

37

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

Enero 2016

37

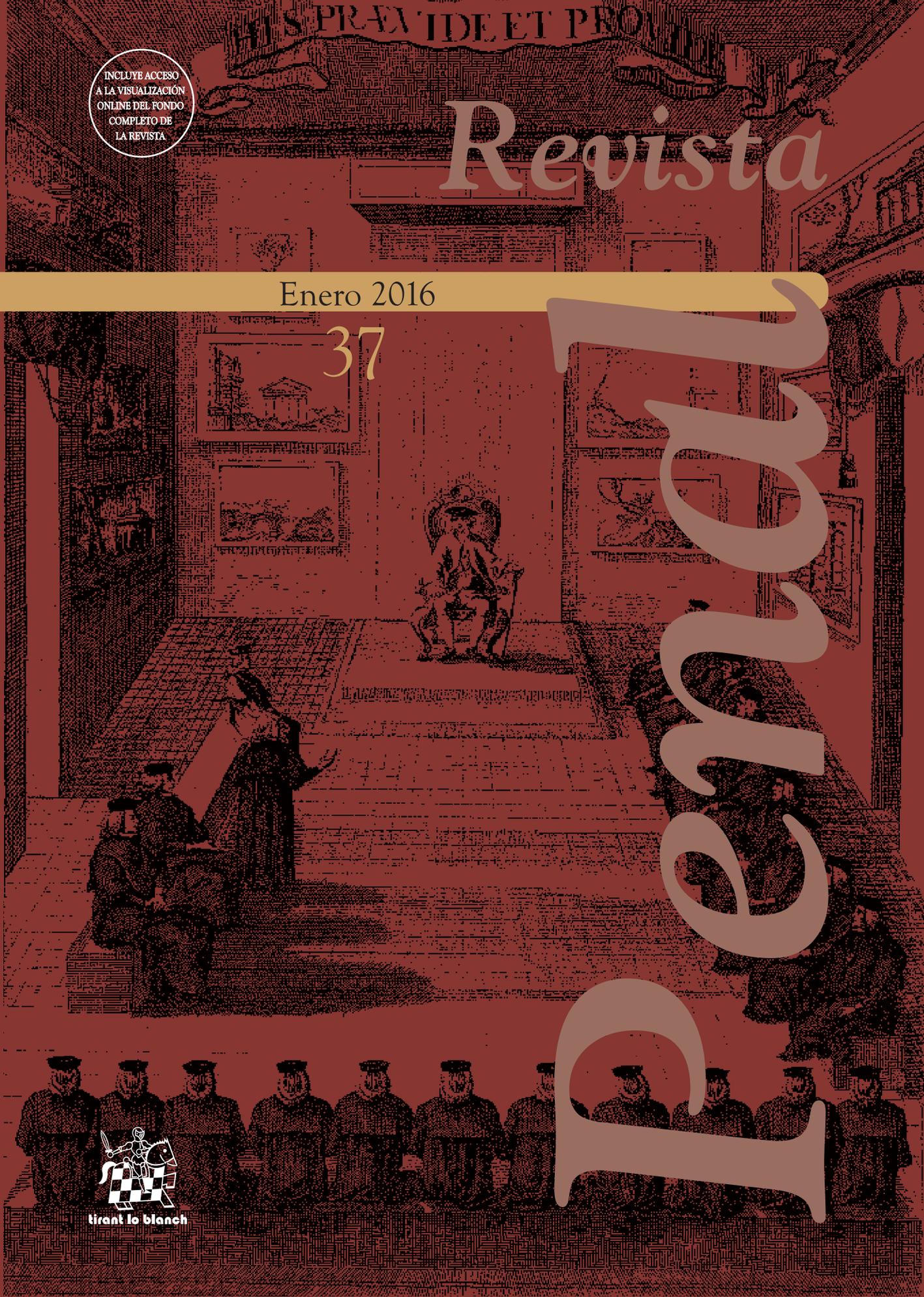
Revista

Revista Penal

Enero 2016



Penal



Revista Penal

Número 37

Sumario

Doctrina:

– Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso, por <i>Kai Ambos</i>	5
– Corrupción y Derecho penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	23
– Justicia preventiva, por <i>María Laura Böhm</i>	46
– El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos, por <i>Miguel Bustos Rubio</i>	61
– La conducción sin carné del artículo 384 CP. Conductas de distinta naturaleza jurídica, por <i>Luis Cáceres Ruiz</i>	80
– Fines del proceso y persona jurídica: algunas consideraciones y propuestas a la luz del caso Volkswagen, por <i>Jordi Gimeno Beviá</i>	99
– Tendencias político criminales en materia de terrorismo tras la LO. 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional, por <i>Elena Núñez Castaño</i>	110
– El inhumano Derecho Penal de una funesta concepción de los Derechos Humanos, por <i>Luis Alberto Pacheco Mandujano</i>	136
– El nuevo Código Penal y la regulación de la violencia intrafamiliar y de género a la luz de las modificaciones introducidas, por <i>Francisco Javier Paíno Rodríguez</i>	163
– Reflexiones sobre la constitucionalidad del delito de detenciones ilegales o secuestros sin dar razón de la persona detenida, por <i>M^a Ángeles Rueda Martín</i>	184
– La legislación racial en la Alemania nazi, por <i>Thomas Vormbaum</i>	206
– ¿En qué medida permite el Derecho penal chino la eutanasia? por <i>Jia Jia Yu</i>	215
Sistemas penales comparados: El delito de aborto (Abortion).....	229
Notas bibliográficas: por <i>Juan Antonio Lascurain y Francisco Muñoz Conde</i>	289
In memoriam: <i>Horst Schüler-Springorum</i> por <i>Kai Ambos</i>	310



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad de Salamanca

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Enzo Musco. Univ. Roma
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P. Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Ludovico Bin (Italia)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Jia Jia Yu (China)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Felipe Caballero Brun (Chile)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Reflexiones sobre la constitucionalidad del delito de detenciones ilegales o secuestros sin dar razón de la persona detenida

M^a Ángeles Rueda Martín

Revista Penal, n.º 37. - Enero 2016

Ficha Técnica

Autor: M^a Ángeles Rueda Martín

Adscripción institucional: Profesora Titular de Derecho penal (catedrática acreditada). Universidad de Zaragoza.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL O SECUESTRO SIN DAR RAZÓN DEL PARADERO DE LA PERSONA DETENIDA: ¿ESTAMOS ANTE UN DELITO DE SOSPECHA? 1. Análisis y conclusiones en torno a la consideración del art. 483 del Código penal de 1973 como un delito de sospecha. 2. Análisis y conclusiones en torno a la consideración del art. 166 del Código penal de 1995 como un delito de sospecha. 3. Valoración de la reforma del art. 166 del Código penal de 1995 operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. III. ¿QUÉ PAPEL DESEMPEÑA LA DESAPARICIÓN DE LA PERSONA DETENIDA EN LOS ARTS. 483 DEL CP DE 1973 Y 166 DEL CP DE 1995? IV. CONSIDERACIONES POLÍTICO CRIMINALES SOBRE LAS DETENCIONES ILEGALES CON DESAPARICIÓN FORZADA DE LA VÍCTIMA POR PARTE DE UN FUNCIONARIO PÚBLICO O AUTORIDAD.

Resumen: El objetivo que tiene este trabajo se centra en analizar los argumentos esgrimidos en torno a la consideración del delito de detenciones ilegales o secuestro sin dar razón del paradero de la víctima como un delito de sospecha. La necesidad de prestar atención a esta cuestión se muestra, por un lado, en que las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que han estimado que la regulación del mencionado delito era constitucional, no han contestado las objeciones planteadas a dicha postura con la entrada en vigor del Código penal de 1995. Por otro lado, el art. 166.1 del Código penal modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, endurece la pena del delito de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima y la equipara a la pena del delito de homicidio, de modo que se ponen otra vez en primer plano los interrogantes acerca de la constitucionalidad de este delito dado el reproche que plantea incorporar una —pretendida— sospecha ya sea de homicidio o asesinato, o ya sea de la desaparición de la persona detenida por no dar razón de su paradero. Palabras clave: Detenciones ilegales y secuestros, delitos de sospecha, condiciones objetivas de punibilidad

Abstract: The aim of the paper is to analyze the arguments concerning the consideration of the crime of illegal detention or kidnapping without declaring the whereabouts of the person detained as a crime of suspicion. The need to pay attention to this issue shows, firstly, that the doctrinal and jurisprudential interpretations estimating that the mentioned regulation of this crime was constitutional, have not answered the objections to this position with the entry into force of the Criminal Code of 1995. On the other hand, art. 166.1 Criminal Code modified by Organic Law 1/2015, of 30 March, toughens the punishment of the crime of illegal detention without declaring the whereabouts of the victim and equates its penalty to the penalty for the crime of homicide. Consequently, the questions about the constitutionality of this crime are nowadays a current issue due to the reproof implied by the incorporation of a —supposed— suspicion either of homicide or murder, or of the disappearance of the detainee by not declaring his whereabouts.

Key words: Illegal detentions and kidnapping, crimes of suspicion, objective conditions of criminality

Observaciones: La realización del trabajo que se presenta en esta Revista a los lectores desarrolla uno de los objetivos de investigación del Grupo de Estudios Penales de la Universidad de Zaragoza financiados por el departamento de Industria e Innovación del Gobierno de Aragón y el Fondo Social Europeo. El Grupo de Estudios Penales se ha reconocido como grupo de investigación consolidado por la Dirección General de Investigación, Innovación y Desarrollo del Gobierno de Aragón (B.O.A. de 28 de agosto de 2014), y del que el Dr. Miguel Ángel Boldova Pasamar es el investigador principal.

Rec: 06/07/2015 **Fav:** 10/07/2015

I. INTRODUCCIÓN

En el Capítulo I sobre las detenciones ilegales y secuestros del Título VI del Código penal de 1995 relativo a los *Delitos contra la libertad*, se encuentra recogido el delito tipificado en el art. 166.1 que dispone que “*el reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado con una pena de prisión de diez a quince años, en el caso de la detención ilegal, y de quince a veinte años en el de secuestro*”. Antes de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal este delito se encontraba tipificado originalmente del siguiente modo: “*el reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado, según los casos, con las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores de este capítulo, salvo que la haya dejado en libertad*”. La pena resultante era de prisión de quince años y un día a veintidós años y seis meses si se producía un secuestro, y de prisión de ocho años y un día a doce años si la conducta realizada era una detención ilegal. El antecedente inmediato de esta conducta delictiva se halla en el art. 483 del Código penal de 1973,

que establecía que “*el reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acreditare haberla dejado en libertad, será castigado con la pena de reclusión mayor*”. En torno a ambos preceptos —arts. 166 y 483— se ha planteado la cuestión común de si estamos ante un delito de sospecha de homicidio o de asesinato, porque si alguien ha detenido ilegalmente a una persona y no da razón de su paradero, surge la sospecha de que la ha matado, motivo por el que en ambos delitos se prevén penas similares o casi idénticas a las de los delitos contra la vida señalados¹. La principal característica de los delitos de sospecha se basa en que la existencia de ciertos elementos del tipo se presume a partir de la concurrencia de otro u otros. En algunos casos el precepto se cumple una vez probados los elementos que sirven de base a la presunción, aunque deja abierta la posibilidad de refutar ésta por la actividad probatoria del acusado². La doctrina de forma casi unánime consideraba en torno al art. 483 del Código penal de 1973 que era un delito de sospecha: se presumía la existencia de un asesinato que se deducía por la pena aplicable —reclusión mayor—³ si tras la detención ilegal de la víctima el reo no daba razón de su paradero, aunque dejaba abierta la posibilidad de refutar tal presunción si el acusado probaba que había

1 Véase, por ejemplo, ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho penal, Parte General*, Zugaldía Espinar Dir./Pérez Alonso Coord., 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004 p. 229.

2 Véase la definición de GARCÍA PÉREZ, “Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP”, ADPCP, 1992, p. 630. Véase también una enumeración de rasgos comunes a los delitos de sospecha en el trabajo de GÓRRIZ ROYO, “Presunción de inocencia y delitos de sospecha: ¿otra vuelta de tuerca al delito del art. 166 CP en la reforma penal de 2013?”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº 14, 2013, pp. 208 y ss.

3 La pena de reclusión mayor prevista en el art. 483 del anterior Código penal tenía una duración de veinte años y un día a treinta años. El delito de asesinato tenía prevista la pena de reclusión mayor en su grado máximo, es decir, entre los veintiséis años, ocho meses y un día a treinta años. El delito de homicidio se encontraba castigado en el art. 407 con la pena de reclusión menor, cuya duración comprendía desde los doce años y un día a veinte años. La pena del art. 483 coincidía, en parte, con la pena recogida en el asesinato y era superior a la pena establecida en el homicidio. Estimaba, sin embargo, que en el mencionado art. 483 había una presunción de homicidio, por ejemplo, Díez Ripollés, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 361.

4 Véanse, por ejemplo, las críticas vertidas sobre el art. 483 del Código penal de 1973 como delito de sospecha expuestas por RODRÍGUEZ RAMOS, “Posible inconstitucionalidad del art. 483 del Código penal”, *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona, Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pp. 891 y ss.; Díez Ripollés, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, pp. 360 y ss.; GARCÍA PÉREZ, ADPCP, pp. 662 y ss., con más referencias bibliográficas

dejado en libertad a la persona detenida⁴. Con carácter general podemos afirmar que los denominados delitos de sospecha —y el art. 483 del Código penal de 1973 era un ilustrativo ejemplo— han generado una enérgica oposición en la doctrina dominante por diversos motivos de índole procesal y penal, en virtud de los cuales tales delitos se deben declarar inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico, porque suponen un supuesto típico del *versari in re illicita*⁵ vulnerador del principio de culpabilidad, del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a no declarar contra sí mismo⁶. Las dudas sobre la sospecha en torno a la muerte del ofendido que albergaba el art. 166 del Código penal de 1995 en su redacción original no se habían disipado completamente, si bien es cierto que tal sospecha sólo se manifestaba en la pena prevista para el supuesto más grave de secuestro subsumible en los arts. 164 —privación de libertad con una duración superior a quince días— y 166 de dicho texto legal⁷: prisión de quince años y un día a veintidós años y seis meses. Desafortunadamente, el art. 166 del Código penal se ha modificado en

la reforma del Código penal realizada mediante la LO 1/2015, de modo que en su apartado 1º se indica que se impondrá una pena de prisión de diez a quince años al autor de una detención ilegal, y de quince a veinte años al autor de un secuestro, cuando no dé razón del paradero de la persona detenida. Aunque la pena contemplada para el delito de secuestro se ha atenuado, la pena de prisión del delito de detención ilegal se ha agravado al pasar de una duración de ocho años y un día a doce años a una duración de diez a quince años. Una consecuencia nada deseable del endurecimiento de la pena del delito de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima, es que se ponen otra vez en primer plano los interrogantes acerca de la constitucionalidad de este delito, entre otras razones, por —se puede considerar— la más que evidente sospecha que alberga el art. 166 del Código penal en torno a la muerte de la persona detenida por parte de quien la ha detenido o encerrado, al coincidir la nueva pena con la establecida en el delito de homicidio⁸, sin olvidar que la penalidad del delito de secuestro sin dar razón del paradero de la

en relación con la regulación del indicado precepto del anterior Código penal. Sin embargo, con anterioridad al enjuiciamiento del caso “El Nani”, BUSTOS RAMÍREZ ya se había pronunciado en contra de la opinión doctrinal mayoritaria que sostenía que el art. 483 era un delito de sospecha. Véase su postura en BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal, Parte especial*, 1ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1986, p. 186; el mismo, *Manual de Derecho penal, Parte especial*, 2ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1991, pp. 158 y 159.

5 Según el principio medieval de origen canónico del *versari in re illicita* debía responder penalmente de un resultado lesivo, aunque fuera fortuito e imprevisible, quien lo causara a consecuencia de una conducta inicial ilícita. Véase MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 9ª ed. a cargo de Víctor Gómez Martín, Reppertor, Barcelona, 2011, L 11/72.

6 Véanse las exposiciones realizadas por GARCÍA PÉREZ, ADPCP, 1992, p. 633; GÓRRIZ ROYO, “Presunción de inocencia y delitos de sospecha: ¿otra vuelta de tuerca al delito del art. 166 CP en la reforma penal de 2013?”, pp. 208 y ss.

7 Apuntan la idea de la sospecha que latía en este precepto por lo elevado de las penas previstas, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal (Parte Especial), Volumen II, Editorial Ramón Areces, Madrid, 1998*, pp. 51 y 52; POLAINO NAVARRETE, Voz “Detención ilegal y secuestro”, *Enciclopedia penal básica*, Luzón Peña Dir., Comares, Granada, 2002, p. 611; DEL ROSAL BLASCO, *Sistema de Derecho penal español, Parte Especial*, Morillas Cueva coord., Dykinson, Madrid, 2011, p. 157; LANDROVE DÍAZ, *Detenciones ilegales y secuestros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 186; Díez Ripollés, *Comentarios al Código penal, Parte Especial, I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 757 y 758, aunque reconoce que la presunción de la muerte del detenido sólo está parcialmente vigente; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, Parte Especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 205; MENDES DE CARVALHO, “Las “condiciones objetivas de punibilidad impropias”: vestigios de responsabilidad objetiva en el Código penal español”, RDPyCr., 2ª época, n.º 17, 2006, pp. 247 y ss.; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 293; MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 9ª ed., L 6/68, pp. 172 y 173; GÓRRIZ ROYO, “Presunción de inocencia y delitos de sospecha: ¿otra vuelta de tuerca al delito del art. 166 CP en la reforma penal de 2013?”, pp. 216-217, 220 y ss., aunque, no obstante, reconoce que la redacción original del art. 166 del Código penal asumida por el legislador de 1995 cohonesta mejor con la presunción de inocencia que su antecedente (art. 483) del Código penal de 1973. De forma implícita LAMARCA PÉREZ, *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Lamarca Pérez Dir., 2ª ed., Colex, Madrid, 2013, p. 143 cuando afirma que si el detenido aparece finalmente muerto, cabe apreciar un concurso de delitos entre el delito de homicidio o asesinato y el tipo básico (o agravado) de detención ilegal o secuestro, pero no con el delito específico de detención ilegal o secuestro sin dar razón del paradero de la víctima.

8 Así se han pronunciado expresamente en relación con la redacción presentada en el Anteproyecto de reforma del Código penal, GÓRRIZ ROYO, “Subtipo agravado de detención ilegal por no dar razón del paradero de la persona detenida: Art. 166 CP”, *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Álvarez García Dir./Dopico Gómez-Aller Coord., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 555; la misma, “Presunción de inocencia y delitos de sospecha: ¿otra vuelta de tuerca al delito del art. 166 CP en la reforma penal de 2013?”, pp. 197 y ss.; GÓMEZ INIESTA, “Subtipo agravado de detención ilegal por no dar razón del paradero de la persona detenida: Art. 166 CP”, *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Álvarez García Dir./Dopico Gómez-Aller Coord., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 551 y ss. Con dicha reforma ya aprobada mediante la LO 1/2015 sostiene GÓRRIZ ROYO que el delito de detención ilegal y

víctima aunque se ha atenuado, coincide con la prevista en el delito de asesinato.

El objetivo que tiene este trabajo se centra, principalmente, en analizar los argumentos esgrimidos en torno a la consideración del delito de detenciones ilegales o secuestro sin dar razón del paradero de la víctima como un delito de sospecha. La necesidad de prestar atención a esta cuestión se muestra, por un lado, en que las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que han estimado que la regulación del mencionado delito era constitucional, no han contestado las objeciones planteadas a dicha postura con la entrada en vigor del Código penal de 1995. Por otro lado, como se ha apuntado anteriormente, el nuevo art. 166.1 del Código penal endurece la pena del delito de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima, de modo que se ponen otra vez en primer plano los interrogantes acerca de la constitucionalidad de este delito por tres motivos. En primer lugar, porque la nueva pena coincide exactamente con la pena prevista para el homicidio: prisión de diez a quince años. Si la conducta realizada es un secuestro la pena contemplada es la de prisión de quince a veinte años y coincide con la pena del delito de asesinato. En segundo lugar, también porque desaparece la vinculación expresa de la pena del artículo 166.1 a las agravaciones recogidas en el art. 163.3 cuando la detención ilegal (o el secuestro) se prolonga más de quince días. Incluso dichas penas se incrementan de quince a veinte años de prisión, en el caso de detención ilegal, y de veinte a veinticinco años de prisión, en el de secuestro, cuando concorra alguna de las circunstancias contempladas en el art. 166. 2: “a) *Que la víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección.* b) *Que el autor hubiera llevado a cabo la detención ilegal o secuestro con la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad*”. En tercer lugar, porque en la modificación del art. 166.1 operada por la LO 1/2015 se ha suprimido la cláusula “*salvo que la haya dejado en libertad*” prevista en la redacción original del mencionado

precepto del Código penal de 1995, lo que puede ser interpretado como la eliminación del requisito de que la acusación pruebe que la víctima no está en libertad, además de hacer bascular todo el peso de la pena del recientemente modificado art. 166.1 del Código penal, en la exigencia de “*no dar razón del paradero de la persona detenida*”. Por todo ello, conviene disipar las dudas acerca de la constitucionalidad del delito de detención ilegal o secuestro sin dar razón del paradero de la víctima, dado el reproche que plantea incorporar una —pretendida— sospecha ya sea de homicidio o asesinato, o ya sea de la desaparición de la persona detenida por no dar razón de su paradero.

La problemática que se aborda en esta investigación puede servir a la interpretación de otras figuras delictivas cuyo núcleo está configurado por una privación de libertad de una persona cuyo paradero en el marco de dicha privación de libertad se desconoce u oculta, con unas penas idénticas a las previstas en el delito de homicidio o, incluso, agravadas, tal y como sucede con el nuevo delito introducido por la mencionada LO 1/2015 en el art. 167.2 del Código penal, que establece que “*con las mismas penas* —esto es, las penas previstas en los hechos descritos en el Capítulo sobre las “Detenciones ilegales y secuestros”, en su mitad superior— *serán castigados:* a) *El funcionario público o autoridad que, mediando o no causa por delito, acordare, practicar o prolongare la privación de libertad de cualquiera y que no reconociese dicha privación de libertad o, de cualquier otro modo, ocultase la situación o paradero de esa persona privándola de sus derechos constitucionales o legales.* b) *El particular que hubiera llevado a cabo los hechos con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado o de sus autoridades*”. También hay que añadir el delito tipificado en el art. 573 bis, modificado por la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de delitos de terrorismo: “1. *Los delitos de terrorismo a los que se refiere el apartado 1 del artículo anterior serán castigados con las siguientes penas:* ... 2.ª *Con la de prisión de veinte a veinticinco años cuando, en los*

secuestro sin dar razón de la persona detenida “ha adquirido de nuevo y en sintonía con el sesgo de esta reforma, la fisonomía de un puro delito de sospecha”. Véase GÓRRIZ ROYO, “Detenciones ilegales y secuestros sin dar razón del paradero de la persona detenida (art. 166 CP) y practicados por autoridad o funcionario público (art. 167 CP)”, *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, González Cussac Dir., Matallín Evangelio/Górriz Royo Coords., Tirant lo Blanch, 2015, p. 520.

9 Véase GÓRRIZ ROYO, “Detenciones ilegales y secuestros sin dar razón del paradero de la persona detenida (art. 166 CP) y practicados por autoridad o funcionario público (art. 167 CP)”, pp. 520 y ss., 527 y ss. En relación con la redacción presentada en el Anteproyecto de reforma del Código penal ya se había manifestado en tal sentido; véase GÓRRIZ ROYO, “Subtipo agravado de detención ilegal por no dar razón del paradero de la persona detenida: Art. 166 CP”, p. 555; la misma, “Presunción de inocencia y delitos de sospecha: ¿otra vuelta de tuerca al delito del art. 166 CP en la reforma penal de 2013?”, pp. 217 y 218.

casos de secuestro o detención ilegal, no se dé razón del paradero de la persona”. Y, por último, destaca el art. 607 bis del Código penal reformado también por la LO 1/2015, que dispone que “2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados: [...] 6.º Con la pena de prisión de doce a quince años la desaparición forzada de personas. Se entenderá por desaparición forzada la aprehensión, detención o el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la ley”.

Además, en el presente trabajo también se analizarán determinadas interpretaciones vertidas por la jurisprudencia y la doctrina para justificar la necesidad de que el responsable de una detención ilegal o secuestro que no dé razón de la persona detenida responda más gravemente que en otra clase de privaciones de libertad. Finalmente, se van a efectuar algunas consideraciones de índole político criminal sobre la tipificación expresa de un delito de detenciones ilegales sin dar razón del paradero de la víctima por parte de un funcionario público o autoridad en el nuevo art. 167.2, opción por la que se ha decantado legislador penal al introducir este delito en nuestro Código penal mediante la LO 1/2015. La pregunta que se plantea es si resulta necesario desde un punto de vista político criminal la introducción de un delito específico de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima, cuando es cometido por una autoridad o funcionario público.

II. EL DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL O SEQUESTRO SIN DAR RAZÓN DEL PARADERO DE LA PERSONA DETENIDA: ¿ESTAMOS ANTE UN DELITO DE SOSPECHA?

1. Análisis y conclusiones en torno a la consideración del art. 483 del Código penal de 1973 como un delito de sospecha

Como se ha apuntado anteriormente, la doctrina penal en torno al art. 483 del Código penal de 1973 inter-

pretaba de forma casi unánime que nos encontrábamos ante un delito de sospecha por su elevada penalidad —reclusión mayor con una duración de veinte años y un día a treinta años—, en el que se presumía la muerte de la víctima por parte del sujeto activo de la detención ilegal¹⁰, de modo que cuando el autor de una detención ilegal no daba razón del paradero de la víctima o no acreditaba haberla dejado en libertad debía aplicarse el precepto. La jurisprudencia del Tribunal Supremo antes de enjuiciar el caso “El Nani” se había manifestado a favor de los argumentos esgrimidos por la citada doctrina dominante en una sentencia de 11 de marzo de 1974. En el considerando sexto de dicha sentencia se afirmó que el art. 483 del anterior Código penal “por el principio de la legalidad y de la sumisión del Juez a la norma, ha de cumplirse en sus propios términos, a medio del uso del reproche judicial de culpabilidad, de existir sus claros elementos constituyentes, a pesar de la crítica acerba, a que lo somete con unanimidad la doctrina científica española, al acusarle de tratarse de un “delito de mera sospecha”, por presunción “*ex lege*” de muerte por asesinato, de la persona detenida, y que ni siquiera requiere, como otras figuras... la cualificación por el resultado, al superarla, actuando sobre meros indicios artificiosos y no justos, por aventurados, dando una vez más, entrada al objetivismo, del “*versari in re illicita*”, y conculcando el principio dogmático de la culpabilidad personal, en tan amplia y vaga fórmula, ya que no exige un resultado material, sino que se contenta, con la mera ignorancia sobre el paradero de la persona desaparecida, para presumir, haberse cometido el asesinato, pues equipara la pena de este delito de simple sospecha, con la del 406 de tan citado cuerpo legal, fijando idéntica punición, a pesar de la diferencia que los separa, en orden a la comprobación del resultado de muerte asesina”. En esta sentencia el Tribunal Supremo reafirmó la vigencia del principio de legalidad y de plena sumisión del Juez a la norma y dictó una condena conforme al art. 483 del Código penal de 1973, a pesar de las graves objeciones que presentaba. Como no existía aún una Constitución ni un control de constitucionalidad, sólo el legislador podía solucionar la quiebra de la inocencia producida por la sospecha que incorporaba el citado tipo penal¹¹.

10 Véanse, por ejemplo, RODRÍGUEZ RAMOS, “Posible inconstitucionalidad del art. 483 del Código penal”, *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona, Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pp. 891 y ss.; Díez Ripollés, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, pp. 360 y ss.; GARCÍA PÉREZ, ADPCP, pp. 662 y ss., con sus referencias bibliográficas en relación con el anterior Código penal.

Véase la nota 3 sobre la comparación de las penas del artículo 483 y de los delitos de homicidio o asesinato del anterior Código penal.

11 Véase CAAMAÑO, *La garantía constitucional de la inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 286.

Sin embargo, a partir de la Constitución de 1978 se reconoció expresamente el derecho a la presunción de inocencia en el art. 24.2 y se estableció un sistema de control de la constitucionalidad de las normas, por lo que mantener los mismos argumentos expresados en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1974 en torno al art. 483 del anterior Código penal avocaba irremediabilmente a la inconstitucionalidad del mencionado precepto, por lesionar el derecho a la presunción de inocencia. Para evitar esta consecuencia a partir de la sentencia de 25 de junio de 1990 que enjuició el caso “El Nani”, el Tribunal Supremo modificó radicalmente sus argumentos al interpretar conforme a nuestra Constitución el art. 483 del Código penal de 1973, según el principio de la conservación de las disposiciones legales al que tantas veces ha hecho alusión el Tribunal Constitucional, en virtud del cual debe prevalecer la interpretación y la aplicación de las mismas de conformidad con la Constitución. De este modo el Tribunal Supremo afirmó la constitucionalidad de la norma al eliminar la sospecha y la inversión de la carga de la prueba cuando exigió que la acusación debía probar: a) la detención ilegal de la persona desaparecida; b) la ausencia de toda explicación razonable de la desaparición y c) la omisión de la puesta en libertad. Con tales exigencias se constataba *únicamente* que al detenido no se le puso en libertad y este hecho configuraba un tipo agravado de las detenciones ilegales que se fundamentaba en dos circunstancias que suponían un mayor desvalor de la acción y del resultado: por un lado, la desaparición de la persona que se encuentra bajo el dominio de quien la privó de su libertad, teniendo en cuenta que respecto de él adquirió una posición especial en el sentido de que a partir de ese momento responde también de no devolverle la libertad como debió hacer; y, por otro lado, la duración de la detención a la que se suma la circunstancia de desconocer cuánto va a durar la privación de libertad, puesto que el hecho probado afirma que no se conoce el paradero del detenido. Por otra parte, también se pronuncia el Tribunal Supremo en torno a la desproporcionalidad de la pena prevista en el delito de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima o sin acreditar haberla dejado en libertad, puesta de relieve por un sector doc-

trinal. El Tribunal Supremo afirma que “el principio de proporcionalidad no está explicitado en la Constitución aunque forma parte de la idea misma de justicia (art. 1.1 de la Constitución) que es, en definitiva, equilibrio, armonía y proporción y por ello ha de ser manejado con especial atención, exquisitez y rigor. La justicia es uno de los valores fundamentales del Ordenamiento Jurídico (véase el Preámbulo de la Constitución y el art. 1.1) y la proporcionalidad forma parte de ella, pero la facultad de establecer la correspondencia entre los hechos y las consecuencias jurídicas es tarea que corresponde al legislador que los jueces han de respetar en cuanto sometidos al imperio de la Ley (véase el art. 117.1 de la Constitución). Expresar si las penas del homicidio y la violación, por ejemplo, son coherentes y proporcionadas a los bienes jurídicos que respectivamente defienden, es función que corresponde al Poder Legislativo, es decir, a las Cortes Generales que ejercen la potestad legislativa del Estado (art. 66 de la Constitución). Los jueces han de limitar su importante cometido a aplicar las leyes, tras llevar a cabo su interpretación (art. 3.1 del Código Civil) y, en su caso a utilizar el art. 2.2 del Cp cuando estimen, entre otros supuestos, que la pena es notablemente excesiva sin perjuicio, naturalmente, de la función individualizadora de la sanción que corresponde a los jueces (véanse el art. 61 y siguientes del Cp). Pero es que aun desde este punto de vista, tampoco falta el equilibrio y la proporcionalidad. En efecto, la modalidad que contempla el art. 481.2 del mismo texto legal está sancionada con pena de hasta 17 años y 4 meses, y la conducta que se contempla en el art. 483 a que nos estamos refiriendo es notablemente más grave, atendidos los valores y bienes jurídicos comprometidos en él”. En suma, el caso “El Nani” marcó la evolución de la discusión en Derecho penal acerca de la consideración del art. 483 del anterior Código penal no como un delito de sospecha, sino dotado de un injusto propio de tal gravedad que justificaba el marco penal que el legislador le había asignado¹².

El Auto del Tribunal Constitucional de 28 de noviembre de 1990¹³ no admite el recurso de amparo presentado contra esta sentencia del Tribunal Supremo y confirma sus argumentos: “*El art. 483 CP permite, pues, un*

12 Diversos autores han puesto de relieve la importancia del caso “El Nani” en la reinterpretación doctrinal del delito de sospecha que se contenía en el art. 483 del Código penal de 1973: GARCÍA PÉREZ, ADPCP, p. 629; CAAMAÑO, *La garantía constitucional de la inocencia*, pp. 285 y 286; LANDROVE DÍAZ, *Detenciones ilegales y secuestros*, pp. 171 y ss.

Véase un análisis de este caso en RUEDA MARTÍN, “Caso “El Nani””, *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, Sánchez-Ostiz Gutiérrez coord., Editorial La Ley, Madrid, 2011, pp. 391 y ss.

13 Véase el Auto del Tribunal Constitucional n.º 421/1990, de 28 de noviembre.

entendimiento compatible con la exigencia constitucional de la presunción de inocencia y de la necesidad de prueba de la culpabilidad. En esta interpretación, la no puesta en libertad del detenido ha de ser probada por la acusación, aun si permaneciese silente el acusado, y el descargo que ofrece el imputado es meramente facultativo, sin que sus explicaciones puedan integrar el tipo penal. La desaparición de una persona consiste en su no devolución al lugar ordinario de residencia o al lugar en donde fue detenido, y el acusador deberá demostrar que el detenido no ha sido vuelto a ver por sus lugares habituales y que ha puesto en marcha un infructuoso mecanismo de búsqueda, aunque la dificultad probatoria consiguiente a la probanza de hechos negativos incluya la posibilidad de prueba indiciaria relativa a la no presencia del detenido en sus lugares habituales o en aquellos en que los imputados dicen que puede hallarse el sujeto pasivo. *La desaparición existió y ha sido probada, y es esta desaparición la que se imputa al recurrente sin por ello haber lesionado su derecho constitucional a la presunción de inocencia*¹⁴.

Un cualificado sector doctrinal a raíz del caso “El Nani” propuso también diversas interpretaciones constitucionales del art. 483 del Código penal de 1973 con base en distintos argumentos expuestos por la jurisprudencia, pero cuyas notas comunes también fueron dotar al citado precepto de un contenido de injusto que se alejaba de la sospecha de homicidio o asesinato que, según la doctrina mayoritaria, contenía. La nota en común de los argumentos esgrimidos por este sector doctrinal, más o menos coincidentes con los de la jurisprudencia sobre el caso “El Nani”, consiste en proporcionar un contenido de injusto al art. 483 que giraba en torno a la constatación de la existencia de una detención ilegal seguida de una desaparición forzada de la víctima, que se manifestaba cuando el reo no daba razón del paradero de la persona detenida o no acreditaba haberla dejado en libertad, y ello configuraba una modalidad más agravada de detención ilegal. Los motivos concretos que se expusieron para justificar la agravación del delito de detención ilegal con desaparición forzada de la víctima fueron de diversa índole. Por una parte, se

esgrimieron argumentos basados en que el reproche penal frente a estas conductas encontraba su raíz no solo en el ataque contra el bien jurídico libertad ambulatoria, sino en otros que son igualmente merecedores de protección penal. De este modo, *Bustos Ramírez* señaló que el delito de desaparición forzada de personas era un delito de peligro en el que frente al hecho material de la detención y desaparición es posible formular un juicio de probabilidad de puesta en peligro de considerable intensidad y amplitud, por abarcar a la persona humana en todas sus dimensiones si el delito lo comete un particular, y además por el compromiso del Estado si el delito lo realiza la autoridad. Por ello, en opinión de este autor no existe ningún reparo por la importancia de los bienes que afecta a que se castigue esta conducta con una pena tan grave como la del asesinato¹⁵. De manera similar, *Martín Pallín* fundamentó la elevada pena del delito tipificado en el art. 483 del anterior Código penal en la gravedad intrínseca del hecho de la desaparición, que constituye una ofensa a la dignidad humana y una grave violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los Pactos que la desarrollaron, de modo que están en juego no solo la vida, sino la libertad, la integridad física y psíquica, la identidad personal y la personalidad jurídica del ser humano, y ello justifica y exige una respuesta firme y una grave sanción por parte del ordenamiento jurídico. En opinión de este autor, existe un plus de antijuridicidad que justifica la mayor entidad de la sanción punitiva, porque en este delito existe un dolo específico que va más allá de la privación inicial de libertad al sujeto pasivo y busca producir la incertidumbre sobre la suerte corrida por el detenido provocando su más absoluta inseguridad¹⁶. Finalmente, *Muñagorri Lagúa* se insertó en esta clase de argumentos cuando concluyó que el delito de detención ilegal con desaparición forzosa de la víctima, merecía una agravación de la pena por su carácter pluriofensivo con base en la protección conjunta de los bienes jurídicos libertad y seguridad¹⁷.

Todos estos argumentos que justificaban la agravación de la pena del delito de detención ilegal con de-

14 Cursivas añadidas. En este Auto el Tribunal Constitucional en relación con el control de la constitucionalidad de la norma opta por conservar la ley y pasa a controlar las interpretaciones judiciales de la misma mediante el amparo constitucional. Véase CAAMAÑO, *La garantía constitucional de la inocencia*, p. 295.

15 Véase BUSTOS RAMÍREZ, “El delito de desaparecimiento forzado de personas como crimen contra la humanidad y las medidas internacionales preventivas”, *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, p. 450, 451 y 452.

16 Véase MARTÍN PALLÍN, “Desaparición forzada de personas: de la sospecha al reproche penal”, *Actualidad penal*, nº 19, 1989, p. 1003.

17 Véase MUÑAGORRI LAGUÍA, “La “construcción” del delito de detención ilegal con desaparición forzada. La jurisprudencia constitucional y el artículo 483 del Código penal”, *Poder Judicial*, nº 27, 1992, pp. 139 y 140.

saparición forzada de la víctima por el ataque contra el bien jurídico libertad ambulatoria y por otros que son igualmente merecedores de protección penal, fueron rechazados por *Diez Ripollés* porque, a su juicio, continuaban partiendo de una indebida presunción de muerte, dado que la protección de la vida seguía siendo el bien jurídico protegido, por más que denominado de otra manera o, mejor aún, integrado en otro más amplio¹⁸. Sin embargo, resulta difícil compartir esta crítica contra los argumentos expuestos. Podríamos pensar, en efecto, que la vida podría ser uno de los bienes jurídicos a proteger, aunque si atendemos al fin de protección de la norma del indicado delito no sería el exclusivo ni tampoco el más importante, al recaer el reproche penal en una privación de libertad —prolongada en el tiempo—, que implica un desconocimiento del paradero de la víctima con unas consecuencias jurídicas sobre su existencia, identidad y relaciones. Dicho desconocimiento no supone necesariamente que la agravación de este tipo de detenciones ilegales o secuestros gire en torno al fallecimiento de la persona a la que se le ha privado de libertad. Desde mi punto de vista, el legislador establece una clara conexión entre las conductas de detenciones ilegales o secuestros cuyos autores no ofrecen información del paradero de la víctima, y la lesión del bien jurídico libertad ambulatoria que efectivamente se produce con un encierro o una detención.

Pero, adicionalmente, el legislador también considera que con tales conductas surge un peligro abstracto sobre determinados bienes jurídicos como, entre otros, la vida, la integridad física o psíquica, el honor, la libertad sexual, etc., aunque no se desvalora una sospecha sobre la muerte o lesiones de la persona detenida y desaparecida. Lo que se pone en peligro, en suma, es su existencia total, su persona, su dignidad como ser humano, como pusieron de relieve *Bustos Ramírez, Martín Pallín y Muñagorri Lagúa*¹⁹.

Por otra parte, otros argumentos esgrimidos para fundamentar la constitucionalidad del art. 483 del anterior Código penal no justificaban la agravación de la pena en el delito de detención ilegal con desaparición forzada de la víctima en una sospecha sobre la muerte del detenido, sino en una posición análoga a la de garante que adquiere el sujeto activo cuando priva de libertad ilegalmente al sujeto pasivo, que permite hacerle responder mucho más gravemente por el “simple” hecho de no devolver dicha libertad, como manifestaron *Cobo del Rosal/Carbonell*²⁰. En relación con la redacción original del art. 166 del Código penal de 1995 se han mantenido también estos argumentos sobre todo por parte de la jurisprudencia y de un cualificado sector doctrinal²¹. Las principales objeciones contra esta tesis con-

18 Véase DIEZ RIPOLLÉS, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, p. 363.

19 Resalta actualmente la existencia de este peligro en esta conducta delictiva GRAMMER, *Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person. Transposition einer völkerrechtlichen Figur ins Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, p. 103.

20 Véanse COBO DEL ROSAL/CARBONELL, *Derecho penal, Parte Especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 746.

21 Véanse SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 85 y 86; COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, *Comentarios al Código penal, Tomo 2, arts. 109 al 204*, Conde-Pumpido Tourón Dir./López Barja de Quiroga Coord., Bosch, Barcelona, 2007, p. 1188.

En la STC n.º 155/2002, de 22 de julio, se establece que “en efecto, ambos recurrentes estaban, como destaca la Sentencia del Tribunal Supremo, no solamente en una posición de garante de la que nacían deberes especialmente fuertes en cuanto a la indemnidad de los detenidos; sino que, en razón de sus respectivos cargos tenían el dominio total de la situación, de modo que podían disponer del destino de las personas detenidas que luego fueron asesinadas. A partir de tales circunstancias, ni consta la puesta en libertad ni se da ninguna explicación alternativa que rompa la continuidad temporal entre la detención y la muerte. Esa ausencia de explicación resulta especialmente significativa, pues implica a la vez que la ausencia de toda versión exculpatoria, el incumplimiento de una obligación gravemente sancionada tanto por el Código Penal vigente al tiempo de los hechos (art. 483) como por el actual (art. 166). La falta de cumplimiento de esa obligación respecto a un detenido determinó que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Tomasi contra Francia, Sentencia de 27 de agosto de 1992) entendiera cometidas las lesiones de dicho detenido durante la detención. Y, asimismo, esa falta de explicación es considerada como uno de los datos que, unidos a otros elementos de prueba, permiten presumir la muerte de una persona durante la detención (caso Timurtas contra Turquía, Sentencia de 13 de junio de 2000, ap. 82; caso Akdeniz y otros contra Turquía, Sentencia de 31 de mayo de 2001, ap. 85; caso Orhan contra Turquía, Sentencia 18 de junio de 2002, ap. 14). A lo que ha de añadirse que nuestra jurisprudencia, con expresa invocación de la doctrina sentada por la STEDH de 8 de febrero de 1996, caso Murray contra Reino Unido, ha efectuado diversas afirmaciones acerca de la ausencia de explicaciones por parte de los imputados. En la STC 220/1998, de 16 de noviembre F. 6, dijimos que “so pena de asumir un riesgo de inversión de la carga de la prueba, la futilidad del relato alternativo que sostiene el acusado y que supone su inocencia, puede servir acaso para corroborar su culpabilidad, pero no para sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes”; y, asimismo, en la STC 202/2000, de 24 de julio, F. 5, precisamente en un supuesto de existencia de unos indicios previos, afirmamos que “según es notorio, en circunstancias muy singulares, ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese

cluyeron que además de no eliminarse la presunción de muerte, se le sumaba la presunción de una continuación de la privación de libertad o de una privación de libertad indefinida²². A mi juicio, la alusión a una posición análoga a la de garante que adquiere el sujeto activo cuando priva de libertad ilegalmente al sujeto pasivo, no puede explicar por sí misma el fundamento de la agravación de la pena. El señalamiento de esta posición análoga a la de garante no responde a la pregunta relativa al motivo en virtud del cual debe aplicarse una pena superior a aquel sujeto que priva de libertad a otro cuando no puede responder de su paradero²³. Subrayar la existencia de esa posición análoga a la de garante definida a través de un actuar precedente peligroso (injerencia) centrado en un hecho ilícito previo, la detención ilegal o el secuestro, no responde satisfactoriamente a la pregunta planteada porque, por un lado, no se explica abiertamente la razón por la que se le aplica una pena superior a la del correspondiente delito de detenciones ilegales y secuestros que se prolongan más de quince días²⁴. ¿Se le agrava la pena porque al actuar ilícitamente mediante un encierro o detención no fue garante, por ejemplo, de su vida? Si admitimos esta respuesta se introduce claramente una sospecha de homicidio o asesinato que resulta rechazable. Por otro lado, atender a la existencia de una posición análoga a la de garante definida a través de un actuar precedente peligroso (injerencia) para fundamentar la agravación de la pena en aquellos supuestos en los que tras una detención o secuestro se desconoce el paradero de la víctima no convence, porque se alude únicamente a una situación que vincula un determinado comportamiento —el encierro

o detención— con un concreto bien jurídico lesionado, la libertad ambulatoria, pero que no añade a lo injusto ningún desvalor autónomo y no puede hacerlo porque dicha situación es previa y anterior al desconocimiento del paradero de la víctima por unas circunstancias concretas y específicas.

Por último, se volcaron un tercer tipo de argumentos para rechazar la presunción de muerte de la persona detenida basado en considerar la agravación del delito de detención ilegal con desaparición forzada de la víctima en un conjunto de circunstancias que la han propiciado. De este modo *Gimbernat Ordeig* argumentó a favor de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que resolvió en primera instancia el caso “El Nani”, indicando que de los hechos probados se deduce inequívocamente no sólo que los condenados detuvieron ilegalmente al Nani, sino que además son responsables de las circunstancias que han originado su desaparición, simulando una huida que está demostrado que no tuvo lugar y trasladándole a un lugar que se niegan a revelar, por lo cual, a juicio de este autor, la Audiencia imputa unos hechos demostrados y constitutivos de una gravísima modalidad de detención ilegal²⁵. En relación con estos argumentos, *Díez Ripollés* puso de relieve que se viola el principio de legalidad al introducir en el art. 483 del Código penal anterior un resultado de desaparición que no se exige y que no puede constituir el resultado material de un tipo penal. A juicio de este autor, la desaparición supone el “desconocimiento del lugar donde se encuentra algo o alguien al no hallarse en su ámbito espacial habitual o previsto; en este caso no es más que ignorancia sobre lo que ha sucedido con ese objeto material del delito, con

motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria”, lo que se aplica exactamente al caso que estamos analizando. Además, hemos de señalar que aquí no estamos ante una muerte que haya que presumir sino ante un asesinato probado cuya desconexión respecto de la detención habrían debido explicar, en tanto les fuera posible, quienes tenían el dominio sobre la misma y la responsabilidad sobre la vida e integridad física del detenido. No nos hallamos, pues, ante un delito de sospecha, de la índole de los contemplados en el art. 483 del Código Penal anterior que contenía, sin más datos que la detención de particulares, la falta de explicación y la ignorancia acerca del paradero del detenido, una presunción de muerte de dudosa constitucionalidad (ATC 419/1990, de 28 de noviembre). En el presente caso hay una actuación organizada de Autoridades y Agentes de la Autoridad y una secuencia no interrumpida que conduce al asesinato de los detenidos. Las circunstancias en que se producen la detención y la muerte hacen muy difícil, si no imposible, hallar una alternativa razonable a la autoría de los señores R. G. y E. G. En cualquier caso, no se ha ofrecido ninguna. Y, por otra parte, como hemos repetido en multitud de ocasiones, “el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo” (STC 220/1998, ya citada, F. 3 in fine)”.
22 Véanse DÍEZ RIPOLLÉS, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, p. 363; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, p. 292.

23 En contra de estas tesis también QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código penal, Tomo II, Parte Especial (Artículos 1 a 233)*, Quintero Olivares Dir., 6ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 1028; GÓRRIZ ROYO, “Presunción de inocencia y delitos de sospecha: ¿otra vuelta de tuerca al delito del art. 166 CP en la reforma penal de 2013?”, p. 218.

24 Véase al respecto GÓRRIZ ROYO, “Presunción de inocencia y delitos de sospecha: ¿otra vuelta de tuerca al delito del art. 166 CP en la reforma penal de 2013?”, p. 218.

25 Véase GIMBERNAT ORDEIG, “El delito de detención ilegal con desaparición forzada”, *Estudios de Derecho penal*, Tecnos, 1990, pp. 104 y 105.

la persona detenida. Pero tal ignorancia, que refleja las limitaciones de la Administración de justicia en el esclarecimiento de los delitos, no reúne las cualidades propias de un resultado material²⁶. Tiene razón *Díez Ripollés* cuando señala que la desaparición física de la persona detenida en el transcurso de una detención no constituye un resultado material en el delito que tratamos, porque el tipo penal ni lo exigía ni lo exige en los arts. 483 del anterior Código penal y 166 del vigente Código penal. Pero en todo caso el hecho de que el autor de dicha detención no dé razón del paradero de la víctima —o el hecho de que no se pudiera acreditar que la dejó en libertad— genera un estatus de desaparición física de la víctima que tiene unos efectos independientes del atentado contra su libertad ambulatoria, sin que quepa atribuirle a dicho estatus la condición de resultado material que reviste la manifestación concreta de la lesión del bien jurídico libertad ambulatoria. El estatus de desaparición física de la víctima se produce realmente y se debe poner en relación con una conducta de detención ilegal o secuestro que lesiona el bien jurídico libertad ambulatoria, porque tanto en el art. 483 del Código penal de 1973 como en el art. 166 del Código penal de 1995 —incluyendo sus dos redacciones—, la desaparición se vincula muy estrechamente con conductas que consisten en un encierro o una detención²⁷. Y dicha desaparición, como se ha indicado, tiene unos efectos independientes respecto del atentado contra la libertad ambulatoria o contra otros bienes jurí-

dicos. Como afirma *Muñoz Conde* el hecho en sí de la “desaparición” debe ser objeto de especial agravación de la detención ilegal²⁸. La pregunta que se plantea es qué papel desempeña la desaparición de la persona detenida en el delito que estamos estudiando, y que se abordará más adelante.

2. Análisis y conclusiones en torno a la consideración del art. 166 del Código penal de 1995 como un delito de sospecha

Un importante y mayoritario sector doctrinal ha estimado que el delito de detención ilegal o secuestro con desaparición forzada de la víctima contemplado en el art. 166 del Código penal de 1995 era un delito de sospecha²⁹. Recordemos que este delito se tipificaba antes de la reforma operada por la LO 1/2015 del siguiente modo: “*el reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado, según los casos, con las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores de este capítulo, salvo que la haya dejado en libertad*”. El tenor literal del mencionado art. 166 presentaba una diferencia muy importante respecto del art. 483 del Código penal de 1973, porque a través de la expresión “*salvo que la haya dejado en libertad*” parecía que la carga de la prueba de la no puesta en libertad del detenido ilegalmente incumbía a la acusación³⁰, y no a la

26 Véanse DÍEZ RIPOLLÉS, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, p. 363; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, p. 293.

27 GRAMMER, *Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person*, p. 21 también señala que las diversas tipificaciones del delito de desaparición forzada de la víctima se vinculan a una privación de libertad grave.

28 Véase MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 p. 167: “como el presumible homicidio o asesinato que puede haberse dado no puede ser probado, se hace preciso formular un tipo de detenciones ilegales cualificadas por “no dar razón del paradero de la persona detenida”, haciendo recaer el centro de gravedad de la cualificación en un hecho en sí tan grave o más que el de la detención que es el de la “desaparición” misma. Se trata, pues, de un caso de “desaparición forzada de personas” que constituye incluso un ataque más grave que el simple homicidio. En principio, pues, no se trata de penalizar la prolongación más o menos indefinida de una detención o un secuestro, para lo que ya existen otras cualificaciones, sino la “desaparición” del detenido, sin dar razón de su paradero ni haberlo dejado en libertad. Por tanto, si en el juicio se prueba además que el desaparecido fue asesinado habrá el correspondiente concurso de delitos. Naturalmente, la aplicación del art. 166 tiene un límite, si antes de que se celebre el juicio contra un secuestrador en base a este precepto el “desaparecido” aparece, porque, por ejemplo, consigue escapar del lugar donde lo tienen secuestrado otros secuestradores, o la policía consigue dar con él; son hipótesis que dificultan, sin duda, la aplicación de este precepto, pero que, en principio, no deben ser un obstáculo para su previsión expresa, por cuanto, en todo caso, el hecho en sí de la “desaparición” debe ser objeto de especial agravación de la detención ilegal”.

29 Véanse los autores citados en la nota 7.

30 Véanse en este sentido, por ejemplo, la SAN n.º 72/2007 de 13 de diciembre de 2007; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, Parte Especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2008, pp. 204 y 205, LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, p. 102 Y BLANCO CORDERO, *Comentarios al Código penal*, Gómez Tomillo Dir., Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 650 indican que la desaparición del detenido por el sujeto activo ha de ser probado por la acusación y no por la defensa. BAJO FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, Volumen II, Editorial Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 52 señala que con esta expresión el legislador penal pretende invertir la carga de la prueba. Estima, no obstante, que del tenor literal del art. 166 del Código penal no se deduce que la acusación tenga que probar la no puesta en libertad del detenido QUINTANAR DÍEZ, *Comentarios al Código penal, Tomo VI*, Edersa, Madrid, 1999, p. 59. DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios*, pp. 756 y 757 y

defensa del acusado que es lo que se infería del aludido art. 483. *Díez Ripollés* concluye que, en efecto, en este delito se presume cuando menos, la persistencia de la detención hasta el momento de dictar sentencia, y, en buena medida, la muerte del detenido. A juicio de *Díez Ripollés*, con la vieja redacción el núcleo del precepto residía en que el sujeto activo de la detención no daba razón del paradero de la persona detenida ni acreditaba haberla dejado en libertad. Con el Código penal de 1995 se mantiene una de las omisiones del autor, la de no dar razón del paradero del detenido, y se pretende sustituir la otra por la prueba, llevada a cabo por la acusación, de que el sujeto activo no ha liberado a la víctima. Sin embargo, continúa el mencionado autor, un análisis más profundo de esta exigencia conduce a una interpretación del art. 166 del Código penal de 1995 equivalente a la del art. 483 del Código penal de 1973, porque cualquier modo de probar por parte de la acusación que el sujeto activo no ha liberado a la persona detenida, implica la no apreciación del art. 166. Por una parte, expone que la acusación puede demostrar que el sujeto activo, por sí o por otros, sigue manteniendo detenida a la víctima, de modo que se conoce “qué le acontece, en qué condiciones se encuentra; además es irrelevante que el paradero lo acredite el captor, o bien un tercero o la propia policía judicial”. En tal hipótesis no puede apreciarse el art. 166 sino el art. 163 del Código penal, por lo general en su número tercero. Por otra parte, indica *Díez Ripollés* que la acusación puede demostrar que otras personas le han arrebatado al captor el detenido, sin darle oportunidad de liberarlo, por lo que tampoco podrá apreciarse el art. 166 sino el art. 163 del Código penal. En tercer lugar, apunta que la acusación puede probar que la víctima, por sí misma o a través de un tercero, ha obtenido la liberación, por lo que no existen motivos para aplicar el art. 166 del Código penal, aunque el captor no conozca el paradero de la víctima. Por último, explica que la acusación podrá probar que el captor no ha liberado a la víctima por-

que le ha producido la muerte, en cuyo caso tampoco cabe la aplicación del art. 166 del Código penal, sino un concurso de delitos entre el homicidio o asesinato y el delito de detención ilegal recogido en el art. 163 con las agravaciones que correspondieran. Concluye *Díez Ripollés* con una interesante reflexión: “queda la prueba de que la víctima ha desaparecido, pero ni es esto lo que el precepto exige que pruebe la acusación, ni la desaparición reúne las cualidades necesarias para ser objeto de una prueba sobre la concurrencia o no de un hecho: Simplemente significa el desconocimiento del lugar donde se encuentra algo o alguien al no hallarse en su espacio habitual o previsto; en este caso no es más que la ignorancia sobre lo que ha sucedido con el objeto material del delito, con la persona detenida. Pero tal ignorancia lo único que refleja es las limitaciones de la Administración de justicia en el esclarecimiento de los delitos”. Si el acusado no prueba, entonces, que ha dejado en libertad a la persona detenida ni da razón de su paradero, cometerá el delito tipificado en el art. 166 y ello hace que sigamos estando ante un delito de sospecha³¹.

No podemos compartir estas apreciaciones de *Díez Ripollés* porque, en primer lugar, la acusación debe probar que el sujeto activo ha privado de libertad a una persona y sobre este punto no puede haber presunción alguna³². Seguidamente, si se ha probado tal privación de libertad surge la pregunta por el paradero de la persona detenida sobre todo si la detención tiene una duración muy prolongada en el tiempo, por lo que la acusación debe probar que a raíz de la detención se ha producido la desaparición de la víctima, es decir, que desde el momento en el que se ha producido la detención o encierro de la víctima se desconoce el lugar donde se encuentra. En este sentido no se puede afirmar que se presume la persistencia de la detención hasta el momento de dictar sentencia, porque se ha probado la privación de libertad y el desconocimiento del lugar donde se encuentra la persona detenida tras dicha detención. Debemos tener

LANDROVE DÍAZ, *Detenciones ilegales*, p. 185 concluyen asimismo que la única forma razonable de entender dicha fórmula es considerar que compete a la defensa, esto es, al acusado, probar que ha dejado en libertad a la persona detenida. GÓRRIZ ROYO, “Presunción de inocencia y delitos de sospecha: ¿otra vuelta de tuerca al delito del art. 166 CP en la reforma penal de 2013?”, p. 211 considera que el legislador penal de 1995 introdujo en el art. 166 una cláusula para el *descargo* del acusado y atemperó una presunción *iuris tantum* que, sin embargo, ha seguido latente durante estos años.

31 Véase DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, pp. 756 y 757. Véanse también las consideraciones similares planteadas por DEL ROSAL BLASCO, *Sistema de Derecho penal español, Parte Especial*, pp. 149 y 150. GÓRRIZ ROYO, “Presunción de inocencia y delitos de sospecha: ¿otra vuelta de tuerca al delito del art. 166 CP en la reforma penal de 2013?”, p. 209 también indica que objetivo común de las presunciones propias de los delitos de sospecha es el encubrir las dificultades —e incluso la imposibilidad— de prueba de la culpabilidad del sujeto, que surgen en la investigación o en el propio proceso penal; la misma, *ob. cit.*, p. 213.

32 Véase SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, p. 86.

presente que la agravación contemplada en la redacción original del art. 166 del Código penal de 1995 está vinculada de forma expresa a la agravación recogida en el art. 163.3, cuando la detención ilegal (o el secuestro) dura más de quince días³³. Así lo ha entendido también nuestra jurisprudencia como, por ejemplo, la siguiente sentencia de la Audiencia Nacional nº 72/2007, de 13 de diciembre: “Si bien en el Código penal anterior el núcleo del precepto invocado residía en que el sujeto activo del delito no daba razón del paradero de la persona detenida ni acreditaba haberla dejado en libertad, la nueva formulación legal mantiene una de las omisiones del autor (no dar razón del paradero) y se pretende sustituir la otra por la prueba de la acusación de que el sujeto activo no ha liberado a la víctima. La nueva configuración como modalidad agravada de los delitos de detención ilegal y secuestro supone una desvinculación del resultado de la muerte, que naturalmente, de verse confirmada supondría la aplicación de la normativa concursal. Por ello, se refuerza así la idea de que no estamos en presencia de un delito de sospecha, sino que la agravación se fundamenta en un mayor contenido del injusto por la mayor duración de la detención ilegal o del secuestro”³⁴.

Si la acusación demuestra que el sujeto activo, por sí o por otros, sigue manteniendo detenida a la víctima, de modo que se conoce “qué le acontece, en qué condiciones se encuentra”, siendo “irrelevante que el paradero lo acredite el captor, o bien un tercero o la propia policía judicial”, evidentemente, a dicho sujeto activo se le castigará por el correspondiente tipo de detenciones ilegales o secuestros del art. 163 del Código penal. Pero si la acusación demuestra que se ha producido la detención o el secuestro de la víctima, y tras ello se desconoce el lugar donde se encuentra la persona detenida, se habrá cometido el delito contemplado

en el art. 166 del mismo texto legal. Si la acusación o la defensa pueden demostrar que otras personas le han arrebatado al captor el detenido, sin darle oportunidad de liberarlo, tampoco podrá apreciarse el art. 166 sino el art. 163 del Código penal, sin perjuicio de que los segundos captores puedan entonces ser castigados por el delito de detención ilegal con desaparición forzada de la víctima, si posteriormente no pueden dar razón del paradero de la persona detenida. Por otro lado, si la acusación o la defensa prueban que la víctima, por sí misma o a través de un tercero, ha obtenido la liberación, es cierto que no existen motivos para aplicar el art. 166 del Código penal, aunque el captor no conozca el paradero de la víctima, pero estos argumentos no deben ser un obstáculo para la tipificación expresa de un delito de detención ilegal o secuestro con desaparición forzada de la víctima³⁵. Finalmente, si la acusación prueba que el captor no ha liberado a la víctima porque le ha producido la muerte en el transcurso de un encierro o detención prolongado, cabe aplicar un concurso de delitos entre el homicidio o asesinato y el delito de detención ilegal con desaparición forzada de la víctima recogido en el art. 166 del Código penal, porque tras la privación de libertad se ha producido una desaparición física de la persona detenida, configurada por el hecho de que el autor de la detención no ha dado razón del paradero de la víctima, lo que ha conllevado una serie de consecuencias jurídicas sobre su existencia, identidad y relaciones. Si se demuestra que el autor de la detención o el encierro ha matado a la víctima en el transcurso de dicha detención o encierro y no proporciona información sobre su paradero, deben entrar en concurso dos delitos y no se vulnera ningún *bis in idem*, porque en los arts. 138 o 139 del Código penal se desvalora la producción de muerte de una persona y en el art. 166 se desvalora la producción de una detención ilegal o

33 Véanse DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios*, p. 755; QUERALT JIMÉNEZ, *Parte Especial*, 6ª ed., p. 204; LANDROVE DÍAZ, *Detenciones ilegales*, p. 186. DEL ROSAL BLASCO, *Sistema de Derecho penal español, Parte Especial*, p. 159. PRATS CANUT, *Comentarios al Código penal, Tomo II, Parte Especial (Artículos 138 a 318)*, Quintero Olivares Dir., 5ª ed., Aranzadi, 2008, p. 226 señalaba que nada impide que el art. 166 del Código penal se aplique a un supuesto de privación de libertad inferior a quince días. Sin embargo, si tras una detención se desconoce el paradero de la víctima, la privación de libertad excederá siempre de los quince días.

34 Véase asimismo el Auto de 18 de noviembre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de Madrid: “La doctrina respecto de la aplicación del artículo 483 del Código Penal (hoy, artículo 166) dice que “no supone una condena por un (inconstitucional) delito de sospecha de asesinato, sino una probada gravísima modalidad de detención ilegal” (E. GIMBERNAT ORDEIG, *El delito de detención ilegal con desaparición forzada*. 1990). Y que la cuestión está en poner el centro de valoración de la conducta no en la presunción del asesinato sino en la gravedad de la desaparición en la que está en juego no sólo la vida sino la libertad, la integridad física y psíquica, la identidad personal y la personalidad jurídica del ser humano, lo que justifica y reclama una respuesta firme y una grave sanción por el ordenamiento jurídico. “(...) se puede llegar a apreciar en los delitos de desaparición forzada de personas una trayectoria finalista y un dolo específico que va más allá de la privación inicial de libertad al sujeto pasivo y busca producir la incertidumbre sobre la suerte corrida por el detenido, provocando su más absoluta inseguridad. Hay, por tanto, un plus de antijuridicidad que justifica la mayor entidad de la sanción punitiva” (J.A. Pallín: *Desaparición forzada de personas: de la sospecha al reproche penal*. Actualidad Penal 19. 1989) (22)”.

35 Véase MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 19ª ed., p. 167.

un secuestro junto con una desaparición de la víctima como consecuencia de la mencionada privación de libertad³⁶. En suma, la desaparición de una persona y sus consecuencias jurídicas sobre su existencia, identidad y relaciones es lo que añade lesividad a la privación de libertad y fundamenta el incremento de pena previsto en el art. 166 del Código penal respecto de las anteriores privaciones de libertad tipificadas como delito³⁷, de manera que la acusación debe probar la detención ilegal y la desaparición del detenido sin necesidad de que la defensa tenga que desvirtuar una presunción de muerte del detenido³⁸. Por este motivo no podemos plantearnos la posible subsunción en el art. 166 del Código penal de 1995 del supuesto expuesto por *García Pérez*, consistente en un sujeto que sale al mar en una embarcación con otra persona y regresa solo sin dar razón del paradero de su acompañante³⁹. Si dicha desaparición no se vincula con una privación de libertad realizada en contra de la voluntad de la persona detenida, es imposible subsumir dicho caso en el precepto apuntado. La desaparición no se configura como un resultado propio y autónomo sino vinculado a una previa privación de libertad. De nuevo debemos resaltar la tesis expresada anteriormente: el estatus de desaparición física de la víctima se debe poner en relación con una conducta de detención ilegal o secuestro que lesiona el bien jurí-

dico libertad ambulatoria, pero que tiene unos efectos independientes respecto del atentado a la libertad ambulatoria y del atentado contra la vida si lo ha habido.

Por otra parte, conviene poner de manifiesto que la protección penal de la libertad ambulatoria se ha llevado a cabo en nuestros Códigos penales en función de la incidencia de un comportamiento de encierro o detención en la privación de libertad y, por lo tanto, en la lesión del bien jurídico libertad ambulatoria. A esta conclusión llegamos si analizamos el fundamento de las agravaciones y atenuaciones previstas en el delito de detenciones ilegales, tanto en el anterior Código penal como más claramente en el Código penal de 1995. En efecto, se establece una graduación del contenido de lo injusto de las detenciones ilegales o secuestros según la menor o mayor duración en el encierro o detención al incrementarse o disminuirse el menoscabo al bien jurídico protegido en la fase del agotamiento del delito, en la medida en que o bien no se continúa o bien se continúa con la realización de un delito ya consumado⁴⁰. En relación con el fundamento de la agravación de una detención ilegal prevista en el art. 163.3 del vigente Código penal, un sector doctrinal estima, con razón, que responde a un mayor contenido de injusto derivado de la continuidad de la acción y resultados típicos más allá de cierto periodo de tiempo⁴¹. Dicho fundamento lo

36 GÓRRIZ ROYO, "Detenciones ilegales y secuestros sin dar razón del paradero de la persona detenida (art. 166 CP) y practicados por autoridad o funcionario público (art. 167 CP)", p. 529 indica que "de una interpretación puramente formal del art. 166 CO, este delito incluso podría seguir aplicándose en concurso con el de asesinato u homicidio, si el autor, en ningún caso dio a conocer el paradero de la víctima que, por ejemplo, había secuestrado y, posteriormente, es hallada muerta. Lo anterior puede matizarse apuntando que, obviamente, el respeto a principios como el de culpabilidad y presunción de inocencia, habrá de conducir a probar, en todo caso, si la muerte fue cometida por dolo o imprudencia, pues en los supuestos en que se compruebe su comisión, por ejemplo, por un caso fortuito, ninguna responsabilidad penal cabría imputar a título de *homicidio o asesinato*. Mas, los casos realmente conflictivos serán aquellos en que la muerte dolosa de la víctima se produce para ocultar una previa detención ilegal o secuestro de la misma. Resultaría inadmisibles por desproporcionado que si, en este supuesto, el autor hubiese sido requerido para dar a conocer el paradero de la víctima y no lo hubiera confesado, pudiera aplicarse un concurso de infracciones entre el art. 166.1 CP y el delito de asesinato del art. 139.1.4 CP. Pero es que además aquella solución podría vulnerar el principio *ne bis in idem* pues, como se ha tratado de demostrar, la sospecha de la comisión de un asesinato u homicidio es la razón por la que se agrava de forma tan desmesurada la pena del art. 166.1 CP. Si, como parece, esta es la *ratio* de la pena de dicho delito, ello impediría su apreciación conjunta con la del efectivo delito de asesinato". Con la tesis sostenida en el texto, la objeción planteada no se sostiene, porque en tal supuesto se aplican dos preceptos que tienen una *ratio* diferente: por un lado, la producción de la muerte de una persona que se desvalora a través del correspondiente delito de homicidio o asesinato; y, por otro lado, la privación de libertad de la víctima y la consiguiente desaparición física de la víctima que se debe poner en relación con una conducta de detención ilegal o secuestro que lesiona el bien jurídico libertad ambulatoria, pero que tiene unos efectos independientes respecto del atentado a la libertad ambulatoria y del atentado contra la vida si lo ha habido. Ello permite fundamentar que no se vulnera el principio *ne bis in idem*.

37 Véase MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 19ª ed., p. 167.

38 Véanse LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, pp. 101 y 102; de forma similar QUERALT JIMÉNEZ, *Parte Especial*, 6ª ed., p. 205.

39 Véase GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, p. 293.

40 Véase MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 19ª ed., pp. 162 y 164.

41 Véase respecto del anterior Código penal Díez Ripollés, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, p. 357; respecto del vigente Código penal, el mismo, *Comentarios*, p. 751. De forma similar: LANDROVE DÍAZ, *Detenciones ilegales*, pp. 85 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código penal, Tomo II, Parte Especial (Artículos 1 a 233)*, Quintero Olivares Dir., 6ª ed., Aranzadi, Pamplona,

encontramos asimismo en la agravación prevista en el art. 166 del vigente Código penal⁴², aunque la agravación de la pena del art. 166 se explica, por una parte, en la intensificación de la lesión del bien jurídico que implica una privación de libertad de duración indefinida, junto con, por otra parte, la consiguiente desaparición forzada de la víctima, que se manifiesta cuando el reo no da razón del paradero de la persona detenida —o no acreditaba haberla dejado en libertad en relación con la regulación penal contemplada en el Código penal de 1973—, es decir, que la agravación de la pena recae tanto en la duración indefinida de la privación de libertad, como también en un factor tan grave como este: la desaparición de la persona detenida⁴³.

En opinión de determinados autores las agravaciones previstas en los delitos de detenciones ilegales y secuestros basadas en la duración de la privación de libertad deberían asumir otro límite cronológico distinto de los quince días establecido en el apartado 3º del art. 163 del Código penal de 1995, y proponen un incremento de la pena por detención pasadas las primeras setenta y dos horas, “*dado el enorme peligro que supone para la vida del detenido la permanencia en cautiverio*”⁴⁴. Si bien es cierto que plantear otros límites cronológicos resulta plenamente asumible desde un punto de vista político criminal, no lo es, sin embargo, la justificación apuntada porque supone dar entrada a la sombra de una sospecha de muerte de la persona detenida, si la privación de libertad se prolonga durante un determinado período de tiempo y el autor del encierro o detención no da razón del paradero de la víctima. Por el contrario, las agravaciones previstas en los arts. 163.3 y 166 del Código penal de 1995 se fundamentan en la incidencia del com-

portamiento de encierro o detención en la privación de libertad según su duración y, por lo tanto, en la lesión del bien jurídico libertad ambulatoria, aunque en el art. 166 un hecho adicional ocasiona la agravación de la pena: la desaparición forzada de la persona detenida.

A continuación abordaremos en el siguiente epígrafe una valoración sobre la reforma del art. 166 operada por la LO 1/2015, en relación con todas las cuestiones que se están analizando en torno al delito de detenciones ilegales y secuestros con desaparición de la persona detenida. Posteriormente, responderemos una pregunta pendiente: ¿qué papel desempeña la desaparición de la víctima en los arts. 483 del Código penal de 1973 y 166 del Código penal de 1995?

3. Valoración de la reforma del art. 166 del Código penal de 1995 operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo

La política criminal española se ha caracterizado en los últimos años por un sesgo cada vez más rigorista⁴⁵. Desde 1998 nuestro código penal ha sido objeto de 30 reformas y casi todas ellas, con carácter general, han dado lugar a la creación, ampliación o agravación de figuras delictivas o al endurecimiento de las penas. La reforma del delito de detención ilegal con desaparición forzada de la víctima contemplado en el art. 166 del Código penal, reúne las dos características indicadas. Por una parte, se han introducido unas nuevas agravaciones en el delito de detenciones ilegales o secuestro con desaparición forzada de la víctima; y, por otra parte, se ha constatado un endurecimiento de las penas. El nuevo art. 166 establece que: “1. *El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado con una pena de pri-*

2011, p. 1024; DEL ROSAL BLASCO, *Sistema de Derecho penal español, Parte Especial*, p. 156; LAMARCA PÉREZ, *Delitos y faltas*, p. 141; REBOLLO VARGAS, *Derecho penal español, Parte especial (I)*, Álvarez García (Dir.), Manjón-Cabeza/Ventura Püschel coords., 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 334, aunque se muestra crítico con la utilización de este fundamento de agravación por parte de nuestro legislador; BOLEA BARDÓN, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Corcoy Bidasolo/Mir Puig Dir., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 383; LLORIA GARCÍA, *Derecho penal, Parte Especial, Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales. (Adaptado a las reformas de 2010 del Código penal)*, Boix Reig Dir., Iustel, Madrid, 2010, p. 209.

42 A mero título de ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios*, p. 755 y DEL ROSAL BLASCO, *Sistema de Derecho penal español, Parte Especial*, p. 157 ponen de relieve la estrecha vinculación que existe entre el fundamento de las agravaciones contempladas en los arts. 163.3 y 166 del Código penal de 1995.

43 Véanse REBOLLO VARGAS, *Derecho penal español, Parte especial (I)*, Álvarez García Dir., Manjón-Cabeza/Ventura Püschel coords., 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 339; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código penal, Tomo II, Parte Especial (Artículos 1 a 233)*, Quintero Olivares Dir., 6ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 1029; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, p. 86; COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, *Comentarios al Código penal, Tomo 2, arts. 109 al 204*, p. 1188.

44 Véase QUERALT JIMÉNEZ, *Parte Especial*, 6ª ed., p. 199.

45 Véase DÍEZ RIPOLLÉS, “Sucintas observaciones sobre algunas decisiones del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012”, *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Álvarez García Dir./Dopico Gómez-Aller Coord., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 49.

sión de diez a quince años, en el caso de la detención ilegal, y de quince a veinte años en el de secuestro. 2. El hecho será castigado con una pena de quince a veinte años de prisión, en el caso de detención ilegal, y de veinte a veinticinco años de prisión, en el de secuestro, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección. b) Que el autor hubiera llevado a cabo la detención ilegal o secuestro con la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad”. Seguidamente analizaremos tanto el endurecimiento de la pena del delito de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima como las agravaciones introducidas que proceden de la última reforma llevada a cabo sobre nuestro texto punitivo.

En la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal se apunta literalmente que en relación con el art. 166 “se revisa la pena con la que se castiga el delito de detención ilegal o secuestro con desaparición, con la finalidad de garantizar, en estos casos de extraordinaria gravedad, una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad por el hecho”. La pregunta que se plantea es si era necesario un endurecimiento de las penas y además una agravación de las mismas para garantizar una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad. Desde luego, resulta muy dudosa esta necesidad, porque una detención ilegal con desaparición forzada de la víctima con la redacción original del art. 166 del Código penal conllevaba una pena de prisión de ocho años y un día a doce años; y un secuestro con desaparición forzada de la víctima conllevaba una pena de prisión de quince años y un día a veintidós años y seis meses. Sin embargo, con la reforma proyectada se impondrá una pena de prisión de diez a quince años, en el caso de

una detención ilegal, y de quince a veinte años en el de secuestro cuando el reo no dé razón del paradero de la persona detenida. Las nuevas penas son las que se contemplan para el delito de homicidio (art. 138) y de asesinato (art. 139) respectivamente, aunque en relación con el delito de secuestro sin dar razón del paradero de la víctima la pena se ha atenuado. Una consecuencia nada deseable del endurecimiento de la pena en el delito de detención ilegal con desaparición forzada de la víctima es que se ponen otra vez en primer plano las dudas sobre la sospecha que alberga el aludido artículo 166 del Código penal en torno a la muerte de la persona detenida por parte de quien la ha detenido o encerrado⁴⁶ por tres motivos. En primer lugar, porque las nuevas penas coinciden exactamente con las penas previstas para el homicidio y el asesinato. En segundo lugar, también porque desaparece la vinculación expresa de la pena del art. 166 a las agravaciones recogidas en el art. 163.3 cuando la detención ilegal (o el secuestro) se prolonga más de quince días. Incluso dichas penas se incrementan de quince a veinte años de prisión, en el caso de detención ilegal, y de veinte a veinticinco años de prisión, en el de secuestro, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección. b) Que el autor hubiera llevado a cabo la detención ilegal o secuestro con la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad. En tercer lugar, porque en la reforma del art. 166.1 operada por la LO 1/2015 se ha suprimido la cláusula “salvo que la haya dejado en libertad”, lo que puede ser interpretado como la eliminación del requisito de que la acusación pruebe que la víctima no está en libertad, además de hacer bascular todo el peso de la pena del nuevo art. 166.1 en la exigencia de “no dar razón del paradero de la persona detenida”⁴⁷. En concreto, Górriz Royo expone que la supresión de di-

46 Así se pronuncian expresamente GÓRRIZ ROYO, “Subtipo agravado de detención ilegal por no dar razón del paradero de la persona detenida: Art. 166 CP”, p. 555; la misma, “Presunción de inocencia y delitos de sospecha: ¿otra vuelta de tuerca al delito del art. 166 CP en la reforma penal de 2013?”, pp. 197 y ss.; la misma, “Detenciones ilegales y secuestros sin dar razón del paradero de la persona detenida (art. 166 CP) y practicados por autoridad o funcionario público (art. 167 CP)”, pp. 520 y ss.; GÓMEZ INIESTA, “Subtipo agravado de detención ilegal por no dar razón del paradero de la persona detenida: Art. 166 CP”, pp. 551 y ss.

47 Véase GÓRRIZ ROYO, “Subtipo agravado de detención ilegal por no dar razón del paradero de la persona detenida: Art. 166 CP”, p. 555; la misma, “Presunción de inocencia y delitos de sospecha: ¿otra vuelta de tuerca al delito del art. 166 CP en la reforma penal de 2013?”, pp. 217 y 218. En el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, realizado por el Consejo General del Poder Judicial con fecha de 16 de enero de 2013 se indica también que tal supresión confiere “a este tipo agravado un carácter que evoca al delito de sospecha (sospecha de muerte, de ahí la pena idéntica a la del homicidio), que el Tribunal Constitucional ha rechazado en cuanto contrario al derecho a la presunción de inocencia y al art. 24 CE... Si el legislador considera que debe ser castigado más gravemente el autor de un secuestro en el que la víctima ha desaparecido, consideramos más correcto que en lugar de acudir a un tipo que evoca al delito de sospecha, configure claramente el tipo al modo en que se interpretó por la

cha cláusula obstruye cualquier avance para conciliar el delito contemplado en el art. 166 con las garantías constitucionales inherentes a la presunción de inocencia por las razones siguientes. Por una parte, porque con dicha supresión se pretenden orillar los requisitos probatorios de este delito para la acusación. A su vez, la eliminación de la posibilidad de excluir la agravación para el caso en que la víctima haya sido puesta en libertad acarrea, a juicio de la autora indicada, un grave problema procesal pues para eludir este delito la defensa se vería privada de un mecanismo de descargo y no podría evitar la pena del art. 166 del Código penal recientemente modificado, probando que el detenido o secuestrado ha sido puesto en libertad. Por otra parte, señala *Górriz Royo* que consecuencia del mantenimiento del requisito “no dar razón del paradero de la persona detenida” y de la supresión del elemento “salvo que la haya dejado en libertad”, el tipo se cumpliría, sin más, por el mero hecho de realizar una detención ilegal seguida de la imposibilidad de dar razón del paradero de la víctima lo que aboca a problemas probatorios irresolubles, recordando autorizadas voces que ya alertaron de estas cuestiones en relación con el art. 483 del Código penal de 1973. Ello presupone probar que el autor de una detención ilegal o secuestro sabe dónde está la víctima, pero no lo dice, de modo que no cabría aplicar este delito si dicho autor no conoce aquel paradero y, por esa razón, no lo acredita sin que se garantice la impunidad de este último supuesto con el texto del art. 166 reformado. Además la falta de colaboración con la Administración de justicia —no dar razón del paradero de la víctima— que no es sino una manifestación del derecho a no autoincriminarse y a guardar silencio, sería el único fundamento de la agravación de la pena agravada del art. 166 respecto de los otros delitos de detenciones ilegales y secuestros⁴⁸.

En mi opinión con esta propuesta de reforma del art. 166 del Código penal podemos seguir concluyendo que la protección penal de la libertad ambulatoria se lleva a cabo en función de la incidencia del comportamiento de encierro o detención en la lesión del bien jurídico libertad ambulatoria, de modo que todas las agravaciones y atenuaciones previstas en el delito de detenciones ilegales se fundamentan en que la menor o mayor duración en el encierro o detención incrementa o disminuye el menoscabo al bien jurídico protegido en la fase del agotamiento del delito. Aunque con esta reforma del Código penal se elimina la vinculación expresa de la pena del artículo 166 a las agravaciones recogidas en el art. 163.3 cuando la detención ilegal (o el secuestro) se prolonga más de quince días, debe exigirse tal vinculación mediante una interpretación teleológica sistemática de todos estos delitos. No es suficiente para castigar por el delito de detención ilegal con desaparición forzada de la víctima con que la acusación pruebe formalmente que el autor de la detención o encierro “no da razón del paradero de la persona detenida”⁴⁹. Por el contrario, para poder castigar por el delito tipificado en el art. 166 del Código penal, la acusación deberá probar siempre que: 1) en primer lugar, se ha producido un encierro o detención en contra de la voluntad de la víctima privada de libertad por parte de un autor; 2) en segundo lugar, que dicha víctima no está en libertad; y 3) en tercer lugar, la ausencia de toda explicación razonable de la desaparición de la persona privada de libertad en el contexto de dicho encierro o detención que se prolonga en el tiempo, razón por la cual surgen las dudas en torno a las consecuencias jurídicas sobre la existencia, identidad y relaciones de la persona detenida. Es evidente que si dicha detención o encierro se prolonga en el tiempo surgirán preguntas en torno a la existencia, identidad y relaciones de la persona detenida, cuando además de haberse producido una privación de

STC 155/2002, sobre la base de la posición de garante del secuestrador respecto de su víctima, de manera que la omisión de los deberes de cuidado exigibles en virtud de esa posición de garante, el hecho de no dar razón de su paradero o de no acreditar haberlo dejado en libertad se convierta en un elemento determinante para su mayor incriminación y sanción”.

No obstante en el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, con fecha de 20 de diciembre de 2012 se valora positivamente la desaparición del inciso “salvo que la haya dejado en libertad” en cuanto orilla la polémica sobre la carga de la prueba de este extremo.

48 Véase GÓRRIZ ROYO, “Presunción de inocencia y delitos de sospecha: ¿otra vuelta de tuerca al delito del art. 166 CP en la reforma penal de 2013?”, pp. 217 y 218; la misma, “Detenciones ilegales y secuestros sin dar razón del paradero de la persona detenida (art. 166 CP) y practicados por autoridad o funcionario público (art. 167 CP)”, pp. 523 y ss.

49 GÓRRIZ ROYO, “Presunción de inocencia y delitos de sospecha: ¿otra vuelta de tuerca al delito del art. 166 CP en la reforma penal de 2013?”, p. 220 concluye, sin embargo, que la nueva redacción del art. 166 del Proyecto de reforma del Código penal invierte las reglas de la carga de la prueba, pues en lugar de basar el delito en elementos típicos que correspondería demostrar a la acusación, basta probar la concurrencia formal de la inacción del acusado, “no dar razón del paradero de la víctima”. Todo ello, conduce a esta autora a enjuiciar como inconstitucional este delito por los motivos que expone en las pp. 220 y ss.; la misma, “Detenciones ilegales y secuestros sin dar razón del paradero de la persona detenida (art. 166 CP) y practicados por autoridad o funcionario público (art. 167 CP)”, pp. 524 y ss.

libertad no se “da razón de su paradero”, lo que va a producir dichas consecuencias jurídicas. Aquí reside el fundamento de la agravación de la pena del delito recogido en el art. 166 del código penal, sin que la supresión de la cláusula “*salvo que la haya dejado en libertad*” suponga un problema, porque la prueba del tal hecho queda en todo momento disponible para la defensa. Si el autor demuestra que dejó en libertad a la persona a quien ha detenido o encerrado en contra de su voluntad y no conoce su paradero, deberá ser castigado por el delito correspondiente de detenciones ilegales o secuestros en función de la duración del encierro o detención de la víctima, pero no deberá responder por el delito tipificado en el art. 166.1 del Código penal. En todo caso, la defensa no deberá desvirtuar una presunción de homicidio o asesinato.

Por último, conviene efectuar una valoración en torno a las nuevas agravaciones introducidas en el art. 166.2 por la LO 1/2015: cuando la víctima sea menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o cuando el autor de la detención ilegal o secuestro haya actuado con la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad. El motivo por el que se agrava la responsabilidad si hay una detención ilegal o un secuestro con una desaparición forzada de la persona detenida, cuando concurre alguna de estas circunstancias puede radicar, desde mi punto de vista, en que existe en el hecho una mayor gravedad de lo injusto puesto que, por un lado, la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de una especial protección se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad, que permite al autor de la detención ilegal o secuestro una mayor facilidad en la ejecución del hecho por la mínima o nula resistencia de la víctima⁵⁰. Por otro lado, en el desarrollo de una detención ilegal o secuestro puede resultar más fácil, con carácter general, lesionar el bien jurídico libertad e indemnidad sexual y, quizás, el fundamento de la se-

gunda agravación responda a este motivo. Ahora bien, resulta criticable su introducción. Por una parte, el tenor literal de la dicha agravación —“que el autor hubiera llevado a cabo la detención ilegal o secuestro con la intención de atentar contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad”— genera dudas, porque como se apuntó en el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, realizado por el Consejo General del Poder Judicial con fecha de 16 de enero de 2013, la circunstancia prevista en la letra b) del último inciso del art. 166, “puede ocasionar algún problema de taxatividad”, ya que para su apreciación ¿qué se exige realmente? ¿Que se haya realizado la detención ilegal o el secuestro con la mencionada intención incluso sobrevenida posteriormente, o que el sujeto activo haya hecho objeto a la víctima de actos sexuales? Parece lógico concluir que no se exige que el sujeto activo de dicha privación de libertad haya hecho objeto a la víctima de actos sexuales⁵¹. Si ha tenido lugar una agresión o un abuso sexual habría que apreciar un concurso real de delitos si la detención o secuestro se excede de lo necesario para cometer otro delito⁵², con una pena superior a la prevista en el art. 166.2 b) del Código penal al ser un supuesto más grave la realización de tales actos ejecutivos frente a la existencia de una mera intención de atentar contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima en el transcurso de una detención ilegal o secuestro. Además, si para aplicar la circunstancia agravatoria que analizamos se requiriera que el sujeto activo hubiera hecho objeto a la víctima de actos sexuales en el transcurso de la mencionada detención ilegal o secuestro, se podrían plantear problemas de *bis in idem* en relación con los correspondientes delitos contra la libertad e indemnidad sexual producidos. Por otra parte, fundamentar la agravación objeto de nuestro interés en una intención planteará importantes problemas de prueba que dificultarán su aplicación⁵³.

50 Véase sobre el fundamento de estas mismas agravaciones contempladas en el art. 165 del Código penal LANDROVE DÍAZ, *Detenciones ilegales*, pp. 154. Véase también GÓRRIZ ROYO, “Detenciones ilegales y secuestros sin dar razón del paradero de la persona detenida (art. 166 CP) y practicados por autoridad o funcionario público (art. 167 CP)”, p. 530, aunque se muestra crítica con el fundamento de esta agravación para justificar la elevada penalidad que conlleva su apreciación.

51 Véase GÓRRIZ ROYO, “Detenciones ilegales y secuestros sin dar razón del paradero de la persona detenida (art. 166 CP) y practicados por autoridad o funcionario público (art. 167 CP)”, p. 532.

52 Véase GÓRRIZ ROYO, “Presunción de inocencia y delitos de sospecha: ¿otra vuelta de tuerca al delito del art. 166 CP en la reforma penal de 2013?”, p. 220; la misma, “Detenciones ilegales y secuestros sin dar razón del paradero de la persona detenida (art. 166 CP) y practicados por autoridad o funcionario público (art. 167 CP)”, p. 533.

53 Véase GÓRRIZ ROYO, “Detenciones ilegales y secuestros sin dar razón del paradero de la persona detenida (art. 166 CP) y practicados por autoridad o funcionario público (art. 167 CP)”, p. 533.

Sí se puede valorar positivamente la introducción de la nueva agravación basada en que la víctima sea menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección. Pero en lugar de contemplar unas penas de prisión de quince a veinte años, en el caso de detención ilegal, y de veinte a veinticinco años de prisión, en el de secuestro, que resultan claramente desproporcionadas⁵⁴ en relación con los hechos desvalorados, se deberían establecer las respectivas penas del delito de detención ilegal o secuestro con desaparición forzada de la víctima (prisión de diez a quince años y prisión de quince a veinte años) en su mitad superior, tal y como se establece en el artículo 165 respecto de las privaciones de libertad de los artículos 163 y 164 del Código penal, dando coherencia a la misma agravación.

III. ¿QUÉ PAPEL DESEMPEÑA LA DESAPARICIÓN DE LA PERSONA DETENIDA EN LOS ARTS. 483 DEL CP DE 1973 Y 166 DEL CP DE 1995?

Anteriormente, se ha concluido que la desaparición física de la persona detenida, configurada por el hecho de no dar razón del paradero de la víctima, y sus consecuencias jurídicas sobre la existencia, identidad y relaciones de la persona es lo que añade lesividad a la privación de libertad y fundamenta el incremento de pena previsto en el art. 166.1 del Código penal, respecto de otras privaciones de libertad tipificadas como delito en los arts. 163, 164 y 165 del mismo texto legal. Pero ¿qué papel desempeña la desaparición de la víctima en el delito de detenciones ilegales o secuestros? A

mi juicio, la desaparición física de la persona detenida en el delito tipificado en el art. 166 del Código penal aparece como una condición objetiva de punibilidad⁵⁵, tal y como ya era considerada por un sector doctrinal mayoritario en relación con el art. 483 del Código penal de 1973⁵⁶. La desaparición física de la persona detenida es una causa de agravación penal encubierta, que pertenece por su esencia al tipo de lo injusto, pero que se configura formalmente como una condición objetiva de punibilidad, de modo que el legislador ha querido independizarla de la exigencia de la realización dolosa del tipo de detención ilegal o secuestro⁵⁷.

Las condiciones objetivas de punibilidad son elementos que se encuentran en relación directa con el hecho considerado como delito, aunque no guardan relación con lo injusto específico de la conducta delictiva y no pertenecen, por lo tanto, al tipo de lo injusto, ni se vinculan con la reprochabilidad personal de la acción u omisión típica y antijurídica⁵⁸. Todas ellas constituyen presupuestos materiales de la punibilidad y en parte se aproximan a los elementos del tipo⁵⁹. Sin embargo, las condiciones objetivas de punibilidad no intervienen en la determinación del sentido social de la acción típica sino que, por el contrario, cumplen una función diferente. Por un lado, existen condiciones objetivas de punibilidad propias que son meras causas de restricción de la pena, razón por la cual no vulneran el principio de culpabilidad. Cuando nos encontramos con una condición objetiva de punibilidad propia, el legislador rechaza la necesidad de la pena si no se añade una circunstancia adicional que puede referirse al propio hecho o a

54 En el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, realizado por el Consejo General del Poder Judicial con fecha de 16 de enero de 2013 se apunta que “la reforma crea un subtipo agravado del tipo básico del número 1 del artículo 166, en el número 2, estableciendo “una pena de 15 a 20 años”, cuando concurriera alguna de estas circunstancias: a) Que la víctima fuera menor de edad. b) Que el autor hubiera llevado a cabo la detención ilegal con la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad. La pena de este subtipo agravado que ha de entenderse que es de prisión, pues no se dice de qué pena se trata— resulta realmente desproporcionada. Piénsese que el delito de violación tiene una prevista una pena de 6 a 12 años de prisión, el de agresión sexual una pena de 1 a 5 años y el homicidio una pena de 10 a 15 años. Lo que aconseja se revise la penalidad de este delito”. Véase también en este sentido GÓRRIZ ROYO, “Presunción de inocencia y delitos de sospecha: ¿otra vuelta de tuerca al delito del art. 166 CP en la reforma penal de 2013?”, pp. 219 y ss.

55 También se han pronunciado expresamente en este sentido en torno al art. 166 del Código penal CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español, Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., Dykinson, 2002, p. 1171; MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 9ª ed., L 6/71, p. 173; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, p. 86.

56 Véase Díez Ripollés, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, p. 361 en relación con las omisiones consistentes en no dar razón del paradero de la persona detenida o no acreditar haberla dejado en libertad. Sobre esta posición doctrinal, véanse las exhaustivas citas expuestas por Mendes de Carvalho, *Punibilidad y delito*, Editorial Reus, Madrid, 2007, pp. 138 y 139, nota 371.

57 Véase sobre las condiciones objetivas de punibilidad, con carácter general, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, 5ª ed., pp. 555 y ss.

58 Véanse Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español, Parte General, III, Teoría jurídica del delito/2*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pp. 275 y 276; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker-Humblot, Berlín, 1996, p. 555.

59 Véase JESCHECK, H/WEIGEND, *Lehrbuch, AT*, 5ª ed., p. 555.

su desarrollo posterior, a pesar de que concurren lo injusto y la culpabilidad⁶⁰. Se puede afirmar que las condiciones objetivas de punibilidad propias tienen como función requerir un desvalor adicional al establecido en el correspondiente tipo de lo injusto para que se pueda reconocer en un hecho concreto la necesidad político criminal de una pena. Por otro lado, las condiciones objetivas de punibilidad impropias o bien constituyen causas de agravación penal encubiertas, que pertenecen por su esencia al tipo de lo injusto pero que se configuran, formalmente, como condiciones objetivas de punibilidad, porque el legislador quiso independizarlas de la exigencia de la realización dolosa o imprudente. O bien son circunstancias del hecho encubiertas que fundamentan la punibilidad y que únicamente por razones de política criminal están disociadas de lo injusto y la culpabilidad⁶¹. Las objeciones que desde el principio de culpabilidad quepa hacer a las condiciones de punibilidad impropias, como afirma *Jeschek*, desaparecen en parte mediante la consideración de que el autor asume sin más el riesgo para todos reconocible de que pudiera concurrir la condición objetiva de punibilidad⁶². Este riesgo se puede ilustrar con la condición objetiva de punibilidad consistente en la desaparición de una persona detenida tras una prolongada privación de libertad, tal y como se recoge en el art. 166.1 del Código penal.

En efecto, en la tipicidad de las conductas contempladas en los arts. 163 y ss. se establece una graduación del contenido de lo injusto de las detenciones ilegales o secuestros según la menor o mayor duración en el encierro o detención, al incrementarse o disminuirse el menoscabo al bien jurídico protegido en la fase del agotamiento del delito, en la medida en que o bien no se continúa o bien se continúa con la realización de un delito ya consumado. Cuando un sujeto lleva a cabo una prolongada detención ilegal o secuestro surgen dudas sobre el paradero de la persona detenida, lo que conlleva unas consecuencias jurídicas sobre su existencia, identidad y relaciones. El autor de dicha detención o encierro prolongados debe asumir sin más el riesgo de que surjan tales dudas. Desde mi punto de vista, la desaparición física de la persona detenida, configurada

por el hecho de no dar razón del paradero de la víctima, implica la aplicación de una pena superior por razones de política criminal vinculadas a las consecuencias jurídicas sobre la existencia, identidad y relaciones de la persona detenida, cuando además de haberse producido una privación de libertad superior a quince días, no se “*da razón de su paradero*”. Por ello, en el art. 166 del Código penal de 1995 la desaparición física de la persona detenida, configurada por el hecho de no dar razón del paradero de la víctima, es una condición objetiva de punibilidad impropia. El tipo del art. 166 del Código penal de 1995 es un tipo puro de protección del bien jurídico libertad ambulatoria y el hecho desvalorado como un injusto tiene como referencia únicamente la afección a este bien jurídico de una forma socialmente inadecuada, aunque se vincula a dicho injusto el riesgo objetivo de la desaparición de una persona que ha sido detenida o encerrada en contra de su voluntad durante un prolongado período de tiempo, que se materializa cuando no se “*da razón de su paradero*”.

Una consecuencia de este planteamiento es que al quedar las condiciones objetivas de la punibilidad fuera del tipo de lo injusto, el conocimiento del dolo no se extiende a éstas⁶³. Puede objetarse contra esta concepción que resulta indiferente en la valoración jurídico penal que el sujeto haya previsto o no la producción de esta condición objetiva de punibilidad, ya que si se estima que la desaparición física de la persona detenida configurada por el hecho de no dar razón del paradero de la víctima es una condición objetiva de punibilidad, se castigaría de la misma forma a quien ha previsto la posibilidad de producción del resultado de desaparición de la víctima y ha contado con ella, a quien ha previsto la posibilidad de producción y ha confiado en que no se produjera y a quien ni siquiera ha previsto la posibilidad de su producción. Desde un punto de vista valorativo, la diferente posición subjetiva que tenga el autor respecto de la producción de la condición objetiva de punibilidad contrada en la desaparición de la persona detenida o encerrada podría tenerse en cuenta, únicamente, en la medición de la pena en virtud de lo dispuesto en el artículo 66.1.8ª del Código penal, se-

60 Véase expresamente JESCHECK, H/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, 5ª ed., p. 556.

61 Véase expresamente JESCHECK, H/WEIGEND, T.: *Lehrbuch*, AT, 5ª ed., p. 557.

Sobre la distinción entre condiciones objetivas de punibilidad propias e impropias, véase MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, Editorial Reus, Madrid, 2007, pp. 113 y ss. con una gran cantidad de referencias bibliográficas.

62 Véase expresamente JESCHECK, H/WEIGEND, T.: *Lehrbuch*, AT, 5ª ed., p. 558.

63 Véanse, con carácter general, CEREZO MIR, J.: *Curso*, III, 1ª ed., pp. 275 y 276; WELZEL, H.: *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., p. 59; JESCHECK, H/WEIGEND, T.: *Lehrbuch*, AT, 5ª ed., p. 559; MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, pp. 92 y ss., con numerosas referencias bibliográficas.

gún el cual, “los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”.

IV. CONSIDERACIONES POLÍTICO CRIMINALES SOBRE LAS DETENCIONES ILEGALES CON DESAPARICIÓN FORZADA DE LA VÍCTIMA POR PARTE DE UN FUNCIONARIO PÚBLICO O AUTORIDAD

En la Sección 1.ª del Capítulo V del Título XXI del Código penal vigente, cuya rúbrica es “Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual”, se recogen un conjunto de delitos cuyo bien jurídico protegido es la libertad ambulatoria, entendida como la posibilidad de trasladarse de un lugar a otro o de situarse voluntariamente en el espacio⁶⁴. En el art. 530 se castiga a la autoridad o funcionario público que mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales. Por otra parte, en el art. 531 también se castiga a la autoridad o funcionario público que mediando causa por delito, decretare, practicare o prolongare la incomunicación de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales. En estos delitos especiales que estamos tratando lo básico para la tipicidad es la realización de la acción por un funcionario público o autoridad en el ejercicio de una actividad que le es inherente, con unas funciones sociales o institucionales que implican una situación de mayor accesibilidad respecto del bien jurídico protegido, como en este caso sucede con la libertad ambulatoria. Por este motivo, los mencionados funcionarios públicos o autoridades ostentan un dominio social típico en el que se encuentran involucrados tales bienes jurídicos de una manera esencial u ocasional para el cumplimiento de unas funciones sociales o institucionales⁶⁵. El dominio social que constituye el sustrato

material para limitar la esfera de los posibles autores, se fundamenta en el ejercicio de una función pública y es el motivo por el que estos delitos especiales impropios tipificados en los artículos 530 y 531 del Código penal adquieren una significación normativa propia, frente a un delito común de detenciones ilegales. En estos tipos delictivos el funcionario público o autoridad lesiona el bien jurídico libertad ambulatoria dentro de la actividad que le es inherente y con respecto a cuyo ejercicio se protege dicho bien jurídico de un modo específico, pero se produce una extralimitación por parte de dicha autoridad o funcionario público en el marco de sus funciones y en una actuación “mediando causa por delito”, a diferencia de lo que sucede en el art. 167.1 del Código penal, en el que la autoridad o funcionario público actúa fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito, o lo que es sinónimo, actúa de forma puramente arbitraria y con abuso de poder⁶⁶. Por este motivo, la pena prevista en el art. 167.1 es más gravosa que las penas previstas en los arts. 530 y 531 que son más benignas. Para nuestro Tribunal Supremo mientras la detención ilegal por falta de causa legítima que la justifique pertenece al tipo penal recogido actualmente en el art. 167.1, referido así a las privaciones de libertad irregulares en el fondo, la del art. 530 exige que medie causa por delito, estando su ilicitud determinada por el hecho de incumplirse las garantías institucionales de carácter constitucional y legal (STS 1371/2001, de 11 de julio). Sin embargo, llamaba la atención que en el conjunto de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual, contemplados en la Sección 1.ª del Capítulo V del Título XXI del Código penal vigente hasta la reforma operada por la LO 1/2015, que se diferenciaban sustancialmente de los delitos contra la libertad ambulatoria contemplados en los arts. 163 y ss. del Código penal, no se hubiera previsto un delito específico de detención ilegal con desaparición forzada de la víctima cuando el sujeto activo fuera una autoridad o funcionario público, como sí existía en el delito común previsto en el art. 166 del aludido texto legal. Esto no suponía la

64 Véase MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 19ª ed., p. 789; CLIMENT DURÁN, *Comentarios al Código Penal*, 1ª ed., Gómez Tomillo coord., Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1816; LAMARCA PÉREZ, *Delitos y faltas*, p. 811.

65 Véase sobre el concepto de dominio social típico GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro, I, Teoría general*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1985, pp. 361 y ss. Véase también la aplicación de dicho concepto de dominio social típico formulado por GRACIA MARTÍN, como fundamento material de los elementos especiales de autoría en el Código penal de 1995, RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código penal*, Comares, Granada, 2010, pp. 30 y ss.

66 Véanse BOLEA BARDÓN/ROBLES PLANAS, “La tipicidad de las detenciones ilegales policiales. Revisión crítica de la aplicación jurisprudencial de los arts. 167 y 530 del Código Penal”, *InDret* 4/2006, p. 8; LAMARCA PÉREZ, *Delitos y faltas*, pp. 811 y 812; GÓRRIZ ROYO, “Detenciones ilegales y secuestros sin dar razón del paradero de la persona detenida (art. 166 CP) y practicados por autoridad o funcionario público (art. 167 CP)”, pp. 536 y 537.

impunidad de la autoridad o funcionario público que en una detención mediando causa por delito no ofreciera razón del paradero de la persona detenida con vulneración de las garantías legales y constitucionales, porque su conducta se podría subsumir, en todo caso, en el art. 166 del Código penal. La pregunta que nos planteamos es si resulta necesario desde un punto de vista político criminal la introducción de un delito específico de detención ilegal con desaparición forzada de la víctima, cuando es cometido por una autoridad o funcionario público. El legislador penal de 2015 se ha inclinado por esta opción al incorporar un nuevo delito en el apartado 2º del art. 167 del Código penal: “*Con las mismas penas —las penas previstas en los hechos descritos en el Capítulo sobre las “Detenciones ilegales y secuestros”, en su mitad superior— serán castigados:* a) *El funcionario público o autoridad que, mediando o no causa por delito, acordare, practicare o prolongare la privación de libertad de cualquiera y que no reconociese dicha privación de libertad o, de cualquier otro modo, ocultase la situación o paradero de esa persona privándola de sus derechos constitucionales o legales.* b) *El particular que hubiera llevado a cabo los hechos con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado o de sus autoridades”.*

A mi juicio, sí es necesario introducir un delito específico de detención ilegal con desaparición forzada de la víctima cuando es cometido por una autoridad o funcionario público por el siguiente argumento. Como ha señalado *Gracia Martín*, cuando el legislador construye los tipos delictivos especiales se guía por la idea del “dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico”⁶⁷, que fundamenta una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto o a una clase de sujetos y determina la posibilidad de actualización del dominio del hecho *típico*⁶⁸. Los bienes jurídicos pueden encontrarse involucrados ocasionalmente

o sustancialmente en determinados ámbitos, en los que un sujeto desempeña una determinada función social o institucional, de modo que dichos bienes jurídicos sólo son accesibles *típicamente* a estos sujetos en virtud del ejercicio de determinadas funciones sociales o institucionales antes aludidas, con lo cual se convierten en garantes del bien jurídico protegido pero en el sentido de no realizar determinadas acciones cuando se desempeñen las mencionadas funciones⁶⁹. En concreto, en los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual, tipificados en los artículos 530 y 531 del Código penal, se pone de relieve cómo un abuso en las funciones atribuidas a ciertos funcionarios públicos o autoridades competentes —los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad y/o de la administración de justicia—, determina la incorrección del procedimiento de la detención de una persona, e indirectamente también del servicio que debe prestar a los ciudadanos para garantizar la seguridad pública o la administración de justicia⁷⁰. Cualquier detención o incomunicación que vulnere las garantías legales establecidas para garantizar su adecuación y oportunidad, se debe llevar a cabo, ineludiblemente, en el ejercicio de una función institucional relacionada con el reforzamiento de la seguridad pública o el ejercicio de la administración de justicia, con un absoluto respeto de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y cuya competencia es atribuida en exclusiva a los funcionarios públicos o a las autoridades correspondientes. En el marco de tal función el bien jurídico libertad ambulatoria se encuentra especialmente involucrado de una manera esencial u ocasional, de modo que es más vulnerable ante esta clase de sujetos activos que frente al resto. No es casualidad que los “delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual” no se califiquen únicamente como limitaciones a la libertad ambulatoria, sino más exactamente como

67 Véase GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 356.

68 Véase GRACIA MARTÍN, L.: *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 78.

69 Véase GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 372.

70 HORMAZÁBAL MALARÉE, “Torturas y desaparición forzada de personas”, *Revista General de Derecho penal*, nº. 9, 2008, p. 8 expone que en estos comportamientos de detención o encierro con desaparición forzada de la víctima no se vulnera sólo la libertad ambulatoria, sino un bien jurídico institucional más amplio y previo que es la “seguridad ciudadana” cuando es cometido por parte de la persona-órgano del Estado que tiene precisamente la obligación de garantizarla. GRAMMER, *Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person*, pp. 120 y ss. concluye que las desapariciones forzadas de personas lesionan el bien jurídico colectivo “de la seguridad pública y del Estado de Derecho”, cuyos portadores son los propios desaparecidos, los familiares y la sociedad. A mi juicio, el bien jurídico protegido por un delito que reprima esta clase de conductas es la libertad ambulatoria, y la desvaloración del hecho que se pone de relieve si el sujeto activo es una persona-órgano del Estado fundamenta la limitación de la autoría a esta clase de sujetos con una pena agravada, porque en el ejercicio de sus funciones sociales o institucionales tienen más accesibilidad al bien jurídico libertad ambulatoria y lo pueden lesionar más fácilmente.

abusos en el ejercicio de una función pública cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual. En estos contextos de vulneración de las garantías legales para privar de libertad a una persona es más fácil hacer desaparecer a personas privadas de libertad, mediando o no causa por delito, por lo que hay que aplaudir la decisión de nuestro legislador que ha contemplado de forma independiente el delito de detención ilegal con desaparición forzada de la víctima cuando es cometido por un funcionario público o autoridad, con la misma pena prevista para el correspondiente delito común aunque agravada por razón del sujeto activo que realiza la detención o el encierro⁷¹.

Por último, conviene señalar también que en el art. 607 bis del Código penal se dispone que “2. *Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados: [...] 6.º Con la pena de prisión de doce a quince años la desaparición forzada de personas. Se entenderá por desaparición forzada la aprehensión, detención o el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la ley*”. En este precepto se recogen todos aquellos comportamientos que consisten en la detención de una persona como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella, cometido por una persona individual agente del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado. En el art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional también se establece que “*por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado*”.

Nos encontramos con dos tipificaciones —arts. 167, 2º y 607 bis del Código penal— que presentan muchos

elementos en común que han sido analizados en el presente trabajo: una privación de libertad que conlleva la desaparición de la persona detenida, manifestada porque el sujeto activo de dicha detención oculta la suerte o el paradero de dicha persona, sustrayéndola de la protección de la ley. Desde mi punto de vista, el legislador español protege penalmente la libertad ambulatoria atendiendo los siguientes factores:

1) En primer lugar, debe protegerse dicho bien jurídico frente a todos con una graduación del contenido de lo injusto de este comportamiento delictivo, según la menor o mayor duración en el encierro o detención al incrementarse o disminuirse el menoscabo al bien jurídico protegido en la fase del agotamiento del delito, en la medida en que o bien no se continúa o bien se continúa con la realización de un delito ya consumado. En esta graduación debe tenerse en cuenta como elemento agravatorio máximo la desaparición de la persona detenida manifestada en que el sujeto activo de la detención o el encierro no da razón de su paradero.

2) En segundo lugar, debe protegerse el bien jurídico libertad ambulatoria con una agravación de la pena si la detención o el encierro van seguidos de una desaparición de la persona detenida, cuando quien realiza dicho comportamiento es un funcionario público o autoridad que desempeña una función social o institucional en cuyo ámbito se encuentra involucrado el bien jurídico mencionado. El motivo que fundamenta la gravedad de esta detención o encierro frente al supuesto anterior reside en que frente a los sujetos activos indicados que ejercen una actividad que le es inherente, el bien jurídico libertad ambulatoria se encuentra en una situación de mayor accesibilidad y vulnerabilidad.

3) En tercer lugar, debe protegerse la libertad ambulatoria frente a agresiones que impliquen un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella, cometidos por una persona individual agente del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado. En este caso, el motivo que explica una penalidad más grave que la contemplada en el art. 166.1 consiste en la forma de agredir el bien jurídico libertad ambulatoria, mediante un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

71 Véase en el mismo sentido HORMAZÁBAL MALARÉE, “Torturas y desaparición forzada de personas”, p. 8.