códigos no es sólo un lunar que perjudica a su aspecto artístico «sino que además puede ser ocasión de que no se comprenda en cada grupo de delitos todos los hechos que, con arreglo a la naturaleza del derecho hecho, deben ser incriminados y dar motivo también a que, al aplicar la ley los tribunales, fallos de la guía y la luz que suministra la correlación estrecha entre los principios y la ley escrita, no encaminen consistentemente la jurisprudencia en la dirección más conforme a los fines de la justicia».

53. RODRÍGUEZ DE VESA, 1988, p. 277, llega a decir que «no hay zona en el Código donde sea mayor la falta de precisión concerniente al bien jurídico protegido».

54. RODRÍGUEZ DE VESA, 1988, p. 277; ZUAVARA ESPINOSA, 1983, p. 421, que considera positivo que en el Título V del Libro II de la PANCP se haya situado sólo los delitos que de forma unívoca se dirigen contra la libertad.

55. En este sentido, COBO DEL ROSAL/CARBONELL MARTÍN, 1988, p. 693; MANGUERA AMETLLA, 1988, pp. 11-14.

56. POLANCO NAVARRETTI, 1982, pp. 67-68.

57. Este Título, y con el mismo nombre, procede del CP de 1848, pero han sido introducidas figuras delictivas tan dispares como el delito de abandono de familia, introducido por una ley de 12 de marzo de 1942, el delito de omisión del deber de socorro por ley de 17 de julio de 1951, la ley de 15 de noviembre de 1971 introduce los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo y la ley de 21 de junio de 1989 introduce el delito relativo al impago de pensiones al cónyuge o a los hijos, y el delito de utilización de menores para la mendicidad.

Por estas razones nos parece correcto la tendencia presente en proyectos de reforma de nuestro país, que trata de reconstruir este Título excluyendo aquellos delitos que tienen otra naturaleza más propia de otros epígrafes. Así lo hizo el Proyecto de nuevo CP de 1980 que excluye del Título II del Libro II, que mantiene la misma rúbrica legal, el delito de abandono de niños, abandono de familia y sustracción de menores para establecerlos como delitos contra la familia; y la propuesta de Anteproyecto de nuevo CP de 1983 que reúne en el Título V del Libro II sólo aquellos delitos que de forma unívoca se dirigen contra la libertad (detenciones ilegales y secuestros, amenazas y coacciones).

No obstante las pocas facilidades que muestra el epígrafe del Título XII para la determinación del bien jurídico del delito de detenciones ilegales, una cosa aparece clara y es señalada por la doctrina de forma unánime: el delito de detención ilegal pertenece al grupo de los delitos contra la libertad.

De aquí la necesidad de analizar algunas peculiaridades del concepto de libertad como bien jurídico para pasar a continuación a investigar si en el marco del Título XII se ha reunido un grupo especial de delitos contra la libertad y cuáles serían los criterios de delimitación.

A diferencia de otros bienes jurídicos, la libertad no se muestra como un valor absoluto o constante; en la doctrina se resalta la posición de la libertad como algo «vago», «confuso», «relativo» e «indeterminado»⁵⁸. Así el concepto de libertad no puede determinarse positivamente sino negativamente, como la exención o ausencia de obstáculos o impedimentos al ejercicio de la voluntad⁵⁹.

El problema que nos planteamos es si puede la ausencia de fuerza, de presión, de impedimentos, es decir, una forma de determinación negativa, ser aprehendida como bien jurídico.

En primer lugar, hay que señalar que como tal estado no se encuentra en la realidad social, es más bien una aspiración, como dicen COBO/CARBONELL⁶⁰, una «meta ideal» o «un estado puro de imposible consecución».

La libertad así entendida no puede ser un bien jurídico. Existe coincidencia en la doctrina en que sólo podrá considerarse bien jurídico aquello que sea necesario para la subsistencia de los presupuestos esenciales de la convivencia social⁶¹. El problema se plantea al desarrollar este concepto. Nosotros consideramos que una primera concreción de estos presupuestos es que debe tratarse de estados de cosas valiosos constatables en el mundo exterior y susceptibles de lesión por medio de la actuación humana. Además, la lesión o puesta en peligro de tales estados debe

58. Vid. en la doctrina alemana FETZER, 1974, pp. 600 y ss; DEL MISMO, 1975, p. 361; DEL MISMO, 1976, p. 95; MANGUERA/SCHROEDER, 1977, pp. 116-117; ROXIN, 1964, pp. 374 y ss; ROSENFIELD, 1905, p. 385. Véase también CAMARÓ ROSAS, 1967, p. 68; ZUGAIDUA ESPINOSA, 1987, p. 612.

59. Vid. ROSENFIELD, 1905, p. 389; BERGMANN, 1983, p. 23; FLUCK, 1974, p. 540; DEL POZZO, 1962, pp. 1 y ss; CORDOBA ROPA, 1964, p. 391.

60. COBO DEL ROSAL/CARBONELL MARTÍN, 1988, p. 33.

dar lugar a un daño social. Si partimos de tales presupuestos, el concepto de libertad, entendido como ausencia de fuerza, presión o impedimentos a la voluntad, no puede ser catalogado como bien jurídico porque un estado con esas características no existe en la realidad social, sólo existe la libertad de una persona o de algo determinado. Podemos decir que la libertad es un elemento genérico de algunos bienes jurídicos pero no una denominación de un concreto objeto de protección. Sólo si la libertad se formula en sus distintas manifestaciones como libertad de actuación, libertad de movimiento, libertad sexual, etc., puede ser catalogada como bien jurídico ya que es constatable en la realidad social y puede ser objeto de un daño real.

Así, podemos concluir que el concepto de libertad que se utiliza en la rúbrica del Título XII del CP, como libertad en general, no puede ser objeto de protección por no reunir el substrato material necesario, ni ser idóneo para cumplir las funciones que se atribuyen al bien jurídico; sólo en la medida en que la libertad se concrete en las distintas direcciones o ámbitos puede ser considerada bien jurídico⁶². En coherencia con esta perspectiva la libertad individual en el Título XII se configura no como un bien jurídico sino como un *genus o nomen iuris* en el cual se recogen una serie de manifestaciones específicas de la libertad individual.

2.1. Criterios de delimitación de los delitos contra la libertad

El siguiente paso de nuestra investigación será determinar aquellos criterios que permitan agrupar a los delitos contra la libertad como un grupo especial.

Determinados tratadistas antiguos se oponían a que la libertad fuese un objeto de tutela especial, pues consideraban que la lesión de cualquier bien jurídico individual lesionaba la libertad, y ésta quedaba protegida al proteger a aquéllos. Esta negación de la autonomía del grupo de los delitos contra la libertad respondía a una determinada concepción filosófica de la libertad: la libertad no se concibe como un bien autónomo de carácter especial, sino como un predicado concomitante de cada uno de los bienes individuales que protege el Derecho. De forma que el hombre no puede sentirse libre sino cuando ejerce libremente sus actividades⁶³.

Sin embargo, pronto se observó que con este criterio se dejaban sin clase propia ciertos hechos mediante los cuales se impide el ejercicio y goce de las facultades humanas sin afectar a bienes jurídicos individuales específicos, como la vida, el honor, la propiedad, etc. De aquí que

62. En este sentido COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, 1988, p. 649, quienes afirman que sólo «metafísicamente y por extensión puede hablarse de la libertad como bien jurídico». Véase también CAMAÑO ROSA, 1967, p. 68; ZUGAIDÍA ESPINAR, 1978, p. 612; QUERALT, 1986, p. 126, quien afirma que «la libertad como algo global y abstracto carece de protección concreta en el CP, se protegen más bien aspectos de la misma».

63. Vid. CARRERA, 1979, p. 326; PUIG PENA, 1974, p. 385.

de en la doctrina científica actual niegue la autonomía de los delitos contra la libertad⁶⁴.

La primera estructuración y sistematización de los delitos contra la libertad tal como se configuran en los códigos actuales, fue realizada por Binding. Para este autor la razón que une a este grupo de delitos es la voluntad, los delitos contra la libertad se caracterizan porque son ataques a la voluntad. Pero la contrariedad de la voluntad no puede ser por sí sola la nota diferenciadora de los delitos contra la libertad porque la mayoría de los delitos exigen la contrariedad de la voluntad del titular del bien jurídico.

Señala Binding que la diferencia con estos delitos radica en que en la mayoría de ellos, aquéllos que protegen un bien individual, la voluntad lesionada se dirige a la conservación del especial bien jurídico que viene en consideración, de forma que la voluntad es un elemento más que se encuentra en el bien jurídico. En el delito de hurto, en efecto, existe una contrariedad de la voluntad del titular del bien hurtado, pero esta voluntad contrariada sólo se presenta como un elemento que configura el bien jurídico del patrimonio. En cambio, en los delitos contra la libertad la voluntad es el propio bien jurídico y el objeto de ataque. La consideración de la voluntad como bien jurídico propio exige del reconocimiento de la personalidad humana, que hace que la voluntad del hombre de desplegar su personalidad en actos se convierta en bien jurídico⁶⁵.

Aceptado que Binding encuentra en la voluntad el criterio que da unidad al grupo de delitos contra la libertad, se hace necesario distinguir desde el punto de vista psicológico las distintas fases del proceso volitivo que determinan el objeto de ataque de los delitos contra la libertad. Desde Binding se vienen distinguiendo en la doctrina científica cuatro fases o círculos concéntricos:

a) la capacidad de voluntad, entendida como la capacidad para adoptar una decisión de obrar. Un sector doctrinal⁶⁶ distingue dentro de esta esfera:

1. la capacidad abstracta de adopción de una decisión;
2. la capacidad de «ejecución de una decisión concreta de comenzar un proceso decisorio referido a un posible y concreto hacer u omitir externo»;

64. FEZER, 1974, p. 599 y ss., entiende que todos los delitos contra la libertad protegen un bien jurídico concreto específico salvo el tipo de coacciones, donde la lesión a la voluntad es indeterminada, por ello propone descomponer el tipo de coacciones en tipos específicos de protección de la libertad. No obstante, reconoce que siempre quedará un «resto» cuando la lesión de la voluntad no comportase la posterior lesión de otro bien jurídico.

65. BINDING, 1902, pp. 80 y ss.; Véase también RODRÍGUEZ MUÑOZ/JASO ROLDÁN, 1949, pp. 298-301, donde se ofrece la construcción dogmática de BINDING sobre los delitos contra la libertad.

66. Vid. Díez RIPOLLÉS, inédita, donde realiza esta distinción para determinar si esta fase del proceso volitivo es afectada o no en el delito de coacciones. Concluye este autor que el delito de coacciones no afecta a la primera subfase, que nosotros hemos llamado capacidad abstracta de voluntad, porque aquí aún no se ha tomado una decisión de actuar externamente, que es el objeto de protección del tipo de coacciones; pero sí afecta a la segunda subfase, capacidad concreta de actuación, ya que aquí el sujeto sí ha tomado una decisión, la decisión de comenzar un proceso decisorio referido a un posible y concreto hacer u omitir externo.

b) la capacidad de formación de la voluntad, fase en la cual el sujeto delibera sobre la decisión a tomar, a la vista de motivos contrapuestos;

c) la capacidad de ejecutar exteriormente la voluntad, fase en la cual una vez tomada la decisión el sujeto trata de ponerla en práctica;

d) el menosprecio de la voluntad, fase en la cual el sujeto ya ha manifestado exteriormente su voluntad, bien expresa o tácitamente, y sin embargo el sujeto activo actúa ignorando tal voluntad.

Díez Ripollés⁶⁷ incluye aquí también aquellos casos en los que el ataque del sujeto activo deja a la víctima sin oportunidad para formar y manifestar su voluntad. Nosotros consideramos más correcto incluir estos ataques en la primera fase del proceso volitivo porque o bien suponen casos en que al sujeto pasivo no se le deja formar su voluntad o bien no se le da oportunidad para manifestarla, es decir, supone anular o la capacidad de formación de la voluntad o la capacidad de manifestar su voluntad exteriormente.

Binding⁶⁸ denomina delito contra la libertad sólo a los ataques que afectan a las tres primeras fases del proceso volitivo; así, pues, delitos contra la libertad son para Binding aquellos que afectan a la formación o actuación de la voluntad.

Pero no acaba aquí la construcción de Binding para determinar los delitos contra la libertad: junto a la concreción del objeto de ataque de estos delitos, Binding determina también los medios idóneos para estos delitos. En la medida en que los delitos contra la libertad afectan a la formación y actuación de la voluntad, se reducen los medios a la violencia e intimidación⁶⁹. Decía Maura⁷⁰ que el actuar contra la voluntad perecerá al tipo cuando la acción, tal como ocurre en el delito de coacción, consista en una amenaza o aplicación de fuerza.

Por violencia Binding entiende todo medio que haga imposible la formación y actuación de la voluntad⁷¹, y por intimidación aquel medio de ataque a la libertad de la resolución conforme a los motivos propios⁷². No admite como medios idóneos ni la astucia, ni el engaño⁷³.

Podíamos concluir que para Binding los delitos contra la libertad son aquellos que atacan la libertad de formación o actuación de la voluntad por medio de violencia o intimidación⁷⁴.

Esta construcción dogmática de los delitos contra la libertad es acogida tanto en la doctrina alemana, como italiana y española⁷⁵. Sin embargo

este criterio de delimitación, aun cuando haya supuesto una clasificación de los delitos contra la libertad, se presenta como demasiado amplio. Ciertamente la aportación de Binding de que los delitos contra la libertad son delitos contra la voluntad supone encontrar la razón que da unidad a estos delitos como grupo específico. Pero se sigue planteando el problema de cuándo es atacada la voluntad; y no basta responder que siempre que mediante violencia o intimidación se ataque a la formación o actuación de la voluntad. Tal criterio nos llevaría a configurar como delitos contra la libertad a todos los tipos legales que tipificasen la violencia o la intimidación, en la medida en que puedan afectar a la voluntad.

En esta dirección de concreción de los delitos contra la libertad toma especial relieve Carrara. Para éste la delimitación de los delitos contra la libertad viene determinada por dos criterios: uno positivo y otro negativo.

Para que exista un delito contra la libertad es necesario que se lesione el derecho de libertad, que el sujeto sea impedido en sus actuaciones; pero no basta este aspecto positivo sino que es preciso un aspecto negativo, que la lesión de la libertad no vaya unida a otro derecho al cual aquella sirve de medio. De forma que define los delitos contra la libertad como «todos aquellos hechos delictivos que en algún momento hayan impedido el ejercicio de la libertad ajena sin tener como fin ni llevar consigo la lesión de ningún otro derecho, que por sí mismo constituya un título especial de delito»⁷⁶.

En este sentido se manifiesta también Floriani⁷⁷ que establece un doble presupuesto para que se dé un delito contra la libertad: que «el objeto de la lesión sea la libertad del individuo como tal» y que «la violación de la libertad sea por sí autónoma, o al menos suficiente, para agotar el contenido del delito, no medio, consecuencia o accesorio de otro delito». Por tanto para calificar un delito como delito contra la libertad es necesario que se lesione o se ponga en peligro exclusiva o prevalentemente un derecho o bien jurídico que se encuentre en la esfera del concepto jurídico de libertad.

Así también la mayoría de la doctrina en Alemania, que señala que los delitos contra la libertad personal se caracterizan por protegerse la libertad de forma predominante, de forma que se agota el contenido de lo injusto en el ataque a la libertad⁷⁸. En la doctrina española también se han delimitado los delitos contra la libertad a partir del criterio negativo, en cuanto la lesión de la libertad tiene que tener como objeto inmediato de ataque la propia libertad y no otro derecho

67. Díez Ripollés, *ibídem*.
68. Vid. Binding, 1902, p. 82.
69. *Ibidem*, p. 82.
70. Maura, 1962, p. 406.
71. Binding, 1902, p. 82.
72. *Ibidem*, p. 84.
73. *Ibidem*, pp. 86-87.

74. Vid. Laskauer-Picoán, 1987, pp. 101-111.

75. En la doctrina española destaca Jaso Roldán que hace una amplia exposición de la tesis de Binding y la ajusta a nuestra dogmática (1949, pp. 298-301). Se opone a tal recepción

QUINTANO RIPOLLÉS, para quien las precisiones realizadas por Binding «adolecen de sutileza» y «no abocan a nada positivo»; (1972, p. 886).

76. Carrara, 1979, pp. 323-326.

77. Floriani, 1936, p. 144. En el mismo sentido RANIERI, 1975, p. 430, quien los define como «aquéllos en que la ofensa a la libertad se toma de modo preponderante sobre los demás intereses».

78. Vid. WESTERLIS, 1987, p. 72; HAFT, 1985, p. 177.

o bien jurídico. Groizard⁷⁹, siguiendo a Carrara, aludía a dos condiciones necesarias: una positiva, que se lesione un bien que se relacione directamente con la libertad del hombre, y otra negativa, que «esa ofensa no vaya unida accidentalmente ni sirva de medio al agravio de otro derecho que, por su índole y naturaleza, sea criterio determinante de un superior género de delincuencia».

Este criterio también ha sido acogido por la doctrina moderna, en ella existe acuerdo en que los delitos contra la libertad son aquellos tipos legales en los que se protege directamente y de forma excluyente la libertad de la persona, quedando fuera aquellos tipos donde se recogen ataques a la libertad pero de forma indirecta y como medio para conseguir otros fines. Así nos dice Romeo Casabona⁸⁰ que son aquellos delitos en que se protege directamente «la libertad de la persona sin adjetivos».

Este criterio aceptado por toda la doctrina científica, que toma su origen en la construcción dogmática que formulara Binding y que ha sido perfilado por la doctrina, define el grupo de delitos contra la libertad como el conjunto de delitos que lesionan directamente la formación o actuación de la voluntad, sin que presenten una referencia valorativa en conexión con otros bienes jurídicos.

Podemos distinguir en esta definición tres elementos fundamentales, cuyo análisis permite excluir determinados delitos que, aun afectando a la voluntad, no pueden ser incluidos dentro del grupo específico de los delitos contra la libertad.

El primer elemento de la definición hace referencia a que se trata de delitos que lesionan la formación o actuación de la voluntad. La voluntad es como tal el objeto lesionado. Con ello se incluyen, en principio, todos los delitos que protegen un bien jurídico individual, en la medida que la voluntad del titular sea un elemento del bien jurídico.

En segundo lugar, se alude a que se dirigen «directamente» contra la voluntad. Con ello se excluyen los ataques indirectos a la voluntad; sólo se admiten como medios idóneos los que producen el decisivo momento de forzamiento de la voluntad, esto es, la violencia y la intimidación y no el engaño o la astucia. Por tanto, este concepto exige necesariamente una coerción directa sobre el acto de voluntad del sujeto.

Por último se dice que «no presenta una referencia valorativa en conexión con otros bienes jurídicos», esto es, que el ataque directo a la voluntad no afecta a otros bienes jurídicos. Se trata de que el contenido de lo injusto se agota con la lesión de la voluntad. Así

79. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, 1893, p. 531.

80. ROMEO CASABONA, 1981a, pp. 301-302. Así también MUÑOZ CONDE, 1990, p. 137, quien afirma que los delitos contra la libertad son aquellos en los cuales «la libertad es el bien jurídico, y al mismo tiempo el objeto inmediato de ataques»; MIRA BENAVENT, 1984, pp. 123-124, nos dice que son aquellos en los cuales se protege la libertad «con carácter inmediato y excluyente».

se excluyen todos aquellos delitos en los que el ataque a la voluntad es un medio o una consecuencia accesorio para lesionar otro bien jurídico. Una vez establecido un criterio de delimitación general de los delitos contra la libertad se intenta por la doctrina española sistematizar y clasificar los delitos de tal clase comprendidos en el Título XII. Todos ellos tienen las siguiente cualidades:

1. Se protege la libertad en aquellas esferas que son propias del ser humano sin consideración de su posición social⁸¹. Así se explica que estén fuera de este Título la privación de libertad del Jefe del Estado (art. 144) o del sucesor de la Corona (art. 148), los ataques a la libertad de los miembros de las Cortes (art. 155) o a los Jefes del Estado o representantes de otra potencia (art. 136). Por esta razón se explica también que a conductas idénticas a las tipificadas aquí, realizadas por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, se les apliquen los tipos previstos en la Sección II del Capítulo II, ya que en el Título XII no se protege la libertad política, entendida ésta como las garantías de los particulares frente a la privación de libertad por el poder público.

2. Por otro lado sólo se recogen aquellos ataques a la libertad que se refieren a la esfera de la persona. Así el propietario tiene libertad de disponer libremente de sus cosas, sin embargo, los ataques contra la propiedad no son delitos contra la libertad.

Por el contrario se hace extensiva la protección penal también a las personas que en el orden social no se les asegura, o se les asigna en una medida restringida, la capacidad de voluntad o de ejecución de su voluntad.

Así, pues, se recogen bajo esta rúbrica legal los siguientes delitos: el delito de detención ilegal, sustracción de menores, allanamiento de morada, amenazas, coacciones y descubrimiento y revelación de secretos⁸².

La doctrina mayoritaria, aceptando la construcción de Binding, clasifica los delitos contra la libertad en dos grupos:

a) Delitos contra la libertad o delitos contra la libertad de la voluntad: coacciones, detenciones ilegales y amenazas.

b) Delitos contra la voluntad o de menosprecio de la voluntad: allanamiento de morada, descubrimiento y revelación de secretos.

El delito de sustracción de menores constituye el puente entre ambos grupos de delitos⁸³.

81. MAURACH/SCHROEDER, 1977, p. 118; BLEI, 1983, p. 67.

82. Un examen del Derecho comparado muestra la unidad del Derecho en la protección de la libertad personal. Todos los ordenamientos suelen recoger estos mismos delitos bajo el epígrafe de «Delitos contra la libertad».

83. Así RODRÍGUEZ MUÑOZ/JASO ROLDÁN, 1949, p. 297; RODRÍGUEZ DEVEA, 1988, p. 291; MUÑOZ CONDE, 1990, p. 138, que se refiere al segundo grupo aludiendo a que en estos delitos se afecta además otro bien jurídico. En la doctrina española existe acuerdo en relación con los delitos que integran este grupo de delitos contra la libertad, la discusión sólo radica en la naturaleza del delito de sustracción de menores (Vid. Capítulo 2).

Otro sector doctrinal amplía el contenido de los delitos contra la libertad, incluyendo dentro de esta rúbrica también aquellas figuras delictivas que protegen otras manifestaciones de la libertad personal, así los delitos contra la libertad sexual, los delitos contra la libertad de culto, si bien reconocen que estos delitos tienen su propia autonomía y como tal merecen una consideración separada.

Y dentro de este conjunto de delitos la doctrina, de forma casi unánime, ha situado el delito de coacciones como la figura legal «básica», «fundamental» o «general» de los delitos contra la libertad, en cuanto aparecen en la misma como «objetos de ataque la capacidad de formación de voluntad, la libertad de actuación de voluntad y la libertad de resolución de la voluntad conforme a motivos propios»⁸⁴.

Esta naturaleza genérica ha convertido al tipo de coacciones en un tipo «subsidiario», «residual» o de «recogida por excelencia», en el sentido de que todas las conductas punibles del CP que atacan la libertad de la persona se configuran como formas especiales de coacción, de forma que el tipo de coacción entra en consideración si falta algún requisito específico de determinados tipos especiales de libertad⁸⁵. Sin embargo, un sector doctrinal⁸⁶ ha señalado que esta tesis puede encontrar apoyo en legislaciones, como la alemana o italiana, donde el delito de coacciones abarca toda conducta que suponga obligar antijurídicamente a otra persona a hacer, tolerar, u omitir por medio de la violencia o amenaza⁸⁷, pero no en la legislación española donde la existencia de las amenazas condicionales impone una importante restricción de los medios de comisión de las coacciones, quedando reducido el ámbito de las coacciones sólo a aquellas acciones de construímiento de la voluntad que sean constitutivas de violencia. Reducido así el ámbito del delito de coacciones no se puede sostener que éste sea la ley general

Así Díez Ripollés, 1981, p. 214-221; Quintano Riquelme, 1986, pp. 115 y ss.; Rodríguez Ramos, 1975, pp. 333 y 340; Morillas Cuevas, 1977, pp. 201-206.

Así se manifiestan las dos direcciones que existen en la doctrina en orden a la sistematización de los delitos contra la libertad: para unos se trata de aceptar una familia de delitos contra la libertad en la cual se incluyen todos los delitos que protejan sus distintas manifestaciones; se incluyen aquí los delitos contra la libertad personal, los delitos contra la libertad de conciencia y de culto, los delitos contra la intimidad, los delitos contra la libertad en el trabajo, los delitos contra la libertad sexual...; en definitiva se podría llegar a equiparar el título de los delitos contra la libertad a los delitos contra los bienes jurídicos individualmente disponibles. Por otro lado otra dirección trata de incluir dentro del epígrafe de los «Delitos contra la libertad», exclusivamente aquellos delitos que nosotros denominamos «Parte general de los delitos contra la libertad», excluyendo los delitos contra una «libertad específica», en la medida en que éstos configuran un bien jurídico plenamente autónomo.

Esta última dirección nos parece más acertada, en la medida que acerca más el epígrafe al bien jurídico protegido por los delitos, y por tanto es más clarificadora y eficaz para la interpretación de los tipos. No otra es la tendencia en las propuestas legislativas de nuestro país. Así la PANC de 1983 sitúa en el Título V, exclusivamente a los delitos que se dirigen contra la libertad general (determinados ilegales, coacciones y amenazas) pasando el resto de los delitos que hacen referencia a libertades específicas a agruparse en torno a esos bienes jurídicos individuales.

84. Así Rodríguez Ramos/Jaso Roldán, 1949, p. 301; Higuera Guzmán, 1983, pp. 2-73.

85. Vid. Quintano Riquelme, 1972, p. 1112; García-Palomos de Molina, 1984, pp. 252 y 280; Tono López, 1977, p. 19; Mota Benavente, 1984, p. 24; Castro y Orozco y Ortiz de Zentua, 1848, pp. 440-441, aludían al tipo delictivo que es «una especie de red barrera para que ningún criminal pueda escaparse de la pena debida».

86. Rodríguez Muñoz/Jaso Roldán, 1949, p. 301. Así también Higuera Guzmán, 1983, pp. 72-73.

87. El párrafo 240 del Código penal alemán castiga a quien «coaccione antijurídicamente a otro con violencia o por medio de la amenaza con un mal sensible a hacer, omitir, o tolerar algo». El art. 610 del Código penal italiano dice: «quien construye a otro con violencia o amenaza a hacer, tolerar, u omitir cualquier cosa...».

de los delitos contra la libertad, ni tampoco la ley subsidiaria porque parezca con ellas están las amenazas.

En esta sistematización de los delitos contra la libertad, el delito de detención ilegal se presenta como una variante de las coacciones, diferenciándose de ella en que no se protege la libertad genéricamente considerada sino una especie de aquella representada por la libertad de movimiento.

En efecto, para la doctrina dominante el presente delito de detención ilegal se muestra como un caso especial de coacción a la omisión de movimiento, de forma que la víctima es coaccionada a omitir el separarse del lugar. Esta afirmación supone, en relación al bien jurídico, que el delito de coacciones protege la libertad de actuación generalmente considerada y el delito de detención ilegal la libertad de actuación referida a la libertad de movimiento⁸⁸.

Consecuente con este punto de partida un sector doctrinal no admite para las detenciones ilegales otros medios distintos a los que se admiten en el delito de coacciones, lo que le lleva a negar la idoneidad de la astucia y el engaño como medio para la detención ilegal. Para Binding el encierro, la delimitación en un espacio cerrado, exige el establecimiento de un impedimento mecánico, aunque excepcionalmente admite también la amenaza con la aplicación inmediata del empleo de fuerza⁸⁹. En nuestra doctrina científica en alguna medida se aproximan a esta tesis Rodríguez Devesa y Díez Ripollés. Si bien el primero admite, junto a mecanismos físicos, cualquier clase de amenaza, no sólo la que amenaza con el empleo inmediato de aplicación de fuerza⁹⁰, el segundo restringe los medios idóneos para producir el resultado de encierro o detención a aquellos de naturaleza física, excluyendo cualquier variante intimidatoria y la astucia o el engaño⁹¹.

88. De esta opinión la doctrina mayoritaria alemana, véase Mauerach/Schroeder, 1977, pp. 132-133; Bismuth, 1902, p. 98; Witzli, 1969, p. 328; Straßenschrift, 1983, pp. 99-100... En España, Rodríguez Muñoz/Jaso Roldán, 1949, p. 306; Quintano Riquelme, 1972, pp. 874-875; Muñoz Conde, 1990, p. 149; Bistort Ramírez, 1986a, p. 120; Palamó Navarro, 1982, p. 89; Zúñiga Llerena, 1983, p. 433; Miquelena Amel, 1988, p. 54. En este sentido también la jurisprudencia española que entiende el delito de detención ilegal como una especie del delito de coacciones, es una variante específica del género de las coacciones: STS de 28 de abril de 1950, J.Cr. n.º 193, 16 de abril de 1959, J.Cr. n.º 407, 20 de diciembre de 1974, J.Cr. n.º 1802, 2 de octubre de 1978, J.Cr. n.º 281. Ahora bien esta especificidad a la que hace referencia la doctrina dominante es distinta a la que aludimos en la nota 83 que determina la configuración de ciertos delitos de forma autónoma a los delitos contra la libertad.

89. Bismuth, 1902, pp. 98-99. En el mismo sentido Mauerach/Schroeder, 1977, pp. 132-133, que no admite nunca la astucia. Artzt/Wiemer, 1983, p. 200, se refiere sólo a los impedimentos físicos; Koharsch/Laue, 1961, p. 518 nos dice que el encierro sólo es posible con «mecanismos extremos».

90. Rodríguez Devesa, 1988, p. 307, nota 9, donde critica la posición de Bismuth, al calificar como inconsecuente al admitir sólo las amenazas con el empleo de fuerza y no las amenazas de muerte o de poner en peligro la integridad física.

91. Díez Ripollés, media. Hay que observar que este autor va más allá en la restricción de los medios idóneos para producir el encierro o detención que el propio Bismuth, que admite un tipo de amenaza. No obstante hay que señalar que este autor distingue entre los medios de la acción y los medios del resultado, en el sentido de que admite, con la mayoría de la doctrina, que el tipo legal no ofrece limitación alguna en cuanto a la modalidad de acción, cabe cualquier tipo de medios que consiga un encierro o detención, pero sostiene que para que exista un resultado de detención o encierro es necesario un obstatulo de naturaleza física, excluyendo cualquier variante intimidatoria. Distinción que se analizará en el Capítulo 3, en el epígrafe de los medios.

Aun cuando este sector doctrinal deriva la limitación de los medios del propio concepto de encierro y detención, criterio que discutiremos en su momento, parece más bien que esta limitación de los medios, no exigida en el tipo, viene determinada por la consideración del delito de detención ilegal como una forma especial de coacción, en el sentido de que si el género, las coacciones⁹², limita los medios de comisión a la violencia e intimidación, lo lógico será que la especie, las detenciones ilegales, así lo haga también. De aquí que sostengamos que esta limitación de los medios viene determinada más por la interpretación sistemática aquí expuesta que por exigencia del tipo.

Así, se pone de manifiesto en el análisis de la doctrina dominante: aunque la mayoría de nuestra doctrina sostiene que el tipo legal del art. 480 se presenta como una coacción especial referida a la libertad de abandonar el lugar, sin embargo admite que en el delito de detención ilegal sean pensables casos que no presentan ninguna coacción en el sentido del art. 496, porque el art. 480 no restringe las modalidades de acción a la aplicación de violencia o intimidación. Del análisis del tipo deduce la doctrina que son indiferentes los medios utilizados para el encierro o la detención, sin que se requiera la utilización de la violencia, por lo tanto se admite la fuerza, la coacción, el engaño, la provocación o mantenimiento de un estado de error en la víctima y aquellos medios que excluyan la formación de la misma voluntad⁹³.

Las afirmaciones anteriores colocan en su debido contexto las referencias anteriores a la especialidad del delito de detención. Se ha de recordar que la relación de especialidad desde un punto de vista técnico-jurídico existe si un delito muestra siempre todas las características de otro delito y, por lo menos, otro elemento adicional. Pero la detención ilegal no muestra siempre todos los elementos de la coacción, ya que ella puede ser cometida de otra forma (por ejemplo, mediante astucia). Es decir, el hecho de que en la mayoría de los casos las detenciones ilegales sean realizadas con los medios del art. 496 sólo nos llevará a decir que en esos casos estamos ante un caso especial de coacción, pero aun siendo esto la norma general, en absoluto es una exigencia conceptual del tipo del art. 480. Por tanto no se puede sostener desde un análisis técnico-jurídico que el delito de detención ilegal se muestre

92. Aquí la referencia al delito de coacciones, como delito básico de los delitos contra la libertad, abarca tanto el delito de coacciones en sentido estricto como el delito de amenazas. 93. Así MUÑOZ CONDE, 1990, pp. 149-151; RODRÍGUEZ MUÑOZ/JASO ROLDÁN, 1949, p. 307; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, 1988, p. 705; MAQUEDA ARRIU, 1988, p. 67; QUINTANO RIPOLLÉS, 1972, p. 904; DEL MISMO, 1966, p. 874; POLIANO NAVARRETE, 1982, p. 124; BUSTOS RAMÍREZ, 1986a, p. 121; CORDOBA RODA, 1964, pp. 397-399 y 403-404. Así también la doctrina mayoritaria en Alemania, SCHÄFER, 1986, parágrafo 239, anot. 18; HORN, 1987, parágrafo 239, anot. 7; SCHMIDHAUSER, 1983, p. 44; KERNAPPEL, 1978, p. 112, anot. 699. En el mismo sentido la doctrina italiana FLORIAN, 1936, p. 308, quien sostiene que «cualquier medio apto para privar a otro de su libertad debe admitirse como posible medio de este delito»; MANZINI, 1984, p. 663; ANTOLISEI, 1982, p. 138; BRASILEO, 1980, p. 854; BRICOLA/ZAGREBELSKI/CARAVELLI, 1984, p. 1091.

como un tipo especial de coacción⁹⁴. Todo lo más la relación de especialidad, a la que alude la doctrina, se podría predicar en un sentido impropio de la relación que guardan los bienes jurídicos de uno y otro tipo, ya que el delito de coacciones protege la libertad de actuación en general y el tipo de detenciones ilegales la libertad de actuación referida al ámbito espacial, la libertad de abandonar el lugar de paradero⁹⁵. Pero esta tesis de que los bienes jurídicos del delito de detención ilegal y de coacciones guardan una relación de especialidad pierde fuerza de convencimiento a partir del análisis histórico del delito de detención ilegal, que iniciamos a continuación.

2.2. Origen histórico y desarrollo del tipo de detención ilegal

Observaba, con razón, Florian que el derecho a la libertad ha sido reconocido recientemente, lo cual no le impedía afirmar que determinadas figuras delictivas que se incluyen dentro del grupo de delitos contra la libertad no son de reciente constitución sino que provienen de otra clase de delitos y tienen una larga historia; a éstas se unieron posteriormente otros tipos legales como consecuencia de los cambios de la condiciones político-sociales y de la moderna concepción de la libertad como bien jurídico⁹⁶.

En efecto, el reconocimiento de la libertad como un derecho fundamental del hombre surge, como ya pusimos de manifiesto, con el ascenso de la burguesía como clase dominante que instaura un Estado liberal⁹⁷. El liberalismo, como filosofía que justifica el nuevo Estado, configura el derecho a la libertad como uno de los valores básicos y fundamentales. Paralelamente a este movimiento filosófico se da un movimiento por la reforma de las leyes penales donde se alude por primera vez a la tutela penal de la libertad y se configura una clase de delitos contra la libertad. Es en esta época donde toma sustantividad el delito de coacciones⁹⁸.

94. Se manifiesta en este sentido JAKOBS, 1982, pp. 205-206. En la doctrina española LUZÓN PRINA, 1987, pp. 97 y ss.; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, 1988, p. 705, que nos dicen que las detenciones ilegales son una variante de las coacciones, pero no en mayor medida que otros muchos delitos.

95. Así se manifiesta la jurisprudencia que entiende el delito de detención ilegal como una especial forma de coacción en base a la relación que guardan los bienes jurídicos de uno y otro delito. En la STS de 12 de junio de 1986, J.Cr., n.º 870, nos dice que «la libertad de movimiento o locomoción constituye una singular forma de manifestación de la libertad de actuación o de comportamiento del ser humano», más expresamente la STS de 20 de diciembre de 1974, J.Cr., n.º 1802, nos dice «la detención ilegal es una variante específica del género coacción que afecta a la libertad ambulatoria»; en el mismo sentido STS de 2 de octubre de 1978, J.Cr., n.º 728; 6 de octubre de 1980, J.Cr. n.º 101; 3 de marzo de 1982, n.º 281; 6 de marzo de 1984, J.Cr. n.º 331.

96. FLORIAN, 1936, p. 5.

97. Vid. *supra*, apartado II.3.

98. En la doctrina existe coincidencia en señalar que el delito de coacciones es producto del Derecho moderno. Véase MAURACH, 1969, p. 111; TORO LÓPEZ, 1972, p. 21; HIGUERA GUIMERA, 1983, pp. 11 y ss.; MIRA BENAVENT, 1983, pp. 98-100; QUINTANO RIPOLLÉS, 1972, p. 1105.

presente delito. Una primera es considerar la libertad de movimiento como un bien jurídico individual independiente que guarda relación con el delito de coacciones en la misma medida que cualquier otro bien jurídico individual, como puede ser la propiedad, la integridad física, etc.; la segunda alternativa configura la libertad de movimiento como una libertad genérica de forma que el tipo de coacciones (incluyendo también las amenazas), detenciones ilegales, allanamiento de morada y descubrimiento y revelación de secretos conformarían la «parte general» de los delitos contra la libertad, siendo estas figuras los tipos básicos de todos los delitos contra libertades específicas, en la medida en que afectan a la libertad de actuación, libertad de movimiento e intimidad como esferas independientes y previas al ejercicio de todo derecho o libertad individual. Son las esferas que sirven de presupuestos básicos para el desarrollo de la personalidad.

La primera opción, correcta en principio, nos llevaría a negar que el delito de detención ilegal forma parte de un grupo especial de delitos contra la libertad, éste quedaría configurado dentro de un epígrafe específico referido a los tipos que protegen la libertad de movimiento, manteniendo su autonomía en relación con los delitos contra la libertad. Tal opción supone romper frontalmente con la sistemática del CP actual.

Por ello consideramos más correcta la segunda alternativa que configura el presente delito como un delito perteneciente a los delitos contra la libertad, incluyendo bajo este título sólo la «Parte General» de los delitos contra la libertad, mientras que los delitos contra libertades específicas, en la medida que afectan a los medios específicamente necesarios para el desarrollo de la personalidad, se incluirán bajo epígrafes autónomos. La ventaja de esta construcción alternativa es que da razón de ser a la sistemática legal actual, explicando que los delitos contra libertades específicas no estén ubicados bajo esta rúbrica legal. Pero no permite seguir manteniendo el concepto *bindingman* de delitos contra la libertad que limitaba éstos, como ya hemos expuesto, a aquellos delitos que lesionan la formación o actuación de la voluntad por medio de la violencia o la intimidación siempre que no sea medio para la lesión de otro bien jurídico. Este concepto es válido si consideramos delitos contra la libertad sólo a las coacciones, amenazas y detenciones ilegales, concebida esta última como un caso especial de coacción, pero no para la tesis que aquí sostenemos. Nosotros definimos los delitos contra la libertad como «aquellos delitos que lesionan la voluntad sin que presenten una referencia valorativa en conexión con otros bienes jurídicos». Quedan aquí comprendidos, como veremos, tanto los delitos contra la voluntad real, entendida como voluntad expresa o tácita, como los delitos contra la voluntad presunta.

Estas dos alternativas a la interpretación dominante en la doctrina se diferencian sólo en el orden sistemático pero coinciden en señalar una importante consecuencia: el delito de detención ilegal no es una especial forma de coacción.

3. La libertad de movimiento como la libertad de abandono

La delimitación del bien jurídico protegido en el art. 480.1 aparece a primera vista sin dificultad. La mera lectura del precepto, la interpretación sistemática y el origen histórico muestran visiblemente que se trata de la libertad de movimiento.

Nos dice el precepto: «El particular que encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad». Evidentemente el legislador se refiere a la libertad de movimiento cuando utiliza el término «libertad», pues, como dice Córdoba Roda¹⁰⁹, los términos «libre», «libertad», en oposición a «preso», «prisión» y «penas privativas de libertad» se emplean, tanto en el lenguaje cotidiano como jurídico, con referencia sólo a la libertad de movimiento en el espacio.

Con todo, la exacta determinación de este bien jurídico implica más problemas de los que en principio aparenta.

En primer lugar, no resulta completamente exacto afirmar, como hace un sector importante de nuestra doctrina científica, que el bien jurídico protegido por el delito de detención ilegal sea la libertad de movimiento o libertad ambulatoria en sentido genérico.

Se define por la doctrina científica el bien jurídico como «la facultad del hombre de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico»¹¹⁰. En este sentido se manifiesta la jurisprudencia, señalando como bien jurídico del art. 480 la libertad de movimiento o libertad deambulatoria, concebida como una singular manifestación de la libertad subjetiva personal¹¹¹. Cuando el TS define la libertad ambulatoria lo hace, como la doctrina, en el sentido genérico. Así la STS de 25 de octubre de 1983¹¹² nos dice que es «la capacidad del hombre para fijar libremente y, por sí mismo, su situación en el espacio físico». A su vez, configura el TS dos aspectos de la libertad de movimiento: la libertad de permanecer en lugar determinado y la libertad de desplazarse donde quiera¹¹³.

Sin embargo, tales definiciones aluden al valor objetivo que el legislador tomó en cuenta para su tutela penal, pero no a ese valor en cuanto es precisamente tutelado por el precepto penal. Podríamos decir que la libertad de movimiento en sentido genérico aparece como la primera

109. Córdoba Roda, 1964, p. 391.

110. Así Córdoba Roda, 1964, p. 390; Rodríguez Ramos, 1987a, p. 144; Muñoz Conde, 1990, p. 150; Polanco Navarrete, 1982, pp. 102-103; Bustos Ramírez, 1986a, p. 120, la define como «la capacidad de actuación en lo referente a la movilidad del sujeto»; Zúñiga y Espinosa, 1978, p. 611; Gómez Pavón, 1990, p. 906. Coincidiendo con la vega doctrina alemana así Lackner-Maassen, 1974, parágrafo 279, anot. 1, la define como «el derecho de todo hombre de elegir el lugar de paradero». Matzsch, 1969, p. 121, como «la libertad de determinar su lugar de paradero». Mezger/Baum, 1966, p. 67, habla de «libertad en la decisión del paradero».

111. Vid. la STS de 11 de marzo de 1974 J.Cr. n.º 411; 28 de octubre de 1976 J.Cr. n.º 1189; 22 de septiembre de 1981 J.Cr. n.º 1040; 12 de junio de 1986 J.Cr. n.º 870, nos dice que «la libertad de movimiento o locomotoria constituye una especial forma de actuación del hombre».

112. STS de 25 de octubre de 1983 J.Cr. n.º 1407.

113. En este sentido también las sentencias de 14 de noviembre de 1987 A. n.º 8509, que define la libertad ambulatoria como «el derecho constitucional a permanecer o encamarse al punto que desee del espacio físico», y de 2 de mayo de 1984 J.Cr. n.º 627.

determinación vaga del bien jurídico que surge de una inicial aproximación al precepto legal y que sirve para poder interpretar las modalidades de privación de libertad que describe el tipo. Pero la exacta configuración de estas modalidades de privación de libertad típicas, encierro o detención, determinarán definitivamente el bien jurídico protegido por el art. 480.1. Efectivamente la alusión típica del encierro y detención, como modalidades de privación de libertad, no permite configurar el bien jurídico como la libertad de movimiento en sentido genérico, sino que sólo se protege un sector más reducido de ella: «la libertad de abandonar el lugar en donde se encuentra el sujeto». Así lo entiende la doctrina dominante en Alemania y un sector de nuestra doctrina científica¹¹⁴.

Nosotros consideramos que en el Derecho penal español la única posición que se puede mantener es la segunda postura por varios tipos de razones: en primer lugar, porque, como ya hemos señalado, con la referencia a libertad de movimiento en sentido genérico se alude sólo al valor objetivo que el legislador ha tomado en consideración, pero no se alude a este interés o valor objetivo tal como ha sido protegido por el precepto penal. Por otra parte, la propia redacción del tipo, que alude a dos modalidades de privación de libertad, encierro y detención, determina tal solución. Además tal solución facilita el delimitar los confines de la detención ilegal en relación con el delito de coacciones, en cuanto acota a las detenciones ilegales una zona perfectamente definida. Y, por último, tal posición es más acorde con el desarrollo histórico de esta figura.

A partir de esta solución existe unanimidad para excluir del tipo legal aquellos supuestos que, aunque suponen un menoscabo de la libertad

114. En la doctrina alemana BINDING, 1902, p. 98; WIELZEL, 969, p. 328; ESER/SCHÖNKE/SCHRÖDER, 1988, parágrafo 239, anot. 1; HORN, 1987, parágrafo 239, anot. 2; DREHER/TRÖNDLE, 1986, parágrafo 239, anot. 1; LACKNER, 1987, parágrafo 239, anot. 1; MAURACH/SCHROEDER, 1977, pp. 132-133; SCHÄTER, 1986, 239; Anot. 2; SCHMIDHAUSER, 1986, p. 51, anot. 24; BOCKELMANN, 1977, p. 86. En la regulación alemana el parágrafo 239.1 menciona sólo el encierro como ejemplo de privación de la libertad y establece una cláusula general aludiendo a cualquier otra forma de privación de libertad: «Wer widerrechtlich einen Menschen einsperren oder auf andere Weise des Gebrauchs der persönlichen Freiheit beraubt...».

La redacción legal del art. 605 del CP italiano, que no hace referencia a ninguna modalidad de privación de libertad, sino que alude a cualquier forma de privación de libertad, hace que todo el planteamiento doctrinal y jurisprudencial tanto en relación al bien jurídico como al tipo de objetivo sea diferente al nuestro.

Considera la doctrina italiana que el bien jurídico es la libertad física, en contraposición a la libertad psíquica, relativa al tipo de coacción y amenaza. Se alude a la libertad de movimiento como libertad de actuar. De aquí que se hable de un tipo más amplio que el tipo de coacción. Algunos llegan al extremo de afirmar que todo impedimento físico a la actuación de la voluntad da lugar a la realización del tipo de detención ilegal. Véase en este sentido, MAGGIORIE, 1986, p. 435; FLORIAN, 1936, p. 304; BRASILELLO, 1980, p. 852; RANDELLI, 1975, p. 445; ANTONIOSI, 1988, p. 138; CRUSPI/STELLA/ZUCALIA, 1986, p. 488; MANZINI, 1984, p. 638; DORE, 1984, pp. 609-610.

En la doctrina española conciben el bien jurídico como la libertad de abandonar el lugar de paradero. RODRÍGUEZ MUÑOZ/JASO ROLDÁN, 1949, pp. 306-307, que sigue el concepto de libertad de movimiento de BINDING como «la capacidad de actuación de la voluntad para abandonar el lugar de permanencia»; RODRÍGUEZ DE VESA, 1988, p. 306; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATU, 1988, p. 705; DIEZ RIPOLLÉS, inédita.

movimiento, no afectan a la libertad de abandonar un lugar determinado: el simple encadenamiento de las manos, el obligar a alguien a abandonar un lugar determinado (expulsión) o el impedir trasladarse a un lugar determinado. En estos casos se podrá estar ante un delito de coacciones, en cuanto afecta a la libertad personal de actuación, pero no ante un delito de detención ilegal ya que no se lesiona la libertad de abandonar un lugar¹¹⁵.

Un ejemplo nos permite delimitar las diferencias que en la práctica supone el sostener que el bien jurídico protegido en el art. 480 es bien libertad de movimiento en sentido genérico o bien exclusivamente la libertad de abandonar un lugar. Pensemos en los siguientes hechos: un grupo de personas pacifistas hace una cadena alrededor de una base militar, impidiendo tanto la entrada del personal que en esos momentos se incorporaba al trabajo, como la salida de otros trabajadores que se disponían a abandonar la base militar. En ambos casos se está limitando la libertad de movimiento, como facultad de fijar por sí mismo su situación en el espacio. Si sostenemos que el bien jurídico protegido del art. 480 es libertad de movimiento, en sentido genérico, se lesiona este bien jurídico tanto en relación con los trabajadores a los que se les impide salir de la base como a los trabajadores a los que se les impide entrar en la base, por el contrario, si partimos de que el bien jurídico protegido en el art. 480 es la libertad de abandonar el lugar actual de paradero, este bien jurídico sólo es lesionado en relación con el grupo de trabajadores que quieren salir de la base militar. Siguiendo esta tesis la calificación correcta sería que existe un delito de detención ilegal en relación a los trabajadores que quieren salir de la base y delito de coacciones en relación a los trabajadores que se le impide entrar en la base.

Así, pues, el art. 480 protege la libertad de abandonar un lugar pero no la libertad de movimiento entendida como facultad de determinar por sí mismo su situación en el espacio físico. El arrojar violentamente a una persona de un banco donde se encuentra sentada afecta a la facultad de toda persona de fijar libremente su posición en el espacio, pero nadie duda que tal hecho no integra el tipo de detenciones ilegales¹¹⁶, según esto no se protege a través del delito del art. 480 la capacidad de moverse libremente, tampoco la libertad de ir a un determinado

115. En este sentido CORDOBA ROTA, 1964, p. 396, que sostiene que no integran esta infracción «el impedir la entrada a un lugar o el obligar al abandono de un cierto punto». En contra POLANO NAVARRETE, 1982, p. 103, no considera aconsejable esta expresión de libertad de abandono por considerarla sólo aproximativa al valor que el precepto pretende proteger, y precisamente porque con este bien jurídico quedan fuera del tipo esas conductas que aquí hemos señalado; e indica el ejemplo de «obstrucción al accedimiento» o «el acceso a un lugar». En la doctrina alemana aluden a estos casos como excluidos del tipo del parágrafo 239 HORN, 1987, parágrafo 239, anot. 2; SCHÄTER, 1986, parágrafo 239, anot. 2; ESER, 1981, p. 175; BOCKELMANN, 1977, p. 126; KREY, 1986, p. 112; GEERDS, 1984, p. 432.

116. MEYER/GEHARDS, 1974, p. 569. Para RODRÍGUEZ MUÑOZ/JASO ROLDÁN, 1949, p. 307, el admitir la otra posición llevaría a considerar como detención ilegal el hecho de que el sujeto determine a la víctima a hacer un viaje, mediante engaño, así como fustigar a un caballo para que este transporte a su jinete hacia un lugar que él no quería ir.

lugar por el escogido, se protege la voluntad de salir de «X», pero no el deseo de ir a «Y». La jurisprudencia, en este sentido, excluye del ámbito del presente delito los casos de impedir la entrada a un determinado lugar. La STS de 24 de abril de 1969 califica de coacciones «el que los procesados impedirían la entrada al trabajo de un centenar de hombres y lograrán que regresaran a su domicilio».¹¹⁷

4. Libertad de movimiento actual o potencial como bien jurídico

Hasta ahora hemos convenido que el bien jurídico protegido por el art. 480 es la libertad de movimiento, entendido como la libertad de poder abandonar cualquier lugar de estancia según la propia voluntad.

Con ello no se ha dicho aún si el tipo legal del art. 480 protege la libertad de movimiento entendida como libertad actual o como libertad potencial.

4.1. La libertad de movimiento actual

Si se parte de considerar al bien jurídico como la libertad actual de movimiento el objeto de la acción se restringe a la voluntad real, limitándose el tipo sólo a aquellas acciones que hagan imposible a la víctima una decisión de abandonar el lugar. Tal concepción del bien jurídico nos lleva a exigir un requisito que no se establece expresamente en el tipo legal la «contrariedad de la voluntad».

Suárez Montes puso de manifiesto que la contrariedad de la voluntad exige «una voluntad real, existente, que debe manifestarse en el mundo exterior», y puede ser expresa o tácita, a diferencia de la voluntad presunta que no existe en el caso concreto.¹¹⁸ En la misma dirección Díez Ripollés¹¹⁹ indica que en los tipos que se exige la «contrariedad

¹¹⁷ STS de 24 de abril de 1969 J.Cr. n.º 22. En el mismo sentido la STS de 24 de febrero de 1981 J.Cr. n.º 244, afirma la existencia de coacciones y no de detención ilegal en la acción de impedir la entrada de una furgoneta a la zona, por existir huelga.

¹¹⁸ SUÁREZ MONTES, 1968, pp. 881-882, en relación al delito de allanamiento de morada determina que el requisito típico de contrariedad de la voluntad exige una voluntad expresa o tácita del sujeto pasivo, en la medida que exige la presencia de una voluntad real, existente en el caso concreto, aun cuando resulte sólo de hechos concluyentes, a diferencia de la voluntad presunta que no supone el dolo real de la voluntad contraria en la medida en que no existe en el caso concreto, ya que el sujeto pasivo no ha manifestado ninguna voluntad aun cuando se considere existente bajo la consideración de que el sujeto pasivo había manifestado aquella voluntad si estuviera presente o conociese las circunstancias reales del hecho. En el mismo sentido MURGOZ CORRAL, 1990, pp. 165; JORCE BARREIRO, 1987, pp. 64-71; BORJA JIMÉNEZ, 1990, pp. 257-261.

¹¹⁹ Díez Ripollés, 1982, pp. 407-412, diferencia las dos alternativas de «contra la voluntad» y «sin la voluntad» a partir de que presentan una presunción antagónica. Nos dice que la alternativa «contra la voluntad» exige una oposición clara en la medida que parte de la presunción que «en principio considera normal que la persona sobre la que incide la conducta del sujeto activo acepte tal incidencia», de aquí que no acepte la oposición presunta; sin embargo en la alternativa «sin la voluntad» en la medida en que parte de que «se considere normal que la persona sobre la que incide la conducta del sujeto activo rechace tal incidencia», no se puede aceptar el consentimiento presunto.

de la voluntad» el legislador parte de una presunción legal, consistente en que mientras no se demuestre lo contrario el sujeto pasivo acepta la incidencia sobre su persona. De aquí que exija una oposición expresa o tácita del sujeto pasivo para que se realice el tipo.

Siguiendo esta dirección doctrinal podemos concluir que la «contrariedad de la voluntad» exige que la víctima se manifieste claramente al exterior, de modo expreso o tácito, en contra de la acción del sujeto activo, sin precisa una oposición clara que sea conocida por el sujeto activo, sin que sea suficiente una oposición presunta. En efecto, en la voluntad presunta no se manifiesta la voluntad sino que se presume en virtud de un juicio hipotético acerca de lo que el titular del bien jurídico hubiere hecho si hubiese poseído un conocimiento adecuado de la situación.¹²⁰

Por consiguiente, si el tipo legal del art. 480 protege la libertad de movimiento actual, lo decisivo para que se realice el tipo es la existencia de una voluntad real de cambio de lugar en el sujeto pasivo y la consiguiente oposición expresa o tácita a ser encerrado o detenido, es lo que se plasma en el requisito de «contrariedad de la voluntad». Esta es la posición mayoritaria en la doctrina española, que no hace referencia a la voluntad presunta. Debemos señalar que este requisito típico no lo deduce la doctrina del tipo legal, donde no se establece expresamente, sino de la naturaleza del delito.¹²¹ Todo ello es coherente con el concepto de delitos contra la libertad de la doctrina tradicional, elaborado a partir de Binding, pues si éstos se definen como el conjunto de delitos que lesionan directamente la formación o actuación de la voluntad por medio de la violencia o la intimidación, se ha de concluir que todos los delitos contra la libertad suponen necesariamente una coerción directa sobre un acto de voluntad del sujeto pasivo, no bastando la contradicción con la voluntad latente o presunta.

Así Rodríguez Devesa¹²² alude a aquellos casos donde no se ha dado la oposición de la víctima, como casos de tentativa, dado que se ha puesto en peligro el bien jurídico de la libertad de movimiento actual, pero aún no ha sido lesionado por no existir una «extoración de la oposición» por parte del sujeto pasivo. Parece exigir este autor para la realización del tipo que la voluntad de cambiar de lugar sea manifestada al exterior.

Otro sector doctrinal sostiene que son razones de política criminal las que conducen a considerar el bien jurídico del tipo de detenciones ilegales como la libertad actual de movimiento.¹²³

En este sentido se manifiesta un sector minoritario de la doctrina penal alemana que rechaza que el parágrafo 239 proteja la libertad

¹²⁰ Véase en este sentido JORCE BARREIRO, 1987, p. 68.

¹²¹ Así se manifiesta expresamente BUSTOS RAMÍREZ, 1986a, p. 121, que señala que «hay que considerar como requisito típico, por ser delito contra la libertad... que se efectúe contra la voluntad».

¹²² Para RODRÍGUEZ DEVESA, 1988, p. 307, sólo cuando el embargado o detenido salen del estado de inconsciencia en que se hallan y exteriorizan su oposición, se consuma el delito. En el mismo sentido BINDING, 1902, p. 98.

¹²³ MAQUEDA ARELLANO, 1988, p. 60.

potencial de movimiento, entendiendo que lo que se protege es la libertad de abandonar el lugar y no la abstracta posibilidad de abandonar el lugar, argumentando el parentesco con las coacciones¹²⁴.

A modo de conclusión, podemos decir que para esta opinión doctrinal no existe lesión a la libertad de movimiento, ni detención ilegal, cuando en la víctima no exista una voluntad expresa o tácita de abandonar el lugar. En consecuencia quedan fuera del tipo las hipótesis en que sólo existe una voluntad presunta de abandonar el lugar.

4.2. Crítica

Esta tesis que concibe el bien jurídico como la libertad actual de abandono aparece como la consecuencia lógica del planteamiento que hiciera Binding sobre el presente delito. Para este autor el delito de detención ilegal se muestra como un caso especial de coacciones (aquí el término coacciones hace referencia al delito de coacciones en sentido estricto y al delito de amenazas condicionales) que tiene limitados los medios a la aplicación de violencia o intimidación. Desde este planteamiento lo consecuente y lógico es exigir para la realización del tipo una voluntad real de abandonar el lugar que se impide con violencia e intimidación.

Sin embargo, nosotros hemos negado que el delito de detención ilegal se muestre como un caso especial de coacción, técnicamente ello es imposible, entre otras razones por la amplitud de los medios que admite el tipo legal del art. 480¹²⁵. Como quiera que el delito de detención ilegal puede producirse por aplicación de medios distintos a los de fuerza o intimidación, por ejemplo el engaño, el presente delito no requiere, como exigencia típica, una contrariedad de la voluntad actual.

Tampoco se puede argumentar que el hecho de que este delito se presente como un delito contra la libertad implica que exija una contrariedad de la voluntad real: ello depende exclusivamente del criterio de concreción que se utilice para determinar los delitos contra la libertad. Si se parte de un criterio bindingiano que limita los delitos contra la libertad a aquellos que exigen un ataque «directo» a la voluntad por medio de violencia o intimidación¹²⁶, se puede deducir que todos los delitos contra la libertad exigen la contrariedad de la voluntad real y no sólo presunta. Y en tal caso habría que poner en duda si el delito del tipo legal del art. 480 pertenece a este grupo específico de delitos contra la libertad. Ahora bien, si por delitos contra la libertad

124. Vid. BINDING, 1902, p. 98; ARTZ/WIEBER, 1983, p. 197, anot. 535; HORN, 1987, párrafo 239, anot. 3; BLOY, 1984, pp. 720 y ss.

125. La mayoría de la doctrina no acepta ninguna restricción a los medios típicos, sólo un sector minoritario limita los medios a la violencia o intimidación. Se ha de matizar que Díez RIVOLLES limita los medios sólo en relación al resultado, pero no en relación a la acción. Véase *supra*, Apartado III.2.1.

126. Vid. Cap. 1, III.2.

hace referencia, en un sentido más amplio, a aquellos delitos que lesionan la libertad, sin que presenten una referencia valorativa en conexión con bienes jurídicos, lo único que puede deducirse de tal concepto que tales delitos exigen una contrariedad a la voluntad entendida en su acepción más amplia, esto es, sin que ello implique por sí solo una acción contraria a una voluntad real. No existe objeción para considerar delitos contra la libertad no sólo los que lesionen una voluntad sino también aquéllos que lesionen una voluntad presunta¹²⁷.

Por consiguiente, aunque los delitos contra la libertad se caracterizan por «la contrariedad de la voluntad», no se ha dicho aún con ello que haya que entender bajo esta expresión, en todo caso, una acción contra la voluntad real, entendida como voluntad expresa o tácita. Cabe también concebir tal requisito como acción contraria a una voluntad presunta. Así, un sector doctrinal¹²⁸ que exige la contrariedad de la voluntad por entender que encierro o detención no se darán salvo que el sujeto se oponga a ser privado de la libertad, siendo esta oposición la que determina la valoración negativa de la acción de encierro o detención, admite también la oposición presunta.

Se ha argumentado también que razones de política criminal llevan a entender el bien jurídico del delito de detención ilegal como libertad actual de movimiento. Pues bien, precisamente razones de política criminal nos llevan a sostener lo contrario. El mantener como bien jurídico la libertad de movimiento actual conduce a una concepción de la libertad de movimiento demasiado estrecha que apenas protege el derecho de autodeterminación de la persona en el espacio y produce resultados inadecuados. En efecto, si se entiende la libertad de movimiento como libertad actual se dejan fuera del tipo los casos de creación o prolongación de la inconsciencia, ya que aquí no existe voluntad real de cambiar de lugar, no existiría una voluntad expresa o tácita, y por tanto no se realiza el tipo: piénsese en la creación de un estado de inconsciencia antes de que la víctima haya tomado la decisión de abandonar el lugar o la decisión de iniciar un proceso decisorio en ese sentido, por ejemplo el ladrón de una casa golpea al propietario dejándole inconsciente para evitar que pueda ser perseguido en su huida. O cuando se prolonga el estado de inconsciencia, por ejemplo el suministro de un narcótico a una anciana mientras duerme para evitar las posibles resistencias de ésta a ser trasladada a un centro psiquiátrico. Evidentemente en estos casos no existe una voluntad real expresada al exterior, pero no existe duda de que existe una voluntad presunta que debe fundamentar la detención ilegal.

127. Precisamente el mantener el concepto bindingiano de delitos contra la libertad, lleva a BORJA JIMÉNEZ, 1990, pp. 89 y ss. (Tesis inédita) a negar que éste sea un delito contra la libertad, dado que el tipo de art. 490 admite casos que no suponen lesión de la formación o actuación de la voluntad a través de violencia o intimidación, pero sí son contrarios a la voluntad.

128. En la doctrina alemana aceptan la voluntad hipotética o presunta HORN, 1987, 239, anot. 4; BLOY, 1984, p. 718. En la doctrina española Díez RIVOLLES, inédita, admite tal posibilidad.

4.3. La libertad de movimiento potencial

Un sector minoritario de nuestra doctrina configura el objeto de la acción como la voluntad potencial de libertad de movimiento¹²⁹. Lo decisivo para la realización del tipo no es que exista una oposición clara y externa de la víctima sino la ausencia de un consentimiento expreso o tácito. Eso es lo que permite valorar negativamente la acción del agente. Por tanto, no se exige el elemento positivo del tipo de «contrariedad de la voluntad», sino un elemento negativo «ausencia de voluntad».

De aquí que se considere por un sector doctrinal que el bien jurídico protegido en el delito de detención ilegal sea la libertad de movimiento potencial.

En España sólo Córdoba Roda¹³⁰ hace referencia a la categoría de potencialidad en la descripción del bien jurídico protegido. Sin embargo, la opinión dominante de la doctrina penal alemana sostiene que el bien jurídico protegido en el parágrafo 239 es la libertad de movimiento potencial (*potentielle persönliche Fortbewegungsfreiheit*)¹³¹.

Por libertad de movimiento potencial entiende la doctrina penal alemana, en oposición a la libertad de movimiento actual, la posibilidad de cambiar de lugar libremente, y no el interés de abandonar el lugar; esto es, la libertad de realización de la voluntad para abandonar el lugar. No afecta a la libertad de movimiento que en el caso concreto sea o no quebrantada la voluntad para tal cambio.

Con la fórmula de libertad de movimiento potencial se procede a una delimitación negativa del objeto de protección en dos direcciones. En primer lugar no se protege sólo la voluntad de movimiento real, y por consiguiente no es un criterio definitivo para determinar si existe detención ilegal el que el afectado haya sido consciente de las circunstancias exteriores de la privación de libertad o el de si realmente quería cambiar de lugar¹³². En segundo lugar no son protegidas las personas a las que no esté abierta la posibilidad de tomar una decisión para abandonar

el lugar de paradero actual; en este punto existen en la doctrina penal alemana dos formas de valoración diferentes de la categoría de la potencialidad.

Para un sector doctrinal la libertad potencial de movimiento se concibe como la posibilidad teórica que tiene el afectado de formar la voluntad de movimiento, de forma que el objeto del delito es toda persona con capacidad natural de movimiento, incluyendo los que transitoriamente están privados de esa capacidad. La existencia del delito no depende del estado momentáneo de la persona. Se admite el delito respecto a los incapaces momentáneos de movimiento (dormidos, inconscientes, borrachos plenos) y respecto a los incapaces de movimiento por largo tiempo o de forma permanente (recien nacido, enfermo catatónico)¹³³. En este sentido se manifiesta Polaino Navarrete¹³⁴ cuando sostiene que sujetos pasivos del presente delito pueden serlo también los que se hallan en situación de involuntariedad, así como los que «adolecen de incapacidad de acción voluntaria en el momento de la conducta típica». Parte este autor de una concepción del bien jurídico como la libertad en su dimensión ontológica, «facultad anímica de todo ser humano»¹³⁵.

Este sector doctrinal argumenta su posición en varias direcciones. Schäfer¹³⁶ señala que la libertad de movimiento es un bien jurídico especialmente importante que viene reconocido constitucionalmente como derecho fundamental, lo que da lugar a una interpretación extensiva del concepto de privación de libertad que permite incluir también a los incapaces de movimiento en el momento del hecho, ya que si se admite cuando existe en la víctima una voluntad pasiva o de alta indiferencia, no se explica por qué no han de ser admitidos una persona dormida o inconsciente. Además, continúa argumentando Schäfer, «en caso contrario se llegaría a una interpretación contraria al sentido moral», pues «una persona transitoriamente incapaz de actuación de voluntad podría ser encerrada o transportada arbitrariamente, como si fuera una cosa, impunemente»¹³⁷. Por último sostiene que «si en un incapaz de voluntad se simula como subsistente el dominio de la voluntad de sus cosas, también debe gozar de protección durante una transitoria incapacidad su libertad personal»¹³⁸.

Otro grupo de autores basados en la misma concepción argumenta a partir de la teoría de la representación, en el sentido de que para

129. En este sentido Córdoba Roda, 1964, p. 393; Muñoz Conde, 1990, p. 151.

130. Córdoba Roda, 1964, pp. 391 y 403, donde afirma que la libertad tutelada por la ley tiene un claro matiz potencial. En que le lleva a afirmar que el tipo no requiere que las personas externas sean percibidas por el sujeto.

131. Esck/Schönke/Schröder, 1988, parágrafo 239, anot. 1; Esck, 1981, p. 174; Westel, 1987, p. 73; Krey, 1986, p. 112, anot. 319; Dreier/Trautwein, 1986, 239, anot. 1; Otto, 1984, p. 94; Lackner, 1987, 239, anot. 1; Ilart, 1985, p. 119; Straßmeyer, 1983, p. 99; Schandrißner, 1983, p. 51, anot. 24; Bockelmann, 1977, p. 86; Geppert/Bart, 1985; Schäfer, 1986, 239, anot. 1; diferentemente, Ricy, 1984, p. 723 y ss.; Horn, 1987, 239, anot. 3; Mayer/Gelardos, 1974, p. 570, los cuales hablan de la libertad de movimiento presunta o hipotética.

132. Vid. Esck/Schönke/Schröder, 1988, parágrafo 239, anot. 3; Wessels, 1987, p. 73; Krey, 1986, p. 111, anot. 315; Lackner, 1987, anot. 1; Blaf, 1983, p. 75; Dreier/Trautwein, 1986, anot. 1; Maurach/Schröder, 1977, 134; Straßmeyer, 1983, p. 99; Schandrißner, 1983, p. 51; Bockelmann, 1977, pp. 86 y 87; Otto, 1984, pp. 94 y 95, quien sostiene que para que exista detención ilegal, la víctima debe ser consciente de la privación de libertad, siendo indiferente si quería o no abandonar el lugar.

133. Schäfer, 1986, 239, anot. 7; Schandrißner, 1983, pp. 45 y 52; Witzel, 1969, p. 338.

134. Polaino Navarrete, 1982, pp. 113-116.

135. En el ámbito del delito de coacciones se manifiesta en este sentido Hicquera Giménez, 1983, pp. 40-41 y 80 donde sostiene que sujeto pasivo del delito de coacciones puede ser también el que no tiene la capacidad de voluntad natural (recien nacido o enfermo catatónico) en base a que se protege en este tipo la «dignidad de la persona», concepto que conforma la libertad.

136. Schäfer, 1986, 239, anot. 13.

137. *Ibidem*.

138. *Ibidem*.

la incapaces de movimiento en el momento del hecho el que tenga el deber de cuidado o vigilancia representa su capacidad de movimiento¹³⁹ y Schmidhauser alude a que de lo contrario se niega la posibilidad de que otra persona le pudiera ayudar a cambiar de lugar¹⁴⁰.

El sector doctrinal dominante en Alemania¹⁴¹ concibe la «potencialidad» como la posibilidad concreta que tiene el afectado para formar su voluntad de movimiento. Se exige que la víctima pueda formar su voluntad de movimiento en el momento de los hechos, por más que no tenga que formarla realmente. Este es el único límite en la protección de la libertad de movimiento en el tipo legal de detenciones ilegales. Es decir, es preciso simplemente que el sujeto pudiera decidir moverse, decidiendo el estado objetivo de la privación de libertad. Así pues, no se protege la libertad actual de movimiento del afectado sino su libertad de movimiento potencial entendida en el sentido de no actual.

Las consecuencias de mantener este bien jurídico protegido, la libertad potencial de movimiento, entendida como posibilidad concreta para formar la voluntad de movimiento, son los siguientes: no se requiere que el afectado sea consciente de la privación de su libertad de movimiento; se aplica también cuando la víctima no ha tenido la voluntad de cambiar de lugar; y, a diferencia de la concepción anterior, no son objeto del delito los incapaces momentáneos o permanentes de voluntad de movimiento (dormidos, inconscientes o borrachos plenos) mientras permanezcan en esa situación.

En la doctrina alemana se discute el «caso Amanda» que fue objeto de la Sentencia de 30-3-1960¹⁴² que recogía los hechos siguientes: el acusado encierra a su amante en su habitación durante media hora, mientras él lleva a una mujer para que le practique el aborto. No se determina en los hechos probados si Amanda quiso durante ese tiempo salir de la habitación. El BGH considera que el hecho de que Amanda no hubiera sido consciente del encierro ni hubiera intentado abandonar la habitación no es obstáculo para que exista detención ilegal. De aquí que la doctrina científica se apoye también en la jurisprudencia para fundamentar el concepto de la libertad potencial de movimiento.

4.4. Crítica

A continuación vamos a exponer los argumentos desarrollados en Alemania contrarios a la teoría de la libertad de movimiento potencial. Aquí las críticas provienen del sector doctrinal que sostiene que el bien jurídico protegido en el parágrafo 239 es la libertad de movimiento actual.

139. WIELZEL, 1969, p. 328.

140. SCHMIDHAUSER, 1983, p. 52.

141. CEPPERT/BART, 1985, p. 223; ESER/SCHÖNKE/SCHRÖDER, 1988, parágrafo 239, anot. 3; DEL MISMO, 1981, pp. 174-175; WESSELS, 1987, pp. 73; KREY, 1986, p. 111; BIEL, 1983, p. 75; DREHER/TRÖNDLE, 1986, 239, anot. 1; LACKNER, 1987, 239, anot. 2; MAURACH/SCHOLDER, 1977, p. 134; STWATENWERTH, 1983, p. 99; PREIFER/MAUL/SCHULTE, 1969, p. 632; CEPPERT, 1975, pp. 386-387.

142. BGHSt 14, 134 en NJW 60, 1960 y MDR 60, 774.

Según Arzt/Weber¹⁴³ la extensión de la punibilidad a los casos en que la víctima no desea ningún cambio de lugar lleva a un «falsamiento de bien jurídico». Nos dice este autor que ello se manifiesta especialmente en la argumentación de Schäfer de que es contrario al sentido moral no proteger al incapaz de voluntad como si se tratara de una persona lesionando su personalidad. Ante esta argumentación Arzt/Weber adica que el parágrafo 239 no protege ni el sentido moral, ni el respeto a la personalidad, sino sólo la libertad de movimiento.

Bloy¹⁴⁴ señala que con la protección de la libertad potencial se convierte el delito en un delito de peligro y no de lesión, ya que se ensancha el ámbito de protección al simple peligro del derecho de autodeterminación en relación al espacio, eliminando completamente el significado de la voluntad como bien jurídico.

Ante la indicación de que el dormido o inconsciente mantienen la custodia de sus cosas en el sentido del delito de hurto y asimismo mantendrán la voluntad de movimiento señala Horn¹⁴⁵ que ello no es ningún contrargumento, dado que quien duerme quiere guardar durante todo el tiempo sus cosas, pero no el movimiento.

A su vez, la teoría de la representación, que sostiene que el objeto de ataque es la voluntad natural de movimiento, pero en aquellos casos en que el afectado no tiene tal voluntad su portador es el representante legal o protector, no encuentra apoyos en la ley: el art. 480 parte de que una persona es privada de su libertad mediante encierro o detención, por tanto, es privada de la posibilidad de moverse por sí mismo. El niño recién nacido que es encerrado en una habitación impidiéndole a la madre entrar en dicha habitación no puede ser objeto de detención ilegal porque no tiene la capacidad natural de movimiento, pero tampoco es privado de su libertad de movimiento el representante legal porque aunque no pueda proceder a una determinada acción (entrar en la habitación), no se le impide abandonar un lugar sino moverse a un determinado lugar. Además, la tentativa de sustituir la voluntad del incapacitado de voluntad por la voluntad de otro, según los preceptos del CC, fracasa en el art. 480 ya que la imputación de una voluntad extraña en el sentido aquí considerado no es admisible en el Derecho penal¹⁴⁶.

En resumen, las críticas a la teoría de la libertad potencial de movimiento aluden fundamentalmente a que con ello se extiende el ámbito de protección de la norma más allá de lo que se establece en el tipo legal, suponiendo, por consiguiente, la referencia a otro bien jurídico distinto al que se protege realmente en el tipo de detenciones ilegales.

143. ARZT/WEBER, 1983, p. 197.

144. BLOY, 1984, p. 720, acepta que no se protege sólo la voluntad real de movimiento, pero ello no lleva a sostener la voluntad potencial de movimiento sino la voluntad «hipotética».

145. HORN, 1987, 239, anot. 3.

146. Vid. BAYER, OBLG 17-10-1951 en JZ 1952, 237, donde se describen los siguientes hechos: la acusada quita la llave de la habitación donde estaba un niño de un año, dejando a éste encerrado, sin devolver la llave a la madre del niño que se ve impedida a entrar en la habitación donde se encuentra su hijo.

Capítulo 2

EL SUJETO PASIVO

1. PRESUPUESTO BASICO

El punto de partida de la doctrina científica es considerar sujeto pasivo del delito de detención ilegal sólo a quien tiene la capacidad, según el sentido natural, de formar una voluntad de movimiento dirigida a cambiar su posición en el espacio. Esta capacidad la tiene toda persona que tenga la facultad de querer, entendida como un proceso psicológico, respecto a su situación en el espacio. Se trata de una facultad natural, no valorada, en el sentido de que es independiente de la conciencia intelectual del sujeto sobre el sentido de su actividad, se da aunque las personas sean incapaces de valorar su decisión y aunque esa capacidad sea jurídicamente irrelevante, ya que no se trata del ejercicio de un derecho subjetivo sino de un bien elemental de la persona física, de una posibilidad natural, que el derecho no constituye sino simplemente garantiza a quien la tiene de hecho¹.

De este presupuesto básico se deduce una primera consecuencia: no pueden ser sujetos pasivos aquellas personas que no tengan la capacidad

¹ En la doctrina española existe unanimidad sobre este punto de partida, véase CORDERA RODA, 1964, p. 393; VIVES ANTON, 1977, p. 57; POLIANO NAVARRETE, 1982, pp. 113 y ss.; QUINTANO RIVOLLES, 1972, p. 1125; ZUGAIDIA ESPINAR, 1974, pp. 612 y ss.; MUÑOZ CONDE, 1990, p. 150; BOSTOS RAMÍREZ, 1986a, pp. 120-121; DEL MISMO, 1983, p. 353; RODRÍGUEZ DE VESA, 1988, pp. 306-307; Díez RIVOLLES, inédita; MACQUEEN ABERN, 1988, p. 80. De la misma opinión es la doctrina alemana, con independencia de cuál sea la posición que mantengan en relación al bien jurídico protegido, véase MAURACH/SCHROEDER, 1988, p. 134; ESSE/SCHROEDER/SCHROEDER, 1988, párrafo 239. Anot. 3: HORN, 1987, párrafo 239. Anot. 3: SCHÄFER, 1986, párrafo 239. Anot. 3: WESSEL, 1987, p. 73; CERRER/BAERT, 1985, pp. 222 y ss.; LACKNER, 1987, párrafo 239. Anot. 1. Sin embargo la doctrina italiana no presenta tal unanimidad: la doctrina tradicional exige la capacidad natural de querer, así FLORIAN, 1936, p. 310; MANZINI, 1984, pp. 659 y ss.; RANIERI, 1975, p. 447; SANTORO, 1968, p. 283; mientras que la doctrina moderna sostiene que cualquier persona puede ser sujeto pasivo, aun cuando no tenga tal facultad de querer, así MACQUEEN, 1986, p. 457; ANTOLISEI, 1982, p. 139; CRESPI/STELLA/ZUCCALA, 1986, p. 990; LAVINZI, 1983, p. 1074; VIOLOTTI, 1978, p. 462; PADOVINI, 1985, pp. 605 y ss.

de querer en el sentido aquí indicado; por consiguiente el recién nacido o los incapacitados de voluntad crónicos no pueden ser objetos del delito².

Sin embargo un sector doctrinal³ sostiene que, en estos casos, el sujeto pasivo es el representante legal, puesto que la voluntad que se encuentra negada es la del representante. Esta teoría de la representación, como ya hemos señalado⁴, no tiene cabida en el Derecho penal, dado que no se realiza el tipo del art. 480 pues al representante no se le impide abandonar un lugar sino que sólo se le impide realizar una determinada acción. Por tanto, aun cuando la voluntad del representante o cuidador puede ser contrariada, no se trata de su voluntad de abandonar sino de realizar una determinada acción. Piénsese en un recién nacido que es encerrado en una habitación, impidiéndole a la madre acceder a él. Aquí no se realiza el delito de detención ilegal, pues el recién nacido no tiene la capacidad de formar una voluntad de movimiento, y la acción de impedir al representante legal acudir al lugar donde se encuentra el niño tampoco realiza el tipo, pues no se le impide abandonar un lugar sino que sólo se le impide entrar en la habitación.

Por otra parte, parece lógico que la tentativa de sustituir la voluntad del incapacitado de voluntad por la voluntad del representante legal según los preceptos del CC fracase en el Derecho penal, donde tales reglas son extrañas.

Un sector importante de la doctrina penal italiana⁵ se opone a la exigencia de que el sujeto pasivo tenga «capacidad natural de querer» y admite al recién nacido como sujeto pasivo del delito en base a una concepción distinta del bien jurídico de la que aquí mantenemos. Para este sector doctrinal el art. 605 del CP italiano no protege la libertad de movimiento, entendida como la voluntad de abandonar un lugar, sino la libertad personal, entendida como un concepto «global», inherente a la persona humana, que hace referencia a la no sujeción de la persona a ningún poder mediante intervenciones coactivas que en sí y objetivamente sustraigan a la persona de las relaciones espaciales⁶.

Desde este punto de vista es consecuente sostener que el sujeto pasivo, el titular de este bien jurídico, es toda «persona humana», con independencia de que tenga o no capacidad para formar una voluntad natural de movimiento, ya que la libertad como «concepto global» es un valor

que existe en toda persona por el hecho de serlo, como atributo del ser humano, por tanto es titular de ella tanto el recién nacido como el incapacitado crónico de formar una voluntad natural de movimiento.

Pero nosotros ya hemos rechazado este planteamiento al hablar del bien jurídico: la libertad así considerada ni puede ser objeto de protección de una norma ni es el bien jurídico protegido por el art. 480⁷. El bien jurídico protegido es la libertad de movimiento, y esta manifestación de la libertad exige una cierta capacidad en el sujeto para ser titular, de modo que sólo aquellas personas que tengan la capacidad de formación de una voluntad natural de movimiento pueden ser sujetos pasivos del art. 480.

Esta postura tiene consecuencias en orden a los tipos agravados del delito de detención ilegal. Si se considera el art. 481.1 (detención ilegal con exigencia de rescate o imposición de otra condición) y se parte de que el recién nacido no puede sufrir una privación de libertad, parece inevitable deducir que la sustracción del recién nacido, al no integrar el art. 480, no podrá realizar tampoco el art. 481.1 que, respecto al art. 480, aparece como especial por la exigencia de rescate o la imposición de otra condición.

No se puede alegar a favor de la aplicación del art. 481.1 que este precepto alude también a la sustracción de menores o, como dice Maqueda Abreu⁸, que se aplica en virtud del principio de especialidad, por ser este precepto más específico que el tipo de sustracción de menores, ya que, en nuestra opinión, el art. 481.1 exige que se dé «el delito previsto en el artículo anterior», es decir, el tipo básico de detenciones ilegales; y este tipo hemos visto que no se realiza cuando se sustraen a un recién nacido.

Precisado el presupuesto básico para determinar el sujeto pasivo del delito de detención ilegal, los problemas se plantean en función de personas con determinadas limitaciones en la capacidad de movimiento. Así podemos distinguir tres grupos de personas:

1. Personas que tienen limitada físicamente la capacidad de movimiento.
2. Personas que tienen excluida transitoriamente la capacidad de formar una voluntad de movimiento.
3. Personas que se encuentran privadas de la libertad de movimiento.

1. *Personas con la capacidad de movimiento limitada físicamente*

Si hemos partido de que todo ser humano con capacidad de voluntad es titular del bien jurídico de la libertad de movimiento, lo decisivo para determinar el círculo de sujetos pasivos será la capacidad volitiva de movimiento y no la capacidad física para moverse⁹.

7. Vid. *supra*, Cap. I, III, 6.

8. MAQUEDA ABRU, 1988, p. 81.

9. Así DIEZ RIPOLLÉS, inédita; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, 1988, p. 706; MANZINI, 1984, p. 660.

2. En este sentido BUSTOS RAMÍREZ, 1986a, pp. 120-121; ZUGALDIA ESPINAR, 1978, p. 612; DIEZ RIPOLLÉS, inédita; en la doctrina alemana MAURACH/SCHRÖDER, 1977, p. 134; ESER/SCHÖNCKE/SCHRÖDER, 1988, parágrafo 239. Anot. 3; HORIS, 1987, parágrafo 239. Anot. 3; en la doctrina italiana MANZINI, 1984, p. 660; FLORIAN, 1936, 310.

3. Vid. RODRÍGUEZ MUÑOZ/JASO ROLDÁN, 1949, 307; RODRÍGUEZ DEVESEA, 1988, pp. 306-307; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, 1988, p. 706; en la doctrina alemana WELZEL, 1969, p. 328; SCHAFER, 1986, parágrafo 239. Anot. 14.

4. Vid. *supra* Capítulo I, IV, 4.

5. Vid. MACGIORE, 1986, p. 457; ANTOLISEI, 1982, p. 139; CRESPI/STELLA/ZUCALA, 1986, p. 990; LATTANZA, 1983, p. 1074; VELOTTI, 1978, p. 462; PADOVANI, 1985, pp. 605 y ss.

6. PADOVANI, 1985, p. 613 sostiene que el bien jurídico protegido no es la libertad «disponible» sino la libertad «da» medidas coactivas sobre el cuerpo.

De aquí que no se exija que el sujeto tenga plena capacidad de autoejercicio de la libertad de movimiento. Así, las personas cuya voluntad de cambiar de lugar sólo pueda ser realizada con la ayuda de terceros o de medios técnicos pueden ser objetos del presente delito cuando se les prive de la ayuda de los terceros o de los medios técnicos puestos a su disposición¹⁰.

Existe detención ilegal tanto si la acción recae directamente sobre el impedido, por ejemplo, al parálitico se le impide que llame al enfermero que le mueve la silla de ruedas, como si la acción se dirige directamente sobre la tercera persona o sobre los medios que posibilitan ayuda al impedido, por ejemplo, se impide mediante coacción que el enfermero acuda a la llamada del parálitico o al ciego se le sustraen el perro-guía.

2. *Personas que tienen excluida transitoriamente la capacidad de formar una voluntad de movimiento*

La respuesta a esta cuestión, como ha señalado Meyer-Gehards¹¹, no puede ser única sino que se hace necesario distinguir varios tipos de supuestos:

a) Un primer grupo se caracteriza porque el autor causa la inconsciencia de la víctima para impedirle durante la duración de la inconsciencia abandonar el lugar. Aquí podemos distinguir dos variantes:

1. El autor causa la inconsciencia después de que la víctima haya decidido abandonar el lugar. Estamos ante un típico ejemplo de detención ilegal, en el cual el autor priva a su víctima de la actuación de la voluntad de abandonar el lugar. Es irrelevante que la víctima a causa de la inconsciencia no observe la privación de libertad; lo decisivo es que realmente haya sido impedido durante el tiempo de la inconsciencia para realizar su decisión de voluntad.

2. El autor causa la inconsciencia de la víctima sin que ésta haya tomado previamente la decisión de abandonar el lugar, pero el agente quiere adelantarse a una tal posible decisión. Si partimos de la opinión tradicional que concibe el bien jurídico protegido por el art. 480 como la libertad actual de movimiento no existe detención ilegal, pues quien no posee una voluntad real de movimiento no puede ser impedido en la actuación de esa voluntad. Según la concepción del bien jurídico que aquí sostenemos, para que se realice el delito de detención ilegal no es necesario impedir una voluntad real de movimiento, es suficiente con que se impida una voluntad presunta de movimiento. Pues bien,

el hecho de que la inconsciencia sea creada por el autor es un indicio que, generalmente, permite fundamentar la voluntad presunta contraria de la víctima. Decimos generalmente porque, en principio, si el autor crea la inconsciencia de la víctima para impedirle que abandone el lugar de estancia es porque presume que la víctima quiere abandonar el lugar. Ahora bien, tal indicio no tiene carácter absoluto, queda desvirtuado si del conjunto global del hecho pueden deducirse elementos en sentido contrario. Podemos concluir, por tanto, que, salvo que existan elementos en sentido contrario, la creación de la inconsciencia de la víctima permite fundamentar una voluntad presunta contraria.

b) El segundo grupo reúne aquellos supuestos en que el autor no causa la inconsciencia de la víctima, sino que la víctima está ya inconsciente. También aquí cabe distinguir dos variantes:

1. La acción del autor impide a la víctima abandonar el lugar más allá de la duración original de la inconsciencia. Existe unanimidad en la doctrina que se realiza el tipo de detención ilegal desde el momento en que la víctima recobra la consciencia¹², pero la dificultad se plantea cuando el agente prolonga el estado de inconsciencia. La opinión doctrinal que sostiene que el bien jurídico protegido es la libertad actual de movimiento niega que el inconsciente pueda ser titular de este bien jurídico en el sentido de que en el momento de la acción no existe una voluntad real de movimiento. Sin embargo para la opinión mayoritaria alemana no existe objeción en reconocer en estos casos la realización del delito en cuanto que con la prolongación del estado de incapacidad de movimiento se está privando al inconsciente de la posibilidad de movimiento en el momento que recobraría la consciencia¹³.

Para la posición que aquí mantenemos es evidente que en estos casos se realiza el delito, pues no existe dificultad para presuponer una voluntad presunta de movimiento cuando el autor prolonga el estado de inconsciencia. La prolongación del estado de inconsciencia, al igual que la creación de la inconsciencia, es un indicio, no de carácter absoluto, que permite fundamentar la voluntad presunta contraria, salvo que del conjunto global del hecho surjan otros indicios en sentido contrario.

2. Las medidas del autor se restringen al tiempo de duración de la inconsciencia. Aquí nos encontramos con el núcleo de la cuestión que se discute, ya que el encierro o detención se limita al tiempo en que el sujeto está inconsciente. Veamos las distintas posibilidades de argumentación.

Para un sector doctrinal alemán los dormidos/inconscientes pueden ser sujetos pasivos del delito de detención ilegal en la medida en que el bien jurídico protegido no se limita a la libertad de movimiento

10. Vld. CHERITO CAJÓN, 1980, p. 741; RODRÍGUEZ DEVEZA, 1988, pp. 306-307; MUÑOZ CONDE, 1990, p. 150; RODRÍGUEZ MUÑOZ/JASO RODRÍGUEZ, 1949, p. 307; QUERALT, 1986, p. 132; RODRÍGUEZ RAMOS, 1987a, p. 144. En la doctrina extranjera véase BARK SCHÖNCKE/SCHÖNCKE, 1988, parágrafo 239. Anot. 3; MAURACH/SCHROEDER, 1977, p. 134; SCHÄFER, 1986, parágrafo 239. Anot. 4; FLORIAN, 1936, p. 310; ANTONIUSEL, 1982, p. 139; MANZINI, 1984, p. 660.

11. MEYER-GEHARDS, 1974, pp. 566 y ss.

12. RODRÍGUEZ DEVEZA, 1988, pp. 306-307. En la doctrina penal alemana WESSLI, 1987, p. 73; BIEL, 1983, p. 75; KREY, 1986, p. 111; MEYER-GEHARDS, 1974, p. 570; GERPERT/BARTI, 1985, p. 223.

13. KREY, 1986, p. 111; BIEL, 1985, p. 75; MEYER-GEHARDS, 1974, p. 570.

actual sino que también protege la libertad de movimiento potencial. Esta opinión se fundamenta esencialmente en que la libertad de la persona es un bien jurídico especialmente importante que requiere una especial protección, por ello no se hace depender la existencia del delito del estado momentáneo de la víctima¹⁵. Schäfer¹⁶ cita el siguiente ejemplo: el ladrón de un piso cierra la puerta de la habitación donde duerme su propietario, como medida de precaución, y después de haber recogido el botín, sin que durante ese tiempo se haya despertado el propietario, vuelve a abrir la puerta. Para esta opinión el delito de detención ilegal se consuma desde el momento en que el ladrón cierra la puerta de la habitación.

Según otra opinión doctrinal alemana sólo puede existir detención ilegal si la víctima en el momento del hecho está en situación de actuar su capacidad natural de movimiento¹⁷. Para esta opinión el dormido/inconsciente no puede ser privado de su libertad de movimiento pues ya está privado de la posibilidad de movimiento mediante el sueño o la inconsciencia. En el ejemplo antes citado se rechaza la realización del delito pues durante el encierro el propietario, al estar dormido, no estaba en situación de actuar su capacidad natural de movimiento.

La doctrina dominante en España exige como presupuesto del tipo del art. 480 que el autor haga imposible la ejecución de una voluntad actual de movimiento¹⁸.

Desde la posición que aquí sostenemos en relación al bien jurídico, según la cual el art. 480 protege la libertad de movimiento actual, entendida como voluntad real o presunta de movimiento, no se puede sostener que el dormido/inconsciente sea titular de este bien jurídico. Es evidente que el dormido/inconsciente no tiene una voluntad real de movimiento, pero tampoco puede fundamentarse una voluntad presunta de desplazamiento, dado que el dormido/inconsciente renuncia a la posibilidad de cambiar de lugar durante su estado de inconsciencia; sólo cuando la inconsciencia sea creada o prolongada por el autor puede hablarse de una voluntad presunta que fundamenta la realización del delito.

Podemos concluir que la cuestión de si los dormidos/inconscientes pueden ser sujetos pasivos del delito de detención ilegal no puede ser resuelta con una respuesta única de eficacia general sino que habrá que tomar la voluntad presunta de la víctima como pauta para el enjuiciamiento de estos casos. Sólo en aquellos en que se pueda fundamentar una voluntad

de la víctima de movimiento puede afirmarse la existencia del delito; caso contrario, cuando no pueda presuponerse una voluntad contraria, se realizará el delito. Como norma general se puede afirmar que el dormido/inconsciente es sujeto pasivo del delito de detención ilegal cuando la inconsciencia sea creada o prolongada por el autor.

Personas que se encuentran privadas de la libertad de movimiento

Los planteamos si puede ser sujeto pasivo del presente delito la persona que se encuentra en estado de privación de la libertad de movimiento, decir, el sujeto que no puede abandonar el lugar donde se encuentra. Parece obvio que la persona que ya está privada de su libertad ambulatoria puede volver a ser privada de esta libertad que ya no posee. Sin embargo, la cuestión puede formularse de un modo más matizado: ¿puede ser sujeto pasivo quien se encuentra en un estado de privación parcial de la libertad de movimiento si se limita aún más la esfera de movimiento a él consentida? Esto que en un principio sólo aparenta ser un caso de laboratorio, nuestra trascendencia práctica en relación al recorte del espacio de libertad de una persona internada legalmente, tanto en un centro penitenciario como en un centro psiquiátrico.

La doctrina científica que se ha pronunciado sobre el tema reconoce que el ya privado de libertad puede ser sujeto pasivo si viene limitada la esfera de movimiento a él consentida, pues existiría privación de libertad respecto a la libertad que se le permite¹⁹. En España, Maqueda²⁰ sostiene que el privado legalmente de su libertad de movimiento, preso o detenido, puede ser sujeto pasivo si el encierro o detención realizan al «margen de toda autorización legal» o «por quienes no tienen legitimados» para ello. Con este argumento pone de manifiesto que ahora que la privación de libertad realizada legalmente se transforma en ilegal cuando se realiza en forma o por persona no autorizada. Pero con ello no aporta nada respecto al tema que aquí se aborda. Lo que se discute no es si está permitida o no la privación de libertad, aquí partimos siempre de que no está autorizada, sino que lo que está en cuestión es si cabe conceptualmente un encierro, detención o privación de libertad del que ya está encerrado, detenido o privado de libertad.

El TC se ha planteado esta cuestión en relación con las sanciones disciplinarias, afirmando en la S. 2/87, de 21 de enero, que «al estar ya privado de libertad en la prisión, no puede considerarse la sanción (aislamiento en celda) como una privación de libertad, sino meramente como un cambio de las condiciones de su prisión»²¹.

19. Se manifiesta en este sentido en la doctrina italiana MANZINI, 1989, p. 661; MAGGIORE, 1986, p. 432; ANTOLISEI, 1982, p. 139; BRICOLI/ZAGHRELSKI/GARAVELLI, 1984, p. 1091; GRESPI/STELLA/ZUCCALA, 1986, p. 990; LATTANZI, 1983, p. 990. En Alemania MAURACH/SCHROEDER, 1977, p. 134; SCHÄFER, 1986, parágrafo 239. Anot. 15.

20. MAQUEDA ABREU, 1988, p. 60.

21. En esta sentencia se plantea la constitucionalidad de la imposición de una sanción de aislamiento en celda. Para el recurrente en amparo tal sanción ha infringido el art. 25. 3 de la Constitución

14. SCHÄFER, 1986, parágrafo 239. Anot. 12 y 13; SCHMIDTÄUSER, 1983, p. 52. MAURACH/SCHROEDER, 1977, p. 134; por otras razones también WEIZEL, 1969, p. 328.

15. Véase *supra* Cap. 1. IV. 3.

16. SCHÄFER, 1986, parágrafo 239. Anot. 7.

17. ESER/SCHÖNKE/SCHROEDER, 1988, parágrafo 239. Anot. 3; KREY, 1986, p. 111; BLEY, 1983, p. 75; WEISSEL, 1987, p. 73; MEYER-GEHARDS, 1974, p. 570. Véase *supra* Cap. 1. IV. 3.

18. RODRÍGUEZ DEVEASA, 1988, pp. 306-307; BAJO FERNÁNDEZ, 1989, pp. 22-23, que considera un «alarde de imaginación» plantearse si pueden ser privados de libertad los inconscientes, inmóviles o narcotizados. En otro sentido RODRÍGUEZ RAMOS, 1987a, p. 144, que admite como sujetos pasivos a los inconscientes.

Aquí el TC no niega que el privado de libertad en virtud de una sentencia judicial pueda ser privado adicionalmente de libertad, sino que se limita a afirmar que la aplicación de una sanción disciplinaria que comporta una mayor restricción de la libertad de movimiento dentro del centro penitenciario no supone privación de libertad sino sólo una modificación de su detención legal, es decir, que «las condiciones normales de la vida en prisión no constituyen una privación de la libertad de acción que el prisionero pueda gozar dentro de la prisión». Pero tal reconocimiento no implica negar que el privado de libertad legalmente pueda ser objeto de una adicional privación de libertad. Ello ocurrirá cuando se restringe al recluso la libertad de movimiento reconocida en el ámbito penitenciario, sin que ello sea consecuencia de una modificación del régimen de cumplimiento de la condena. De aquí que las privaciones de libertad del recluso que respondan a razones de clasificación o de tratamiento se entiendan incluidas en la privación de libertad a que ha sido condenado y no supongan conceptualmente otra privación de libertad adicional. Pero todas las demás restricciones de la libertad suponen una adicional privación de libertad del recluso, con independencia de que éstas puedan estar o no justificadas, como es el caso de la sanción disciplinaria. Aquí discrepamos de la opinión del TC, que concibe la sanción disciplinaria de aislamiento en celda como una «condición normal de la vida en prisión» y, por tanto, no supone privación de libertad adicional. En nuestra opinión la sanción disciplinaria de aislamiento en celda no responde a razones de clasificación o de tratamiento sino a la sanción correspondiente a una falta disciplinaria y por ello supone una privación de libertad adicional, con independencia de que en este caso está justificada.

El TS, por el contrario, no admite que el privado legalmente de libertad pueda ser privado adicionalmente de libertad. En la sentencia de 20 de diciembre de 1974²², única en que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema, niega que el preso o detenido pueda ser sujeto pasivo del delito de detención ilegal por carcer de libertad de movimiento. Argumenta el TS que la conducta de unos reclusos que encierran en una celda a otros presos para que no impidan su fuga no puede configurarse como delito de detención ilegal por cuanto tal delito «supone un ataque a la libertad humana, de la que estaban privados

los presos; no puede haber encierro respecto del que está encerrado, ni detención sobre el que está detenido o preso, ni privación de libertad de los que carecen de ella». Tal posición lleva al TS a calificar tales hechos como coacciones²³.

Esta tesis jurisprudencial resulta difícilmente justificable. Parte de un presupuesto que, en principio, es válido: el privado de libertad no puede ser privado de esa libertad que ya no posee. Sin embargo, el TS olvida un elemento de importancia en el análisis del caso que nos ocupa: no considera la posibilidad de que el recluso pueda tener un ámbito de libertad reconocido, en la medida que se le permita la libertad de movimiento en un determinado ámbito espacial. En el caso, objeto de la sentencia antes aludida, los cuatro reclusos se encuentran en la capilla de la prisión con el capellán y son trasladados y encerrados en una celda por otros reclusos que se disponen a fugarse. No cabe duda que los cuatro presos que son encerrados en la celda han sido objeto de una privación de la libertad de movimiento a ellos consentida dentro del centro penitenciario²⁴.

Por tanto, no podemos aceptar, con carácter absoluto, la afirmación del TS de que no existe encierro, detención, o privación de libertad respecto al encerrado, detenido, o privado de libertad. Ello sólo es cierto en aquellos casos en que las medidas ejercidas sobre el ya privado de libertad no supongan una mayor restricción del ámbito espacial donde se encuentra sometido. Pero cuando tales medidas supongan una mayor limitación de la esfera de movimiento a él consentida existe privación de libertad respecto a la libertad de movimiento que se le permitía. Un ejemplo nos permite distinguir estos dos casos del ya privado de libertad. La persona que sufre una mayor restricción del espacio donde estaba encerrado: «A» cierra todas las salidas del colegio donde se encuentra «B» para impedirle que éste pueda asistir como testigo a un juicio; «C», con la misma finalidad y posteriormente, cierra con llave el despacho donde se encontraba «B». Aquí «C» ha privado de libertad a «B» porque aunque éste ya estaba privado de libertad, la acción de «C» supone una mayor restricción del ámbito espacial donde queda encerrado. Por otro lado se dan aquellos casos en el que el encierro del ya privado de libertad no implica mayor restricción de su libertad de movimiento: «A» encierra a «B» en su despacho para impedirle que pueda acudir

que prohíbe imponer sanciones a la Administración Civil que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. El TC resuelve esta cuestión en el fundamento jurídico n.º 3, entendiendo que tales medidas no suponen privación de libertad ya que el condenado ya está privado de libertad.

22. STS de 20 de diciembre de 1974, J.Cr. n.º 1802. El fundamento de hecho de la sentencia declara que los procesados, con la intención de fugarse de la prisión, se introdujeron en la cocina, donde se apoderaron de varios cuchillos e instrumentos cortantes, obligando a varios funcionarios y reclusos que prestaban servicios en la cocina a entrar en una dependencia inmediata a la cocina, donde fueron maniatados, tras lo cual fueron encerrados en una celda. Seguidamente el capellán y varios reclusos que se hallaban en la capilla fueron conducidos a otra celda. Si bien en relación con los funcionarios no se discute la calificación como delito de detención ilegal, el objeto del recurso es la calificación jurídica del encierro de los reclusos.

23. El TS califica el encierro de los reclusos en una celda como un delito de coacciones que queda abaritado por la violencia o intimidación en las personas que agrava la figura del quebrantamiento de condena del art. 335.

24. Si se niega que tales reclusos han sido privados de libertad de movimiento por carcer de tal libertad, la misma razón nos podría llevar a negar que se realice en estos casos un delito de coacciones, como sostiene el TS, pues también se podría afirmar, con carácter general, que los reclusos no tienen libertad de actuación. Efectivamente, nadie duda sobre el hecho de que un recluso no tiene libertad de actuación en general, pero ello no impide al TS aceptar la realización del delito de coacciones en un recluso, si es compelido a realizar algo a lo que no está obligado. Pues bien, si admitimos que el recluso puede ser objeto de un delito de coacciones, hemos de admitir también que si tal cumplimiento consiste en un encierro o detención que impide abandonar un lugar en el cual no esté obligado a permanecer, se realiza un delito de detención ilegal.

a un juicio, y «C», con la misma intención, cierra posteriormente todas las salidas del colegio donde se encontraba «B». Aquí, a diferencia del caso anterior, no se puede castigar a «C» por un delito consumado de detención ilegal, pues «C» no ha privado a «B» de «su» libertad de movimiento, ya que en el momento del hecho «B» se encontraba privado de la libertad de abandonar el colegio.

Esta tesis encuentra apoyo legal en la redacción del tipo que alude al que encerrar o detuviere a otro privándolo de «su» libertad, es decir, que la privación de la libertad va referida al ámbito de libertad que tenga permitido el sujeto.

Podemos concluir que un privado de libertad puede ser objeto del delito de detención ilegal siempre que sea posible restringir aún más el ámbito espacial donde se encuentra.

II. LIMITACIONES DERIVADAS DE LA REGULACIÓN LEGAL

1. Menor de siete años

Para la doctrina dominante no puede ser sujeto pasivo el menor de siete años. Tal exclusión no viene determinada por los términos del tipo legal del art. 480 sino porque en tal caso será de aplicación el delito de sustracción de menores previsto en el art. 484. Se considera que el delito de sustracción de menores está en relación de especialidad con el delito de detención ilegal²⁵. Tal consideración se justifica invocando la identidad del bien jurídico protegido.

En efecto, una opinión doctrinal sostiene que el bien jurídico protegido por el art. 484 es la libertad de movimiento. Ya Groizard²⁶ señalaba que la única especificidad de este delito en relación con los delitos contra la libertad es que se establece una presunción *iuris de iure*, en el sentido de que toda sustracción de un menor de siete años es sin su consentimiento. Mayor fundamentación presenta la tesis sostenida por Jaso²⁷ que, partiendo de la formulación de Binding acerca de los delitos contra la libertad, afirma que la sustracción de menores representa el tránsito de los delitos contra la libertad a los delitos contra la voluntad²⁸. Para este autor los menores han de estar sometidos al amparo, a la protección de alguien; esta protección se desenvuelve generalmente dentro de la patria potestad o en la tutela. «Estas instituciones atribuyen a sus titulares una situación de poder sobre la persona del menor» y lo que caracteriza esencialmente al delito de sustracción de menores es «la supresión de tal situación de poder». Ahora bien si tales figuras

25. Así MUÑOZ CONDE, 1990, p. 150; QUERALT, 1986, p. 132; RODRÍGUEZ MUÑOZ/JASO ROLDÁN, 1949, p. 307; BUSTOS RAMÍREZ, 1986a, pp. 125-126; MAQUEDA ABREU, 1988, p. 60; RODRÍGUEZ RAMOS, 1987a, p. 144; BAJO FERNÁNDEZ, 1989, p. 22.

26. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, 1893, p. 574.

27. RODRÍGUEZ MUÑOZ/JASO ROLDÁN, 1949, p. 315-316.

28. BINDING, 1902, p. 115-117.

o comportaran la supresión de una situación de poder su colocación automática obligada sería entre los delitos contra la voluntad, pero como ordinario la sustracción de un menor de siete años «supone la fundamentación de una nueva situación de poder, aparecen estos delitos como el tránsito entre los delitos contra la libertad a los delitos contra la voluntad»²⁹. En esta dirección doctrinal Quintano Ripollés considera que este delito afecta a la libertad de movimiento, bien porque en algunas ocasiones se protege la libertad del menor, que la posee aun cuando sea de forma limitada, bien porque cuando no sea así, se protege la libertad de los padres o guardadores de decidir provisionalmente el destino del menor, en virtud de una delegación temporal por la que ellos ejercitan su nombre la libertad de movimiento. Por lo demás admite que en estos delitos se menoscaban también otros bienes jurídicos^{30 31}.

Desde esta consideración sistemática se concluye que el delito de sustracción de menores es un tipo especial en relación con las detenciones ilegales³² de donde se deduce que la existencia del delito del art. 484 implica que el menor de siete años pueda ser sujeto pasivo del delito de detención ilegal.

A esta conclusión llegan otros autores sin admitir la identidad de bienes jurídicos en estas dos figuras delictivas. Así Rodríguez Ramos³³, que configura el delito de sustracción de menores como un delito contra familia, y Bajo Fernández³⁴, que indica que este delito protege una pluralidad de bienes jurídicos sin que prevalezca en todo caso la libertad, sostienen que el tipo del art. 484 está en relación de especialidad con el tipo básico del delito de detención ilegal y, por tanto, el menor de siete años no puede ser sujeto pasivo del delito de detención ilegal.

Sin embargo, Díez Ripollés³⁵, aceptando la premisa básica de la primera opinión doctrinal, identidad de bienes jurídicos en los dos tipos de sustracción de menores y de detención ilegal, no excluye al menor

29. RODRÍGUEZ MUÑOZ/JASO ROLDÁN, 1949, p. 316. En este sentido RODRÍGUEZ DE VESA, 1988, pp. 315-316, fundamenta tal naturaleza en que «siendo esencial en ellos el menosprecio de la voluntad de los que tienen legalmente la custodia del menor, van acompañados en muchas ocasiones por auténticos ataques a la libertad de movimiento de éste, que de hecho puede poseer y poseer una voluntad digna de protección en la ley...»

30. QUINTANO RIPPOLÉS, 1961, pp. 5 y ss.; DEL MISMO, 1972, pp. 930 y 931. En este sentido MUÑOZ CONDE, 1990, p. 168, que considera a estos delitos como delitos contra la libertad en sentido amplio. QUERALT, 1986, p. 142; MAQUEDA ABREU, 1988, p. 80; BUSTOS RAMÍREZ, 1986a, pp. 125-126, señala que protege la seguridad como presupuesto de la libertad, y otras como presupuesto de la libertad ambulatoria del menor, cuando se realiza sin su anuencia, su anuencia; afectando también a los derechos y deberes de la patria potestad.

31. En este sentido también se ha manifestado la jurisprudencia, la STS de 14 de mayo de 1977 J.Cr. n.º 692 declara que el bien jurídico protegido es la libertad del menor y admite como subordinado la voluntad de sus guardadores; véase también STS de 16 de diciembre de 1969 J.Cr. n.º 2.202.

32. Vid. QUINTANO RIPPOLÉS, 1972, pp. 938-939; MUÑOZ CONDE, 1990, pp. 168; QUERALT, 1986, p. 143; BUSTOS RAMÍREZ, 1986a, p. 126; MAQUEDA ABREU, 1988, p. 80.

33. RODRÍGUEZ RAMOS, 1987a, p. 244.

34. BAJO FERNÁNDEZ, 1989, p. 22.

35. Díez Ripollés, inédita.

de siete años del ámbito de los sujetos pasivos del art. 480. Para este autor el delito de detención ilegal y el delito de sustracción de menores protegen distintos aspectos de un mismo bien jurídico: mientras que en el art. 480 se protege la libertad de abandonar un lugar por personas que tienen capacidad volitiva natural, en el art. 484 se protege el libre abandono del área de guarda por el menor, que sólo es posible con la mayoría de edad. Desde esta perspectiva concluye que el menor de siete años será sujeto pasivo del delito de sustracción de menores cuando no se oponga al abandono o no tenga capacidad volitiva natural, pero en caso de que el menor de siete años se oponga a tal abandono y se produzca un encierro o detención se realizará tanto el art. 480 como el art. 484. Concursus de leyes que se resuelve no por el principio de especialidad sino por el principio de consunción, en la medida que el delito de sustracción de menores se embebe en la detención ilegal o, de lo contrario, por el principio de alternatividad.

Otro sector doctrinal admite que el menor de siete años puede ser sujeto pasivo del delito de detención ilegal. Se parte aquí de otra consideración sobre la naturaleza del delito de sustracción de menores. El delito del art. 484 no protege la libertad de movimiento sino otro bien jurídico. Estamos ante delitos de naturaleza distinta y que protegen bienes jurídicos distintos. Ya Pacheco³⁶ advertía que el delito de sustracción de menores no protege la libertad de movimiento del menor cuando decía que «el apoderamiento de un niño para privarlo de la libertad y volverlo después a sus padres no es constitutivo de este delito...», sólo se realiza el delito de sustracción de menores cuando se sustrae a un menor «para quedarse con él, o para hacerle perder la noción de su origen, la posición de su real y efectiva existencia». En la doctrina moderna Cobo del Rosal ha sostenido que el bien jurídico del delito de sustracción de menores es «la familia, concretada en los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, tutela o guarda, o institución afín»³⁷. Lo que en este delito se lesiona es la relación existente entre el menor y las personas encargadas de su guarda. Ello imposibilita el ejercicio de los derechos y deberes de vigilancia, custodia y educación que la ley atribuye a determinadas personas o instituciones. Por lo que aquí nos interesa, este sector doctrinal afirma que es incorrecto configurar estos delitos como delitos contra la libertad porque no se protege ni la libertad de los padres o tutores ni la libertad del menor. En cuanto a la libertad de los padres o tutores, afirman estos autores que el hecho de que se rompa una determinada situación de poder de los padres, tutores o guardadores no significa que se lesione la voluntad de tales personas de mantener esa situación de poder. Lo que se lesiona es el título jurídico del que nace ésta, es decir, los derechos y deberes

que originan esa situación de poder³⁸. Por lo que respecta a la libertad del menor, se niega que ésta pueda ser el bien jurídico en base a las siguientes razones: en primer lugar, porque el menor de edad carece de libertad con la autonomía exigida para tener el rango de bien jurídico, en la medida que está sometido a vigilancia, como lo prueba el art. 488³⁹, en segundo lugar porque la eventual libertad de la voluntad del menor es inopertante, en la medida que es indiferente que medie o no el consentimiento del menor, y por último porque el art. 486 castiga una conducta a pesar de que no se lesiona la libertad del menor mayor de siete años, ya que el consentimiento del inducido es inherente a este tipo, sin que excluya el tipo o la antijuricidad, dando lugar simplemente a una pena distinta a la del art. 484⁴⁰.

Se puede concluir que para esta opinión doctrinal estamos ante dos delitos de naturaleza diferente, lo que permite afirmar que el menor de siete años puede ser sujeto pasivo del delito de detención ilegal y que en caso de concurrencia con el delito de sustracción de menores dará lugar a una consideración concursal.

El TS, al igual que la doctrina mayoritaria, parte del principio de que el menor de siete años no puede ser sujeto pasivo del delito de detención ilegal del art. 480. Así lo manifiesta expresamente la STS de 25 de octubre de 1983⁴¹ cuando afirma que «el sujeto pasivo (del delito de detención ilegal) lo puede ser cualquiera salvo que se trate de menores de siete años, en cuyo caso será el delito de sustracción de menores el perpetrado». Por otra parte, no existe desde 1870 hasta la actualidad ninguna sentencia del TS en la que el sujeto pasivo del art. 480 sea un menor de siete años. El TS fundamenta tal tesis en la relación de especialidad que existe entre ambos delitos, en cuanto señala que la única diferencia que existe entre el delito de sustracción de menores y el delito de detención ilegal es la edad del sujeto⁴², aun cuando algunas sentencias reconocen que el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores no es la libertad de movimiento del menor sino los derechos inherentes a la patria potestad o institución afín⁴³. La jurisprudencia, por tanto, considera al delito de sustracción de menores como una «detención ilegal cualificada», sin que sea obstáculo para ello la autonomía de que goza su regulación legal (Capítulo II

36. PACHICO, 1870, p. 22.

37. Cobo del Rosal, 1961, p. 233. En el mismo sentido Cobo del Rosal/CARBONELL MARTÍ, 1988, p. 712; DIEGO DÍAZ-SANTOS, 1972, p. 275; RODRÍGUEZ RAMOS, 1987a, p. 224.

38. Cobo del Rosal, 1961, pp. 217-218. Esta dirección doctrinal también ha tenido eco en la jurisprudencia. Así la STS de 11 de marzo de 1981 J.Cr. n.º 340 manifiesta que en el art. 486 se protege la «tutela y vigilancia de sus guardadores que tienen la obligación en todo momento de velar por su bien», es decir, que primar al menor protegiendo los derechos y deberes inherentes a la patria potestad o institución afín. Véase también la STS de 15 de marzo de 1983 J.Cr. n.º 376.

39. *Ibidem*, pp. 216.

40. *Ibidem*, pp. 217-218.

41. STS de 25 de octubre de 1983 J.Cr. n.º 1.407. Véase también la STS de 26 de marzo de 1986 J.Cr. n.º 451; STS de 13 de diciembre de 1984 J.Cr. n.º 1.745; STS de 14 de abril de 1977 J.Cr. n.º 530.

42. Vid. Considerando 3 de la STS de 25 de octubre de 1983 J.Cr. n.º 1.047.

43. Vid. *supra* nota 38.

del Título XII del Código penal), ni el hecho de que se castigue con la misma pena que el tipo del art. 480 que sirve de tipo básico de referencia. Tal caracterización se fundamenta en que cuando la detención ilegal «recae sobre sujetos pasivos menores o niños, contiene una mayor gravedad, por su incapacidad o dificultad de resistir, profundos efectos para su psiquismo, y alarma y conmoción para su familia y la sociedad».⁴⁴

Esta tesis va a permitir al TS aplicar el tipo agravado del art. 481 cuando en la sustracción de un menor concurre alguna de las circunstancias agravantes previstas en él⁴⁵, evitando así la incongruencia valorativa que había puesto de relieve Quintano Ripollés⁴⁶ de que el secuestro de un menor con las circunstancias del art. 481 sea castigado con menor pena que la detención ilegal en las mismas circunstancias. Aunque el TS no argumenta explícitamente por qué es de aplicación el tipo agravado del art. 481 al menor de siete años, parece que se basa en el principio de especialidad. En efecto, para la jurisprudencia la detención ilegal del art. 481 y el delito de sustracción de menores son especies de un mismo género: el tipo básico del art. 480. Ello conduce a establecer una relación trilateral a la hora de resolver los posibles concursos y, en concreto, para calificar la sustracción de un menor con exigencia de rescate o con la concurrencia de cualquiera de las otras circunstancias agravatorias previstas en el art. 481. En estos casos se renuncia a la figura específica de la sustracción de menores en favor de la detención ilegal calificada del art. 481 por entenderse más especial cuando concurren las circunstancias en este art. aludidas.⁴⁷

Sin embargo, tal argumentación jurídica no es aceptable. En primer lugar, parte de una premisa básica que no es correcta: que la sustracción de menores sea una especie del género de detención ilegal. Ciertamente tal premisa no es correcta porque para que pueda afirmarse una relación de especialidad entre dos figuras delictivas es necesario que se prediquen de la figura especial todos los elementos de la figura básica más uno al menos que fundamente la agravación o atenuación. Pues bien, esta relación no existe entre la figura de detención ilegal y la sustracción de menores porque, como analizaremos más adelante, no toda sustracción de menores supone siempre la realización del tipo del art. 480, ya que puede existir sustracción de un menor sin encierro o detención de éste. En segundo lugar, la aplicación del art. 481 a los supuestos de sustracción de un menor cuando concurre alguna de las circunstancias en aquél previstas supone una aplicación analógica que está prohibida

por ser *in malam partem*: este sentido dado al art. 481 no tiene cabida en su tenor literal y es contrario al principio de legalidad⁴⁸, ya que el art. 481 dice textualmente que será de aplicación cuando las referidas circunstancias concurren en «el delito previsto en el artículo anterior» el delito previsto es el delito de detención ilegal del art. 480 y no el delito de sustracción de menores que encuentra su regulación en otro artículo distinto.

Conclusiones

En cuestión de si el menor de siete años puede ser sujeto pasivo del delito de detención ilegal viene condicionada por la posición que se mantenga en torno a la naturaleza del delito de sustracción de menores en relación con el delito de detención ilegal.

La opinión dominante y la jurisprudencia niegan que el menor de siete años pueda ser sujeto pasivo del art. 480 en base a que el delito de sustracción de menores es un delito contra la libertad de movimiento y está en relación de especialidad con el delito de detención ilegal.

Esta tesis parte de la identidad de bienes jurídicos entre estas dos figuras delictivas, la libertad de movimiento entendida como la libertad de abandonar el lugar. En relación a este tema existe, como ya hemos señalado, unanimidad al considerar que el delito de detención ilegal protege la libertad de movimiento o libertad de abandono; pero no se puede decir mismo en relación con el delito de sustracción de menores. Ciertamente puede afirmarse que el bien jurídico de este precepto sea la libertad de movimiento, pero no porque el menor de siete años carezca de esa libertad, como sostiene la doctrina anteriormente citada⁴⁹. Este argumento es válido si sostenemos que el titular de la libertad de movimiento es toda persona que tenga capacidad natural de movimiento, ya que un menor de siete años puede tener esa capacidad, por lo que el menor goza de su propia libertad de movimiento, si bien está limitada o condicionada por quien ejerce la patria potestad o institución afín.

Esta limitación significa que el menor de siete años no está capacitado únicamente para decidir abandonar el entorno familiar o área de guarda. Ello tal limitación no permite afirmar que el menor de siete años pueda ser objeto de un encierro o detención, esto es, ser privado de «su» libertad ambulatoria, bien por el titular de la referida potestad bien por persona extraña a esa potestad. Esta opinión encuentra, por lo demás, un aval particularmente significativo en la evolución más reciente del derecho de familia, que reconoce a los hijos menores una más amplia libertad de autodeterminación, sea en el interior de la familia o en el mundo exterior⁵⁰. Afirmada la libertad de movimiento

48. MUÑOZ CONDE, 1990, p. 169.

49. COBO DEL ROSAL, 1961, p. 217-218.

50. El art. 154 del CC en su párrafo 3 establece «si los hijos tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten».

44. STS 28 de octubre 1976 J.Cr. n.º 1.189. Considerando 1.

45. La STS de 28 de octubre de 1976 J.Cr. n.º 1.184 castiga por el art. 481.4 (en la actualidad art. 481.1) la sustracción de un menor de cinco años con exigencia de rescate; la STS de 26 de marzo de 1986 J.Cr. n.º 451 califica como delito de sustracción de menores el secuestro de una niña de tres años para exigir rescate porque la «depredación quedó en mera ideación sin ni siquiera empezar la ejecución pues no hubo ocasión de pedir a los padres cantidad alguna».

46. QUINTANO RIPPOLLÉS, 1972, p. 933. Véase también MUÑOZ CONDE, 1990, p. 169.

47. Vid. MAQUEDA ABRIL, 1988, p. 81.

en el menor, debemos analizar si el art. 484 protege a ésta como bien jurídico o tiene otro objeto de protección. En la determinación del bien jurídico protegido tienen fundamental importancia los elementos del tipo. El tipo del art. 484 sólo alude a «la sustracción de un menor de siete años». El término sustracción proviene de la palabra «extracción», que significa apartar, separar;⁵¹ por consiguiente, el tipo se realiza cuando el menor de siete años es apartado, separado, de la custodia de aquellos que la tienen legalmente o de hecho. Esto significa que la conducta del autor debe realizar el específico resultado de sustracción del menor al poder de vigilancia del padre, tutor o guardador. Tal sustracción no representa la conducta típica sino más bien el resultado, de forma que estamos ante un tipo resultativo o prohibitivo de causación, en el cual la conducta asume un carácter «elástico», poniéndose en relación causal con el resultado, cuya verificación alcanza relevancia penal prescindiendo de la particular «forma» o «modalidad» con que viene realizado.

Como veremos, el resultado de sustracción no equivale al resultado típico del art. 480, encierro o detención. Ello no excluye que una misma acción pueda realizar los dos resultados típicos (sustracción del menor al titular del derecho de custodia y el encierro o detención), pues la misma acción puede ser idónea para realizar los dos resultados típicos de los dos delitos.

Precisado que pueden coincidir las conductas constitutivas de ambos delitos, se debe señalar que los resultados respectivamente previstos se colocan en una relación de completa heterogeneidad valorativa. Lo cual impide que se pueda hablar de una relación de especialidad entre el tipo legal del art. 480 y del art. 484. En efecto, mientras que la sustracción de menores se traduce en un resultado que afecta a la esfera de poder de vigilancia y custodia en relación al menor, el encierro y la detención consisten en impedir abandonar el lugar de estancia. No puede sostenerse, como hace la doctrina dominante y la jurisprudencia, que estos dos resultados se encuentren en una relación de especialidad. Para poder afirmar la existencia de una tal relación será necesario, en efecto, poder demostrar que uno de los dos resultados contiene, como posible especie, el resultado correspondiente. Tal demostración no es posible porque la sustracción del menor no es estructuralmente idónea para comprender el encierro o la detención, los dos resultados están puestas sobre dos planos diversos. Es concebible que más allá de la sustracción se realice el encierro o la detención, esto depende de la sola circunstancia de que el comportamiento haya causado también el resultado de la privación de libertad y no de la circunstancia de que la sustracción pueda por sí implicar una privación de libertad, o que viceversa, la privación de libertad presente como su posible especie la sustracción de menores.

51. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua nos dice que el término sustraer significa en su primera acepción: «Apartar, separar, extraer». Ed. 1984.

Se puede observar que el art. 484 no implica necesariamente una privación de libertad de movimiento, es más, puede comportar incluso una ilegítima ampliación, y en esta ampliación consiste la sustracción. No se puede, por consiguiente, afirmar que el art. 484 sea especial respecto al art. 480. Por otro lado, la detención ilegal de un menor de siete años tampoco implica necesariamente su sustracción a la potestad de los padres, tutores o guardadores porque el impedir abandonar un lugar puede realizarse sin que se afecte a la sujeción del menor al titular de su guarda; piénsese en el ladrón que, sorprendido por un menor, lo encierra en un trastero de la casa. Tampoco la privación de libertad del menor puede considerarse especial respecto a la sustracción.

De lo dicho se puede deducir que entre el tipo de sustracción de menores y el de detención ilegal no media una relación de especialidad. Ello nos permite negar la tesis de la doctrina dominante y de la jurisprudencia de que el menor de siete años no puede ser sujeto pasivo del delito de detención ilegal por la existencia del tipo legal del art. 484.

Una vez establecido que el tipo del art. 484 no mantiene en el plano técnico-jurídico una relación de especialidad con el tipo del art. 480 nos debemos plantear cuál es el objeto de protección de este precepto. Para ello nada mejor que acudir a la propia conducta que se castiga. En el art. 484 se castiga el sacar al menor de siete años del entorno familiar o del área de guarda, por consiguiente, lo que se protege es que el menor no abandone el área de guarda o custodia a la que está sometido. Tal vez exista acuerdo en la doctrina sobre esta afirmación, pero la coincidencia acaba aquí, y la discusión se centra en si tal bien es un aspecto de la libertad de movimiento o una potestad inherente a la patria potestad, tutela o guarda. Si por libertad de movimiento entendemos la capacidad natural de la persona de fijar por sí mismo su situación en el espacio, resulta difícil concebir como una limitación a esta libertad el que el menor no abandone el área de custodia o guarda. Sólo es posible concebir el bien jurídico protegido por el art. 484 como un aspecto de la libertad de movimiento;⁵² si entendemos que aquí se protege un «presupuesto» para que el menor pueda ejercer su libertad de movimiento cuando alcance la capacidad jurídica para ello. Ahora bien tal consideración del bien jurídico parte de un concepto de libertad de movimiento distinto al que utilizamos cuando nos referimos al bien jurídico protegido por el art. 480, pues aquí la libertad de movimiento se refiere a la *capacidad natural*, mientras que en el art. 484 la libertad de movimiento va referida a la *capacidad jurídica de abandonar el área de custodia*. Pero además no se explica por qué la protección que el legislador dispensa al menor de siete años en el art. 484 va referida sólo a la libertad de movimiento, cuando tal protección también es «presupuesto» de otros bienes jurídicos que se concretan en otras manifestaciones de la personalidad, como son la libertad de educación

52. Así Díez Ripollés, inédita.

del menor, su libertad de culto, su libertad sexual, etc. Todos estos bienes jurídicos también son puestos en peligro cuando el menor es objeto de una sustracción.

Podemos concluir, por tanto, que la protección que dispensa el art. 484 debe ser considerada como un presupuesto para el libre desarrollo de la personalidad y no como un presupuesto o aspecto de la libertad de movimiento.

Por todo lo anterior nos parece más correcto concebir el bien jurídico protegido por el art. 484 como una potestad inherente a la patria potestad, tutela, o guarda. Entre éstas se encuentra la de tener a los menores en su compañía⁵³; es evidente que al apartar al menor del ámbito familiar se lesiona esta potestad del titular de la institución correspondiente. Preferimos hablar de potestad y no de derecho porque las potestades del titular de estas instituciones no se configuran como derechos subjetivos, dado que el derecho subjetivo es de libre ejercicio y se da en interés de quien lo ostenta, mientras que aquéllas son poderes instrumentales enderezados al interés del menor. De aquí podemos deducir que el art. 484 tiene por objeto también la protección del menor en su edad, sin embargo no en cuanto es afectada su libertad de movimiento, sino en relación a su custodia o cuidado, por eso el menor no puede ser autor de este delito ni partícipe en el hecho de otro. El precepto no protege la libertad de movimiento del menor pero tampoco al titular de la potestad de guarda del menor por sí mismo, sino la relación interpersonal existente entre el menor y la persona encargada de su cuidado o custodia.

Del reconocimiento de que el menor está sometido a una potestad dirigida a su mantenimiento, educación e instrucción, y que la sujeción a tal potestad corresponde a un interés objetivo, es lógico concluir que el art. 484 tutela el efectivo ejercicio de esta potestad frente a la conducta de sustracción de la persona a ella sujeta. En definitiva, los arts. 484 y 486 se refieren a las hipótesis en las cuales el ejercicio de esta potestad viene frustrado, sea con la finalidad de sustituir el propio poder legítimo por otro análogo, sea con la finalidad simplemente de excluir la sujeción (caso de inducción al abandono de la casa). De aquí que sea absurdo castigar en la sustracción de menores al menor, que es la víctima del delito. Se estima que cuando una figura delictiva ha sido creada para proteger a una persona que guarda relación directa con el bien jurídico protegido, la conducta favorecedora de esa persona, que además puede ser partícipe necesario en el delito, es impune.

Esta consideración del bien jurídico impide que podamos configurar, como hace una opinión minoritaria⁵⁴, la concurrencia del delito de

53. El art. 154 del CC dice: «Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad del padre y de la madre. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral».

54. Díez Riuollés, inédita.

acción de menores y del delito de detención ilegal como un concurso de delitos a resolver por el principio de consunción y, en caso contrario, el principio de alternatividad. Esta tesis sólo puede fundamentarse en la concepción del bien jurídico como la que acabamos de criticar: parte de que el bien jurídico tutelado por el art. 484 es un aspecto de la libertad de abandono en general, se puede concluir que el desvalor del hecho del tipo legal del art. 480 puede abarcar en ocasiones el desvalor del comportamiento descrito y penado en el art. 484 y, consecuentemente, que la sustracción pueda quedar consumida (*embebida*) por el desvalor mayor del delito de detención ilegal. Pero si consideramos el bien jurídico protegido por el art. 484 son los poderes inherentes a la patria potestad, tutela o institución afín, bien jurídico independiente de la libertad de movimiento, no se puede compartir la tesis antes citada.

Por otra parte, tal teoría rompe con la tradición histórica marcada por nuestro legislador que ha venido configurando el delito de sustracción de menores como un delito de mayor gravedad que el delito de detención ilegal⁵⁵, aunque pueda fundamentarse en la nueva regulación que ofrece el código penal de 1944 que, apartándose de la orientación seguida por los códigos anteriores, equipara las penas de ambos delitos. Pero la equiparación de las penas no es suficiente, se hace necesario demostrar que con el art. 480 se capta, cuando se aprecie la consunción, el total desvalor del hecho, sin que sea necesario acudir también al art. 484. La demostración es imposible porque con la calificación de detención ilegal se abarca el desvalor de impedir al menor abandonar el lugar de estancia, pero no comprende la lesión a la potestad del padre, tutor o guardador de mantener al menor bajo su custodia o guarda. Podemos decir, que la equiparación actual de penas de ambos delitos lo único que evidencia es que el legislador equipara ambos injustos, pero no justifica el equiparar, como hace este sector doctrinal, la sustracción de menores seguida de una detención ilegal con una simple detención ilegal.

Por último, hemos de señalar que la concepción del bien jurídico que aquí mantenemos nos permite solventar satisfactoriamente las relaciones del tipo de sustracción de menores con el delito de detención ilegal. En el caso de un menor de siete años que no tiene capacidad volitiva natural (*recién nacido*) o que no se opone al abandono sólo puede ser sujeto pasivo del delito de sustracción de menores. En caso de que el menor de siete años tenga capacidad volitiva natural y se ponga al abandono se realiza el art. 480 y el art. 484, si se produce

55. Los Códigos penales de 1848, 1850 y 1870 castigaban el delito de sustracción de menores con la pena de cadena temporal, mientras que el delito de detención ilegal era castigado con la pena de prisión mayor. El Código de 1928 estableció la pena de reclusión de 10 a 20 años para el delito de sustracción de menores y de prisión de 3 a 10 años y multa para el delito de detención ilegal. El mismo criterio siguió el CP de 1932 que castigaba el delito de detención ilegal con la pena de prisión menor en grado máximo a prisión mayor en grado mínimo y el delito de sustracción de menores con la pena de presidio mayor en grado máximo a reclusión menor en grado mínimo.

el encierro o la detención. Dado que estamos ante bienes jurídicos diferentes, no se da un concurso de leyes sino un concurso de delitos. Se podría afirmar la existencia de concurso de leyes si alguno de los tipos penales concurrentes captara el contenido total de lo injusto, pero ya hemos podido observar que el delito de sustracción de menores no valora el encierro o detención y el delito de detención ilegal tampoco integra el sustracción al menor del área de guarda o custodia. De forma que para valorar el contenido total de lo injusto de la conducta se hace necesario aplicar los dos delitos.

Por otra parte, bajo esta consideración, queda abierta la posibilidad de aplicar las detenciones ilegales agravadas del art. 481 a las hipótesis en que el sujeto pasivo sea un menor de siete años, siempre que tenga capacidad volitiva natural de movimiento y se oponga al encierro, o detención.

Y por último, esta configuración del bien jurídico permite explicar las razones por las cuales el art. 486 castiga la inducción al abandono con menor pena que la sustracción del art. 484. La potestad de guarda o custodia que tiene la persona encargada del menor no tiene carácter absoluto sino que se encuentra funcionalizada al interés del menor. De aquí que haya que tener en cuenta la personalidad del menor, siendo relevante su opinión si el menor posee suficiente juicio y uso de razón. A partir de estas premisas se comprende que la valoración penal sea menor en el art. 486 ya que el menor de edad es mayor de siete años y expresa su consentimiento para abandonar la esfera familiar. Por otro lado en el art. 484 se recogen de ordinario las hipótesis de sustituir el propio poder legítimo por otro análogo, mientras que en el art. 486 la conducta se realiza con la finalidad simple de excluir la sujeción a la potestad.

2. *Autoridad o funcionario en el ejercicio de su cargo*

El texto del art. 480 parece establecer una doble restricción en orden al sujeto activo y pasivo, en cuanto alude al «particular que encerrare... a otro»⁵⁶.

Por lo que respecta al sujeto pasivo, tal formulación gramatical llevó a que un sector doctrinal excluyese del ámbito del sujeto pasivo del presente delito a la autoridad, agentes o funcionarios públicos si el acto tiene lugar en razón o con ocasión del ejercicio de su cargo. Para esta dirección doctrinal se realiza el delito de detención ilegal sólo cuando un particular encierra a «otro» particular; si la víctima es una autoridad o funcionario en el ejercicio de sus funciones no se realiza este delito, ya que no existe una lesión de un derecho personal sino una agresión contra la autoridad pública, que determina la existencia del delito de atentado⁵⁷.

Tal interpretación no resulta adecuada, en primer lugar porque también los funcionarios públicos son titulares del bien jurídico protegido por este precepto y, por tanto, sujetos pasivos de este delito, salvo que la cualificación personal determine la aplicación de otra figura delictiva en que se consagra una especial protección y, en segundo lugar, porque el hecho de que el acto constituya un atentado contra la autoridad, no excluye la lesión a la libertad de movimiento. Así, Vives Antón sostiene que en estos casos es necesario el concurso de delitos de detención ilegal y de atentado para poder captar el total desvalor del hecho⁵⁸.

Ciertamente no pueden ser sujetos pasivos de este delito, por aplicación del principio de especialidad, aquellas personas cuya libertad de movimiento está específicamente tutelada por la ley penal: el jefe de Estado o persona internacionalmente protegida por un Tratado (art. 136 párrafo 3), el jefe del Estado español (art. 144, 1), el sucesor del jefe del Estado o el heredero de la Corona (art. 148), y las prostitutas cuando se les impida abandonar el local destinado a la prostitución (art. 452 bis a, 3).

De todo lo expuesto llegamos a la conclusión de que el sujeto pasivo del tipo básico de detención ilegal es toda persona humana con capacidad natural de movimiento, cuya libertad de movimiento no se encuentre especialmente tutelada en la ley penal.

56. RODRÍGUEZ MUÑOZ/JASO ROLDÁN, 1949, p. 307.

57. GONZÁLEZ Y GÓMEZ DE LA SERENA, 1893, p. 554; QUINTANO RINCÓN, 1972, p. 908.

58. VIVES ANTÓN, 1977, p. 57.

Capítulo 4

EL TIPO OBJETIVO

1. ESTRUCTURA TÍPICA

El art. 480 del CP describe la conducta típica mencionando dos formas de privación de libertad: «el particular que encerrare o dettuviere a otro privándole de su libertad».

Esta redacción procede del CP de 1848 que emplea por primera vez los términos encierro o detención para describir la conducta típica¹.

Córdoba Roda ha puesto de manifiesto la influencia que ejerció en esta regulación el CP francés de 1820, en la medida que «configura la actividad con uno de los conceptos empleados en 1822 para describir el resultado privativo de libertad»². Efectivamente, esta regulación es producto de una confluencia del Derecho patrio y de la legislación francesa, en cuanto que, por un lado, se utiliza una expresión genuinamente española, «encerrar», que halla su origen en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real y, por otro lado, se mencionan particulares formas de privación de libertad, en línea con el modelo francés³.

En la mayoría de las legislaciones no se determinan las formas que la privación de libertad puede asumir, se utiliza la descripción general de «quien privare a otro de libertad»⁴. Sólo en las legislaciones bajo

1. El término detención había sido utilizado en el CP de 1822, pero no para describir la conducta típica sino para aludir al resultado de privación de libertad. Dice el art. 245 del CP del 1822: «Sin embargo de lo que queda prevenido, el que de propia autoridad y sin ejercer alguna pública, arrestare o prendiere a alguna persona, no para presentarla a un juez competente, o para ponerla a disposición de éste en cárcel u otro sitio público, sino para oprimirla, mortificarla o detenerla en custodia privada, sufrirá la pena de dos a seis años de reclusión, si la prisión o detención de la persona no pasare de ocho días...».

2. CORDOBA RODA, 1964, p. 387.

3. El art. 341 CP francés decía: «Ceux qui, sans ordre des autorités constituées et hors les cas au la loi ordonne de saisir les prévenus, auront arrêté, détenu ou séquestré des personnes quelconques».

4. El art. 605 del CP italiano es un claro ejemplo de este tipo de legislaciones: «Chiunque priva taluno della libertà personale è punito...».

la influencia francesa se mencionan particulares formas de privación de libertad (encierro, arresto, detención). Otros países, si bien aluden en la descripción del tipo a específicas privaciones de libertad, utilizan una cláusula general de cierre: «o de cualquier otro modo le prive de libertad».

Una primera aproximación al tipo legal podría dar lugar a pensar que la conducta típica de la detención ilegal es el encierro o la detención. Así se manifiesta la mayoría de la doctrina penal española que concibe el encierro y la detención como dos modalidades de la acción típica.⁵ Hasta el punto de que Rodríguez Ramos⁶ califica al presente delito como un delito de mera actividad. En la jurisprudencia son muchas las sentencias que aluden al encierro o detención como forma comisiva o como conducta típica.⁸

Otro sector doctrinal considera que el encierro y la detención no son modalidades de acción, medios de comisión del resultado, sino modalidades de privación de libertad, de forma que el encierro y la detención representan propiamente la conducta sino, más bien el resultado, inconsumado.⁹ Esta consideración la deduce Córdoba Roda¹⁰ de la circunstancia de que el encierro y la detención no se definen por las características del acto sino por la especie de lesión del bien de la libertad. Lo que define al encierro y la detención no son características de empleo de fuerza, engaño, amenaza, etc., sino una determinada forma de lesión de la libertad de movimiento. Esta dirección ha encontrado eco en la jurisprudencia al señalar el TS en variadas sentencias que el art. 480 no alude a comportamientos comisivos sino a estados de encierro y detención.¹¹

5. El parágrafo 239 del CP alemán dice: «Wer widerrechtlich einen Menschen einsperrt oder auf andere Weise des Gebrauches des persönlichen Freiheit beraubt...». En el mismo sentido el parágrafo 99 del CP austriaco, el art. 183.1 del CP suizo y el art. 160.1 del nuevo CP portugués.

6. Quiroz Ramos, 1972, p. 902 califica el encierro o detención como «medios de la acción». Rodríguez Ramos, 1988, pp. 307 y ss. habla del primer «momento de la acción». Rodríguez Ramos, 1988, p. 707; Bajo Ferras, 1990, p. 151; Cano del, 1988, p. 756 sostiene que el encierro y la detención son dos modalidades típicas de la acción o modalidades de conducta.

7. Rodríguez Ramos, 1987a, p. 145. También Magueta Abrego, 1988, p. 67; Gómez Pavón, 1990, p. 907.

8. La STS de 3 de marzo de 1982, J.Cr. n.º 281 alude a las «formas comisivas de encierro o detención», la STS de 21 de mayo de 1984, J.Cr. n.º 745 habla de las «conductas de encierro o detención». En el mismo sentido la STS 25 de octubre de 1983, J.Cr. n.º 1407 y la STS 18 de mayo de 1985, J.Cr. n.º 810.

9. En este sentido Corrocha Roda, 1964, p. 393 sostiene que «el encierro y la detención no representan inicios de comisión del resultado criminal, modalidades de acción, sino especies del evento inconsumado, formas de privación de libertad». También Curiel Calón, 1980, p. 741 y Rodríguez Muñoz/Jaso Rodríguez, 1949, p. 508 aluden al encierro o detención como formas de privación de libertad. Díez Ripollés, inédita, configura el encierro y la detención como resultado típico.

10. Corrocha Roda, 1964, p. 391.

11. La STS de 3 de marzo de 1982, J.Cr. n.º 281 alude «al estado de encierro o detención», admitiendo cualquier forma comisiva. En el mismo sentido la STS 11 de marzo de 1974, J.Cr. n.º 411 se refiere a que el texto legal no alude a comportamiento comisivos en la acción. Así también la STS 28 de octubre de 1976, J.Cr. n.º 1189.

Por su parte, Queralt¹² refiere el concepto de encierro a la acción y la detención al resultado.

En cuanto a la alusión que el legislador hace a «privándole de su libertad», un sector doctrinal la concibe como el resultado típico que produce la acción de encerrar o detener.¹³ Otra línea de pensamiento niega que la privación de libertad sea un elemento separado del encierro o de la detención, entendiéndola como una «afcción» o característica de todo encierro o detención.¹⁴

Comparo la última opinión en cuanto que la «privación de libertad» a que alude el precepto no es un elemento independiente del tipo objetivo sino una calificación innecesaria del elemento del encierro y la detención, ya que no puede existir un encierro o detención que no sea privativo de libertad.¹⁵ De aquí que en el análisis del tipo objetivo no incluyamos un apartado referido a la privación de libertad.

A mi juicio, la anterior confusión doctrinal y jurisprudencial sobre los componentes de la acción y del resultado viene derivada de no haber captado la configuración del presente delito como un «tipo prohibitivo de causar» o «tipo resultativo»¹⁶ en el que, consecuentemente, todo el precepto gira en torno a lo que son resultados de encierro y detención. De aquí que, la conducta típica asuma un carácter elástico, poniéndose en relación causal con el encierro o la detención, cuya verificación alcanza relevancia penal prescindiendo de la forma y modalidad con que se haya realizado. La acción típica vendrá determinada por cualquier acción que comporte un encierro o detención.

Lo decisivo para distinguir la acción del resultado es concebir el resultado como aquel estado en virtud del cual el sujeto pasivo no puede abandonar el lugar de estancia y la acción como todo medio comisivo que conduzca a tal estado. Así, cerrar la puerta es la acción que produce el resultado de encierro, como atar a un árbol es el medio comisivo que da lugar a la detención.

Por otra parte, de tal configuración del tipo se desprende una importante consecuencia para el estudio del tipo objetivo: el comportamiento

12. Queralt, 1986, p. 132.

13. Así Rodríguez Muñoz/Jaso Rodríguez, 1949, p. 39; Muñoz Conde, 1990, p. 151; Polanco Navarrete, 1982, p. 128, aunque este autor alude a que la relación entre encierro/detención y la privación de libertad no es de causalidad sino de mera coexistencia.

14. Así Bustos Ramírez, 1986a, p. 121 afirma que «lo importante es que el encierro o la detención se constituyan en una afcción a la libertad...» o los que consistan que el encierro y la detención son dos modalidades del resultado de privación de libertad. Corrocha Roda, 1964, p. 392; Cano del, Rosal/Cabrera, 1964, p. 707; Díez Ripollés, inédita, quien considera, acudidamente, que esa alusión legal es una «referencia supletiva a la lesión del bien jurídico ya plasmada en el resultado material».

15. Sólo en una redacción del tipo como la que aquí proponemos tiene sentido la referencia a la privación de libertad, ya que se sustituye el término detención por la expresión «o de cualquier otra forma privar de libertad». Véase en este Capitulo apartado II.3.

16. Un sector doctrinal utiliza esta categoría conceptual, en oposición a los «delitos de medios determinables», en referencia a la problemática de admitir la posibilidad de comisión por omisión supletiva. Véase, en este sentido Rodríguez Mourullo, 1978, pp. 273-274; Mira Puig, 1990, p. 218.

típico es determinado exclusivamente por la realización del resultado de encierro o detención sin que existan limitaciones legales en las modalidades de acción.

Por todo ello, procede que examinemos en primer lugar el estudio del resultado típico: el encierro y la detención, cuya concreción determinará el comportamiento abarcado por el tipo.

II. EL RESULTADO TÍPICO

1. Concepto de encierro

El encierro se presenta como la forma de privación de libertad más común y típica. Ella representa en el presente delito la forma tradicional que ha sido destacada históricamente. A ella se refiere el delito de *privatus carceribus* del Derecho justinianeo, el Derecho medieval patrio, el Fuero Juzgo, las Partidas y los principales códigos penales, no sólo los de las legislaciones influenciadas por la legislación francesa, sino también los códigos del área germánica¹⁷.

A pesar de la utilización continuada de este término a lo largo del proceso de codificación para describir la conducta típica, no existe una opinión unívoca sobre él.

La palabra «encerrar», en su más general sentido, significa «meter una persona o cosa en parte de que no pueda salir»¹⁸. Siguiendo el sentido usual del término la mayoría de la doctrina española afirma que encerrar es «situar a una persona en un lugar no abierto»¹⁹. La nota que caracteriza al encierro, según esta opinión, es que se impida a la víctima abandonar un lugar cerrado, no abierto. Esta exigencia permite distinguirlo de la detención que se refiere a un lugar abierto. En el mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia que define el encierro como el «situar a una persona en lugar no abierto y del que no pueda salir por sus propios medios»²⁰.

De estas definiciones se deduce que el encierro no es otra cosa sino una forma de privar de la libertad de movimiento a una persona.

17. El CP francés de 1810 alude a «arrêter», «détenir», «séquestrer», los códigos penales españoles a partir de 1848 aluden todos a «encerrar» y el CP alemán emplea la locución de «cuspert oder auf andere Weise...».

18. Real Academia Española de la Lengua, «Diccionario de la lengua española», 20.^a ed. p. 547.

19. Así definen el encierro POLAINO NAVARRETTI, 1982, p. 120; MUÑOZ CONDE, 1990, p. 151; CORDOBA RODA, 1964, p. 395; CORDO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, 1988, p. 707; RODRÍGUEZ MUÑOZ/JASO ROLDÁN, 1949, p. 308 quien alude a «mantener en un espacio cerrado»; RODRÍGUEZ DEVESEA, 1988, p. 307 quien se refiere también a lugar cerrado; GÓMEZ PAVÓN, 1990, p. 906; GROZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, 1893, p. 555 y CUELLO CALÓN, 1980, p. 741 quienes definen el encierro empleando los propios términos del Diccionario de la Real Academia española. Véase también LUZÓN PEÑA, 1987, pp. 99-100 nota 1. Sin embargo, se añade que no importa que el lugar tenga salidas, si están vigiladas, son desconocidas por la víctima o implican un peligro para la vida o moral de las personas. Así RODRÍGUEZ MUÑOZ/JASO ROLDÁN, 1949, p. 308 y RODRÍGUEZ DEVESEA, 1988, p. 307.

20. STS 25 de octubre de 1983 J.Cr. n.º 1407. En el mismo sentido la STS de 1 de Marzo de 1974 J.Cr. n.º 411 y de 16 de diciembre de 1986 J.Cr. n.º 1682.

En otra dirección, Bustos Ramírez²¹ no alude en su definición a un lugar donde se sitúa el sujeto sea cerrado, sino que hace referencia a un lugar determinado, con independencia de que sea abierto o cerrado. Este autor encerrar equivale a «situar al sujeto en un lugar determinado, a tal no puede salir», por tanto lo decisivo no es la característica de que el sujeto no pueda trasladarse a otro lugar.

Diez Ripollés²² también ofrece otro concepto distinto al de la doctrina dominante. Nos dice este autor que encerrar es «impedir abandonar un lugar delimitado». Esta definición presenta dos notas distintivas de la definición dominante: por una parte, en la dirección señalada por Bustos Ramírez, admite que el lugar puede ser abierto siempre que tenga unos límites que pueden ser naturales, sociales o artificiales; por otra parte, figura un concepto más normativo, en el sentido de que hace referencia bien jurídico protegido por el precepto y no al sentido usual del término. Nosotros consideramos que para la existencia del encierro se requieren presupuestos:

a) El situar al sujeto en un espacio delimitado.

b) Impedir el abandono de ese espacio mediante mecanismos expresos.

En cuanto al primer presupuesto es obvio que puede realizarse de dos maneras: encerrando al individuo en el lugar donde se encuentra un otro lugar a donde ha sido previamente trasladado. Nos referimos a un espacio delimitado porque es indiferente que el sujeto sea colocado en un lugar abierto o cerrado. El encierro no presupone un completo cerco de la víctima, puede alguien ser encerrado aun cuando las salidas estén abiertas, si éstas están vigiladas por el autor. Lo que exige el encierro es la referencia a un lugar delimitado, con sus propios límites.

Lo decisivo es el segundo presupuesto, que el sujeto no pueda abandonar el lugar por impedirle un dispositivo u obstáculo externo. Una persona está encerrada cuando objetivamente existe un obstáculo físico que le impide abandonar el lugar de paradero. Si esto ocurre a través de cerrar las salidas o mediante cualquier otro mecanismo externo de naturaleza física es indiferente, piénsese en impedir la salida cerrando con llave la puerta o bien poniendo un guardia armado o un perro mordedor en la puerta de salida. En todo caso se ha de tratar de un dispositivo externo de naturaleza física.

2. Concepto de detención

La doctrina dominante determina el concepto de detención mediante dos notas características. Por un lado, define la detención, en con-

21. BUSTOS RAMÍREZ, 1986a, p. 121.

22. DIEZ RIPOLLÉS, inédita.

23. En la doctrina alemana se define el encierro como el impedimento de abandono de un espacio mediante dispositivos externos. Así ESER/SCHÖNKE/SCHRÖDER, 1988, pará. 239 Anot. 5; DREHER/TRÖNDLE, 1986, parágrafo 239 Anot. 3; SCHÄFER, 1986, pará. 239 Anot. 16.

traposición al encierro, como una privación de libertad en un espacio abierto. Se precisa que el sujeto sea impedido de «abandonar» o «alejarse de un lugar abierto»²⁴. Por otro lado, se exige que tal privación de la facultad de abandonar o alejarse suponga una «aprehensión» o «sujeción de la víctima»²⁵. En esta dirección Cobo del Rosal/Carbonell Mateu añade al concepto la característica de que las víctimas sean «trasladadas»²⁶.

La jurisprudencia también acude al concepto de aprehender para definir la detención, sin embargo no refiere la nota de que el lugar sea abierto. La STS de 25 de octubre de 1983 define la detención como «aprehender a una persona a la que se le priva de la posibilidad de alejarse, de transitar o de dirigirse donde ella quiera»²⁷.

Otro sector doctrinal parte de un concepto más amplio de detención, que no encuentra limitación en la referencia al espacio abierto ni en el concepto de aprehensión. Sostiene esta opinión doctrinal que la detención es «toda privación de libertad que no constituya encierro»²⁸. Por tanto, detener es privar a una persona de la capacidad de determinar su posición en el espacio físico, sin que sea suficiente el obstaculizar o limitar tal capacidad sino que «es preciso que ésta se sustraiga enteramente al sujeto pasivo». Ello significa que la esencia de la detención radica en impedir a un sujeto que abandone el lugar de estancia²⁹. El único límite que se reconoce al concepto normativo de detención es que no se incluya la modalidad del encierro ya que el legislador penal ha delimitado tal concepto con su alusión legal³⁰.

En esta dirección se ha manifestado el TC, que a propósito de la identificación del concepto de «privación de libertad» que figura en el art. 17.1 de la Constitución, equipara la privación de libertad y

la detención, definiendo esta última como «cualquier situación en que la persona se ve impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento sino una pura situación lícita sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad»³¹.

El TS también ha concluido que con la mención legal de «encierro y detención» se conforma el contenido de la privación de libertad siendo las únicas modalidades típicas, quedando las demás modalidades como restrictivas de libertad. Y, por lo que a nosotros nos interesa, equipara estas modalidades a la privación absoluta de la facultad de ambulatoria o «realizada de cualquier manera»³².

Nosotros partimos también de este concepto amplio de detención, en la medida que las notas, de carácter restrictivo, que señala la doctrina dominante y la jurisprudencia para el concepto de detención no tienen razón de ser. En efecto, no consideramos correcta la contraposición encierro-detención en función del carácter cerrado o abierto del espacio donde queda privado de libertad el sujeto. Ya habíamos señalado que el encierro no tiene necesariamente que realizarse en un lugar cerrado sino sólo que este lugar tiene que estar delimitado. Por lo que se refiere a la detención puede producirse también en un lugar cerrado del que no quiere salir la víctima y esta situación no convierte la detención en encierro³³. Por otra parte, la identificación de detención y aprehensión que hace la doctrina dominante y la jurisprudencia supone una interpretación restrictiva del elemento típico de la detención que no aparece fundamentada. Aprehender significa coger, asir, sujetar físicamente a una persona, mientras que la detención se da no sólo cuando se sujeta físicamente a la víctima sino también en aquellos casos en que se le impide la posibilidad de alejarse de un determinado lugar³⁴.

Tampoco tiene sentido añadir al concepto de detención la nota de «traslado», como hacen Cobo del Rosal/Carbonell Mateu³⁵. Evidentemente pueden existir y existen detenciones que no suponen traslado de la víctima.

Por todo ello, parece más acorde con una interpretación teleológica valorativa del tipo legal del art. 480 mantener el concepto amplio de detención, que nos permite castigar toda conducta, con independencia de que suponga o no aprehensión o sujeción, que impida a un sujeto abandonar un lugar determinado. Interpretación más acorde con el bien jurídico protegido por el art. 480: la libertad de abandono.

Podemos concluir que por detención entendemos aquel estado en virtud del cual una persona no puede abandonar el lugar de estancia según su voluntad.

24. Así RODRÍGUEZ DE VESA, 1988, p. 307; RODRÍGUEZ RAMOS, 1987a, p. 144; MUÑOZ CONDE 1990, p. 151; BATO HUENARTE, 1989, p. 23; GARCÍA PAVÓN, 1990, p. 906.
25. En este sentido MUÑOZ CONTRA, 1990, p. 151 añade a las dos notas al definir la detención como «la aprehensión de una persona a la que se le priva de la facultad de alejarse de un espacio abierto». Otro sector doctrinal se refiere a la «aprehensión» en relación con la libertad ambulatoria o la facultad de alejarse, pero sin aludir a un espacio abierto: POLAINO NAVARRETE, 1982, p. 123; MACQUEJA ARELLU, 1988, p. 59; CORDERO RODA, 1964, p. 395; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, 1988, p. 707. Utiliza el término sujeción Díez Ripollés, inédita.
26. COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, 1988, p. 707.
27. STS de 25 de octubre de 1983 J.Cr. n.º 1158 define la detención como «aprehendiendo a una persona ilícitamente, haciéndole perder durante algún tiempo su libertad de movimiento y su iniciativa de personal desplazamiento o disposición de su persona». Sin embargo la STS de 16 de diciembre de 1986 J.Cr. n.º 1682 ofrece un concepto de detención que no hace referencia a la aprehensión: «impedir o obstaculizar a una persona su marcha y compete a que vaya donde no le place».
28. Mantienen este concepto de detención RODRÍGUEZ MUÑOZ/JASO ROLDÁN, 1949, p. 308; GARCÍA Y GÓMEZ DE LA SERNA, 1893, pp. 555 y 556; CUELLO CALÓN, 1980, p. 741; BUSTOS RAMÍREZ, 1986a, p. 112; VIVES ANTON, 1977, p. 59. En la doctrina extranjera STRATENWERTH, 1983, p. 99 en relación con el análisis del párrafo 183.1 del CP suizo que utiliza una redacción legal parecida a la española «Wer jemanden unrechtmäßig festnimmt oder gefangenhält oder jemanden in anderer Weise unrechtmäßig die Freiheit einzeln oder teilweise oder ganz zu entziehen sucht, ist schuldig der Freiheitsberaubung» sostiene este concepto de detención y Ecay, 1986, p. 37.
29. VIVES ANTON, 1977, p. 21.
30. POLAINO NAVARRETE, 1982, p. 123; BUSTOS RAMÍREZ, 1986a, 121; GARCÍA Y GÓMEZ DE LA SERNA, 1893, p. 556; RODRÍGUEZ MUÑOZ/JASO ROLDÁN, 1949, p. 308.

31. STC 98/1986, de 10 de julio. Fundamento jurídico n.º 4.
32. Véase STS de 29 de mayo de 1974 J.Cr. n.º 2271, 28 de octubre de 1976 J.Cr. n.º 1189, 29 de septiembre de 1984 J.Cr. n.º 1282.
33. En este sentido Díez Ripollés, inédita.
34. CORDERO RODA, 1964, p. 396.
35. COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, 1988, p. 707.

A partir de este concepto se explica que la rúbrica legal recibe el nombre de «detención ilegal».

3. Relación entre el encierro y la detención

Una primera consecuencia inmediata de mantener uno u otro de los conceptos de detención es la relación existente entre la detención y el encierro.

Hemos aceptado que estamos ante dos formas de privación de libertad. Si partimos de las definiciones que aquí sostenemos debemos necesariamente concluir que el encierro no es más que una especie del más amplio género de detención. Ya Groizard sostenía que sobra en la redacción legal el primero de los términos, «encerrar», porque no es concebible ningún acto que suponga encierro que no sea al mismo tiempo acto de detención y en caso de usar ambas voces proponía el autor que la palabra «detener», de mayor amplitud, preceda a la de «encerrar». Comparten esta relación de género-especie en la doctrina española Córdoba Roda, Polaino Navarrete y Luzón Peña³⁷.

Sin embargo, Córdoba Roda³⁸ parece justificar la redacción legal en el sentido de que pueden darse conductas de encierro sin privación de libertad, señalando como caso la STS de 17 de enero de 1901, que castiga a un sujeto que encerró a una mujer en el local donde se encontraba para evitar que diera cuenta de ciertos hechos. Ello sólo puede ser entendido así si se parte de un concepto restrictivo de detención, como el que sostiene Córdoba, de forma que neguemos la existencia del acto de detención porque no se ha producido «aprehensión» de la víctima. Ahora bien, si partimos del concepto de detención que aquí sostenemos ese hecho implica también detención en la medida en que la víctima ha sido privada de la libertad de abandonar un lugar. Tampoco podemos aceptar la virtualidad que le confiere Quintano³⁹ a esta reiteración o equivalencia de las dos formas de privación de libertad, en el sentido de que sirven para fines de «calificación perfecta que de otro modo llevaría a la frustración». Ello sería así si suprimiéramos el género y dejásemos la especie únicamente, pero no con la propuesta de Groizard de suprimir el encierro en la redacción legal.

No obstante nosotros, de *lege ferenda*, no creemos que lo más conveniente sea excluir la voz encierro del tipo o, en todo caso, alterar su orden. Creemos más acertado el que se mantenga la palabra encierro

36. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, 1893, pp. 555 y 556. En el mismo sentido RODRÍGUEZ MUÑOZ/JASO ROLDÁN, 1949, p. 308.

37. CORDOBA RODA, 1964, p. 395; LUZÓN PEÑA, 1987, p. 99; POLAINO NAVARRETE, 1982, p. 123.

38. CORDOBA RODA, 1964, p. 395.

39. QUINTANO RIPOLLÉS, 1972, p. 903 sostiene que la equivalencia del encierro y la detención sirvió para que en la STS de 29 de mayo de 1874, donde se juzgaba a una persona que detuvo a otra para conducirla contra su voluntad a la cárcel, sin conseguir tal propósito, se calificara como detención ilegal consumada y no sólo frustrada.

no ejemplo característico de la detención ilegal, pero que se sustituya por el término detención por la fórmula «o de cualquier otra forma privar la libertad». Esta redacción impediría que se interpretara restrictivamente el concepto de detención, como ocurre en la actualidad⁴⁰.

De todo lo dicho podemos concluir que el resultado incriminado en el art. 480 es la privación de la libertad de abandono de un lugar por una persona. Para que se dé este resultado es necesario que el sujeto activo no pueda cambiar su paradero, o sólo pueda hacerlo dentro de ciertos límites, de modo que el autor le concede. De aquí que sea el movimiento que aquella que el autor le concede. De aquí que sea diferente que el lugar donde la víctima se coloque sea abierto o cerrado. En otra parte, no constituye este resultado el impedir a un sujeto permanencia en un lugar o el acceso a un determinado lugar, pues la esencia de la detención radica en impedir a un sujeto determinado abandonar un lugar donde no quiere permanecer.

Determinado el concepto de encierro y de detención, como resultados eliminados en el art. 480, procede ahora el estudio de los comportamientos típicos que pueden dar lugar a tales resultados.

III. MEDIOS DE COMISIÓN DEL DELITO

Partimos de que el encierro y la detención no son modalidades de la privación de libertad sino el resultado incriminado y observamos que el tipo legal del art. 480 del CP no hace mención alguna a los medios, debemos concluir que se admite, como medio de comisión del delito, todo instrumento que sea idóneo para producir el encierro o la detención. De tal forma que lo decisivo no es la forma en sí del instrumento, que constituya violencia, intimidación o engaño..., sino que éste sea adecuado para impedir a otro abandonar el lugar de estancia. Por tanto, el delito del art. 480 del CP realiza con independencia del medio utilizado para encerrar o detener, es la opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia⁴¹.

40. Esta es la tendencia legislativa en el Derecho comparado de nuestro ámbito cultural. Así se expresan el párrafo 239 del CP alemán, el párrafo 99 del CP austríaco, el art. 183.1 del CP suizo, a partir de su reforma de 1981 y el art. 160.1 del CP portugués de 1982.

41. La doctrina de forma casi unánime admite todo medio que sirva para encerrar o detener. Véase QUINTANO RIPOLLÉS, 1972, p. 904; DEL MISMO, 1966, p. 874; CORDOBA RODA, 1964, p. 397-399 quien afirma que resulta plenamente aplicable a la regulación española la afirmación de FLORIAN de que «independiente es que el medio constituya violencia o engaño, esencial lo es tan solo el que resulte objetivamente apto y subterráneamente dirigido a sustraer la libertad de movimiento»; POLAINO NAVARRETE, 1982, p. 124; CUELLO CALÓN, 1980, pp. 741-742; MUÑOZ GONZÁLEZ, 1990, p. 149; CORO DEL ROSAL/CARBONELL, MATEU, 1988, p. 707; BAJO FERNÁNDEZ, 1989, p. 24; DIEZ RIPOLLÉS, inédita; MAQUEDA ABREU, 1988, p. 57; GÓMEZ PAVÓN, 1990, p. 906. La jurisprudencia se manifiesta en el mismo sentido, así la STS de 28 de octubre de 1976 J.Cr. n.º 1189 alude a «de cualquier manera que suponga la privación absoluta de la libertad deambulatoria» o la STS de 25 de octubre de 1983 J.Cr. n.º 1407 que nos dice «de cualquier forma, por cualquier medio... sin que sea preciso para la perfección definitiva ni el empleo de fuerza o de intimidación...». En esta dirección véase también las sentencias de 5 de mayo 1983 J.Cr. n.º 657, de 9 de abril de 1986 J.Cr. n.º 484, 25 de octubre de 1986 J.Cr. n.º 1320.

Sin embargo Rodríguez Devessa parece limitar los medios típicos a la fuerza física y la intimidación⁴². Parte de la tesis de Binding⁴³ de que el delito de detención ilegal exige para su realización un impedimento u obstáculo «mecánico», admitiendo como única excepción la amenaza con el empleo de fuerza. Rodríguez Devessa admite, por el contrario, cualquier tipo de intimidación⁴⁴.

En esta dirección se hace preciso poner de relieve una matización importante que en torno a este tema realiza Díez Ripollés. Para este autor⁴⁵ hay que distinguir entre medios de la acción típica aquellos que «inciden sobre la víctima para colocarla en un lugar o situación especial que luego no puede abandonar» y la naturaleza del impedimento o la aprehensión que hace imposible a la víctima poder abandonar el lugar. Respecto a los medios de la acción típica coincide con la doctrina mayoritaria en que cabe cualquier tipo de comportamiento que consiga colocar a la víctima en la situación espacial que luego no puede abandonar, pero en lo que se refiere a la naturaleza del impedimento o aprehensión exige, al igual que la opinión minoritaria que acabamos de señalar, que se trate de obstáculos de carácter físico. Excluye, por tanto, de los medios idóneos para producir el resultado de encierro o detención a las variantes intimidatorias y a las hipótesis de engaño que no supongan un impedimento de carácter físico.

Esta distinción entre medios de la «acción típica» y la naturaleza del impedimento o de la aprehensión permite explicar cierta confusión que existe en la doctrina, que utiliza el término «medios» con una vaguedad excesiva pero, aparte de eso, no aporta nada en relación a la cuestión aquí discutida. En efecto, si por acción típica entendemos toda acción que haga imposible a la víctima abandonar el lugar donde no quiere estar, no tiene sentido que distingamos entre los medios de la acción que se utilizan para colocar a la víctima en un lugar que no puede abandonar, y los medios que hacen imposible que la víctima abandone el lugar. Los primeros son irrelevantes desde el punto de vista de la acción típica porque sólo serían significativos si simultáneamente a colocar a la víctima en un lugar hicieran imposible que pueda abandonarlo⁴⁶. De forma que los medios

de la acción típica sólo pueden ser aquellos que sean idóneos para producir el resultado de encierro o detención siendo incoherente señalar como medios de la acción típica medios que no pueden producir el resultado, dado que el tipo legal del art. 480 se presenta como un tipo resultativo.

Así pues, el núcleo de la cuestión no es determinar qué medios de los que se pueden utilizar para colocar a la víctima en un lugar que después no puede abandonar son típicos sino pensar qué tipos de medios son idóneos para producir el resultado de encierro y detención, en concreto, si los medios se limitan a los que supongan un impedimento físico para abandonar el lugar o cabe cualquier otro tipo de medios.

Para resolver este problema se hace necesario analizar cada uno de los medios.

1. La violencia o fuerza física

Existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia en señalar la violencia como medio típico del delito de detención ilegal. Para un sector doctrinal el resultado del encierro o detención se realiza cuando se impide a la víctima abandonar el lugar mediante procedimientos mecánicos o impedimentos físicos, de donde se infiere que es preciso el empleo de una *vis physica* para impedir que la víctima pueda abandonar el lugar. Esta tesis arranca de Binding que, como ya hemos señalado, exige un impedimento físico, si bien equipara a éste la amenaza del empleo de la fuerza física⁴⁷.

Esta limitación de los medios a la violencia puede encontrar su fundamento en la idea de que el delito de detención ilegal se muestra como un caso especial de coacción, la víctima es coaccionada a omitir abandonar el lugar. De forma que el tipo de detención ilegal abarcará los mismos medios que el delito de coacciones⁴⁸.

La violencia o fuerza física puede recaer sobre el cuerpo de la víctima, sobre las cosas o sobre terceras personas.

1.1. Fuerza física sobre el cuerpo de la víctima o *vis corpori afflicta*

Supone una verdadera agresión física ejecutada por el sujeto activo sobre el cuerpo de la víctima con el fin de impedir que abandone el lugar donde se encuentra. Generalmente irá dirigida a suprimir la capacidad

42. RODRÍGUEZ DEVESSA, 1988, p. 307.

43. BINDING, 1902, p. 99.

44. Para RODRÍGUEZ DEVESSA, 1988, p. 307 nota 9 la tesis de BINDING se muestra incoherente ya que si admite la amenaza del empleo de fuerza como medio típico del presente delito con mayor razón se deben admitir las amenazas de muerte u obligar a quien quiere huir a que ponga en peligro su vida.

45. Díez Ripollés, *ibídem*.

46. La acción típica no es colocar a una persona en un lugar de ciertas características sino encerrar o detener, es decir, impedir que abandone ese lugar. Parte Díez Ripollés de que el colocar a una persona en un lugar para encerrarlo o detenerlo son actos ejecutivos, mientras que nosotros consideramos que más bien se trata de actos preparatorios ya que la ejecución del delito comienza con aquellos actos que recaen sobre la víctima o sobre terceras personas o cosas impidiendo que el sujeto pueda abandonar el lugar. El sujeto que invita a otro a que le acompañe a su casa para mostrarle un cuadro con la intención de encerrarlo en una habitación, lo que hace una vez que se encuentra en su casa, no da comienzo a la ejecución del delito en el momento en que le invita a su casa sino sólo a partir del momento en que realice actos que tiendan directamente a producir el encierro.

47. BINDING, 1902, p. 99. La doctrina alemana exige el carácter físico del impedimento o la existencia de procedimientos mecánicos para hablar de encierro, y no para otras formas de privación de libertad. Véase AKTZ/WERNER, 1983, p. 220; KOTLIKATSCHE/LASKE, 1961, p. 513. En España RODRÍGUEZ DEVESSA, 1988, p. 307 sigue la tesis de BINDING pero ampliándola a cualquier tipo de intimidación y Díez Ripollés, *ibídem*, sólo admite como medios idóneos para producir el resultado típico aquellos que supongan un impedimento físico, excluyendo las vías intimidatorias.

48. En ese sentido se manifiesta MAIRACH/SCHNEIDER, 1977, p. 133 y STRATTEWERTH, 1983, pp. 99 y 100 que sólo admiten como medios típicos la violencia y la intimidación.

de actuación de la voluntad de movimiento, bien con la sujeción física de la víctima por medio de la fuerza del autor⁴⁹, atando a la víctima, o bien cuando la fuerza tiende a producir lesiones en la víctima que hagan imposible físicamente abandonar el lugar, por ejemplo, dar garrotazos en las piernas.

1.2. *Vis física compulsiva*

Se trata de utilizar la fuerza física o material, bien a título demostrativo de lo que le espera en caso de que abandone el lugar o no le acompañe, o bien simplemente se vale de ella y amenaza con seguir usándola hasta que el sujeto no quiera abandonar el lugar. Estamos pues ante un acto de fuerza material susceptible de producir una intimidación que vena la voluntad del ofendido.

Un ejemplo de *vis física compulsiva* que da lugar al presente delito se recoge en la STS de 31 de octubre de 1987, donde la víctima es obligada a que le acompañe al domicilio del autor siendo doblegada su voluntad «por las bofetadas que acababa de recibir y el recuerdo de las sevicias de que había sido objeto cuando vivía con él». Igual ocurre en la STS de 5 de febrero de 1986, en la cual resulta probado que la víctima fue obligada a continuar por el camino indicado por los procesados por medio de intimidación y como éste manifestara otra vez su oposición le fue colocada una navaja en el cuello de la víctima haciéndole un pequeña herida y «para dar mayor firmeza a sus amenazas y terminantes expresiones le rajaba la parte posterior de la rapicería de los asientos...», en un ejemplo claro de una combinación de fuerza e intimidación⁵¹.

1.3. Fuerza en las cosas

Implica que la fuerza física ya no es corporal sino que recae sobre objetos. Es la fuerza empleada en las cosas a los fines de impedir que la víctima abandone el lugar de estancia. Aquí podemos distinguir dos tipos de fuerza.

1. La fuerza que violenta el uso normal de las cosas para hacer imposible que la víctima pueda abandonar el lugar. Caben en este apartado tanto los casos en que la salida es obstaculizada mediante violencia en las cosas, así se tapa la salida con el derribo de un muro, o se

destruye la escalera que permitía la salida, como aquellos casos en que el autor las violenta para impedir que la víctima pueda servirse de ellas para poner en práctica una decisión de movimiento previamente adoptada, destruyendo o quitando del alcance de la víctima los medios físicos de que dispone para moverse: al parafítico se le destruye o arrastra la silla de ruedas, al ciego se le separa de su perro-guía.

2. La fuerza que, a diferencia de la anterior, supone una utilización de las cosas acorde con las posibilidades inherentes a su uso normal no realizada para impedir el abandono de la víctima. Nos referimos a aquellos procedimientos o medios mecánicos destinados a cerrar una salida. El ejemplo típico es cerrar con llave la puerta de la habitación donde se encuentra la víctima⁵².

4. Fuerza física sobre terceros

Fuerza física es corporal, personal, pero recae sobre una tercera persona distinta de aquella que se quiere encerrar o detener. El objeto de la fuerza es una persona-ayuda que posibilita al impedido físico desplazarse del espacio: se impide al enfermero que acude a la llamada del impedido. El resultado de encierro o detención sólo se dará cuando el impedido, posibilitado llame a la persona-ayuda para abandonar un lugar, en cualquier otro momento la fuerza física sobre el tercero no dará lugar a encierro o detención del impedido físicamente.

Intimidación

En opinión mayoritaria de la doctrina reconoce la idoneidad de la intimidación para producir el encierro o la detención, aceptando pues la intimidación como medio típico del art. 480⁵³.

Sin embargo, un sector doctrinal niega la eficacia de la intimidación para producir el encierro o la detención, o la acepta de forma excepcional con carácter restrictivo, en base a que parte de que el resultado típico de encierro o detención sólo se realiza si existe un impedimento mecánico

⁵². Así la STS de 17 de enero de 1961 J.Cr. n.º 42 que califica de detención ilegal el cerrar la puerta de una cuadra con el propósito de evitar que saliera la víctima, o la STS de 4 de octubre de 1988 A. 8799 donde la acción del autor es cerrar con llave las puertas de su vivienda. Realiza también el tipo del art. 480 el cerrar las puertas del coche (STS de 26 de octubre de 1988, A. 1364), o la puerta del maletero (STS de 3 de diciembre de 1986 J.Cr. n.º 1602) donde se encuentra la víctima.

⁵³. QUINTANA RIFOLLES, 1972, pp. 903-905; DEL MISMO, 1966, p. 874; RODRÍGUEZ MUÑOZ/JASO BOLDÁN, 1949, pp. 307-308; RODRÍGUEZ DÍEVA, 1988, p. 307; POLANO NAVARRETE, 1982, p. 254; CORDOBA RODA, 1964, pp. 397-404; MUÑOZ CONDE, 1990, p. 139; BAJO FERNÁNDEZ, 1989, p. 24; MAQUEDA AAREU, 1988, p. 57; GÓMEZ PAVÓN, 1990, p. 906. En la doctrina alemana se admite también la intimidación como medio típico del parágrafo 239, véase ESEB/SCHÖNE/SCHÖDTER, 1988, parágrafo 239 Anot. 6; SCHMIDT/KUSER, 1988, p. 44; SCHÄFER, 1986, parágrafo 239 Anot. 19; KEAY, 1986, p. 110. En la doctrina italiana es unánime la aceptación de la amenaza como medio idóneo para producir la privación de libertad: FLORIANI, 1936, p. 308; ANTOLISEI, 1982, p. 138; BRASILEO, 1980, p. 834; BRICCOLA/ZAGREBELSKI/GARAVELLI, 1984, p. 1091; MAGGIORE, 1983, p. 458; DALL'ORA, 1983, p. 952.

⁴⁹. Así la STS de 6 de octubre de 1980 J.Cr. n.º 1010 califica de detención ilegal el «ordenar a la víctima introduciéndola en un bar contra su voluntad», o las STS de 3 de marzo de 1982 J.Cr. n.º 210 y 18 de mayo de 1985 J.Cr. n.º 810 que castigan como detención ilegal el introducir a la fuerza a una persona en un automóvil.

⁵⁰. Hay muchas sentencias del TS donde se produce la detención mediante ataduras a un árbol (STS de 2 de mayo de 1984 J.Cr. n.º 627; STS de 14 de noviembre de 1983 J.Cr. n.º 1501; 22 de marzo de 1982 J.Cr. n.º 374; 29 de noviembre de 1984 J.Cr. n.º 1669), o a una silla (STS de 25 de octubre de 1982 J.Cr. n.º 1272).

⁵¹. STS de 31 de octubre de 1987 A. n.º 7641, STS 5 de febrero de 1986 J.Cr. n.º 154.

o de naturaleza física. Unos autores sólo aceptan la intimidación que sea equiparable a la fuerza física, exigiendo ciertas características en la intimidación. Así Binding⁵⁴ acepta como única excepción a la exigencia del impedimento mecánico la amenaza con la aplicación inmediata del empleo de la fuerza. Horn⁵⁵ admite que la amenaza conduzca al resultado de encierro cuando alcance el grado de peligro para la vida o para la integridad física. Se trata con ello de dejar dentro del tipo aquellos casos en que una persona sea encerrada en una habitación cuyas puertas estén abiertas, pero en ellas se encuentran apostadas personas que no dejan salir al encerrado.

Diez Ripollés⁵⁶ niega que las vías intimidatorias puedan conducir al resultado de encierro o detención, ni siquiera la amenaza de muerte o de aplicación de fuerza, dado que el concepto de encierro o detención exige un impedimento de naturaleza física. Ello no le impide admitir que es un medio típico de la acción, en el sentido de que mediante ella se puede colocar al sujeto en el lugar que luego se le impide abandonar, pero por sí sola nunca puede constituir encierro o detención.

Este autor utiliza un concepto amplio de impedimento físico, no identificable con el concepto habitual de fuerza física, que le permite abarcar los supuestos que acabamos de aludir de guardianes, en la medida que la presencia de una persona o perro en la puerta de salida supone un impedimento de carácter físico. Se identifica con el concepto de mecanismo exterior al que nosotros aludimos al definir el encierro.

La jurisprudencia ha sostenido de forma reiterada la eficacia de la intimidación para producir el resultado típico del art. 480, de forma que admite la amenaza como impedimento que hace imposible que la víctima abandone el lugar de estancia. Así el TS califica de detención ilegal los hechos que consisten en obligar a la víctima, mediante intimidación con una navaja, pistola, botella de cristal rota, etc., a ir a un determinado lugar⁵⁷.

Nosotros coincidimos con la opinión de la doctrina mayoritaria y de la jurisprudencia en que la intimidación o amenaza es un medio típico idóneo para realizar el delito de detención ilegal. El hecho

de que el art. 480 no realice ninguna enumeración legal de los medios que el resultado incriminado consista en impedir que la víctima abandone un determinado lugar nos lleva a afirmar que se realiza el presente delito tanto cuando se impide mediante fuerza física como mediante la amenaza el abandonar el lugar donde no se quiera estar. Creemos que es indiferente que a la víctima se le cierre la puerta de la casa donde se encuentra como que se le amenace con un arma para que no abandone tal casa.

Frente a la dirección doctrinal que niega las vías intimidatorias como medios típicos en base al concepto de encierro y detención, en cuanto estos exigen para su realización un impedimento de naturaleza física⁵⁸, hemos de reconocer que le asiste la razón cuando afirma que las vías intimidatorias no tienen carácter físico, pero la discusión se traslada al concepto de encierro o detención: ¿sólo se puede hablar de encierro o detención cuando se impide a la víctima abandonar un lugar mediante un medio físico?

Se puede responder afirmativamente a esta pregunta si partimos de un concepto vulgar o usual de encierro y de detención. En efecto, si por encierro se entiende meter a una persona en un lugar cerrado, en contraposición a la detención que alude a un lugar abierto, del que no se puede salir, se puede sostener que el encierro y la detención exigen medios de naturaleza física que impidan a la víctima abandonar el lugar donde se encuentra.

Ahora bien, desde un concepto normativo de encierro y detención, como el que aquí sostenemos, no se deduce necesariamente esta otra consecuencia. Por encierro entendemos el impedir con mecanismos externos que la víctima abandone un lugar determinado y la detención alude a cualquier otra forma de privación de libertad que no constituya encierro. Pues bien, desde el contenido otorgado al encierro y la detención hemos de admitir que el empleo exclusivo de intimidación no puede realizar un encierro por falta de utilización de mecanismos externos de naturaleza física, pero nada impide calificar estos hechos como detención en cuanto suponen otra forma de impedir que la víctima pueda abandonar el lugar⁵⁹.

Ambas interpretaciones son válidas en la medida en que el sentido que le dan a la norma encuentra acogida en el tenor literal del precepto, sin embargo, la primera es una interpretación restrictiva que nos parece responder menos a la finalidad de la norma⁶⁰.

En cuanto a la gravedad de la amenaza, es ésta una cuestión de carácter relativo que será tratada más adelante cuando nos planteemos la intensidad de la detención⁶¹.

54. Binding, 1902, p. 99.

55. Horn, 1987, párrafo 239. Anot. 7.

56. Diez Ripollés, inédita.

57. La STS de 2 de octubre de 1978 J.Cr. n.º 728 considera que el hecho de obligar a la víctima a acompañarlo a su domicilio, bajo la amenaza de un atentado contra la libertad personal castigado en el art. 480. Más explícita es la STS de 12 de junio de 1985 J.Cr. n.º 966 que afirma «que la persecución se alcanza en la STS de 12 de junio de 1985 se produce y ésta se había iniciado ya desde el momento en que la detención con él, impidiéndola obrar en libertad». Pone de manifiesto esta sentencia que se admite la eficacia de la amenaza para producir la detención y no sólo como medio idóneo para colocar a la víctima en un lugar donde no puede salir, ya que en el fundamento fáctico se recoge que la víctima pudo darse a la fuga. Si se admitiera la eficacia de la amenaza para la detención tendríamos que hablar en este supuesto de tentativa o frustración pero no de un delito consumado como hace el TS. Véase en este sentido las siguientes sentencias: 22 de septiembre de 1981, J.Cr. n.º 1040; 22 de abril de 1983, J.Cr. n.º 565; 18 de abril de 1986, J.Cr. n.º 530; 5 de febrero de 1986, J.Cr. n.º 154; 16 de diciembre de 1986, J.Cr. n.º 1682; 14 de abril de 1988 A. 2769.

58. Diez Ripollés, inédita.

59. En el concepto de detención que sostenemos no se exige el elemento de la aprehensión.

Véase *supra* apartado II.2 de este capítulo.

60. Véase *supra* Cap. I, III.6.

61. Es éste un extremo relativo, en la medida que habrá que estar a las circunstancias del hecho y a las personas. Así Quintano Ripollés, 1972, p. 904.

3. Medios fraudulentos

Nos planteamos en este apartado el problema discutido en la doctrina de si el tipo del art. 480 comprende también los medios fraudulentos.

Por medio fraudulento entendemos cualquier artificio, enredo, mentira, trampa con la cual se induce a la víctima a un error con finalidad de privarla de libertad. De aquí que utilicemos la expresión medio fraudulento y no el término engaño al que alude la doctrina.

El problema se puede enfocar desde la perspectiva de si el tipo de detención ilegal comprende también medios típicos no abarcados por el tipo básico de coacciones y amenazas condicionales⁶², como son los medios fraudulentos. Si se parte, como hace la doctrina mayoritaria, de que la detención ilegal es un caso especial de coacción y de que la ley no menciona ningún medio típico especial en el art. 480, debe negar esa posibilidad. En este sentido Stratenwerth sólo admite que la astucia o el engaño realice el tipo de detención ilegal si causa una apariencia de violencia o amenaza⁶³. A esta misma interpretación se puede llegar partiendo de que la libertad de voluntad no será lesionada si alguien consigue mediante astucia o engaño que otro no abandone el lugar.

Esta línea argumental no nos satisface porque nosotros no concebimos el delito de detención ilegal como un caso especial de coacciones⁶⁴ y a la segunda argumentación se le puede objetar que, como veremos más adelante, el engaño puede lesionar la voluntad, y en todo caso si no lesiona la voluntad real puede lesionar la voluntad presunta que también se encuentra protegida en el art. 480.

En relación con la tesis que deriva la negación del engaño como medio típico del concepto de encierro y detención⁶⁵ nos remitimos a lo ya indicado en el apartado anterior, en el sentido de que si bien el empleo exclusivo de engaño no puede realizar un encierro por falta de utilización de dispositivos exteriores, nada impide calificar este hecho como detención en cuanto supone otra forma de impedir que la víctima pueda abandonar el lugar.

La doctrina dominante y la jurisprudencia mantienen que los medios fraudulentos pueden ser medios típicos del delito de detención ilegal. La doctrina se limita a decir que los medios comisivos del art. 480 no se restringen al empleo de la violencia como ocurre en las coacciones, aludiendo a que el engaño y la astucia son medios adecuados para

62. Véase, en cuanto al concepto de tipo básico de los delitos contra la libertad, Cap. 1. III.2.

63. STRATENWERTH, 1983, pp. 99-100 quien admite que realiza el tipo de detención ilegal el encierro psicológico o el amenazar con una pistola de juguete.

64. Véase *supra* Capítulo 1. III.4.

65. Díez RIPOLLÉS, inédita; RODRÍGUEZ DEVEZA, 1988, p. 307, quien, aunque no alude al engaño expresamente, parece que lo excluye por esta misma razón.

comisión del delito⁶⁶ y la jurisprudencia afirma con carácter general son posibles formas de astucia o engaño en la comisión del delito⁶⁷.

Sin embargo, este tema requiere un análisis más profundo. En primer lugar es preciso distinguir, siguiendo a Díez Ripollés⁶⁸, entre medios utilizados para colocar a la víctima en el lugar que después no puede abandonar y medios que impiden que la víctima pueda abandonar el lugar⁶⁹. Respecto a la admisión del engaño como medio para colocar al sujeto en lugar que después no pueda abandonar existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia. Córdoba Roda, cuando alude al engaño como medio de comisión, se refiere a estos casos citando sentencias de TS que califican como detención ilegal el encierro en un centro psiquiátrico de personas de las que consta su salud mental, utilizando para ello certificados médicos falsos⁷⁰. Un exponente más claro aún es la utilización del engaño como medio en ese sentido es la STS de 11 de marzo de 1974, en la cual se declara probado que el procesado opuso a la víctima «y que aceptado por éste, ir ambos a probar un automóvil, todo ello conforme a un plan preconcebido por el procesado para secuestrarlo, lo que efectivamente llevó a cabo...». Obsérvese que todos estos casos el engaño no es el impedimento que hace imposible que el sujeto pueda abandonar el lugar donde se encuentra sino el medio por el cual el autor puede colocar a la víctima en un lugar donde se le impide salir por medios mecánicos o físicos.

Cabría incluir aquí también los casos en que el autor consigue la detención de otro mediante una denuncia falsa.

La discusión que, por el contrario, a nosotros nos interesa se presenta cuando nos referimos al engaño o a cualquier otro medio fraudulento como el impedimento que hace que la víctima no abandone el lugar.

Córdoba Roda cita una sentencia del TS de 15 de marzo de 1948, en la que se reconoce tal posibilidad, afirmando el TS que si los actos del autor son reveladores del propósito doloso de privar de libertad e infunden en el ánimo de la víctima la convicción o el temor de

66. CORDOBA RODA, 1964, pp. 397-398; QUINTANO RIPOLLÉS, 1972, pp. 904-905; RODRÍGUEZ MUÑOZ/JASO ROLDÁN, 1949, p. 307; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, 1988, p. 707; MAQUEDA ABELL, 1988, p. 57; BAJO FERNÁNDEZ, 1989, p. 24.

67. Así la STS de 6 de octubre de 1980 J.Cr. n.º 1010 afirma que «siendo posibles formas de astucia o engaño en la comisión de este tipo de delitos».

68. Díez RIPOLLÉS, inédita.

69. En el bien entendido de que los medios utilizados para colocar a la víctima en el lugar que después no puede abandonar son actos preparatorios y los que impiden a la víctima abandonar el lugar son actos ejecutivos.

70. CORDOBA RODA, 1964, p. 339. Cita las sentencias de 28 de abril de 1950 J.Cr. n.º 493 y la de 16 de abril de 1959 J.Cr. n.º 407. En el mismo sentido BAJO FERNÁNDEZ, 1989, p. 24, quien cita una sentencia más reciente de 8 de octubre de 1982 J.Cr. n.º 1190 que castiga como detención ilegal los siguientes hechos: el procesado para evitar las desavenencias que existían entre su familia y la madre que convivía con ellos decidió internarla en un centro psiquiátrico sin que la madre presentara signos de alteración neurológica ni psíquica que justificase esta medida y para ello consiguió un certificado médico donde se afirmaba que padecía una enfermedad mental grave, por lo que se consideraba necesario que fuera ingresada en un centro psiquiátrico para su tratamiento. Certificado que presentado a la dirección del Hospital Psiquiátrico hizo que se dispusiera de lo necesario para su traslado forzoso.

que se halla a la sazón sometido de hecho a la arbitraria voluntad de aquel, se realiza el delito de detención ilegal⁷¹. Una sentencia más reciente de 7 de mayo de 1986⁷² así lo ha estimado, castigando como detención ilegal la siguiente conducta: los procesados «abordaron a las víctimas ante quienes se identificaron como policías, exhibiendo al efecto ... una placa insignia de la Guardia Civil de Tráfico ... exigiéndoles que subieran al vehículo con el pretexto de conducirlos a Comisaría por ejercer la prostitución, logrando lo cual, ... las condujeron a Montjuich, donde detuvieron el vehículo, exigiéndoles el dinero que llevasen, pero, ante la resistencia de las jóvenes que ya desconfiaban de la calidad de agentes de la autoridad de los procesados...». El 1.º subsume los hechos en el art. 501.4, pero en su fundamento jurídico nº 2 reconoce que la detención ilegal puede fundarse únicamente en el engaño en la medida que afirma que la detención ilegal se cometió en el momento en que las víctimas subieron al coche por engaño, momento en que no existía ningún otro impedimento que hiciera imposible que las víctimas pudieran circular libremente.

Nosotros pensamos que el problema de admisión de los medios fraudulentos como medios típicos de comisión del delito no permite una solución única sino que se hace necesario distinguir varias situaciones:

1. Cuando el engaño sirve para hacer imposible en la imaginación del sujeto el abandono del lugar. Estamos aquí ante casos en que la víctima parte de un error de hecho del que es responsable el autor, lo que la doctrina ha denominado provocación o mantenimiento de un estado de error. El ejemplo típico es cuando el autor presenta a la víctima una puerta como cerrada cuando en realidad no lo está. Evidentemente no hay detención ilegal si la víctima parte de un error de hecho al cual no ha contribuido el autor⁷³.
2. Cuando el engaño crea una barrera psicológica en la víctima que le impide abandonar el lugar. Se trata de aquellos casos en que se simula una causa de justificación: cuando el autor finge ser agente de la autoridad y dispone la detención de la víctima o finge estar enviado por los familiares. La jurisprudencia, como ya hemos visto⁷⁴, admite esta forma de comisión del delito⁷⁵.

3. Cuando con medios fraudulentos se consigue que la víctima presencie el consentimiento para no abandonar el lugar. Aquí la cuestión que se discute es si el consentimiento obtenido por astucia o engaño tiene eficacia para excluir el tipo. Cuestión que trataremos en su momento⁷⁶.
4. Por último, no se realiza el presente delito cuando el engaño va dirigido a producir un movimiento de lugar. Por ejemplo, se informa falsamente a otro que un tren se dirige a Madrid, cuando realmente su destino es Málaga⁷⁷, ya que con ello no se afecta al bien jurídico protegido de la libertad de abandono del lugar de estancia.

Podemos afirmar a modo de conclusión⁷⁸ que los medios fraudulentos son medios idóneos para realizar el delito de detención ilegal siempre que hagan imposible en la imaginación de la víctima el abandono del lugar o cuando creen una barrera psicológica que le impide a la víctima abandonar el lugar. Pero, en este último caso, no en su modalidad de encierro sino únicamente como detención.

4. Supresión de la capacidad de voluntad mediante hipnosis, suministro de narcóticos o de alcohol

A diferencia de los medios de comisión hasta ahora analizados, dirigidos a amparar la actuación de la voluntad de movimiento, se incluyen también dentro de las modalidades típicas del presente delito el empleo de medios que suprimen la capacidad de voluntad, como son la hipnosis, narcóticos o embriaguez. Medios mediante los cuales se produce en la víctima un estado de inconsciencia o estado psíquico en el que la víctima pierde su capacidad de entender y querer. Estos actos de privación de sentido, que no son en sí mismo encierro o detención, hasta el punto de que en algunas legislaciones como la italiana⁷⁹, colombiana⁸⁰ y uruguay⁸¹ se castiga expresamente como figura delictiva autónoma⁸², se castigarán como detención ilegal cuando se realicen para conseguir que la víctima no pueda abandonar el lugar⁸³.

71. Córdoba Roda, 1964, p. 399. En el mismo sentido Quintano Ripollés, 1972, p. 901 quien afirma que la virtualidad del engaño como medio en este sentido, en cuanto citan a Córdoba Roda.

72. SJS de 7 de mayo de 1986 J.C. nº 662.

73. Admiten estos casos de engaño como medio idóneo para producir el resultado de encierro o detención Córdoba Roda, 1964, p. 339, citando una STS de 17 de enero de 1961 J.C. nº 42 (citada en la nota 136) que no responde a este supuesto dado que el autor no crea el error en la víctima de que la segunda puerta no se pudiese abrir, además de que como señala Córdoba, existen otros obstáculos que impiden que la víctima pueda abandonar el lugar. Bajo Financiera, 1989, p. 24; Díez Ripollés, inédita, aun cuando lo califica como un obstáculo de naturaleza física que no está incluido en el engaño. En la doctrina alemana aceptan esta forma de comisión del delito Esser/Schönke/Schönke, 1988, parágrafo 239 Anot. 6 y Schäfer, 1986, parágrafo 239, Anot. 18.

74. Vid. pp. anteriores.

75. En este sentido Córdoba Roda, 1964, p. 399. En la doctrina alemana Esser/Schönke/Schönke, 1988, parágrafo 239 Anot. 6; Schäfer, 1986, parágrafo 239 Anot. 18.

76. Véase *infra*, Apartado VI.3 de este Capítulo.

77. En este sentido Quintano Ripollés, 1972, p. 909. En la doctrina italiana Manzini, 1984, pp. 667-668 admite este caso de engaño como constitutivo del delito.

78. Sin que ello suponga pronunciamientos sobre la cuestión planteada en el nº 3 de si el consentimiento obtenido por astucia o engaño tiene eficacia para excluir el tipo.

79. Según el art. 613 del CP italiano «cualquiera que mediante sugestión hipnótica o en vigilia o mediante el suministro de sustancias alcohólicas o estupefacientes o con cualquier otro medio, cohiba a una persona, sin su consentimiento, en estado de incapacidad de entender o de querer, será castigado con reclusión hasta un año».

80. El art. 300 de CP colombiano castiga con arresto de uno a seis meses «al que valiéndose del hipnotismo o de sustancias alcohólicas, narcóticas, o cualquier otro medio semejante, perturbe indebidamente a una persona, en el uso de sus facultades psíquicas».

81. Conforme al art. 291 del CP uruguayo «el que por cualquier medio, sin motivo legítimo, coloque a otro, sin su consentimiento, en un estado letárgico, o de hipnosis, o que impida la supresión de la inteligencia o la voluntad será castigado con 3 a 24 meses de prisión».

82. Kriewitz, 1959, p. 310; Córdoba Roda, 1964, pp. 390 y 400.

83. Quintano Ripollés, 1972, p. 905; Córdoba Roda, 1964, p. 406; Díez Ripollés, inédita.

Nuestra jurisprudencia ha aceptado esta forma de comisión del delito en diversas sentencias, bien directa o indirectamente. La primera sentencia en la que el TS tuvo ocasión de ocuparse de esta cuestión fue la sentencia de 16 de abril de 1959⁸⁴. Aquí la conducta consiste en la aplicación de una inyección de narcoténol para doblegar la voluntad de la anciana que se oponía a ser trasladada a un centro psiquiátrico. Hay que indicar que el narcoténol sirvió para producir sueño en la víctima y así facilitar su subida al vehículo que la trasladaría al citado centro. El hecho es que el TS califique esta conducta como un delito de coacciones no obedece a razones de medios de comisión sino a otro tipo de razones que analizaremos más adelante: la existencia de una finalidad trascendente en la privación de libertad y el no ingreso efectivo en el centro psiquiátrico⁸⁵. De aquí que deduzcamos que el TS acepta los narcóticos como medio típico de comisión del delito de detención ilegal.

Nosotros consideramos que en el caso objeto de la sentencia se ha realizado una detención, la anciana es trasladada a un lugar al que no quiere ir, y para conseguir tal detención se ha suministrado un narcótico. Desde esta calificación jurídica debemos reconocer que la aplicación del narcótico es el medio que produce la detención ilegal, pudiendo hablar de detención desde el mismo instante en el que el narcótico produce sus efectos y la víctima es trasladada, sin necesidad de esperar para la perfección del delito al internamiento en el centro psiquiátrico como parece entender el TS⁸⁶, ya que en el momento en que la víctima es obligada a trasladarse en un determinado sentido se le está impidiendo abandonar un lugar itinerante.

En otra sentencia de 17 de enero de 1961⁸⁷, el TS reconoce que la creación de un estado de gran perturbación psíquica que impide a la víctima abandonar el lugar por faltarle la capacidad de querer es suficiente para que se realice el delito, sin que sea necesaria la existencia de otro impedimento de carácter físico, declarando el Tribunal que la existencia de una puerta que se abría desde dentro no destruye la existencia del delito de detención ilegal.

Por último, una sentencia más reciente de 25 de abril de 1985⁸⁸ reconoce expresamente como una modalidad de comisión del delito de detención ilegal la creación de un estado de inconsciencia con el fin de que la víctima no abandone el lugar de estancia. Esta sentencia califica como detención ilegal y lesiones el hecho de que a la víctima se le obligara «a ingerir varias pastillas cuya composición no consta, a la vez que le hacían beber cierta cantidad de ron, con el propósito de atacar su integridad física y simultáneamente lograr un estado de

84. STS de 16 de abril de 1959 J.Cr. n.º 407.

85. Véase *infra*, Capítulo 5, I.2.

86. Así CORDOBA RODA, 1964, p. 400; BAJO FERNÁNDEZ, 1989, p. 24.

87. STS de 17 de enero de 1961 J.Cr. n.º 42, citada por CORDOBA RODA y cuyos hechos probados están recogidos en la nota 156 del cap. 1.

88. STS de 25 de abril de 1985 J.Cr. n.º 677.

inconsciencia suficiente para que Lilian pudiera salir de España con sus hijos...». Hay que señalar que en esta sentencia el problema aquí discutimos no se plantea directamente porque, junto a esta creación de un estado de inconsciencia, concurren otros obstáculos preventivos de la libertad locomotriz, como la amenaza con una navaja, amordazarlo y atarlo a la cama.

Aquí no estamos ante dispositivos exteriores u obstáculos físicos sino ante medios que anulan la capacidad de voluntad. De aquí que podamos afirmar la existencia de un encierro pero sí que se realiza el tipo, en cuanto que supone otra forma de privación de la libertad abandonando el lugar de estancia encuadrable en la variante de detención.

Prevención o abuso de una situación de superioridad

Problema que planteamos en este apartado es si se realiza el presente delito cuando se obliga a la víctima a permanecer en un lugar mediante influencia espiritual⁸⁹.

Nos referimos a aquellos casos en que dada la relación de sujeción de la víctima con el autor las meras instrucciones de éste son un impedimento para que aquél pueda abandonar el lugar. Tales situaciones que distinguirlas de aquellas, ya analizadas, en los que el autor, mediante astucia logra la aquiescencia del detenido.

Nosotros entendemos que si la víctima, por su relación de sujeción subordinación, es incapaz de oponerse a las órdenes de la persona a la que se produce un encadenamiento psíquico, equivalente a la fuerza física, que supone la realización del delito de detención ilegal.

En la ciencia penal alemana se ha discutido esta cuestión a raíz de una sentencia del BGH de 6 de diciembre de 1983⁹⁰. Los hechos son que alude la sentencia son que un joven, conductor del autobús de una escuela de impedidos mentales, se enamora de una joven de 17 años, enferma mental, a la cual rapta porque los padres de ella impiden que vivan juntos y que se le realice un tratamiento de terapia. Durante las dos semanas que viven juntos mantienen relaciones sexuales. El L.G. había condenado al autor por un concurso de delitos de abuso de confianza y falsedad de documentos. Sin embargo, el BGH considera que no existe detención ilegal ya que el acusado no ha impedido a la joven con debilidad mental la actuación de abandonar el lugar por el hecho de que la víctima al escuchar órdenes de una persona de confianza pueda formar una representación alternativa. Dice el BGH que el hecho de que la víctima no abandone al acusado no es la consecuencia de una acción de las comprendidas en el párrafo 239, sino que es producto de la incapacidad psíquica propia de la víctima. Además, sostiene

89. Véase KIEL WEIN, 1959, p. 310.

90. 1 StR 651/83. BGHSt 32, 183.

que no se realiza una acción típica del parágrafo 239 por el hecho de que el acusado haya distanciado a la víctima del ámbito en el cual tenía capacidad, en medida restringida, de moverse según su voluntad.

Un análisis de este supuesto requiere en primer lugar el reconocimiento del delito de detención ilegal, pues ella, en principio, puede formar deseos de desplazamiento y realizarlos.

En la doctrina alemana, Herzberg/Schlehofer han sostenido la existencia del delito de detención ilegal en base a que durante los hechos falta en la víctima la restringida pero existente capacidad de moverse según su voluntad y ello no sólo por causa de su trastorno psíquico sino que son las órdenes del acusado las que producen en la víctima la pérdida de la libertad de movimiento existente en ese marco. A causa de la incapacidad de oponerse a las órdenes de un hombre de confianza se produce un encadenamiento psíquico, equivalente a la *vis absoluta*. Finalmente, estos autores trasladan el problema al ámbito del consentimiento para concluir que si bien la víctima no se opone a la privación de libertad, este consentimiento no es válido por la falta de capacidad para decidir responsablemente sobre el menoscabo del bien jurídico de la libertad, dado su trastorno psíquico⁹¹.

Por otra parte, Cierds⁹² argumenta que si se mantiene la decisión del BGH se deniega toda protección de la libertad de movimiento a los enfermos mentales. Para este autor la privación de libertad de movimiento no se puede basar sólo en creación de impedimentos físicos que impidan el cambio de lugar, sino también en la negación o supresión de las condiciones psíquicas para cambiar de lugar.

Nosotros entendemos que en este o en cualquier otro caso en que, por las circunstancias específicas de la víctima, las órdenes o instrucciones del autor supongan un impedimento psíquico de carácter insuperable para la víctima se realiza el delito de detención ilegal, en su modalidad de detención, ya que lo decisivo para determinar la existencia del presente delito es sólo si se hace imposible a la víctima cambiar de lugar según su voluntad.

Podemos concluir, por lo que respecta a los medios típicos, que el delito de detención ilegal se realiza cualquiera que sea el medio utilizado siempre que haga imposible a la víctima abandonar el lugar de estancia. No obstante, en su modalidad de encierro sólo se admiten aquellos medios que supongan la aplicación de mecanismos externos.

IV. COMISION OMISIVA

El problema que nos planteamos es si a efectos del art. 480 cabe un comportamiento de encerrar o detener por omisión. Este problema requiere

de un estudio previo de la omisión impropia en nuestro Derecho positivo y de su fundamentación, que nos permitirá comprender las distintas manifestaciones que la doctrina ha vertido sobre este tema respecto al delito de detención ilegal.

1. La omisión impropia en nuestro Derecho positivo y su fundamentación

Primeramente hemos de advertir que, en la medida que no es objeto de esta investigación un estudio detallado de los problemas dogmáticos que plantean los delitos de omisión impropia, nos limitaremos a una exposición de las distintas teorías que fundamentan la omisión impropia y que permiten una delimitación de los deberes de garante relevantes para el Derecho penal.

Hemos de señalar, en segundo lugar, que los delitos de omisión impropia no han sido regulados expresamente en el CP, aunque su existencia viene presupuesta tácitamente. La admisión de la omisión impropia más allá de la previsión legal se planteó en principio en nuestra doctrina en el ámbito de la relación de causalidad, y en concreto respecto a la causación de un resultado por vía omisiva. Así Quintano nos dice que «son aquellas conductas que producen un resultado o son susceptibles de producirlo mediante el mecanismo causal material y finalista, al igual que los delitos de acción, pero determinados por la inactividad física»⁹³. Desde esta perspectiva no existe dificultad para incluir la omisión impropia en los tipos legales que se limitan a prohibir literalmente la causación o producción de un determinado resultado, siendo indiferente el medio a través del cual se verifique: los llamados tipos prohibitivos de causación o resultativos⁹⁴. Así, la omisión impropia queda comprendida en el tipo legal alcanzando la categoría de omisión penada por la ley.

De este modo se comprende la afirmación de Córdova Roda de que el tipo del art. 480 «puede producirse tanto por acción como por omisión. Encierra tanto aquel que echa la llave de la habitación en que otro se encuentra como quien se abstiene voluntariamente de abrir esa puerta»⁹⁵, en el sentido de que las expresiones típicas de «encerrar» o «detener» no restringen los medios, admitiendo también los medios omisivos. La doctrina dominante actual se opone al presupuesto básico de esta teoría, que del no hacer pueda resultar la producción físico-causal de un resultado, ya que queda demostrada la imposibilidad de fundamentar la responsabilidad de omisión impropia en la causalidad⁹⁶.

93. QUINTANO RIVERO, 1972, p. 23.

94. RODRIGUEZ MOURILLO, 1960, pp. 106-107; CUELLO CALÓN, 1980, p. 33; CORDOVA RODA, 1976, p. 7; QUINTANO RIVERO, 1963, pp. 213 y ss.

95. CORDOVA RODA, 1964, p. 400; DEL MISMO, 1976, p. 9.

96. Un desarrollo más amplio de las distintas teorías causales lo encontramos en HUERTA TOLUÑO, 1987, pp. 21 y ss., donde distingue tres tipos de teorías causales: la teoría causal de la equiparación, que justifica la punición de la omisión impropia sobre la base de que el momento causal si bien no se encuentra en la omisión se halla en la acción que le es precedente

91. HERZBERG/SCHLEHOFER, 1984, p. 479. En el mismo sentido ESEN/SCHÖNKE/SCHRODER, 1988, parágrafo 239 Anot. 6. En sentido contrario SCHÄFER, 1986, parágrafo 239, Anot. 18.

92. CIERDS, 1984, p. 432.

art. 489 ter, sin que tenga necesariamente que suponer un peligro, por lo menos inmediato, para su vida o integridad¹²².

De aquí que consideremos que el sujeto que omite la acción que evitaría el resultado de encierro o detención sin tener posición de garantía realiza el tipo legal del art. 489 ter.

V. CONCRECIONES DEL RESULTADO TÍPICO

1. Características espaciales de la detención

El resultado típico de encierro o detención se realiza impidiendo que la víctima pueda abandonar un lugar determinado. Por tanto, el resultado se refiere a la privación de una manifestación del derecho de autodeterminación en el espacio, siendo indiferente las proporciones o características del lugar donde sea encerrado o detenido.

En esta línea se manifiesta Córdoba Roda cuando afirma que es indiferente para el delito que al sujeto se le impida alejarse de un angosto punto geográfico (una estrecha celda), o de un cierto espacio (una amplia finca)¹²³. No afectaría, asimismo, a la presente infracción que el sujeto tenga movilidad dentro de ese espacio determinado¹²⁴.

La exigencia de que el lugar sea determinado no supone negar al principio de que sean irrelevantes las dimensiones del lugar, pues lo único que exige es que el lugar tenga unos límites. Sin embargo hemos de admitir la necesidad de restringir este principio, pues de lo contrario ampliaríamos en exceso el ámbito del tipo.

Tal limitación la podemos deducir del propio bien jurídico protegido, la libertad de abandonar el lugar. En efecto, aquellos casos en que dada la amplitud del lugar se trate no tanto de impedir abandonar el lugar de estancia sino más bien de no poder acceder a otro, no suponen la realización del resultado típico de encierro o detención¹²⁵. Así, la persona que impide que otra pueda abandonar España realiza, en principio, el tipo del art. 480, en cuanto que impide a otro abandonar un lugar determinado, pero si aludimos al bien jurídico podemos afirmar que tal conducta no afecta a la libertad de movimiento entendida como libertad de abandonar el lugar de estancia, sino más bien al concepto más genérico de libertad de autodeterminación en el espacio físico en su manifestación de poder acceder a otro lugar, manifestación no protegida en el art. 480. Así Córdoba Roda dudaba que constituyera encierro o detención la coacción de permanecer dentro de los términos de un

determinado municipio¹²⁶. Por lo demás, tales resultados parecen compatibles con una correcta interpretación teleológica.

En cuanto a las características del lugar, doctrina y jurisprudencia no establecen ninguna limitación. Se admite de forma unánime que el lugar sea mueble o inmueble. Respecto a los primeros, la doctrina señala los casos en que la víctima es encerrada o detenida en un automóvil, caravana, vagón de ferrocarril, camión de mudanza, etc.¹²⁷.

Por otro lado, se admite que el lugar donde es encerrada o detenida la víctima no tiene necesariamente que ser un punto fijo sino que puede ser también un punto en movimiento¹²⁸. De forma que la detención puede venir determinada por la violencia a un cambio de lugar (la STS de 29 de mayo de 1874 calificó como detención ilegal el conducir contra su voluntad a una persona a la cárcel)¹²⁹, en cuanto supone la imposibilidad de abandonar un lugar cambiante, o bien cuando la víctima es recluida en una cosa en movimiento (la STS de 5 de febrero de 1986 castiga por detención ilegal el obligar a la víctima a continuar viaje)¹³⁰.

Por último, hay que señalar que es indiferente que el lugar sea de propiedad del agente, del sujeto pasivo o de un tercero. Quintano indica que puede ser la propia morada de la víctima¹³¹.

A modo de conclusión podemos decir que lo esencial para que exista encierro o detención es que el sujeto pasivo se encuentre en una situación tal que no pueda abandonar el lugar, o bien no pueda alejarse de ciertos límites que le impone el autor. De aquí que sea indiferente las proporciones y demás características del lugar. Existirá detención ilegal cuando a la víctima se le impida abandonar un lugar determinado, aunque sea cambiante o esté en movimiento.

2. Duración de la detención

Se discute en la doctrina si la realización del tipo del art. 480 requiere o no el transcurso de un lapso de tiempo. A este respecto la ley no dice nada. De aquí que la cuestión se centra en si los términos encierro

126. CORDOBA RODA, 1984, p. 397.

127. RODRÍGUEZ DEVEA, 1988, p. 307; RODRÍGUEZ MUÑOZ/JASO ROLDÁN, 1949, p. 308; MUÑOZ CONDE, 1990, p. 151; COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, 1988, p. 707; LUZÓN PENA, 1987, p. 99 nota 1; Díez Ripollés, inédita. En la jurisprudencia se admite el encierro en el maletero del coche, véanse las STS de 21 de noviembre de 1986, J.Cr. n.º 1497, 3 de diciembre de 1986, J.Cr. n.º 1602, 15 de abril de 1988 A. n.º 2781; 31 de mayo de 1988 A. n.º 4120.

128. Así CORDOBA RODA, 1964, p. 395; RODRÍGUEZ DEVEA, p. 307; Díez Ripollés, inédita. 129. STS de 29 de mayo 1874 J.Cr. n.º 2271. En el mismo sentido las sentencias de 16 de octubre de 1986 J.Cr. n.º 1192 y 18 de noviembre de 1986 J.Cr. n.º 1473 consideran que se realiza el tipo de art. 480 con el mero traslado en el vehículo a un lugar de las afueras de la ciudad.

130. STS de 5 de febrero de 1986 J.Cr. n.º 154. En el mismo sentido las sentencias de 22 de septiembre de 1981 J.Cr. n.º 1040 y de 14 de abril de 1988 A. n.º 2769.

131. QUINTANO RIPPOLÉS, 1972, p. 905. La STS de 3 de octubre de 1987 J.Cr. n.º 6948 admite la detención ilegal en el propio domicilio de las víctimas.

122. Admiten el bien jurídico de la libertad como bien jurídico afectado en el delito de omisión del deber de socorro: CUELLA CALÓN, 1951, p. 339; RODRÍGUEZ DEVEA, 1988, p. 121; SANZ CANTERO, 1960, p. 435.

123. CORDOBA RODA, 1964, p. 394. En esta dirección POLAINO NAVARRETE, 1982, pp. 121 y 137; MUÑOZ CONDE, 1990, p. 151; BUSTOS RAMÍREZ, 1986a, p. 121; Díez Ripollés, inédita.

124. CORDOBA RODA, 1964, p. 314; BUSTOS RAMÍREZ, 1986a, p. 121.

125. En esta dirección de limitación del tipo Díez Ripollés, inédita.

o detención presuponen conceptualmente el decurso de un período de tiempo.

Antes de analizar las distintas opiniones que sobre este tema aporta la doctrina hemos de poner de relieve que la mayoría de los autores vinculan esta cuestión a la naturaleza permanente o instantánea del delito, afirmando que si la existencia de la detención requiere un período de tiempo, entonces nos encontramos ante un delito permanente y, por el contrario, si no se exige para la detención un período de tiempo el delito será de naturaleza instantánea.

Así, un sector doctrinal considera que el presente delito se consuma en el momento de producirse la negación de la libertad de movimiento, pero como la lesión del bien jurídico es susceptible de prolongarse en el tiempo estamos ante un delito eventualmente permanente.¹³²

Córdoba Roda distingue las modalidades de encierro y detención. El encierro no se concibe sin el transcurso de un cierto espacio de tiempo, por tanto, en esta modalidad será un «delito necesariamente permanente», mientras que la detención no requiere un determinado espacio de tiempo, admitiendo la posibilidad de *consumación instantánea* y por ello califica al delito en esta modalidad como «delito eventualmente permanente».¹³³

Y, por último, otro grupo de autores afirma que estamos ante un delito permanente porque tanto la detención como el encierro implican el transcurso de un cierto lapso de tiempo¹³⁴ o bien porque el *período consumativo* se prolonga en el tiempo.¹³⁵

Sólo Quintano parece no vincular la naturaleza del delito a la forma de consumación, ya que afirma que «la detención, aunque la ley expresamente no lo requiera, exige un cierto lapso de tiempo para la consumación»¹³⁶, y, sin embargo, sostiene que la naturaleza del delito es netamente instantánea.¹³⁷

Nosotros pensamos que la doctrina mayoritaria mezcla dos planos distintos: por un lado el problema de si el encierro o la detención requieren de un lapso de tiempo para su realización, cuestión que afecta al estadio de la consumación, y, por otro lado, la naturaleza permanente o instantánea del delito. Tratemos de argumentar que tales problemas son distintos y no dependen uno de otro.

132. RODRÍGUEZ DE VESA, 1988, p. 398 alude a la naturaleza de un delito de permanencia relativa. MENDOZA GONZÁLEZ, 1990, p. 152 afirma que «estamos a veces ante un delito permanente». POLANO NAVARRO, 1982, p. 199 admite tanto la forma de consumación instantánea como la consumación permanente. Como del ROSAL/CASASQUET, MARTÍ, 1988, p. 707 lo califican como un «delito instantáneo de efectos permanentes», en el mismo sentido. COMOL/GHARZ DE LINARES, 1990, pp. 23-24; LIZÓN PEÑA, 1987, p. 104 sostiene que es un delito instantáneo en cuanto a su consumación, aunque eventualmente permanente.

133. CORDOBA RODA, 1964, pp. 401-402.

134. VIVES ANTON, 1977, p. 62.

135. BUSTOS RAMÍREZ, 1986a, p. 122.

136. QUINTANO RIVERO, 1972, pp. 900-901.

137. *Ibidem*, p. 907. Posición que es criticada por la privación de libertad el delito tiene que ser de naturaleza permanente.

2.1. Concepto de delito permanente

La doctrina mayoritaria parte de un concepto de delito permanente que está vinculado a la forma de consumación. Así, se afirma que «los delitos permanentes no hay un momento consumativo sino más bien un período o estado de consumación, es decir, la consumación se inicia con la creación del estado antijurídico y acaba con la supresión de este estado»¹³⁸. Se distingue, siguiendo la clasificación que iniciara Manzini¹³⁹, entre delito «necesariamente permanente» y delito «eventualmente permanente», en función de que el mantenimiento del estado antijurídico esté o no incorporado al tipo legal. El delito será necesariamente permanente cuando la perduración del estado antijurídico es imprescindible para la existencia misma del delito, y eventualmente permanente cuando el delito se consuma sin necesidad de esa persistencia, pero si se prolonga con una acción u omisión no da lugar a una pluralidad de infracciones¹⁴⁰. Eso hace que el delito necesariamente permanente no pueda consumarse si tras el acto inicial no se ha prorrogado voluntariamente un tiempo la situación antijurídica mientras que en el delito eventualmente permanente la consumación se da en el momento en que se concretan todos los elementos del delito, aunque si el hecho se prolonga en el tiempo el estado de consumación se prolonga también hasta la cesación de la permanencia.¹⁴¹

Sin embargo, nosotros pensamos que este concepto de delito permanente no es satisfactorio. En primer lugar, no nos parece correcta la concepción del *período consumativo*. Para la teoría dominante, la consumación en el delito permanente se inicia en el momento en el cual aparece la lesión del bien jurídico mediante la realización típica pero continúa ininterrumpidamente por un determinado período de tiempo. De tal forma que el período consumativo se corresponde con la duración del resultado.

Ante todo hay que señalar que, si se admitiera el período consumativo, éste se habría de identificar no con el resultado sino con la acción, es decir, cuando la conducta típica cesara por cualquier causa acabaría el período consumativo, el hecho de que el resultado persistiera sería indiferente, igual que ocurre en los delitos de estado. Por ejemplo «A» encierra a «B» y, mientras «B» permanece encerrado, «A» es golpeado

138. RODRÍGUEZ MOURULLO, 1976, pp. 77-79; SANZ MORÁN, 1986, p. 111; BUSTOS RAMÍREZ, 1984, p. 196; MIR PUIG, 1990, p. 165. En la doctrina italiana MANZINI, 1984, pp. 701-709; LEONI, 1933, núms. 155, 156, 157.

139. MANZINI, 1984, pp. 703-705.

140. Véase CORDOBA RODA, 1978, p. 316; DEL MISMO, 1964, p. 402; RODRÍGUEZ DE VESA, 1990, p. 142; SANZ MORÁN, 1986, p. 116.

141. Véase MANZINI, 1984, pp. 703-705; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1976, pp. 77-79; LEONI, 1993, p. 155; POLANO, 1982, p. 199 quien sostiene que en los delitos eventualmente permanentes se admite tanto una modalidad de consumación instantánea como una modalidad de consumación permanente. En sentido contrario Como del ROSAL/VIVES ANTON, 1987, p. 204 que consideran que los llamados ocasionalmente permanentes no son comprendidos en el concepto de delito permanente porque entienden por tales sólo aquellas infracciones en que se «requiere que la actividad lesa se prolongue al menos durante un cierto tiempo para estar cometido el delito».

por «C», quedando inconsciente. A partir de este momento acabaría el período consumativo de la detención ilegal, ya que «A», inconsciente, no seguiría realizando el tipo del art. 480, pues no podría liberar a «B». Cuando «A» recobrara la consciencia y no liberara a «B» se iniciaría otra vez el período consumativo de la detención ilegal. Aquí el período consumativo no se identificaría con el resultado¹⁴².

Pero es que para nosotros no es correcto, desde un punto de vista técnico-jurídico, hablar de período consumativo. Hablar de un período de consumación está en contradicción con la naturaleza del concepto de consumación. Por consumación se entiende en la doctrina el momento en que se realizan todos los elementos del tipo¹⁴³.

Por tanto, la consumación es por naturaleza un momento, no una fase o un proceso. Lo que está consumado ya no puede seguir consumándose precisamente porque ya se ha consumado. Lo que se prolonga no es la consumación sino la conducta del reo que en cada momento reproduce la realización del tipo.

Por otra parte, difícilmente puede ser la duración de la acción la que caracterice a los delitos permanentes, ya que toda acción humana, sea o no relevante penalmente, tiene siempre una cierta duración, pues toda acción sucede en el tiempo y en el espacio. El punto de partida de la investigación está en la continuidad de la acción. De aquí que sostengamos que el delito permanente se caracteriza, no porque en él exista un período consumativo, sino porque la acción típica continúa de forma ininterrumpida después de la consumación¹⁴⁴. En todo delito permanente la realización de todos los elementos del tipo surge en un

142. Véase LEONE, 1933, p. 156; MANZINI, 1984, pp. 702-703; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1976, pp. 77-79.

143. Véase CUELLO CALÓN, 1981, p. 652; RODRÍGUEZ DE VESA, 1990, p. 782; MUÑOZ CONDE, 1989a, p. 162; MIR PUIG, 1990, p. 295.

144. Este concepto de delito permanente surge como crítica a la concepción tradicional. Para la doctrina dominante la nota que caracteriza a los delitos permanentes es que el estado antijurídico que se crea por el sujeto se mantiene voluntariamente, a diferencia de los delitos de estado, en los cuales se crea un estado antijurídico pero su mantenimiento no depende de su voluntad. En este sentido RODRÍGUEZ DE VESA, 1990, p. 421; CARRERA RODA, 1978, p. 316; ANTON ONECA, 1986, p. 504; CEREZO MIR, 1985a, p. 301 nota 46; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1976, p. 79; DÍL MISAMO, 1978, p. 281; SANZ MORÁN, 1986, p. 116. Ahora bien, nosotros pensamos que tal nota de «mantenimiento voluntario del estado antijurídico» no permite singularizar a los delitos permanentes porque bajo este concepto se comprenden delitos que no deben ser abarcados, por ejemplo, el delito de hurto, ya que en este delito se crea un estado antijurídico, el desplazamiento de la posición de la cosa del propietario al agente del delito, y se mantiene voluntariamente en cuanto el autor está obligado a restituirla, y pueda hacerlo; sin embargo nadie duda que el delito de hurto no es un delito permanente.

La doctrina alemana más moderna centra la investigación en determinar lo específico del momento de duración de los delitos permanentes y encuentra su identidad en que estos delitos la acción típica continúa, más allá de la consumación del hecho, hasta su terminación, es decir, el hecho debe crear un estado antijurídico que el autor mantiene voluntariamente y en cuya duración el tipo sigue realizándose. (Así JESCHECK, 1988, p. 580; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1984, Apartado 39 lb. Anot. 15; LACKNER 1987, ver párrafo 52 Anot. 17; STRATENWERTH, 1981, Anot. n.º 1216. En la doctrina española MIR PUIG, 1990, p. 165).

Este nuevo concepto permite distinguir el delito permanente de todos aquellos otros delitos en los que la realización típica crea un estado antijurídico que perdura en el tiempo, pero su prolongación no se debe a la continuidad de la acción típica.

momento único, de forma instantánea. Y sólo a partir de ese momento, pero es, de la consumación, se puede hablar de permanencia siempre que la acción continúe de forma ininterrumpida realizando el tipo¹⁴⁵.

Por otra parte, si partimos del concepto de delito permanente que aquí mantenemos, no tiene significación jurídica la distinción entre delitos necesarios y eventualmente permanentes; sólo desde el concepto tradicional de delito permanente tiene sentido esta distinción de dos subespecies: por un lado aquellos tipos que para su realización necesitan que la conducta típica se prolongue durante un cierto tiempo (la llamada consumación permanente) y por otro aquellos tipos que para su perfeccionamiento no necesitan que la acción típica se prorrogue por un tiempo, pero que si se prorroga no da lugar a varias infracciones.

Leone ya había demostrado que también los llamados delitos necesariamente permanentes pueden agotarse en cuanto la conducta realice el momento de la aparición inicial del resultado típico, al igual que ocurre en los llamados delitos eventualmente permanentes. Nada impide pensar que en el momento en que se produzca el encierro privativo de libertad el autor desista de su acción o por cualquier otra causa se libere a la víctima¹⁴⁶.

En la concepción que aquí sostenemos los delitos que sólo ocasionalmente tienen una forma de comisión permanente, es decir, que el hecho punible puede ser permanente o instantáneo ni son delitos permanentes ni delitos instantáneos, sino que corresponden a un concepto intermedio entre estos delitos que no tiene relevancia a nivel dogmático¹⁴⁷.

Por otra parte, hay que observar que, al lado de los delitos permanentes, existen otros delitos en los cuales la acción típica continúa más allá de la consumación. Nos referimos a aquellos delitos donde se da una repetición del tipo en discontinuidad de actos: se trata de varios actos individuales que forman una unidad típica siempre que exista una estrecha conexión temporal y espacial entre las diversas acciones, que se dé una intensificación de lo injusto típico y que se dé una idéntica situación de motivación. En estos casos hay que afirmar, efectivamente, que la acción típica continúa más allá de la consumación. Pero se diferencian de los delitos permanentes porque en aquellos el desarrollo del hecho delictivo es discontinuo, mientras que en éstos la acción continúa después de la consumación de forma ininterrumpida. Así, pues, lo que da identidad a los delitos permanentes no es la continuidad de la acción típica más allá de la consumación, es decir, la nota de la continuidad ininterrumpida de la acción típica (Fue FRUSCHKA, 1968, p. 197 el primero en señalar esta característica. También en la doctrina alemana LACKNER, 1987, ver párrafo 52 Anot. III.2; STREE/SCHÖNKE/SCHRÖDER, 1988, ver párrafo 52 Anot. 51; VOGLER, 1979, ver párrafo 52 Anot. 17).

Sobre la base de todo lo expuesto podemos afirmar que lo que caracteriza al delito permanente es que la realización típica supone necesariamente la continuidad ininterrumpida de la acción típica más allá de la consumación inicial, frente a los delitos instantáneos que son aquellos hechos punibles en los que la realización típica acaba en el momento de la consumación.

145. Ante esta consideración se ha objetado por RODRÍGUEZ MOURULLO, 1976, p. 27, que «si el momento de la consumación en el delito permanente es cuando se da la completa realización de los elementos constitutivos habría que concluir que la prescripción debería comenzar en ese momento, con la paradoja de que la permanencia podía dar lugar a la impunidad, y que tampoco se podría admitir la legítima defensa con posterioridad a ese momento». Aquí creo que se confunde el momento de la consumación y la realización de la acción típica, que en los delitos instantáneos efectivamente siempre coinciden, pero no es así en los delitos permanentes, en los cuales la realización de la acción típica va más allá del momento de la consumación y todos los efectos que en los delitos instantáneos se asignan al momento de la consumación en los delitos permanentes se asignan al cese de la realización de la acción típica.

146. LEONE, 1933, p. 145.

147. FRUSCHKA, 1968, p. 201.

porque depende de la forma de comisión el que se produzca uno u otro efecto. ¿Qué problemas jurídicos nos resuelve el calificar un delito como eventualmente permanente? No podemos determinar, de un modo general y abstracto, si en los delitos eventualmente permanentes la consumación y la terminación de la realización típica coinciden o no, ni tampoco si la participación como coautor o cómplice es posible después de la consumación, o si la prescripción comienza a correr después de la consumación... Todos estos efectos no dependen de los elementos del tipo sino de la forma concreta como se realice el hecho punible, esto es, del complejo fáctico que realiza el tipo penal.

Con todo lo anterior hemos tratado de poner de manifiesto que son dos cosas distintas el momento de la consumación y la naturaleza permanente o instantánea del delito.

En cuanto a esto último podemos concluir que desde el concepto que aquí mantenemos el delito de detención ilegal es un delito permanente dado que la privación de libertad de movimiento supone siempre la realización continuada del tipo sin que sea adecuado diferenciar la modalidad de encierro y de detención, ya que tanto una como otra modalidad crean un estado antijurídico que mientras dure sigue realizando el tipo. El tipo legal del art. 480 se concretaría siempre en un hecho punible permanente, en la medida que la acción típica continúa (generalmente en forma de omisión) de forma ininterrumpida más allá de la consumación hasta que cese el estado de privación de libertad.

2. Momento de la consumación del delito

En cuanto al momento de la consumación, el problema que se discute es bien distinto: si el encierro o la detención exigen para su realización un lapso de tiempo de cierta entidad o si es suficiente con un mínimo espacio de tiempo.

Para un sector doctrinal es suficiente un mínimo espacio de tiempo para la consumación del delito, esto es, la duración de la detención es indiferente para la realización del tipo, siendo significativa sólo para la medición de la pena.¹⁴⁸ Asimismo, determinada corriente jurisprudencial no exige una cierta duración: la STS de 12 de junio de 1985 declara expresamente que «sin que obste a la consumación del tipo delictivo el mayor o menor lapso de tiempo en que la víctima estuvo sometida a la voluntad del secuestrador, porque la detención se alcanza en el instante mismo en que la detención se produce».¹⁴⁹

148. Así CUELLO CALÓN, 1980, p. 742 afirma que es indiferente la duración de la privación de libertad, sólo puede influir como agravante o atenuante del hecho; RODRÍGUEZ MUÑOZ/JOSE RODRÍGUEZ, p. 309, nos dice que se realiza el tipo «aunque haya sido en escasos momentos»; LUZÓN PÉREZ, 1987, p. 103 «admite la realización del tipo» aunque dure poco tiempo; MACQUEEN ABERN, 1988, p. 57, afirma que resulta indiferente la duración de la detención; GÓMEZ PAVÓN, 1990, p. 907. En la doctrina alemana son de esta opinión BINNINGER, 1902, p. 100; OTTO, 1984, p. 95; BOCKELMANN, 1977, p. 87. 149. STS de 12 de junio de 1985 J.Cr. n.º 966. En el mismo sentido la STS de 16 de febrero de 1988 A. n.º 1092 declara «sin que obste a esa plenitud de su perfeccionamiento

Para otra línea de pensamiento, la realización del tipo requiere una cierta duración en el encierro y la detención. Se argumenta que conceptualmente la detención y el encierro exigen un determinado tiempo ya que la detención no se refiere a un acto sino a un estado de la víctima.¹⁵⁰ Por otro lado, se afirma que una correcta interpretación teleológica del precepto nos lleva a exigir tal período de tiempo porque en caso contrario «se llevaría demasado lejos el ámbito del tipo, extendiendo el área de lo punible a conductas carentes de significado como atentados a la libertad».¹⁵¹ Esta opinión también ha encontrado eco en la jurisprudencia: junto a la tendencia señalada anteriormente, existe una línea jurisprudencial que viene exigiendo para la perfección del presente delito que la privación de libertad alcance «cierta duración o permanencia», elemento que permite diferenciarlo del delito de coacciones.¹⁵² Sin embargo, como señala LUZÓN,¹⁵³ este criterio de la duración para distinguir el delito de detención ilegal y coacciones, sólo sería válido si el dolo del autor fuera exclusivamente el de coaccionar, y no precisamente el de encerrar o detener, porque el hecho de que no se consiga, o que sea de corta duración, a lo único que daría lugar es a que en estos casos hubiera tentativa o frustración de detenciones ilegales pero no al delito consumado de coacción.

Otros autores, aunque exigen una cierta duración, admiten que el delito se puede perfeccionar, excepcionalmente, cuando la detención sea de mínima duración si es de una gran intensidad. De forma que la intensidad de la detención es decisiva para no excluir del tipo una detención insuficiente por su duración.¹⁵⁴

el mayor o menor lapso de tiempo». Véase también la STS de 20 de diciembre de 1988, A. 9663. En otras sentencias se alude a que basta para la consumación con «pocos minutos» (STS de 2 de octubre de 1978 J.Cr. n.º 728) o «con pocos momentos» (STS de 29 de mayo de 1987, J.Cr. n.º 2271, 21 de diciembre de 1977, J.Cr. n.º 1263) o que no se exige una «duración determinada» (STS de 15 de abril de 1988 A. 2781).

150. Así QUINLANO RODRÍGUEZ, 1972, p. 900 y en 1966, p. 575 exige un mínimo de tiempo permanente, aunque dicha permanencia dure sólo momentos que los juristas «raramente no cualificados para determinar, pero siempre hay un momento «a quo» de la detención y otro «ad quem» de la misma, aunque en la realidad (aparente) puedan confundirse; en la realidad física no se pueden confundir, pues un hombre —el que detiene— no puede pronunciarse a la vez las fórmulas de detención y no detención.

151. VIGAS ARIÉN, 1977, pp. 60-62.

152. Así las sentencias del TS de 16 de diciembre de 1986 J.Cr. n.º 1682 9 de abril de 1986 J.Cr. n.º 489, 3 de marzo de 1982 J.Cr. n.º 281, 5 de mayo de 1983 J.Cr. n.º 658, 12 de junio de 1986 J.Cr. 870. La STS de 3 de noviembre de 1987 A. n.º 8434 señala que «esta exigencia declina y se torna menos rigurosa en supuestos en que, desde el inicio de la acción criminal, se puede detectar sin duda que la privación de libertad ambulatoria o locomotriz del alcaido es absoluta, tales los de encierro o clausura en los que la intención del agente aparece inequívocamente encaminada a aquella finalidad...». En la doctrina se manifiesta a favor de esta opinión QUIRKAT, 1986, p. 132.

153. LUZÓN PÉREZ, 1987, pp. 102-103.

154. En la doctrina española CABO DEL ROSAL/CARROBELL MARTÍ, 1988, p. 707 consideran que una detención mínima no puede considerarse típica salvo cuando suponga «una trascendente alteración de la voluntad del sujeto». En el mismo sentido DIRZ, REINERTS, inédita. La doctrina alemana se centra ocasionalmente en la intensidad de la detención para determinar si una corta detención es o no relevante penalmente. Así GEMPERT/BARTT, 1983, p. 222; KREY, 1986, p. 110; SCHÄFER, 1986, parágrafo 239, Anot. 22.

Nosotros entendemos que tanto una interpretación gramatical como teleológica del precepto nos permite excluir del tipo aquellos casos que la duración es mínima, por entender que no existe detención, la necesidad de tener que acudir al principio de insignificancia o de adecuación social como causas de atipicidad. Pero el problema se nos presenta a la hora de fijar un criterio que nos permita determinar qué lapso de tiempo o duración es suficiente para hablar de detención. Para ello acudimos al criterio que Schmidhäuser sostiene en la ciencia penal alemana. Para este autor se da el desvalor del resultado «si la duración es suficientemente larga para que la víctima en ese espacio de tiempo pudiera haber abandonado el lugar»¹⁵⁵. Con este criterio podemos dejar fuera del tipo los casos de bagatela, en los que no existe un espacio de tiempo suficientemente relevante para afirmar que se ha impedido al afectado abandonar el lugar; piénsese por ejemplo en un encontronazo o en un asir a otro momentáneamente por el brazo.

A partir de este momento el más corto o largo período de privación de libertad debe servir exclusivamente para la medición de la pena.

El hecho de aceptar que el tipo exige un intervalo de tiempo de cierta entidad como elemento del tipo que si no se da impide la consumación no significa negar la consumación instantánea en este delito. La realización de todos los elementos del tipo surge en un momento único, de forma instantánea, si bien afirmar este punto en el tiempo es difícil. Por ejemplo, el hecho de parar a un viandante no supone aún privación de libertad por eso no realiza el tipo de detención ilegal, ahora bien, si a este acto sigue la retención de la víctima, es en ese momento, por breve que sea el intervalo entre uno y otro, cuando se consuma el delito. Sólo si a partir de ese momento, de la consumación instantánea, la acción continúa de forma ininterrumpida realizando el tipo se puede hablar de permanencia.

El criterio de la intensidad de la detención, como veremos en el siguiente apartado, es decisivo para determinar la existencia del encierro o detención, pero en ningún caso puede hacer que una «detención» que no alcance la duración aquí señalada sea típica.

3. Intensidad de la detención

Hemos sostenido que detener es privar a una persona de su capacidad de determinar su posición en el espacio físico, sin que sea suficiente el obstaculizar o limitar tal capacidad sino que es preciso que ésta se sustraiga enteramente al sujeto pasivo¹⁵⁶. Para ello es necesario que se haga imposible a la víctima abandonar el lugar donde se encuentra.

El problema que nos planteamos ahora es determinar qué grado de intensidad es exigible para poder afirmar la imposibilidad de abandonar el lugar de estancia.

155. SCHMIDHÄUSER, 1983, p. 52 Anot. 25.

156. Véase *supra* Apartado II.2 de este capítulo.

La detención debe alcanzar una cierta intensidad. La doctrina es unánime al señalar que la simple obstaculización o limitación de la libertad de movimiento no constituye detención. El solo aumento de dificultades o la restricción de las alternativas para poder abandonar el lugar no es suficiente para la realización del tipo¹⁵⁷. De manera que no existe detención ilegal cuando se deja sin energía eléctrica un edificio de gran altura con el fin de dejar fuera de servicio el ascensor así impedir que un sujeto que vive en un piso elevado abandone el edificio. Aquí sólo se dificulta el abandono del edificio, ya que podría hacerlo por las escaleras, pero no se hace imposible el abandono. Asimismo, tampoco se realiza el tipo por falta de intensidad en la detención cuando se le sustraen las gafas al que tiene cierto grado de miopía, o se le sustraen los zapatos, de forma que el alejarse del lugar se dificulta por la falta de visión o la incomodidad de andar descalzo, pero no se hace imposible.

Por otro lado, existe también unanimidad en la doctrina en que la imposibilidad de alejarse del lugar donde se encuentra no tiene que ser absoluta. Es suficiente que la utilización de las salidas normales sean excluidas para el detenido y sólo sea posible el alejamiento mediante medios extraordinarios¹⁵⁸. El problema se plantea a la hora de establecer el criterio que determine cuándo los obstáculos puestos por el autor presentan una tal entidad que permite hablar de encierro o detención, en otras palabras, cuándo las salidas que se dejen a la víctima no sean dignas de consideración.

Para un sector de la doctrina el encierro o la detención comienzan allí donde a la víctima no le es exigible utilizar la salida por peligro a la vida o la moral¹⁵⁹. En la doctrina italiana se utiliza el criterio de la facilidad e inmediatez para la liberación, en el sentido de que basta con que el obstáculo no se pueda vencer fácilmente y con inmediatez¹⁶⁰.

157. Así Córdova Roda, 1964, p. 394 por entender que ello no implica aún privación; JUSTOS RAMÍREZ, 1986a, p. 112; COBO DEL ROSAL/CARONELL MATEU, 1988, p. 707; VIVES LATORRE, 1977, p. 60; MAQUEDA ABREU, 1988, p. 56; Díez RIPOLLÉS, inédita. En la doctrina italiana se manifiestan en este sentido ESER/SCHÖNKE/SCHRÖDER, 1988, párrafo 239 Anot. 158. De esta opinión CORDOBA RODA, 1964, p. 398 aludiendo a que la privación de libertad no tiene que ser absoluta sino relativa; RODRÍGUEZ MUÑOZ/JASO ROLDÁN, 1949, p. 308; RODRÍGUEZ DEVEZA, 1988, p. 707; LUZÓN PENA, 1955, p. 99; Díez RIPOLLÉS, inédita quien habla de imposibilidad absoluta y «práctica imposibilidad». Coinciden en este punto con la doctrina española, las doctrinas alemana e italiana. Véase BINDING, 1902, p. 100; MAURACI/SCHRÖDER, 1977, p. 135; BLEI, 1983, p. 125; SCHÄFER, 1986, párrafo 239, Anot. 17; DREHER/TRÖNDLE, 1986, párrafo 239, Anot. 3; OTTO, 1984, p. 95; BOCKELMANN, 1977, p. 87; KOHLRAUSCH/LANGE, 1961, p. 518; ESER/SCHÖNKE/SCHRÖDER, 1988, párrafo 239, Anot. 6; FLORIAN, 1936, pp. 306-307; MANZINI, 1984, p. 669; ANTOLINI, 1982, p. 134; VELOTTI, 1978, p. 462; CRISP/STELLA/ZUCCALA, 1986, p. 989; DALL'ORA, 1983, p. 951.

159. Así RODRÍGUEZ DEVEZA, 1988, p. 307 afirma que existe detención cuando «la víctima no puede abandonar el lugar sin peligro para la vida o con ultraje del pudor». En el mismo sentido RODRÍGUEZ MUÑOZ/JASO ROLDÁN, 1949, p. 308; LUZÓN PENA, 1955, p. 99. En la doctrina alemana ESER/SCHÖNKE/SCHRÖDER, 1988, p. párrafo 239 Anot. 6 alude a que «la salida que quede sea inaceptable por su peligrosidad». En el mismo sentido OTTO, 1984, p. 95; BOCKELMANN, 1977, p. 97; STRATENWERTH, 1983, pp. 99-100; GEPPERT/BARTL, 1985, p. 222.

160. A sí MANZINI, 1984, p. 669; CRISP/STELLA/ZUCCALA, 1986, p. 489; DALL'ORA, 1983, p. 951.

Para nosotros, la combinación de ambos criterios permite establecer un criterio de validez general: el obstáculo puesto por el agente no tiene necesariamente que ser invencible o insuperable, es suficiente con que sea un obstáculo serio que no se pueda vencer fácilmente y con immediatez, y cuya superación no sea exigible al sujeto por la peligrosidad que implica.

Este criterio debe tener un carácter claramente individualizado, en cuanto se refiere a una persona determinada y concreta, dado que el legislador habla de «privación de su libertad». Por consiguiente, es suficiente que la persona en cuestión no pueda vencer fácilmente y con immediatez el obstáculo interpuesto aun cuando otro sujeto pudiese hacerlo. Basta con que no le sea exigible a la víctima superar el obstáculo, aun cuando a otra persona se le pudiera exigir¹⁶¹. Nuestra jurisprudencia también parte de un criterio individualizado a la hora de estimar la privación de libertad. Así, en STS de 17 de enero de 1961 afirma que «es suficiente que en el caso concreto el sujeto determinado no pueda apartarse del lugar, aun cuando otro sujeto dotado de mayor fuerza o habilidad hubiese podido»¹⁶².

A partir de este criterio podemos afirmar que existe encierro o detención cuando la existente salida es demasiado peligrosa para su utilización, por ejemplo existe una ventana de gran altura, o el sujeto no puede apearse del automóvil porque el conductor no atenúa la velocidad. Por otra parte, carece de relevancia, en relación con el carácter invencible o insuperable, que la víctima pueda autoliberarse utilizando medios extraordinarios y después de un determinado tiempo¹⁶³. Por el contrario, no existe detención o encierro si el obstáculo sólo existe en la imaginación del afectado, de forma que crece equivocadamente, sin que a ello le haya inducido el autor, que no puede salir, lo que hace que omita la tentativa de utilización de los medios de apertura que le habrían conducido a la liberación¹⁶⁴.

Finalmente, se presentan problemáticos aquellos casos en que la salida existente se considera inmoral. Nos referimos al caso, discutido en la ciencia penal alemana, de sustraer el vestido a un bañista para impedirle que pueda abandonar el lugar donde se baña¹⁶⁵. En la doctrina española Jaso Roldán y Rodríguez Devesa admiten que existe encierro cuando el lugar no puede ser abandonado porque la salida existente entraña

161. Córcoles Roda, 1964, p. 393; CUELLO CALÓN, 1980, p. 742; Macgregor Abarca, 1988, p. 56. 162. STS de 17 de enero de 1961 J.C.R. n.º 42.

163. En ese sentido se muestra la jurisprudencia: la STS de 17 de febrero de 1987 J.C.R. n.º 1260 dice que «carece de relevancia que el encierro pudiera abandonarse el lugar, forzando desde dentro una de las rejillas» y la STS de 9 de mayo de 1986 J.C.R. n.º 679 afirma «sin que la mayor o menor dificultad para desahucarse o liberarse por sus propios medios de sus ligaduras afecte al hecho real de la privación de libertad».

164. Schäfer, 1986, parágrafo 239. Autor: 17. DREHER/TROCHIM, 1986, parágrafo 239. Autor: 3. de 1987 (RG 6, 231) donde se afirma la existencia del delito de detención ilegal en los hechos siguientes: dos personas sustraen el vestido a un bañista para impedirle que pueda abandonar el río. La mayoría de la doctrina alemana admite en estos casos la realización del delito de detención ilegal equiparándolo a los casos en que la salida supone un peligro para la vida de la víctima. Enst/Schönke/Schroeder, 1988, parágrafo 239. Autor: 6. MÜLLER/SCHROEDER, 1977, p. 135; Schäfer, 1986, parágrafo 239. Autor: 17. SCHMIDHAUSER, 1983, p. 57; KREY, 1986, p. 110, por el contrario, la rechaza ARIZ/WERN, 1983, p. 199.

un ataque o ultraje a la moral, indicando el ejemplo acabado de aludir¹⁶⁶. Por el contrario, otro sector doctrinal considera que en estos casos no existe encierro o detención porque no se le impide el apartarse del lugar sino únicamente se le dificulta¹⁶⁷.

Nosotros pensamos que el levantamiento de una barrera psíquica de sensible importancia, como medio de la detención ilegal, puede realizar el tipo del art. 480 en igual medida que un impedimento de naturaleza física. Así, la sustracción del vestido al bañista puede ser una forma de detención en la medida en que supone un impedimento, de naturaleza psíquica, que impide al sujeto abandonar el lugar. Se puede objetar a esta tesis, como ya hemos señalado, que aquí no existe imposibilidad sino sólo una «simple dificultad» o una «mera obstaculización» a la libertad de movimiento. Pero tal objeción no nos parece convincente porque si bien es verdad que tal impedimento no es de carácter absoluto, no es menos cierto que supone un impedimento serio y no sólo una mera dificultad fácilmente vencible. En este sentido afirmamos que existe detención, ya que el concepto de detención no exige una imposibilidad absoluta¹⁶⁸. Y, además, consideramos que en determinados casos no es exigible a la víctima que abandone el lugar completamente desnuda, al igual que ocurre cuando la utilización de la salida existente es peligrosa para su vida o integridad física. En todo caso habría que estar a las circunstancias concretas de cada caso, la distancia que haya de recorrer desnudo, el lugar donde se encuentre, etc.

El exigir una cierta intensidad de la detención ilegal nos permite por otra parte excluir del tipo casos de simple bagatelía, y no en base a la adecuación social como causa de atipicidad¹⁶⁹ sino en base a una interpretación teleológica restrictiva: no se realiza el tipo por falta del elemento objetivo de la intensidad de la detención en aquellos casos en que el autobús no se detiene en la parada reglamentaria sino en la siguiente a la solicitada, o bien cuando no se le abre el ascensor en el piso solicitado¹⁷⁰, ya no en función de que no se haga imposible el abandono, como sucede en los ejemplos anteriores, sino por la poca trascendencia que estos actos tienen en relación con la lesión del bien jurídico protegido.

4. Contrariedad de la voluntad

Finalmente, la detención existe si la víctima no puede abandonar el lugar según su voluntad.

La cuestión fundamental que se plantea la doctrina es si la detención exige una contrariedad de la voluntad o basta con una ausencia del

166. ROJICANZ/MINERO/JASO ROLDÁN, 1949, p. 308 y RODRIGUEZ DEVESEA, 1988, p. 307. 167. Córcoles Roda, 1984, p. 394; QUINTERO ROPOLLES, 1972, p. 906; Macgregor Abarca, 1988, p. 56; Díez Ripollés, inédita.

168. Véase *supra* inicio de este apartado.

169. En este sentido POJANO NAVARRETTI, 1982, pp. 151-152. 170. Ejemplos indicados por JUSTO RAMÍREZ, 1986a, p. 112.

consentimiento de la víctima. Para un sector doctrinal se exige la «contrariedad de la voluntad», aunque el tipo no lo establece expresamente. Tal exigencia se deriva, para Bustos Ramírez¹⁷¹, de que es un delito contra la libertad, y todos los delitos contra la libertad exigen la contrariedad de la voluntad como elemento del tipo objetivo. Rodríguez Devesa alude a que el presente delito no se perfecciona hasta que la víctima no exteriorice su oposición¹⁷². Díez Ripollés fundamenta tal requisito en el bien jurídico protegido en el sentido de que el precepto protege la libertad para abandonar un lugar y no la libertad para consentir en todo momento sobre el lugar donde uno se encuentra; asimismo acude a un criterio sistemático en cuanto que fundamenta tal posición en que el único delito contra la libertad que alude expresamente a la voluntad, el delito de allanamiento de morada, exige una voluntad contraria a la víctima¹⁷³.

Ahora bien, tal requisito de «contrariedad de la voluntad» se entiende en la doctrina, como ya hemos indicado¹⁷⁴, como la exigencia de que la voluntad de la víctima debe manifestarse claramente al exterior de modo expreso o tácito; se precisa pues, una oposición clara, que sea conocida por el sujeto activo, sin que sea suficiente una oposición presunta, ya que en ésta no se manifiesta la voluntad sino que se presume en virtud de un juicio hipotético acerca de lo que el titular del bien jurídico hubiera hecho si hubiese poseído un conocimiento adecuado de la situación. Tal planteamiento en el delito de detención ilegal significa que la víctima debe manifestar de forma expresa o tácita su oposición a ser encerrada o detenida¹⁷⁵.

Tal posición se muestra coherente con el bien jurídico protegido y con el concepto de delitos contra la libertad que se sostiene en la doctrina dominante. En efecto, si se parte de considerar al bien jurídico como la libertad «actual» de movimiento, lo decisivo para la realización del tipo es la existencia de una voluntad real de cambio de lugar en el sujeto pasivo y la consiguiente oposición expresa o tácita a ser encerrado o detenido. Del mismo modo, si los delitos contra la libertad se definen como el conjunto de delitos que lesionan directamente la formación o actuación de la voluntad por medio de la violencia o la intimidación, se debe concluir que todos los delitos contra la libertad suponen necesariamente una coacción directa sobre un acto de voluntad del sujeto pasivo, no bastando la contradicción con la voluntad latente o presunta.

171. Así BUSTOS RAMÍREZ, 1986a, p. 121.

172. RODRÍGUEZ DEVESE, 1988, p. 307.

173. Díez RIPOLLÉS, inédita.

174. Véase *supra* Cap. I.III.4.1.

175. Véase *supra* apartado III.4.1 del Cap. 1. Hay que señalar que Díez RIPOLLÉS, inédita, admite la posibilidad de que se realice el tipo del art. 480 aun cuando exista sólo una voluntad presunta de abandonar el lugar, aunque en su obra, 1982, p. 404, afirma, con carácter general, que «si aludimos a "contra la voluntad" estamos exigiendo que la víctima se manifieste de modo expreso o tácito en contra de la acción del sujeto activo, es precisa pues la explicitación de una oposición de una de esas dos formas».

Para este sector doctrinal no existe lesión de la libertad de movimiento ni detención cuando en la víctima no exista una voluntad expresa o tácita de abandonar el lugar.

Para otra línea de pensamiento basta para la realización del tipo con la ausencia del consentimiento de la víctima¹⁷⁶. Lo decisivo no es que exista una oposición clara y externa de la víctima sino la ausencia de un consentimiento expreso o tácito. Esto es lo que permite valorar negativamente la acción del agente.

Esta posición se fundamenta en que el bien jurídico protegido no es la libertad de movimiento actual sino la libertad de movimiento potencial y, por otro lado, en que el tipo del art. 480 no precisa para su realización de la interposición de amenaza o de la aplicación de fuerza sino que puede producirse por medios distintos a éstos, como por ejemplo el engaño o la astucia¹⁷⁷.

La cuestión que aquí se discute, si el tipo de detención ilegal exige una contrariedad de la voluntad o basta con la ausencia de consentimiento, está estrictamente ligada con el bien jurídico protegido que se mantenga. Ciertamente si entendemos que el bien jurídico protegido es la libertad actual de movimiento hemos de exigir para su lesión la contrariedad de la voluntad de la víctima, y si partimos de que el bien jurídico protegido es la libertad potencial de movimiento basta para su lesión la ausencia de consentimiento del titular del bien jurídico.

A nuestro juicio, el hecho de que el bien jurídico protegido sea la libertad de abandonar el lugar y la naturaleza del delito como un delito contra la libertad determinan que el tipo objetivo exija el elemento de la contrariedad de la voluntad. Pero con ello no se ha dicho aún que tengamos que entender bajo esta expresión, como sostiene la primera posición doctrinal indicada, que la víctima se oponga expresa o tácitamente a la acción del sujeto activo. Se puede concebir la expresión de «contrariedad de la voluntad» también como que la víctima se oponga expresa, tácita o presuntamente a la acción del agente.

El admitir que la contrariedad de la voluntad se da también cuando existe una voluntad presunta de movimiento no significa transformar el elemento típico de «contrariedad de la voluntad» en «sin la voluntad», como sostiene un sector doctrinal¹⁷⁸ que equipara la voluntad presunta a la ausencia de consentimiento. Para que exista voluntad contraria presunta no basta con la ausencia de un consentimiento expreso o tácito, sino que es necesario además que se presuma la voluntad de abandonar el lugar en virtud de un juicio hipotético acerca de lo que el titular del bien jurídico hubiera hecho si hubiese podido manifestar su voluntad o hubiera poseído un conocimiento adecuado de la situación.

176. CORDOBA RODA, 1964, pp. 393 y 403.

177. CORDOBA RODA, 1964, p. 403.

178. Véase nota 152 del Cap. 1.

El propio concepto de delitos contra la libertad que aquí sostenemos nos lleva a no restringir la contrariedad de la voluntad a una oposición expresa o tácita. En efecto, los delitos contra la libertad no se caracterizan, según nuestra opinión, porque lesionen directamente la formación o actuación de la voluntad, sino porque «lesionan la voluntad sin que presenten una referencia valorativa en conexión con otros bienes jurídicos».¹⁷⁹ de aquí que no reduzcamos los medios típicos a los que producen el decisivo momento de forzamiento de la voluntad, esto es, la violencia y la intimidación. Al admitir otras medidas, como el engaño o la astucia, admitimos también la lesión a una voluntad presunta de movimiento.

Además, con esta tesis se alcanzan resultados más adecuados políticocriminalmente. Desde la posición de la doctrina mayoritaria de exigir una contrariedad de la voluntad expresa o tácita en el sujeto pasivo para que se realice el tipo se excluyen del tipo aquellos casos de creación o prolongación de la inconsciencia de la víctima sin que ésta haya tomado la decisión de abandonar el lugar, ya que no existe encierro o detención en cuanto que la víctima no ha manifestado expresa o tácitamente la voluntad de abandonar el lugar. Por el contrario, si entendemos que el tipo exige sólo la ausencia de consentimiento debemos incluir en el tipo aquellos casos en que la víctima no quiere abandonar el lugar, pues existirá encierro o detención si la víctima no ha manifestado su consentimiento expreso o tácito.

Sin embargo, si partimos de que el elemento de la contrariedad de la voluntad abarca no sólo la voluntad contraria expresa o tácita sino también la voluntad contraria presunta podemos afirmar que no existe detención cuando falte una voluntad de abandonar el lugar. Si es encerrada una persona que no quiere abandonar el lugar del encierro falta en el encierro el elemento objetivo de la contrariedad de la voluntad. Por otro lado, podremos afirmar que existe encierro o detención aun cuando la víctima no haya manifestado una voluntad expresa o tácita de abandonar el lugar si puede fundamentarse una voluntad contraria presunta.¹⁸⁰

En definitiva, podemos concluir que el concepto de detención requiere el elemento de la contrariedad de la voluntad, aunque ésta se puede manifestar por parte de la víctima de forma expresa, tácita o presunta.

VI. CONSENTIMIENTO

1. Eficacia del consentimiento

Es discutida la significación del consentimiento del lesionado en el presente delito: se plantea si el consentimiento excluye la tipicidad o la antijuricidad.

179. Véase *supra* Cap. I III. 2.1.

180. Véase *supra* Cap. 2.1.2 los casos que caben en el tipo con esta concepción de la contrariedad de la voluntad.

Para un sector doctrinal, el consentimiento en el delito de detención ilegal es una causa de justificación en base a que no tiene importancia la voluntad del lesionado para los elementos típicos sino sólo para excluir el carácter injusto de la detención.¹⁸¹

Sin embargo, para la opinión mayoritaria de la literatura el consentimiento opera en el ámbito de esta figura como causa de exclusión de la tipicidad. Ello se deriva, para algunos autores, de la naturaleza del concepto mismo de libertad, dado que sólo se puede hablar de lesión de ésta cuando no se actúa por una decisión de la voluntad libre, de manera que si existe el consentimiento no puede hablarse de ataque a la libertad.¹⁸² Otra opinión fundamenta tal eficacia del consentimiento en que el concepto de detención exige que sea contra la voluntad del afectado, de forma que si la víctima está de acuerdo con el encierro o detención no nace el delito por falta de uno de los elementos del tipo objetivo.¹⁸³

A nuestro juicio, el consentimiento en el art. 480 juega el papel de causa de atipicidad. Ello se deriva de que el tipo objetivo exige el elemento de la contrariedad de la voluntad y del propio bien jurídico protegido: ya hemos visto cómo en el concepto de detención está implícito el elemento de contrariedad de la voluntad, de forma que el desvalor de resultado deriva de la circunstancia de que la detención se comete contra la voluntad del lesionado. Si el afectado consiente en que se le impida abandonar el lugar de estancia no se puede afirmar que se realiza el resultado típico de la detención, ya que falta el elemento de contrariedad de la voluntad. Por consiguiente, el consentimiento de la víctima no convierte la detención en legal sino que niega la propia existencia de la detención, pues no se le priva de su libertad.

Por otro lado, el consentimiento no es que permita la lesión del bien jurídico sino que impide su lesión. La libertad de abandonar un lugar sólo puede ser vulnerada cuando el titular de este bien quiera elevarla abandonando el lugar, si él está de acuerdo con el suceso difícilmente se puede decir que se lesiona su libertad de abandonar el lugar. Basta pensar en el acto de cerrar una puerta con llave: tal acción será típica o atípica en función de que quien se encuentre en la habitación haya o no prestado su consentimiento. Si él está de acuerdo con el suceso no se puede afirmar que se le ha

181. Así RODRÍGUEZ DE VESA, 1990, p. 308, aun cuando previamente ha afirmado (p. 279) que «lo característico del grupo de los delitos contra la libertad del Tit. XII es presuponer una voluntad contraria del sujeto pasivo, de manera que el consentimiento eficaz excluye la tipicidad». MENDOZA CORREA, 1990, p. 151; POLANCO NAVARETTE, 1982, p. 143; GÓMEZ FAYÓN, 1990, p. 906. En Alemania son de esta opinión JESCHKE, 1981, p. 510; BOCKEMANN, 1977, p. 87; GIERDS, 1960, p. 61. 182. Así QUINTANO RIVALLIS, 1972, pp. 889 y 915; RODRÍGUEZ RAMOS, 1987a, pp. 144-145; CASO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, 1988, p. 707; MAGÜEDA ABOG, 1988, p. 38; CARRERO MIR, 1990, p. 81. En la doctrina alemana JACOKOS, 1983, 7/111; EBER/SCHÖNKE/SCHÖNDER, 1988 párrafo 239 Anot. 9.

183. Así JUANÉZ DE ASÚA, 1961, p. 630; CORDERO RODA, 1965, p. 18; BUSTOS RAMÍREZ, 1983, p. 362 quien alude a que la presencia del consentimiento anula la posibilidad de una víctima. Mira Puig, 1990, p. 446 quien afirma que «dejaré posiblemente de concurrir una verdadera detención—y no sólo una ilegalidad— en muchos casos en que el sujeto se ponga en manos del agresor».

