

## **RESUMEN**

RECURSO DE CASACION: Por quebrantamiento de forma: sentencia dictada por Magistrado cuya recusación, intentada en tiempo y forma, y fundada en causa legal, se hubiese rechazado: cambio de Magistrado ponente no comunicado a las partes: privación del derecho a ejercitar la recusación; inexistencia: no se ha intentado la recusación en el primer momento en que se ha conocido la causa con el cambio de Magistrado; desestimación de pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente no siéndolo: es preciso valorar la relevancia, necesidad y causalidad de las preguntas con relación al sentido del fallo; inexistencia: pregunta sin relevancia para el fallo; contradicciones en hechos probados: inexistencia.

MOTIVOS RACISTAS, ANTISEMITAS U OTRA CLASE DE DISCRIMINACION: inapreciable: detención ilegal a inmigrante: no consta que los acusados profiriesen insultos o frases ofensivas alusivas a su raza o procedencia nacional.

PRESUNCION DE INOCENCIA: Apreciación de la prueba por el Tribunal de instancia: alcance del control casacional; mínima actividad probatoria: existencia de prueba: testimonio de la víctima y cuatro personas más en delito de detención ilegal.

DETENCIONES ILEGALES Y SECUESTROS: El factor tiempo es uno de los criterios que permite distinguirlo del delito de coacciones; requisitos; contenido: interpretación de los verbos encerrar y detener; infracción instantánea; cometido por autoridad o funcionario público fuera de los casos permitidos por la ley; existencia: policías que detienen a un ciudadano extranjero so pretexto de una falsificación de documentos por la que ni siquiera se incoaron diligencias y que lo mantienen contra su voluntad en el interior del vehículo policial llegando a llevarlo a un monte antes de ir a comisaría una hora después de la detención; diferencias con: el delito de coacciones; desistimiento: inexistente: policía que no adopta una actitud contra sus compañeros ni trata de evitarla: existencia de acuerdo en todo momento.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de fecha 19-04-1999, condenó a don Juan Manuel P. R., don Celso A. B., don Sebastián F. E. y doña Elena F. B., como autores de un delito de detención ilegal, a las penas, para el primero, de cuatro años de prisión y diez años de inhabilitación absoluta y, para el resto, de tres años de prisión y ocho años de inhabilitación absoluta.

Contra la anterior Resolución recurrieron en casación los acusados y la acusación particular.

El TS **declara no haber lugar** al recurso.

En la Villa de Madrid, a doce de julio de dos mil uno.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Vigo incoó Procedimiento Abreviado núm. 1103/1997 por delitos de detención ilegal por funcionario y lesiones contra Celso A. B., Sebastián F. E., Juan Manuel P. R. y Elena F. B., y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Pontevedra Sección Segunda que con fecha 19 de abril de 1999 dictó Sentencia núm. 30/1999 que contiene los siguientes **hechos probados**:

«Sobre las 17.30 horas del domingo día 17 de marzo de 1997, la dotación del Cuerpo de Policía Local de Vigo, compuesta por los acusados Celso A. B. y Juan Manuel P. R., se encontraba patrullando a pie, por el Paseo de la concurrida Playa de Samil, en función de detección de venta ambulante entonces prohibida sin oportuna autorización por correspondiente Ordenanza Municipal de 23 de diciembre de 1995, bajo el mando directo mediante radio del cabo de zona, Antonio V. T. En tal vicisitud, ambos funcionarios se dirigieron verbalmente al súbdito senegalés Mamadou K. que conformaba un grupo de vendedores

ambulantes, los cuales, al sentir la presencia policial, introdujeron la mercancía en una caja que luego guardaron en un coche próximo. A continuación los Agentes requirieron de documentación al antedicho, quien les mostró permiso de trabajo y residencia a su nombre, NIE ..., expedido en Vigo en fecha 6 de noviembre de 1999, y en el que figuraba lugar y fecha de nacimiento, filiación, domicilio en la calle Fragoso núm. ... , ... de Pontevedra, y números de expediente laboral y registro de residencia con respectivos sellos y firmas de la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo y Gobierno Civil de Pontevedra, ello junto con huella dactilar y foto sellada por el Ministerio de Trabajo.

A la vista de que la dirección de C/ Fragoso no correspondía realmente a la ciudad de Pontevedra, los Agentes resolvieron el traslado del requerido a Comisaría para terminar de verificar la identificación a lo que de principio se opuso verbalmente el anterior para después -a la presencia de un grupo de no menos de 50 personas que se arremolinaron, entre las que se encontraban Victoria V. P. y María Amelia S. G., ambas conocidas del requerido debido a sus labores en Cáritas-, introducirse en el vehículo policial llamado al efecto, conducido y copilotado respectivamente por los también funcionarios del Cuerpo de Policía Local, aquí coacusados, Sebastián F. E. y Elena F. B., de forma que, en tanto los mismos ocupaban los asientos delanteros, Mamadou se sentó en la parte trasera entre los Agentes Celso y Juan Manuel. Desde Samil al coche policial se dirigió hacia el Centro de la Ciudad por la Avenida de Europa pero, pasado el Colegio Amor de Dios, obrando de consuno los cuatro policías, se desviaron a la derecha sin tomar la Avenida de Castelao, dirigiéndose -en trayectoria completamente opuesta a la correspondiente a la Comisaría de la calle López Mora- hasta la zona del monte, alejada y aislada, de Marcosende y Beade, proximidades del CUVI, donde detuvieron el coche y salieron del mismo varios funcionarios desatendiendo los ruegos del conducido para que fuera llevado realmente a Comisaría, situación en la que el coche policial fue avistado por el conductor Carlos Daniel T., ajeno a los intervinientes antedichos, después de un tiempo, y tras un intercambio de impresiones entre los cuatro Agentes, éstos decidieron dirigirse por fin a Comisaría, volviendo a la Ciudad a través de la Avenida de Madrid, en uno de cuyos semáforos, ya en las proximidades de la Plaza de España, cuando el coche policial se encontraba detenido fue observado a corta distancia por el conductor Alberto R. M., ya sobre las 19 horas, quien comprobó la disposición de los ocupantes del vehículo policial, en cuyo interior también avistó al súbdito senegalés, sonriente y rodeado de los policías arriba mencionados. Por fin, a través de la Plaza de España y calle Camelias, el coche se presentó a los pocos minutos en la Comisaría, donde se llevó a cabo, a las 19,15 horas, diligencia de identificación documentada en Libro.

Consta acreditado que en el trayecto de desvío durante más de una hora, los policías que rodeaban dentro del coche a Mamadou, acusados Celso A. y Juan Manuel P., propinaron golpes y codazos al anterior que le produjeron contusión craneal y costal derecho, propiciando una primera asistencia médica y curando sin secuelas en un día, durante el que permaneció incapacitado.

Cuando el coche policial salió del aparcamiento de la Playa de Samil, Victoria V. y María Amelia S. acudieron a Comisaría en ayuda de Mamadou, esperando en la puerta hasta las 18.30 horas aproximadamente, hora en que, no apareciendo el coche resolvieron regresar a la playa, sin terminar de localizar el primero.

Resulta probado que, en la circunstancia explicada, el súbdito senegalés Mamadou K. contaba, como se dijo, con permiso de trabajo y residencia, correctamente legalizado y en vigor. Con 29 años de edad, venía dedicándose a la venta ambulante, habiendo tributado por el impuesto de Actividades Económicas, y habiendo sido inscrito en la Seguridad Social con número de afiliación ..., constando de baja en régimen especial de Trabajadores Autónomos desde el 30 de noviembre de 1996. También consta haber sido objeto de asistencia hospitalaria en fecha 26 de febrero del mismo año 1997 debido a hemorragia cerebral, ajena a los hechos objeto de enjuiciamiento.

Entonces eran conocidas del acusado Celso A., María José D. L. y Manuel T. F. José Manuel L. P. también era antiguo conocido del inculpado Juan Manuel P. José Manuel C. M. asimismo conocía de antes al encausado Sebastián F. Y Lino V. L., del mismo modo anterior conocedor de los policías acusados, era socio y amigo de José Manuel L. P. -como se dijo, conocido del encausado Juan Manuel- así como de Daniel D. I., a quien, a las 18.55 horas de la tarde autos, efectuó servicio de grúa en la playa de Samil por avería.

Los acusados Celso A., Sebastián F. y Elena F., carecen de antecedentes penales mientras que el acusado Juan Manuel P. R. cuenta con antecedentes penales no computables. Dándose la circunstancia constatada de que fue el mentado inculpado Juan Manuel quien sobresalió verbalmente en la dirección de la dotación, consintiendo y llevando acabo de mutuo acuerdo los hechos los cuatro funcionarios componentes de la misma. No resulta suficientemente probado que, en el curso del narrado actuar policial, los acusados dirigieron al denunciante insultos o frases ofensivas alusivas a su raza o procedencia nacional. Y, en

particular, que el acusado Juan Manuel P. profiriera en el interior del coche policial las expresiones "jilipollas", "hijo de puta" o "el dueño de España tiene la culpa, teniais que marcharos todos y mataros entre vuestras tribus"».

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«**Fallamos:** Que debemos condenar y condenamos a los acusados Juan Manuel P. R., Celso A. B., Sebastián F. E. y Elena F. B., como autores responsables del indicado delito de **detención ilegal**, sin apreciarse circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas, para Juan Manuel P. R., de **cuatro años de prisión e inhabilitación absoluta** por tiempo de **diez años**; y para Celso A. B., Sebastián F. E. y Elena F. B., de **tres años de prisión e inhabilitación absoluta** por tiempo de **ocho años**, para cada uno. Ello debiendo indemnizar los cuatro condenados, conjunta y solidariamente, al perjudicado Mamadou K. en la suma de **cientos mil** (100.000) pesetas por daños morales. Que, asimismo, debemos condenar y condenamos a los acusados Juan Manuel P. R. y Celso A. B., como autores de la señalada falta de lesiones, a la pena, para cada uno, de **arresto de cuatro fines de semana**, debiendo indemnizar, conjunta y solidariamente al perjudicado Mamadou K. por daños y perjuicios derivados de la agresión recibida, en suma de **quince mil** (15.000) pesetas.

**TERCERO.-** Notificada en forma la Sentencia a todas las partes personadas se prepararon recursos de casación.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

**PRIMERO.-** La Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección segunda, condenó a Juan Manuel P. R., Celso A. B., Sebastián F. E. y Elena F. B., como autores, criminalmente responsables, sin circunstancias modificativas, de un delito de detención ilegal, frente a cuya resolución formalizan recurso de casación todos los condenados en la instancia, incluida la acusación particular que representa al perjudicado Mamadou K. El Ministerio fiscal impugnó todos los recursos.

**SÉPTIMO.-** El segundo motivo, formalizado por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del art. 167 del Código Penal, en relación con lo dispuesto en el art. 163.1º y 2º del propio Cuerpo legal.

La **detención ilegal del artículo 163**, antiguo artículo 480 del Código de 1973, es una **infracción instantánea** (ver la Sentencia de 6 de junio de 1997) que se produce desde el momento en que la detención o el encierro tienen lugar. En directa relación con los artículos 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 17 de la Constitución, tal infracción ha de moverse obligatoriamente alrededor del significado que quiera atribuirse a los verbos del texto penal, detener y encerrar. En ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad, limitándose ostensiblemente el derecho a la deambulación en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana. Si encerrar supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la persona dentro de los límites espaciales del largo, ancho y alto, detener en cambio implica también esa limitación funcional aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad no necesariamente con violencia o intimidación (ver en este sentido la Sentencia de 28 de noviembre de 1994).

Dicho delito se proyecta desde **tres perspectivas**. El **sujeto activo que dolosamente limita la deambulación de otro, el sujeto pasivo que anímicamente se ve constreñido en contra de su voluntad, y por último el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad**, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce. Precisamente **el factor tiempo es uno de los requisitos diferenciadores respecto del delito de coacciones** del artículo 172 del Código, aunque en modo alguno esgrimido por los recurrentes, si bien esa distinción venga propiciada esencialmente en razón a la especialidad. El **delito de coacciones es el género en tanto que la detención ilegal es la especie, de suerte tal que la detención desplazará a las coacciones siempre que la forma comisiva afecte, a través de los verbos antes explicados, al derecho fundamental de los artículos 17 y 19 de la Constitución. Tampoco es posible la aplicación del art. 530 del Código Penal, porque no media causa por delito alguno**.

La reciente Sentencia de esta Sala de 17 de junio de 2000, trata de un supuesto de hecho con grandes analogías con el presente caso, ya que se produjo un traslado injustificado a Comisaría de Policía para su identificación, por parte de un policía municipal, declarando esta Sala en dicha resolución judicial que «apareciendo una actuación abusiva de quien por la condición de policía municipal debe atemperar su actuación desde el respeto a la Ley, y no a pretexto de ella, instrumentalizar los poderes de que le ha

investido la sociedad para abusar de ellos privando de la capacidad ambulatoria a un ciudadano. En el presente caso fue patente la ilegalidad de la acción del recurrente desde el inicio..., constituyendo un delito de detención ilegal al evidenciarse la conciencia plena, absoluta y segura del recurrente de ser consciente de la naturaleza antijurídica de su actuar, consumándose el delito en el mismo momento de la privación de la capacidad ambulatoria dada su condición de delito instantáneo. El motivo debe ser desestimado, existió el delito del artículo 184 del anterior Código Penal que aplicaba una pena benévola, casi privilegiada en relación con la gravedad de la conducta, lo que ya no ocurre en el tipo correspondiente del vigente Código Penal -art. 167-».

En el mismo sentido que venimos argumentando, las Sentencias de esta Sala de 23 febrero y 3 octubre 1996, el delito de detención ilegal del artículo 480 ~~del~~ antiguo Código Penal, que se corresponde con el artículo 163 del vigente ahora, es una infracción instantánea que se produce desde el momento en que la detención o el encierro tiene lugar y está en directa relación con los artículos 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 17 de la Constitución, por lo que ha de moverse alrededor del significado que quiera atribuirse a los verbos del texto penal, detener y encerrar. En ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad.

El tipo descrito en el **art. 163 CP** es un delito que se caracteriza por la concurrencia de los siguientes **requisitos**:

1) el **elemento objetivo** del tipo consistente en la **privación de la libertad deambulatoria** de la persona. Y que esa privación de libertad sea ilegal. Para determinar la ilegalidad o no de la detención hay que acudir a la LECrim, arts. 489 y ss. **Al ser el acusado de detención ilegal funcionario público, su actuación sólo será delictiva si se hubiese producido un exceso en el cumplimiento de las obligaciones encomendadas.**

2) el **elemento subjetivo** del tipo, el dolo penal, consiste en que la **detención** se realice de forma **arbitraria, injustificada**, siendo un delito eminentemente intencional en el que **no cabe la comisión por imprudencia**.

En el caso enjuiciado en estas actuaciones se cumplen los dos requisitos citados, ya que, desde el plano objetivo, se retuvo al ciudadano perjudicado, privándole de su libertad personal, durante más de una hora, llevándole a un descampado (monte), y conduciéndole finalmente a la Comisaría de Policía, contra la voluntad del afectado, y sin ningún motivo, al menos que haya sido expuesto, para verificar ese largo recorrido, con parada incluida en el monte; desde el plano subjetivo, la detención ha sido arbitraria e injustificada, ya que la documentación que portaba era suficientemente ilustrativa, con sellos y fotografía, legalizada, sin que pueda justificarse por la existencia de un presunto delito de falsificación de documentos, sencillamente porque tales diligencias nunca llegaron siquiera a iniciarse, ni denunciarse por los integrantes de la patrulla de la Policía Local, intencionalidad que resulta de los acontecimientos ocurridos, como se desprende de la jurisprudencia de esta Sala («ad exemplum», Sentencias de 3 de noviembre de 1992 y 28 de mayo de 1993, entre otras muchas, la primera de las cuales ya dijo que el funcionario ha de extremar el uso de las importantes facultades que la ley le confiere; su exceso, su abuso o la tosca utilización de las mismas con fines repudiables, llevan a la consumación del delito).

Algunas Sentencias de esta Sala, han tratado de casos parecidos, como la de 16 de julio de 1997, que condena a Jefe de Policía Local que mantiene retenidas a cuatro personas por casi dos horas sin informarles de sus derechos; la de 7 de mayo de 1997, que confirma la condena a un ertzaina que detiene a un conductor de vehículo por incidente de tráfico sin relevancia penal; la de 24 de febrero de 1997, que trata de unos guardias civiles que llevan detenida a una persona esposada al puesto de los mismos sin motivo justificado; la de 30 de junio de 1995: policías locales que privan de libertad a ciudadanos indebidamente; la de 5 de junio de 1995: policía que priva de libertad indebidamente; la de 25 de septiembre de 1993: policías nacionales que detienen a sospechoso insuficientemente documentado (privación de libertad durante aproximadamente una hora).

## **FALLO**

Que debemos declarar y declaramos **no haber lugar** al recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuestos por las representaciones legales de los acusados Celso A. B., Sebastián F. E., Juan Manuel P. R. y Elena F. B. y por la Acusación Particular Mamadou K. contra Sentencia núm. 30/1999 de fecha 19 de abril de 1999 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Pontevedra que condenó: a los acusados Juan Manuel P. R., Celso A. B., Sebastián F. E. y Elena F. B., como autores responsables del delito de **detención ilegal**, sin apreciarse circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas, para Juan Manuel P. R., de **cuatro años**

**de prisión e inhabilitación absoluta** por tiempo de **diez años**; y para Celso A. B., Sebastián F. E. y Elena F. B., de **tres años de prisión e inhabilitación absoluta** por tiempo de **ocho años**, para cada uno, ello debiendo indemnizar los cuatro condenados, conjunta y solidariamente, al perjudicado Mamadou K. en la suma de  **cien mil** (100.000) pesetas por daños morales, y asimismo, condenó a los acusados Juan Manuel P. R. y Celso A. B., como autores de la señalada falta de lesiones.