

31

DEUS PROVIDE ET PRO

# Revista

Enero 2013

Revista Penal

31

# Penal

Enero 2013



tirant lo blanch



# Revista Penal

Número 31

## Sumario

---

### Doctrina

– Sobre el fundamento y la justificación de las medidas de seguridad aplicables al delincuente habitual “peligroso”, por <i>Viviana Caruso Fontán</i> .....	3
– Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico, por <i>Vicenta Cervelló Donderis</i> .....	22
– Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (A propósito de la STEDH Del Rio Prada c. España) por <i>María Luisa Cuerda Arnau</i> .....	52
– Observaciones sobre el principio de inviolabilidad de la libertad personal, por <i>Massimo Luigi Ferrante</i> .....	70
– Las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código penal español, por <i>Manuel Gallego Díaz</i> .....	85
– El actuar en lugar de otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: significado previo y posterior a la reforma del Código penal, por <i>María Soledad Gil Nobajas</i> .....	100
– El delito de tráfico ilegal de órganos humanos, por <i>M<sup>o</sup> del Carmen Gómez Rivero</i> .....	113
– La relevancia práctica del principio acusatorio (mejor denominado, principio de proporcionalidad), en la LORPM (art. 8 párrafo segundo): ¿aplicación obligatoria de las medidas de internamiento al menor cuando, por idéntica infracción, el CP no prevé pena privativa de libertad para el adulto?, por <i>Leticia Jericó Ojer</i> ....	140
– El uso de las nuevas tecnologías como método de blanqueo de capitales, por <i>Covadonga Mallada Fernández</i> .....	161
– La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado, por <i>Francisco Muñoz Conde</i> .....	171
– La medida de internamiento en régimen cerrado en la LORPM ¿Estamos ante un Derecho penal de la seguridad? por <i>Inés Olaizola Nogales</i> .....	190
– El tratamiento de la homosexualidad en la legislación penal española, por <i>Cristina Rodríguez Yagüe</i> .....	221
– El futuro del Derecho penal internacional, por <i>Gerhard Werle y Boris Burghardt</i> .....	247
<b>Sistemas penales comparados:</b> Detenciones ilegales (Illegal detention) .....	262
<b>Bibliografía:</b> Notas bibliográficas, por <i>Francisco Muñoz Conde y María Luisa Escalada</i> .....	326



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  
ferreolive@terra.es

### Comité Científico Internacional

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

### Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Victor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay).

### Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño(Argentina)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Zunyou Zhou (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Ana Cecilia Morún (Rep. Dominicana)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Victor Manuel Macías Caro (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 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: PMc Media

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



## Los delitos de detenciones ilegales

### Alemania

Prof. Dr. Martin Paul Wassmer

Universidad de Colonia

Texto traducido del alemán por cand. iur.

Waleska Izeta

Universidad de Colonia

#### I. Introducción y vista general

En el código penal alemán (StGB) **no existe un sistema compacto** de prescripciones penales para la protección de la libertad personal ante detenciones ilegales. La *sección 18* (§§ 232-241a StGB) contiene los delitos en los cuales un “*ataque*” forma la parte esencial del hecho, sin ser sólo un efecto secundario. Delitos, en los cuales el ataque es el *medio* para la infracción o violación de otros bienes jurídicos como en el Robo con violencia (§ 249 StGB; propiedad) o Extorsión (§ 253 StGB; patrimonio), están clasificados en el área de estos mismos bienes jurídicos. En la *sección 30* (delitos con abuso del cargo) se suprimió la prescripción penal de la Detención ilegal ejercida en el cargo (§ 341 StGB a.F.) ya el 01/01/1975 con entrada en vigencia del StGB reformado. Específicamente concebida está ahora solamente la Ejecución contra no culpables (§ 345 StGB).

En la **sección 18** se han realizado *cambios considerables* durante los últimos años. La 6° ley de reforma de derecho penal del 26/01/1998 (BGBl. I p. 164) penalizaba no sólo la tentativa de la Detención ilegal (§ 239 StGB), sino que estructuró también de nueva manera la Sustracción de menores de edad (§ 235 StGB) e introdujo la prescripción penal de la Trata de niños (§ 236 StGB). La 37° ley de reforma de derecho penal del 11/02/2005 (BGBl. I p. 239) integró entre otras cosas las prescripciones penales sobre comercio humano de manera muy amplia y redactó nuevamente el Secuestro (§ 234 StGB). La 40° ley de reforma de derecho penal del 22/03/2007 (BGBl. I p. 354) puso bajo pena el así llamado “Stalking” (§ 238 StGB).

En la **estadística criminal policial** los hechos penales de la sección 18 tienen un significado ínfimo. En el primer plano están la Coacción (§ 240), la Persecución (§ 238 StGB) y la Amenaza (§ 241 StGB). Por *Detención ilegal* (§ 239 StGB) en el 2010<sup>1</sup> hubo sólo 4.757 casos, por *Secuestro extorsivo* (§ 239a StGB) 85 casos y por la *Toma de rehenes* (§ 239b StGB) incluso sólo 43 casos. Debido a estas cifras forman estos hechos penales, en los cuales primeramente se trata de la libertad de movimiento, que serán contemplados en lo sucesivo más cercanamente, una parte de la delincuencia total del 0,082%. Comparativamente se realizan estos delitos a menudo en el Oeste y el Este de Alemania. Los sospechosos son por lo general hombres (84,7%). La *Ejecución contra no culpables* (§ 345 StGB) tiene el significado más pequeño. En el 2010<sup>2</sup> sólo se registraron 10 casos.

#### II. Detención ilegal (§ 239 StGB)

1. § 239 StGB es la **prescripción penal general** de la Detención ilegal. El **bien jurídico protegido** es la *libertad de movimiento*. Según la opinión dominante<sup>3</sup> vigente, protege § 239 StGB la libertad *potencial* de movimiento, es decir, que la víctima podría moverse o dirigirse hacia algún lado, si así lo quisiera. Con ello está protegido incluso aquél, que no quiere ni moverse ni dirigirse hacia ningún lado, y aquél que tampoco haya notado el encierro. También se puede privar de su libertad, a aquel dormido, si su despertar no está del todo excluido. Según la opinión contraria<sup>4</sup> que se está estableciendo aún más, protege § 239 StGB, en cambio, sólo la *voluntad actual* de desplazamiento o cambio de lugar, dado que también en la Coacción (§ 240) es decisiva la voluntad real y la Detención ilegal es comprendida sólo como un caso especial de ésta; además una interpretación extensiva ha quedado obsoleta desde la introducción de punibilidad de la tentativa.

2. **Autor** del § 239 StGB puede ser *cualquiera*. Igualmente puede ser cualquier **víctima** del hecho, mientras ella posea la capacidad de tomar una decisión de voluntad natural y de llevarla a cabo<sup>5</sup>, sea esto también sólo con medios técnicos (p. ej., silla de ruedas) o con ayuda ajena. Por este motivo, niños muy pequeños no pueden ser objetos apropiados del hecho.

3. El **tipo básico** (§ 239 I StGB) castiga la Detención ilegal dolosa con una pena privativa de libertad de hasta cinco años o con una multa (*falta - Vergehen*). Hay dos alternativas de hecho.

**El Encierro** (1º Alternativa) es el caso normal. El autor le impide aquí a una persona *abandonar el lugar*<sup>6</sup>, ya sea, a través de mecanismos exteriores (p. ej., puertas y ventanas cerradas con llave) o por otro tipo de precauciones (p. ej., trampas explosivas). Este lugar puede ser inmóvil (p. ej., el apartamento) o móvil (p. ej., el coche). El encierro existe también si la víctima no conoce la salida o no sabe la abertura<sup>7</sup>. Aquí no está contemplado el cierre patronal o huelga<sup>8</sup> (especialmente de aquellos dispuestos a trabajar).

En la **privación de libertad, de otra manera** (2º Alternativa), el autor tiene únicamente que impedirle a otra persona abandonar el *lugar de paradero*. El medio de hecho puede no sólo ser un empleo de violencia, sino también una amenaza, si es que el mal amenazante consigue el grado de un peligro actual para la vida y la salud<sup>9</sup>. Es necesario una pérdida completa de la libertad de movimiento<sup>10</sup>. El obstaculizar o meramente dificultar la libertad de movimiento (p. ej., anudar o agrupar) no basta, como tampoco un obstáculo solamente síquico<sup>11</sup> (p. ej., el pudor de la víctima desnuda). Por otra parte es suficiente que la superación del obstáculo sea inadmisibles<sup>12</sup> (p. ej., el salto de la ventana de un piso alto). *Ejemplos típicos*<sup>13</sup>: sujetar; retener; atar; anestesiar; hipnosis; impedir abandonar un vehículo conduciendo el vehículo muy rápido.

Una Detención ilegal por **omisión** (§ 13 StGB) es posible si el autor tiene una posición de garante<sup>14</sup> (p. ej., la tramitación retrasada de una queja de arresto). También es posible una **autoría mediata** (§ 25 I 2. Alternativa StGB) (p. ej., el arresto debido a una denuncia falsa)<sup>15</sup>.

4. El **acuerdo** (Einverständnis) de la víctima excluye ya, la existencia del tipo delictivo, dado que § 239 StGB exige una acción *contra o sin la voluntad* de la víctima. Por lo demás, la privación de la libertad está a menudo **justificada**. Aquí tienen cabida acciones oficiales, p. ej., el ejercicio del derecho de detención (§ 127 StPO) y en el área privada la reclusión de un enfermo síquico a causa de defensa propia familiar<sup>16</sup>.

5. Desde 1998 § 239 II StGB amenaza también la **tentativa** con una pena, para otorgar a este bien jurídico personalísimo como es la libertad de movimiento, una igual protección que a los bienes jurídicos de propiedad y patrimonio<sup>17</sup>. El delito está **consumado** ya con la *entrada o comienzo* de la pérdida de libertad, dado que se trata de un delito continuo<sup>18</sup>. Lo que no es suficiente son menoscabos, perturbaciones y molestias de corto plazo. El tribunal supremo del Reich (RG) suponía que la pérdida de libertad tenía que superar la “duración de un Padrenuestro”<sup>19</sup>. El Tribunal Supremo Federal (BGH) consideró un encierro por la duración de un minuto, como suficiente<sup>20</sup>. El hecho está **finalizado** sólo con la *suspensión* de privación de la libertad.

6. **Los tipos cualificados** se regulan en § 239 III, IV StGB. Se trata, ante las amenazas penales de un *crimen (Verbrechen)*. § 239 V StGB contiene graduaciones penales para *casos menos graves*.

§ 239 III StGB amenaza, con pena privativa de libertad de un año hasta diez años por un lado (número 1) los casos, en los cuales el autor prive a la víctima de su libertad *por más de una semana*, y por otro lado (número 2) los casos, en los cuales el autor cause a través del hecho o por una acción cometida durante el hecho, un *daño de salud grave* a la víctima. En la segunda alternativa, se trata de un delito cualificado por el resultado según § 18 StGB, de manera que el dolor tiene que abarcar sólo la privación de la libertad, mientras que por lo demás, negligencia es suficiente. Basta, p. ej. que la víctima caiga en una enfermedad larga y seria o que su capacidad de trabajo sea dañada considerablemente<sup>21</sup>.

§ 239 IV StGB, que amenaza con pena privativa de libertad de no menos de tres años, si el autor causa la *muerte de la víctima* a través del hecho o por una acción cometida durante el hecho, es también un delito cualificado por el resultado. Aquí está concebido, según la opinión dominante, no sólo un intento de huida fracasada<sup>22</sup> de la víctima, sino también el suicidio de la misma<sup>23</sup>. El homicidio premeditado de la víctima está igualmente considerado en el hecho<sup>24</sup>.

7. En el **concurso de delitos** es § 239 StGB *lex specialis* de la Coacción (§ 240 StGB), si es que se recurre a un medio de coacción para la perpetración de una detención ilegal<sup>25</sup>. En cambio, existe *concurso ideal* del hecho (*Tateinheit*), si la detención ilegal obtiene un significado propio dentro del suceso<sup>26</sup>, p. ej., si a la víctima a través de la privación de la libertad se le obliga a firmar un recibo. Finalmente la detención ilegal *retrocede* si ella es sólo un componente necesario y/o de un efecto secundario regular de otro hecho —p. ej., de un Robo con violencia (§ 249 StGB)—.

### III. Secuestro extorsivo (§ 239a StGB) y Toma de rehenes (§ 239b StGB)

1. El Secuestro extorsivo (§ 239a StGB) y la Toma de rehenes (§ 239b StGB) están **unidos estrechamente**. En § 239a StGB el autor persigue *objetivos de enriquecimiento*, en § 239b StGB *otros objetivos*. Las ambas prescripciones penales fueron introducidas en 1971 y mostraban primeramente una *estructura triangular* (el autor, el rehén y el tercero). En 1989 sucedió una ampliación a *relaciones duales* (el autor y el rehén) para combatir “adecuadamente” apariciones típicas de la delincuencia terrorista<sup>27</sup>.

2. El **bien jurídico protegido** de estos delitos son la *libertad*, como también la *integridad* de la víctima. Además está eventualmente protegida la libertad del tercero a quien se extorsiona (§ 239a StGB), y a quien se coaccione (§ 239b StGB). Mientras § 239b StGB recalca la integridad de la víctima, es § 239a StGB también un delito patrimonial<sup>28</sup>.

3. Ambos delitos son ya en el **delito base** (§§ 239a I; 239b I StGB) *crímenes*, en los cuales la *tentativa* siempre es punible. La pena mínima amenazada de cinco años es muy alta. Por este motivo § 239a II StGB contiene graduaciones penales para los *casos menos graves*, que son aplicadas también en § 239b StGB. Los delitos prevén respectivamente de dos alternativas de hechos.

a. La 1° alternativa del § 239a I y § 239b I StGB (**figura delictiva: apoderarse - *Bemächtigungstatbestand***) requiere que el autor (en un primer acto) *secuestre* o se *apodere* de una persona. En el Secuestro extorsivo tiene que ocurrir este primer acto, para así (en un segundo acto) aprovechar la preocupación de la víctima por su bien o la preocupación de un tercero por el bien de la víctima, para una *Extorsión* (§ 253 StGB). En cambio, en la Toma de rehenes, el autor tiene que actuar con una amenaza *tipificada* (la muerte o lesión corporal grave de la víctima o la privacidad de su libertad de más de una semana) para coaccionar (§ 240 StGB) a la víctima o a un tercero a una acción, tolerancia o omisión (p. ej., la puesta en libertad de detenidos; la tolerancia de acciones sexuales). Se requiere una *conexión funcional temporal*. El tercero preocupado puede ser cualquier persona, como también un lugar estatal<sup>29</sup>. Si existe la *intención* de extorsión y respectivamente de la coacción, el hecho está consumado ya con el secuestro o apoderamiento de la víctima.

b. La 2° Alternativa del § 239a I y § 239b I StGB (**hecho de aprovechamiento - *Ausnutzungstatbestand***) exige que el autor se aproveche de una *situación*

*coactiva creada* por él (en un primer acto) secuestrando o apoderándose de la víctima, para así (en un segundo acto) realmente *extorsionar* o *coaccionar* a ésta. Según la opinión dominante<sup>30</sup> es suficiente para la consumación del delito, ya el comienzo inmediato (unmittelbares Ansetzen) de la Extorsión o de la Coacción (tentativa, § 22 StGB), mientras que la opinión contraria<sup>31</sup> exige en este aspecto, una consumación del delito. El autor que actúa sin la intención de extorsionar o de coaccionar, tiene que querer aprovecharse de la situación de aprieto de la víctima de una manera igualmente *funcional*, como en la 1° Alternativa. Dado que el autor tiene que haber creado él mismo la situación de coacción de la víctima, no puede ser autor, el así llamado “Trittbrettfahrer”, es decir, aquel que se aprovecha de la situación, sin ser participante del hecho<sup>32</sup>.

c. El **secuestrar** requiere un cambio del paradero de la víctima, con el efecto que ella esté completamente a merced del *poder de dominio físico* del autor<sup>33</sup>. El **apoderarse** requiere igualmente que el autor obtenga el dominio físico de la víctima, *sin ser necesario un cambio de lugar*<sup>34</sup>. Por eso, es suficiente que en un atraco a un banco, a un cliente se le mantenga en jaque, con un arma apuntándole. Según la opinión dominante<sup>35</sup> es suficiente que la relación de dominio exista sólo en la imaginación del autor (p. ej., con el empleo de armas falsas), mientras que la opinión contraria<sup>36</sup> exige, debido a la pena alta amenazante, la existencia objetiva de la relación de dominio del autor. Si ya existe una relación de dominio (p. ej., entre el autor y su hijo), es suficiente que ésta relación esté fortalecida de tal manera, que la sensación de protección anterior, se haya disminuido considerablemente. Por lo demás se requiere siempre que el autor actúe **sin o contra la voluntad** de la víctima. Por eso, el tipo delictivo es suprimido, si una persona se ofrece *voluntariamente* como rehén de apariencia (“Scheingeisel”), pero no por un mero cambio de rehén (“Ersatzgeisel”)<sup>37</sup>.

4. **Autor** puede ser *cualquiera*. Esto es también válido para la **víctima** de hecho. El acuerdo eventual de aquel que tenga la custodia de alguien, es irrelevante<sup>38</sup>.

5. Desde la extensión a **relaciones personales duales** (Zwei-Personen-Verhältnisse), la víctima del Secuestro/Apoderamiento y la víctima de la Extorsión/Coacción podían ser idénticas. A través de esto, se producían en § 239a StGB con relación a la Extorsión (§ 253 StGB), como también en § 239b StGB con relación a la Violación (§ 177 StGB) *intersecciones*, coincidencias que el legislador no había considerado. Pues, mientras que el autor crea en el caso de un *secuestro*,

por lo general también en una relación personal dual, una *situación de apoderamiento* (no sólo transitoria), que a él le sirve como posición de partida para una Extorsión o Coacción, suele carecer a menudo en la *situación de apoderamiento* en una relación dual, esta relación funcional. Sin embargo, según el texto de la figura del § 239a StGB el hecho ya está realizado cuando el autor amenaza, p. ej., a la víctima con un arma de fuego y obliga a ésta a entregar el dinero. Por este motivo, subcaerían muchos de los “casos normales” de Extorsión bajo el fuertemente castigado Secuestro extorsivo. Lo mismo es válido respecto a la Violación, en referencia a la Toma de rehenes.

Para evitar estas consecuencias, el gran senado de asuntos penales de la Corte Suprema Federal BGH<sup>39</sup> ha efectuado ya en el año 1994 una *restricción* para la Toma de rehenes que es también válida para el Secuestro extorsivo. Dado que § 239 StGB se trata de un “delito incompleto de acción doble” (unvollkommenes zweiseitiges Delikt) tiene que existir en el primer acto (realizado) del apoderamiento y en el segundo acto (a realizar) de la coacción § 239, una *relación funcional*. Al respecto, ha exigido el BGH que la situación de apoderamiento tenga una “cierta estabilización” —y con eso un “efecto de presión continuo hacia la víctima<sup>40</sup>— que el autor pretende de aprovechar. Esto se ha constatado, p. ej., en el acompañamiento de la víctima al cajero automático después de haber sido golpeada y amenazada con una porra (Schlagstock)<sup>41</sup>, así como en la amenaza de la víctima con la muerte, después de haber sido encerrada por un par de minutos en un armario<sup>42</sup>. Esta solución se ha criticado fuertemente<sup>43</sup> debido a su *falta de precisión*, por lo que se exige una intervención del legislador. Eso sí, que en la práctica, faltaría la situación de apoderamiento requerida, en los casos de un ejercicio de poder sólo transitorio<sup>44</sup>.

6. **Los delitos cualificación por el resultado** como el Secuestro extorsivo (§ 239a III StGB), encuentran también aplicación en la Toma de rehenes (§ 239b II StGB). Según estas normas, se aumenta la pena a cadena perpetua o pena privativa de libertad no menor a diez años, si el autor por medio del hecho “por lo menos con imprudencia”, causa *la muerte de la víctima*. Aquí también está concebido el homicidio premeditado de la víctima. Pertinentes no son sólo los casos, en los cuales la víctima muere, p. ej., en un intento de huida o debido a la provisión insuficiente, sino también los casos en los cuales la muerte de la víctima es la consecuencia de una acción de liberación<sup>45</sup>. Sin embargo, falta la relación de peligros específica (Gefahrensam-

menhang), si es que la policía no sabe que en un atraco a un banco se han tomado rehenes y el tiroteo, en el cual los rehenes mueren, ha servido sólo para arrestar a los autores penales<sup>46</sup>.

7. § 239a IV StGB es la prescripción del **arrepentimiento activo**, que es igualmente válido para la Toma de rehenes (§ 239b II StGB). Según esta norma, el Juzgado puede atenuar la pena según § 49 I StGB, si el autor *deja volver a la víctima a su círculo de vida y renuncia además al resultado aspirado*. Si el resultado del hecho se ha realizado sin intervención del autor, es suficiente su empeño o afán serio de impedir el éxito del hecho. Una acción voluntaria no es necesaria, de manera que la prescripción encuentra también empleo, si el autor pone en libertad a la víctima, sólo debido al cercamiento por la policía<sup>47</sup>.

8. En el **concurso de delitos** § 239a StGB reprime al § 239b StGB, si la Toma de rehenes tiene sólo como meta obtener un enriquecimiento ilegítimo<sup>48</sup>. Concurso ideal existe por el contrario, si es que el hecho aspira al mismo tiempo otros objetivos<sup>49</sup>.

#### IV. Ejecución contra no culpables (§ 345 StGB)

1. El delito cometido **por funcionarios** en cargo § 345 StGB no sólo penaliza la ejecución contra no culpables premeditada, sino que también la cometida por medio de negligencia o imprudencia. El **bien jurídico protegido** es según la opinión dominante actual<sup>50</sup>, la *administración de justicia*, como también la *libertad personal*.

2. **Autor** del hecho puede ser sólo un *funcionario público* (§ 11 I número 2 StGB) que esté designado para la cooperación con la ejecución. Jueces pueden ser autores, sólo en el caso en que ellos ejercen una función de ejecución, pero no simplemente por suspender una sentencia. Autores pueden ser sobre todo los funcionarios en autoridades de ejecución y de régimen penitenciario, independientemente del cargo de una función de dirección, que ellos puedan ejercer<sup>51</sup>.

3. § 345 I StGB amenaza la ejecución no admisible de una **sanción privativa de libertad**, con una pena de reclusión de un año hasta diez años (*crimen*). Especialmente están concebidas penas de reclusión, medidas que sustraen la libertad y custodias oficiales (p. ej., la detención previa a la expulsión “Abschiebehaft”; detención por extradición “Auslieferungshaft”). Según la opinión dominante, no esta incluida la prisión preventiva<sup>52</sup>. Si el autor actúa imprudentemente, existe según § 345 II StGB una pena privativa de libertad de hasta un año (*falta*).

4. § 345 III StGB amenaza por el contrario, por la ejecución no admisible **de una sanción que no prive la libertad o sólo ligeramente**, con una pena privativa de libertad de tres meses hasta cinco años (*falta*). Están de modo incluido, p. ej.: multas, fondos ordinales; retiradas del permiso de conducir; medidas disciplinarias, medidas judiciales de profesión y honor; arresto juvenil, detención reglamentaria.

5. Bajo **ejecución** debe ser entendida cualquier actividad dirigida a la *realización* de la sanción, desde su mandato o dada de orden de la ejecución, hasta su término<sup>53</sup>. El hecho puede ser cometido por *omisión*, si la ejecución es alargada ilegalmente por inactividad (p. ej., del jefe de institución)<sup>54</sup>.

6. La **incapacidad de ejecución** puede resultar si la sanción *procesalmente* no podría ser ejecutada, debido a una decisión ausente, nula o aún no ejecutable. Por el contrario, no tiene significado, si la decisión que sirve de base es *sustantivamente* (materialrechtlich) justa<sup>55</sup>.

7. § 239 StGB desiste frente a § 345 StGB por medio de **Consunción**.

### Bibliografía general

*Bosch*, Der Schutz der Fortbewegungsfreiheit durch den Tatbestand der Freiheitsberaubung (§ 239 StGB), Jura 2012, 604; *Fahl*, Zur Problematik der §§ 239a, b StGB bei der Anwendung auf “Zwei-Personen-Verhältnisse”, Jura 1996, 456; *Geppert/Bartl*, Probleme der Freiheitsberaubung, insbesondere zum Schutzgut des § 239 StGB, Jura 1985, 221; *Heinrich*, Zur Notwendigkeit der Einschränkung des Tatbestands der Geiselnahme NSTZ 1997, 365; *Immel*, Zur Einschränkung der §§ 239a I, 239b I StGB in Fällen “typischer” Erpressung/Nötigung im Drei-Personen-Verhältnis, NSTZ 2001, 67; *Kargl*, Die Freiheitsberaubung nach dem 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts, JZ 1999, 72; *Nikolaus*, Zu den Tatbeständen des erpresserischen Menschenraubs und der Geiselnahme 2003; *Park/Schwarz*, Die Freiheitsberaubung (§ 239 StGB), Jura 1995, 294; *Reiß*, Gedanken zur Neufassung des § 345 StGB, Rpfleger 1976, 201; *Satzger*, Erpresserischer Menschenraub (§ 239a StGB) und Geiselnahme (§ 239b StGB) im Zweipersonenverhältnis, Jura 2007, 114.

### Notas

- 1 *Bundeskriminalamt*, Polizeiliche Kriminalstatistik 2010, p. 168 ss.
- 2 *Bundeskriminalamt*, Polizeiliche Kriminalstatistik 2010, p. 46.
- 3 RGSt 61, 239, 242; BGHSt 14, 314, 316; 32, 183, 188;

*Eser/Eisele*, en Schönke/Schröder, StGB, 28. ed. 2010, § 239 StGB n° marg. 1.

- 4 *Fischer*, StGB, 59. ed. 2012, § 239 n° marg. 4.
- 5 BGHSt 32, 183, 187 s.
- 6 RGSt 7, 259, 260.
- 7 *Eser/Eisele*, en Schönke/Schröder, StGB, 28. ed. 2010, § 239 StGB n° marg. 5 con más antecedentes.
- 8 BGHSt 32, 183, 189.
- 9 BGH NJW 1993, 1807.
- 10 RGSt 6, 231, 232; BGH NJW 1993, 1807.
- 11 *Fischer*, StGB, 59. ed. 2012, § 239 n° marg. 9 con más antecedentes.
- 12 BGH NSTZ 2001, 420.
- 13 *Träger/Schluckebier*, en Leipziger Kommentar zum StGB, 11. ed. 2001, § 239 n° marg. 15 con más antecedentes.
- 14 BGH NSTZ-RR 2009, 366.
- 15 RGSt 13, 426, 428 s.; BGHSt 3, 4, 6; 10, 306, 307.
- 16 *Valerius*, en BeckOK, StGB, 20. ed. 2012, § 239 n° marg. 16.1 s.
- 17 BT-Drs. 13/8587, 41.
- 18 *Lackner/Kühl*, StGB, 27. ed. 2011, § 239 n° marg. 8.
- 19 RGSt 7, 259, 260.
- 20 BGH NJW 1967, 941.
- 21 BT-Drs. 13/8587, 28.
- 22 BGHSt 19, 382, 387.
- 23 *Eser/Eisele*, en Schönke/Schröder, StGB, 28. ed. 2010, § 239 StGB n° marg. 12.
- 24 BGHSt 28, 18, 20.
- 25 BGHSt 30, 235, 236.
- 26 BGHSt 18, 26, 27.
- 27 BT-Drs. 11/4359, 13.
- 28 *Valerius*, en BeckOK, StGB, 20. ed. 2012, § 239a n° marg. 1, 239b n° marg. 1.
- 29 *Valerius*, en BeckOK, StGB, 20. ed. 2012, § 239a n° marg. 11.
- 30 BGHSt 26, 309, 310; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT II, 34. ed. 2011, n° marg. 744.
- 31 *Renzikowski*, en Münchener Kommentar zum StGB, 2003, § 239a n° marg. 68.
- 32 *Fischer*, StGB, 59. ed. 2012, § 239a n° marg. 10a.
- 33 BGHSt 22, 178, 179.
- 34 BGH NSTZ 1996, 277.
- 35 BGH NSTZ 1999, 509; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT I, 35. ed. 2011, n° marg. 454.
- 36 *Fischer*, StGB, 59. ed. 2012, § 239a n° marg. 4d con más antecedentes.
- 37 BGHSt 26, 70, 72.
- 38 BGHSt 26, 70, 72 s.
- 39 BGHSt 40, 350, 355 ss.
- 40 BGH NSTZ 2006, 448, 449.
- 41 BGH NSTZ 2006, 448, 449.
- 42 BGH NSTZ 2007, 32.
- 43 *Renzikowski*, en Münchener Kommentar zum StGB, 2003, § 239a n° marg. 58 ss.; *Satzger*, Jura 2007, 114, 117 ss.
- 44 *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT II, 24. ed. 2011, n° marg. 743.
- 45 BGHSt 33, 322, 324.
- 46 BGHSt 33, 322, 325.
- 47 BGH NSTZ 2001, 532.
- 48 BGHSt 25, 386.

49 BGHSt 25, 386, 387; 26, 24, 28.

50 *Cramer/Sternberg-Lieben/Hecker*, en Schönke/Schröder, StGB, 28. ed. 2010, § 345 n° marg. 1 con más antecedentes.

51 RGSt 63, 175, 176.

52 *Witteck/Bange*, en BeckOK, StGB, 20. ed. 2012, § 345 n° marg. 6, 9.2 con más antecedentes.

53 BGHSt 20, 64, 66.

54 RGSt 30, 135, 136

55 *Lackner/Kühl*, StGB, 27. ed. 2011, § 345 n° marg. 3 con más antecedentes.

## Argentina

Luis Fernando Niño<sup>1</sup>

I. El tema que hoy nos convoca remite a un ámbito en el que el Estado de Derecho suele declinar frente a las constantes pulsiones del Estado de Policía: el de las privaciones de libertad concretadas por miembros de alguna fuerza de seguridad sin la orden judicial previa que, por regla, debe precederla y sin causa que justifique la excepción a dicha regla.

Ha menester, en primer lugar, describir el marco normativo y jurisprudencial existente en Argentina sobre el particular.

La Constitución Nacional, vigente desde 1853, en línea con las directrices de un Estado de Derecho, ha establecido como uno de los derechos básicos el de la libertad personal. Sus artículos 14, 18 y 19 brindan soporte suficiente para neutralizar las injerencias indebidas<sup>2</sup>.

A mediados de la década de 1980 la Argentina ratificó diversos instrumentos internacionales, entre los que se encuentran la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP). La reforma constitucional de 1994 los dotó de suprema jerarquía normativa “en las condiciones de su vigencia” (art. 75.22 CN); y la Corte Suprema de Justicia de la Nación precisó, a partir del caso “*Ekmekdjian c. Sofovich*” (Fallos 315:1492), que la interpretación del primero de tales documentos debe “...guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En otra decisión trascendente, ese alto tribunal sostuvo que la frase “condiciones de su vigencia” significa “...tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”, aclarando, para despejar todo margen de dudas, que “...la aludida jurisprudencia debe servir de guía para la interpreta-

ción de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención...<sup>3</sup>.

Vale, pues, consignar que el art. 7 CADH, numerales 2 y 3, establece que “*nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas*”, y que “*nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios*”.

La Corte Interamericana ha señalado desde el caso “*Gangaram Panday c. Surinam*” que “...según el primero de tales supuestos normativos, *nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)*”. Con relación al segundo, indicó que “...se está en presencia de una condición según la cual *nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que —aún calificados de legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad*”<sup>4</sup>.

En casos posteriores, reiteró dicho Tribunal la necesidad, impuesta por la CADH, de adentrarse en el derecho interno para colegir si se han cumplido las exigencias de habilitación legal válida, tanto en lo que hace a su aspecto material como formal. Esas referencias resultan herramientas imprescindibles para un adecuado control judicial de las detenciones que con asiduidad realiza la agencia policial, en especial las que se efectúan por fuera de las regulaciones de los códigos procesales. Precisamente, a fines de 2003, el mismo órgano colegiado hubo de destacar, con referencia a la Argentina y respecto de las detenciones que practica la agencia policial, que “...*las razias son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, de la presunción de inocencia, de la existencia de orden judicial para detener —salvo en hipótesis de flagrancia—*...”<sup>5</sup>.

Paralelamente, a nivel provincial, diversos procesos de reforma constitucional han equiparado —o aun mejorado— tales estándares en las respectivas Leyes Fundamentales, incluyendo disposiciones tuitivas de la libertad individual.

En suma, es posible sostener que existe un adecuado marco constitucional y convencional en la materia

y que la jurisprudencia del tribunal cimero en el orden regional brinda adecuada traducción de la normativa interamericana vigente.

II. En contraste con ese auspicioso panorama, las regulaciones infraconstitucionales, las prácticas de las agencias policiales y un insuficiente control judicial —basado en un cuestionable conjunto de decisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación entre los años 1998 y 2003— han puesto seriamente en cuestión la vigencia de los límites constitucionales a la operatividad de aquellas agencias.

Tal como se ha destacado en informes anteriores, cuadra recordar que la República Argentina se encuentra constituida como un estado federal, compuesto por veintitrés provincias y una ciudad autónoma —Buenos Aires— que conservan para sí todo el poder no delegado al gobierno nacional, federal, modelo institucional que determina la coexistencia de veinticinco códigos procesales en el ámbito penal, uno federal, uno por cada provincia y otro en el ámbito de aquella urbe, así como veinticinco leyes orgánicas de las respectivas agencias policiales.

Por otra parte, si bien existe sólo un código penal, también tienen vigencia códigos contravencionales y/o de faltas en cada una de dichas jurisdicciones, a excepción de la federal.

Pese al heterogéneo elenco de normas resultante de esa peculiar organización política, es posible predicar que —en términos generales— los códigos procesales poseen disposiciones muy similares a las que rigen en el ámbito federal; que las leyes orgánicas de las diversas policías locales contienen facultades análogas a la que contemplaba la redacción original del decreto nacional n° 333/58 para la Policía Federal Argentina; y que los códigos de faltas o contravenciones cuentan con textos semejantes entre sí y afines a los que regían en la Ciudad de Buenos Aires hasta el año 1998, año en que cobró vigencia un nuevo sistema para esas infracciones de menor entidad.

Es factible, pues, distinguir tres supuestos básicos de detención policial autorizada en la Argentina en el plano infraconstitucional.

El primero de ellos se alinea bajo la regla constitucional que exige, como modalidad paradigmática de restricción al derecho a la libertad ambulatoria, la expedición de una “orden escrita de autoridad competente”. Al respecto la jurisprudencia y la doctrina resultan ampliamente coincidentes en que esa autoridad ha de ser la de un juez, quien —por lo demás— sólo puede disponer una detención en el marco de un proceso

judicial y mediante una orden motivada en los hechos acreditados y fundada en un estándar legal<sup>6</sup>.

El segundo supuesto se conforma a través de las disposiciones de los diversos códigos procesales que establecen, como excepción a esa regla general, una habilitación a las agencias policiales para proceder a la detención de personas si se verificaren determinadas situaciones que permitieran deducir su vinculación con un hecho ilícito.

Si bien, en abstracto, cabría situar tal concesión a la fuerza pública en los estrictos límites de la flagrancia, encauzándola como un complemento derivado de la propia regulación constitucional, los ordenamientos rituales, genéricamente considerados, amplían su alcance al abarcar hipótesis diferentes a la de la ejecución actual de una conducta ilícita. Valga como ejemplo el artículo 284 del Código Procesal Penal federal, que legitima la detención sin orden judicial si concurren “*indicios vehementes de culpabilidad*” y “*peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación*”<sup>7</sup>.

La jurisprudencia se ha revelado oscilante y apocada ante esta ampliación legal de las atribuciones policiales. En contraste con decisiones señeras como la registrada en el caso “*Daray*”, del año 1994 (Fallos 317:1985), oportunidad en que la Corte Suprema federal limitó fuertemente la discrecionalidad de las agencias ejecutivas en tan delicado terreno, a partir de 1998 dicho colegiado ha exhibido un preocupante retraimiento en orden a demarcar plausiblemente las fronteras de actuación de las mismas.

Una serie de resoluciones dictadas en el período 1998-2003 se orientaron en el sentido de convalidar la actuación policial ante la mera presunción de la necesidad de detener a una persona para establecer si se había cometido un delito. Mediante fórmulas de gran vaguedad, tales como “*causa probable*”, “*sospecha razonable*” o análisis de la “*totalidad de las circunstancias de la causa*”, se evidenció una postura político-criminal teñida de objetable pragmatismo y expuesta sin cortapisas: “*...que el delito comprobado no rinda beneficios*”.

El precedente “*Fernández Prieto*”, de fecha 12 de noviembre de 1998 (Fallos 321:2147), identificable como caso modélico de dicha tendencia, generó una línea jurisprudencial que provocó graves y duraderos efectos<sup>8</sup>, con prescindencia de todo análisis relativo a la aplicabilidad de los estándares constitucionales y convencionales vigentes. La Cámara Nacional de Casación Penal no fue ajena a la influencia de esas pautas sobre el quehacer de los tribunales argentinos<sup>9</sup>.

Pese a la apreciable mudanza en su composición, producida a partir del año 2003, la Corte nacional no ha dictado resoluciones que indiquen un neto alejamiento de aquel incierto rumbo<sup>10</sup>.

Tras un comienzo halagüeño, configurado por la declaración de nulidad de una detención, con remisión al dictamen del Procurador, en el caso *“Peralta Cano, Mauricio Esteban”* del 3 de Mayo de 2005, ulteriores decisiones desvirtuaron el apreciable sesgo de firmeza frente a los abusos policiales por él representado. Al pronunciarse *in re “Ciraolo”* de 20 de Octubre de 2009 (Fallos 332:2397) la mayoría de la Corte, desechando en esa oportunidad el dictamen de la Procuración, rechazó el recurso de la defensa que cuestionaba una detención sin orden judicial. Cuadra destacar la disidencia de los jueces Maqueda, Lorenzetti y Zaffaroni, quienes sostuvieron que *“...más allá de la interpretación que se haga del grado de sospecha exigido por esas leyes para autorizar un arresto o una requisita, no hay dudas de que un policía no está autorizado a realizar detenciones indiscriminadas”*, añadiendo que *“por otra parte, una vez que el agente de prevención se encuentra ante alguna de esas hipótesis exigidas por la ley para proceder, es necesario que describa fundadamente cuáles son las conductas u actos “en especial actitudes del imputado” que generaron sus sospechas”* a los fines de garantizar el control judicial de la realización de tan excepcional injerencia.

En tercer término y en creciente discordancia con la doctrina que emana de la cúspide de nuestra pirámide normativa, aparecen las disposiciones emergentes de los arcaicos códigos de faltas o contravencionales y de leyes orgánicas de las diferentes fuerzas de seguridad, que teóricamente facultan a los cuerpos policiales a protagonizar interceptaciones y practicar detenciones sin mediar orden de juez competente, ni existencia de delito en flagrancia.

Guardando aberrante semejanza con los arbitrarios controles poblacionales propios de Estados de policía, toda vez que permiten la detención de personas a fin de indagar acerca de sus antecedentes o sus medios de vida, o —lisa y llanamente— para imputarles especies ilícitas propias de un insostenible derecho penal de autor, esos resortes legales o reglamentarios posibilitan la arbitrariedad policial, merced a la ambigüedad de sus formulaciones, e incluso autorizan la vigilancia, clasificación y registro de personas con el simple expediente de estimar que se *“dedican habitualmente”* a las *“actividades que la policía debe reprimir”*<sup>11</sup>. Y huelga añadir que no siempre es puntual ni efectivo el remedio

judicial a tales procedimientos abiertamente lesivos del sistema de derechos y garantías<sup>12</sup>.

En definitiva, la subsistencia de normas de categoría infraconstitucional reñidas con los axiomas de un Derecho Penal liberal de acto y de culpabilidad, sumada al desconcierto jurisprudencial originado en ciertos postulados político-criminales pragmatistas esgrimidos a la hora de controlar la conformidad de las leyes y reglamentos a la Ley Fundamental conforman una difusa amalgama en la que naufraga la seguridad jurídica de los habitantes y encuentran ocasional albergue las peores prácticas policíacas, con especial detrimento de aquellos signados por el más alto grado de vulnerabilidad.

La noble racionalidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reconocida en el supremo sitio que le compete, y su más depurada interpretación a nivel continental enfrentan así, inopinadamente, las vicisitudes generadas por espurios ejercicios de poder, incompatibles con el modelo de Estado democrático formalmente consagrado.

#### Notas

1 Colaboró en la redacción de este informe el magistrado y publicista Adrián Norberto Martín, autor de la obra *“Detenciones policiales ilegales y arbitrarias en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal”*, Del Puerto, Bs. As., 2010.

2 El primero de tales preceptos establece que *“(t)odos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber... de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino...”*. El juego armónico de los dos restantes consagra los principios de legalidad y reserva de ley en materia penal; de sendos enunciados vale destacar aquí, especialmente, que *“(n)ingún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”* (art. 18) y que *“(l)as acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...”* (art. 19).

3 Caso *“Giroldi”*, resuelto el 7 de abril de 1995, (Fallos 318:514).

4 Serie C No. 16 Corte IDH. Caso *“Gangaram Panday c. Suriname”*. Sentencia de 21 de enero de 1994. Sobre el tópico, v. BOVINO, Alberto; *“La libertad personal en el sistema interamericano”*, en AA.VV., *‘Derecho internacional de los derechos humanos’*. Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University, México DF, 2004.

5 Serie C No. 100 Corte IDH. Caso *“Bulacio c. Argentina”*. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003.

6 Esa pacífica hermenéutica encuentra refuerzo en uno de los *“(n)uevos derechos y garantías”* incorporados a nuestra Carta Magna mediante la aludida reforma de 1994: el artículo 43 de la Constitución Nacional prescribe, en su primer párrafo, que *“(t)oda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo,*

siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Y en el cuarto y último, que "(c) uando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio".

7 Esa disposición enlaza, con riesgo para los derechos y garantías individuales, con la del artículo 230 bis, que autoriza la requisita de personas o inspección de efectos sin orden judicial, por parte de funcionarios de la policía y fuerzas de seguridad, "con la finalidad de hallar la existencia de cosas probablemente provenientes o constitutivas de un delito o de elementos que pudieran ser utilizados" para su comisión. Tal potestad fue incorporada por ley 25434 (B.O. 19/6/2001) como anticipo del fatídico trienio de expansionismo punitivo 2003-2006, al que hemos hecho referencia en anteriores entregas para esta Sección de la Revista.

8 Cabe mencionar, en el sentido apuntado, hitos tales como "Flores Núñez, María Aurelia", del 22 de Diciembre de 1998 (Fallos 321:3663), "Tumbeiro, Carlos Alejandro" del 3 de Octubre de 2002 (Fallos 325:2485), "Monzón, Rubén M." del 12 de Diciembre de 2002 (Fallos 325:3322), y "Szmilowsky, Tomás", del 06 de febrero de 2003 (Fallos 326:41).

9 V. en sentido crítico CARRIÓ, Alejandro: "Garantías constitucionales en el proceso penal", Hammurabi, Buenos Aires, 2007; del mismo autor, "El derecho a la libertad y los trámites de identificación. De Daray a Fernández Prieto a Tumbeiro (o de Guatebuena a Guatemala a Guatepeor)", en Revista Jurisprudencia Argentina, tomo 2003-I, La Ley, Buenos Aires, 2003, p 729 y ss.; MILLER, J., GELLI, M. A., CAYUSO, S., GULLCO, H.: "Constitución poder político y derechos humanos. Garantías constitucionales en el proceso penal", La Ley, Buenos Aires, 2002; HONISCH, Paula: "Un nuevo retroceso de la Corte Suprema en el respeto de las garantías constitucionales", en Revista Nueva Doctrina Penal, 2002/B, Del Puerto, Buenos Aires, 2002, p 533; MARGARINOS, H. Mario: "La detención de personas sin orden escrita de autoridad competente y la Constitución Nacional", en Revista Jurídica La Ley, tomo 1999-D, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 661, entre muchos otros.

10 Empero, la necesidad de retomar las líneas jurisprudenciales anteriores a aquellos cuestionables precedentes se advierte en pronunciamientos particulares de algunos magistrados. En tal sentido, destacan los votos censores de aquella línea jurisprudencial emitidos por el juez Maqueda en los casos "Waltta, César Luis" de 21 de Septiembre de 2004 (Fallos 327:3829) y "Massa, Analía y otro" de 19 de Octubre del mismo año (Fallos: 327:4458).

11 Un relevamiento detallado de esa normativa puede consultarse en MARTÍN, Adrián N.: "Detenciones policiales ilegales y arbitrarias en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal", citado en nota 1.

12 Es oportuno apuntar que, a fines de la década de 1990, se detectó la ocurrencia de numerosos procesos penales fraguados por personal policial en base a la detención de personas con

fines de identificación, a quienes se endilgaba la tenencia de estupefacientes o armas introducidos entre sus pertenencias por los propios funcionarios virtualmente abocados a aquellas tareas. V. al respecto, "Informe acerca de la creación y funcionamiento de la comisión investigadora de procedimientos penales fraguados, creada por resolución PGN 35/00", Procuración General de la Nación, Buenos Aires, 2000; TISCORNIA, Sofia. (comp.): "Burocracias y violencia"; Antropofagia, Buenos Aires, 2004.

## China

Zunyou Zhou

Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law  
Freiburg/Germany

### I. Introduction

As in other Western countries, freedom of the person (or personal freedom) is a fundamental human right in China. Under Article 37 of the Chinese Constitution, personal freedom is inviolable; nobody may be detained except with the approval, or by decision, of a prosecutor's office or by decision of a court, and detentions must be made by the police; deprivation of freedom of the person by illegal detention or other illegal means is prohibited. Detailed regulations for the deprivation of personal freedom are provided by the Legislation Law, the Criminal Code and the Criminal Procedure Law.

In the first three decades of the history of the People's Republic of China (1949-1979), there was no criminal code, except for a few individual criminal regulations aimed to punish certain types of crimes (e.g., counter-revolutionary crimes, crimes of corruption). Efforts to codify criminal law began as early as in 1954, but did not bear fruit until 1979, when the Criminal Code was finally passed. Before witnessing the most extensive revision by the National People's Congress (NPC) in 1997, the Criminal Code had already undergone significant changes by 21 specific criminal enactments and 28 other enactments primarily on non-criminal subjects but containing criminal provisions<sup>1</sup>. Until now, the Criminal Code of 1997 has been amended eight times.

Like many criminal codes in Continental Europe, the Chinese Criminal Code is divided into two parts: a General Part and a Special Part. While the General Part contains basic provisions regarding crime and punishment, the Special Part consists of ten chapters each dealing with crimes classified under a particular category (i.e., crimes endangering national security, crimes endangering public security, crimes disrupting

the order of socialist market economy, crimes against personal and democratic rights, crimes against property, crimes obstructing the administration of public order, crimes impairing the interests of national defense, crimes of corruption, crimes of malfeasance in office, crimes of soldiers violating military duties). The order of the categories in the Special Part corresponds roughly to the degree of social harm of these crimes<sup>2</sup>.

The offense of illegal detention provided by Article 238 of the Criminal Code is an independent crime in the Special Part's fourth chapter entitled "crimes against personal and democratic rights" (Art. 232-262a). Aside from a few crimes against democratic rights, all others are crimes against personal rights, which can be further grouped, as criminal law scholars do, into those (1) against life and health, (2) against sexual self-determination, (3) against personal freedom, (4) against reputation and privacy, and (5) against marriage<sup>3</sup>. Apparently, illegal detention belongs to the category of violating personal freedom.

More concretely, the group of crimes against personal freedom<sup>4</sup> incorporates a total of 18 offenses: illegal detention (Art. 238), kidnapping (Art. 239), selling an abducted woman or child (Art. 240), buying an abducted woman or child (Art. 241), obstructing the rescue of a sold woman or child (Art. 242), framing another person for a crime (Art. 243), forced labor (Art. 244), employment of children for hazardous and heavy work (Art. 244a), illegal searching (Art. 245), illegal intrusion into home (Art. 245), use of torture to extort confessions (Art. 247), use of force to obtain evidence (Art. 247), maltreatment of a prisoner (Art. 248), violent intervention in freedom of marriage (Art. 257), maltreatment of a family member (Art. 260), abducting a child (Art. 262), organizing disabled persons and children for begging (Art. 262a), and organizing minors for activities in breach of social order (Art. 262b).

## II. Offense of Illegal Detention

### 1. Criminal Provisions

Here is the full text of Article 238:

(1) Illegal detention of another person or illegal deprivation of the personal freedom of another person by other means is punishable by up to a prison term of 3 years, public surveillance, criminal detention or deprivation of political rights<sup>5</sup>. If the offender resorts to physical violence or degrading treatment, he<sup>6</sup> shall be given a heavier punishment.

(2) If a severe injury is caused to the victim of the crime in the above paragraph, the offender shall be sentenced to a prison term of 3-10 years; if death is caused, he shall be sentenced to a prison term of more than 10 years. If the extra use of force results in the severe injury or death, the offender shall be convicted and punished in accordance with Article 234 (intentional bodily injury) or 232 (intentional homicide) of this law.

(3) If illegal detention is carried out to obtain the payment of a debt, both of the above paragraphs apply.

(4) If a civil servant commits any crime in the above three paragraphs by taking advantage of his power, he shall be given a heavier punishment.

### 2. On Conviction

As stipulated in Article 238, illegal detention is defined as the illegal deprivation of personal freedom of another person by detention or other means<sup>7</sup>. The "legally-protected interest" (*Rechtsgut* in German) of the offense is the freedom of physical movement<sup>8</sup>. "Objective elements of the offense" (*objektive Tatbestände*) include primarily "illegal", "detention" and "another person".

– As the name of this offense shows, illegal detention is the "illegal" deprivation of personal freedom. An act of deprivation of personal freedom is illegal when it has neither a legal basis nor can be justified or excused. Prosecuting authorities (i.e., police agencies and prosecutors' offices) are entitled to detain a person suspected of committing a crime. When the detention is carried out in accordance with the Criminal Procedure Law or the Law on Penalties for Violations of Public Order, the deprivation of personal freedom is justified and therefore legal. If, however, the legally justified detention exceeds the time limit allowed by law, the exceeded deprivation of freedom constitutes illegal detention<sup>9</sup>. While admitting a mental patient in a psychiatric hospital in accordance with the law is no offense, admitting a person without mental illness, in violation of the law, constitutes illegal detention<sup>10</sup>.

– "Detention", namely deprivation of personal freedom, may take different forms, either direct or indirect, either visible or invisible (e.g., locking another person up in a room, shackling him to a tree, put handcuffs on him, taking away the clothes of a bathing woman so that she cannot leave for fear of exposing herself).

– The object of the act, "another person", should be a natural person, who has the freedom of physical movement. The natural person may be an adult with

full criminal liability, an infant who is able to walk, a mentally ill person, or a physically disabled person<sup>11</sup>.

As regards the “subjective element of the offense” (*subjektiver Tatbestand*), it is widely recognized in the academic community that the offense of illegal detention presupposes “intention” (*Vorsatz*) rather than “negligence” (*Fahrlässigkeit*). Textbooks on criminal law differentiate “direct intention” (*direkter Vorsatz*) and “indirect intention” (*bedingter Vorsatz*). Undoubtedly, a “direct intention” suffices for the subjective element. However, opinions vary when it comes to the question whether an “indirect intention” already meets the requirements to convict for this offense. Many criminal lawyers hold the view that illegal detention can only be committed with direct intention. There are still others who believe that an indirect intention should be adequate.

### 3. On Punishment

The first paragraph of Article 238, composed of two sentences, is a general provision and should therefore be applied to the other paragraphs of this article. The first paragraph’s second sentence (regarding “heavier punishment”) is not applicable when—as stipulated by the second paragraph’s second sentence—an extra use of force results in severe injury or death<sup>12</sup>.

The first sentence of the second paragraph deals with the punishment for the circumstance where (1) the act of illegal detention itself results in severe injury or death, and (2) there is direct causation between the act and the result. If the victim, however, intentionally or negligently causes his own death or severe injury (e.g., by suicide or self-harm), this sentence does not apply<sup>13</sup>.

The second sentence of the second paragraph is a special provision as opposed to the general provision in the first paragraph. As long as the extra use of force results in severe injury or death of the victim, the offender should be convicted of intentional bodily injury or intentional homicide, even if such an intention (of injuring or killing) did not exist at the time when the crime was committed. It should be noted that the offender deserves punishment in this special provision only when the result of severe injury or death is foreseeable<sup>14</sup>. After all, nobody is liable for an unforeseeable consequence of his or her act.

If, however, the intention of severely injuring or even killing the victim is conceived during the period of illegal detention, the offender should be charged with multiple counts (namely illegal detention and intentional bodily harm; or illegal detention and intentional homicide)<sup>15</sup>.

### 4. Judicial interpretations

The NPC Standing Committee is in theory exclusively responsible for legislative interpretation of national law, but much of this responsibility is in practice assumed by supreme judicial organs, namely the Supreme People’s Procuratorate (SPP) and especially the Supreme People’s Court (SPC). As opposed to legislative interpretations given by the Standing Committee, interpretations issued by the judicial organs are called “judicial interpretations”.

— According to a judicial interpretation adopted by the SPC<sup>16</sup>, if the offender illegally detains another person for the purpose of extorting a debt such as usury or a gambling debt that is not protected by law, he shall be punished in accordance with Article 238.

— In accordance with a judicial interpretation adopted by the SPP<sup>17</sup>, a civil servant shall be criminally punished, if he, by taking advantage of his power, illegally detains another person under any of the following circumstances:

- (1) The detention exceeds 24 hours;
- (2) The detention is accompanied by odious methods like using a tool or tying up, or by acts of beating, degrading or maltreating;
- (3) The detention causes light or severe injury, or death;
- (4) The detention is of a serious nature and leads to a) suicide b) self-harm resulting in severe injury, death, or c) mental disorder;
- (5) The detention takes place for more than 3 person-times;
- (6) The detention is committed by a “judicial officer”<sup>18</sup> who is fully aware that the detained person is not punishable; or
- (7) Other circumstances which justify criminal responsibility.

— An SPC judicial interpretation, “Tentative Guiding Opinions over Sentencing for People’s Courts” issued on 13 September 2010, offers several provisions for the sentencing on illegal detention.

(1) In case of illegal detention, the starting point of sentencing varies under the following different circumstances:

- a. The starting point may range between 3 months of criminal detention and 6 months of imprisonment, if the illegal detention causes no injury.
- b. The starting point may range between 3 and 4 years of imprisonment, if the illegal detention causes severe injury.

c. The starting point may range between 10 and 12 years of imprisonment, if the illegal detention causes one death.

(2) Based on the starting point and taking into account the sentencing increase that results from other specific facts (such as number of the detained, times of the detention, duration of the detention, and consequences of injury or death) which play a role in the realization of the offense, a base sentencing level may be determined.

(3) Up to 20% of the base sentencing level may be increased under either of the following circumstances:

- a. If the offense is accompanied by physical violence or degrading treatment; or
- b. If the offender is a civil servant who takes advantage of his power.

(4) Up to 30% of the base sentencing level may be reduced if the illegal detention is committed for the purpose of obtaining a lawful debt or pursuing a lawful interest.

### III. Specific Forms of Illegal Detention

In 1999, China incorporated a new paragraph into its constitution, which recognizes the rule of law as a goal of the state. This has been a significant event for the Chinese legal development. Since the deeply-rooted tradition of “rule of man” dies hard, Chinese officials have to learn to adapt to a new legal environment where their powers are not unbridled, especially when these powers concern individual freedom. The above-mentioned fourth paragraph of Article 238 threatens in particular civil servants with harsher punishment if they abuse their powers. Prominent forms of illegal detention that they frequently resort to are secret detention in black jails and forced psychiatric commitment.

#### 1. Secret Detention in Black Jails

“Black jails” (*hei jianyu*) usually refer to detention centers, operating in recent years in Beijing, where desperate petitioners are illegally detained until they are forcibly sent back to their hometowns. They may also refer to detention facilities outside Beijing, which are run by local governments themselves to detain petitioners for an undefined period of time. The detained petitioners have sought redress of grievances unresolved at the local levels, but ended up with being taken to these black jails and being subject to various abusive treatments<sup>19</sup>. Although international media and human rights advocates had documented the existence of black jails in Beijing, the Chinese gov-

ernment maintained its public stance of denial during a March 2010 United Nations review of the human rights record in China<sup>20</sup>.

In mid-September 2010, two Chinese outspoken media publications —Caijing and Southern Metropolis Daily— published investigative reports on a Beijing-based private security company, Anyuanding, which was suspected of abducting petitioners and detaining them in black jails<sup>21</sup>. Subsequently, domestic and international media provided extensive coverage of this topic<sup>22</sup>. Surprisingly, Beijing police raided later the office of Caijing magazine in pursuit of their sources for the report. After the raid was publicized, Beijing police had to apologize and then detained two executives of the company on charges of illegal detention and operating an illegal business.

According to media reports, the main job of the company, which employed 3,000 security guards, was to intercept petitioners travelling all the way from their hometowns to Beijing to lodge complaints to central authorities. The company had contracts with local governments and earned handsome sums for helping them “maintain stability”. The kidnapped petitioners were usually taken to abandoned guesthouses, dank basements, or rural compounds in suburban Beijing, where their identity cards and mobile phones were confiscated. They were kept in custody without any formal legal proceedings until officials of their hometowns came to take them in charge.

The issue of secret detention in black jails was brought back into the spotlight by the Beijing police’s announcement of a six-month campaign to crack down on black jails. Yu Jianrong, a professor at the state-run Chinese Academy of Social Sciences, spoke highly of the anti-crime campaign, but pointed out that the exposed cases of illegal detention are only the tip of the iceberg<sup>23</sup>.

Black jails are also reported to exist in other places outside Beijing. Soon after the Anyuanding case, reports emerged about a black jail operated by a county government in Shannxi Province. Many petitioners were detained in a hotel for dozens of days, until they signed written promises not to petition again to the provincial capital<sup>24</sup>.

The emergence of black jails has been one of the side products of the Chinese *xinfang* (petitioning) system, which dates back to the early years of the People’s Republic of China and even further back to the ancient times. The right to petition is enshrined in the current constitution and protected by a specific administrative regulation, Petitioning Ordinance, issued by the cen-

tral government. The *xinfang* system allows wronged citizens to seek the intervention of higher officials and serves as a channel for citizens to seek assistance in resolving specific grievances<sup>25</sup>.

The current *xinfang* regulations require each level of the bureaucracy (the CCP, government, congress and court) to associate the resolution of petitions with the future careers of local officials. These officials are punished if there is a large flow of petitioners from their areas to Beijing. This policy creates a strong incentive for local officials to block and stifle petitioners. It is an open secret that various local governments each year spend a huge amount of resources on intercepting petitioners as part of their “maintaining stability” (*weiwen*) work.

The illegal detention of petitioners in black jails is alleged to be “systematic and extensive”<sup>26</sup>. Despite being illegal, black jails persist, owing to a chain of interests behind the control of petitioners. The interception and repatriation of petitioners has in fact become a lucrative business for many people, involving local officials, security organs and Beijing police. Criminals operating black jails have been brought to justice, but there has been no mention of legal actions against local officials who hired them. Illegal detention of petitioners is not very likely to disappear, if “the central government remains strong in asking local governments to control the number of petitioners flowing into Beijing but weak in meting out punishment when local governments achieve their targets through dubious means”<sup>27</sup>.

## 2. Forced Psychiatric Commitment

Involuntary psychiatric commitment is another form of illegal detention for stifling and punishing disobedient citizens. Since the 1990s, there have been reports indicating that the commitment system is used for political purposes against individual activists and especially against Falung Gong practitioners<sup>28</sup>. In recent years, numerous reports focus on people who are intentionally diagnosed as mentally ill, or on psychiatric hospitals that admit people alleged to be mentally ill. In many of these cases, psychiatric hospitals have become jails for petitioners. Unlike black jails, these hospitals are established legally.

*Xu Lindong*, a farmer in Henan Province, was forcibly committed to a psychiatric hospital in 2003 by the local government, simply because he helped a neighbor file a lawsuit against the local officials. Until his release from hospital due to massive public pressure, he had

been committed for more than six years. The officials in question received only disciplinary sanctions rather than criminal punishments<sup>29</sup>.

In 2006, *Xu Wu* was caught by the police of Hubei Province while petitioning central authorities in Beijing about his employer’s unequal pay for workers. The local police committed him to a psychiatric hospital where he was held until his escape in April 2011. After the escape, he went to a city in southern China for help from the public. Just as he was leaving the television station where he gave an interview on his miserable experience, several policemen from Hubei took him away and put him back into hospital<sup>30</sup>.

In October 2008, *Sun Fawu*, a farmer from Shandong Province, was intercepted by the local government when he was en route to Beijing for filing a petition. He had been kept in a psychiatric hospital for over 20 days before he signed a written promise that he would give up the idea of petitioning<sup>31</sup>.

The Chinese Human Rights Defenders (CHRD), an independent NGO, recently published a report with a sample of 40 cases of individuals detained in psychiatric institutions between 2008 and 2012 for their petitioning and human rights activism. The real number of such cases is most likely much higher<sup>32</sup>.

According to a report of the UN Working Group on Arbitrary Detention published in 2004, “the Chinese system of confinement of mentally ill persons in mental health facilities, which they are not allowed to leave, is to be considered a form of deprivation of liberty, since it lacks the necessary safeguards against arbitrariness and abuse.”<sup>33</sup> At present, the same system remains in place. Individuals who are committed to a psychiatric hospital even though they suffer no mental disorder are usually deprived of freedom of the person. They lose their right to make decisions regarding their own fate, including admission, discharge, and treatment. Their contacts with the outside world, including with their family members and legal counsel, are considerably restricted. Abusive treatment is frequent<sup>34</sup>.

Currently, China does not have a specific law at the national level on involuntary commitment and treatment of mentally ill people in mental health institutions. Rather, the power of involuntary commitment is granted to the police by the Criminal Code (CC) and the People’s Police Law (PPL). The CC provides in its Article 18 that an offender is not liable for a crime committed because of his mental state; when necessary, the government may compel him to receive medical treatment. Such forced treatment is usually provid-

ed by over 20 psychiatric facilities (so-called *ankang* hospitals) run by national and local police authorities<sup>35</sup>. According to Article 14 of the PPL, the police may take protective measures to restrain a mentally ill person who seriously endangers public security or the personal safety of others; if it is necessary, the person may be committed. Neither the CC nor the PPL nor their implementing regulations provide any details on concrete circumstances, procedures and safeguards under which an individual may be involuntarily committed. These vague regulations are highly vulnerable to abuse<sup>36</sup>. Moreover, in actual practice, the police often commit individuals regardless of whether a crime has occurred, as required by the CC or a misdemeanor, as required by the PPL<sup>37</sup>. As noted above, involuntary commitment is used against individuals who are exercising their right to petition guaranteed by the Constitution and other laws.

A major reform of the legal situation is the recently revised Criminal Procedure Law (CPL), which will take effect on 1 January 2013. It contains a new section on criminal commitment. In spite of obvious deficiencies, the new CPL will, if faithfully implemented at all, become a useful check on the use of psychiatric commitment. More progress will be made by the draft law on mental health still under review by the Standing Committee of the National People's Congress<sup>38</sup>. In spite of partial in compliance with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), which China has ratified, the much sought-after law is expected to significantly reduce official abuse of forced commitment.

For lack of a national law in this regard, various provinces or municipalities have promulgated their own regulations on forced commitment<sup>39</sup>. The local regulations often empower the police to commit individuals against their will in a wide variety of situations, but contain few safeguards against abuses. Clearly, this empowerment is a direct contradiction to the Legislation Law, which stipulates in its Article 8 that mandatory measures and penalties involving restriction of the personal freedom of citizens may only be governed by a national law.

#### IV. Illegal or Arbitrary Detention?

In international law, "arbitrary detention" is a broader term than the Chinese term "illegal detention". For instance, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) specifies the protection from "arbitrary arrest and detention" in its Article 9. The UN

Working Group on Arbitrary Detention defines a detention as "arbitrary" if a case falls into one of the following categories: (1) it is clearly impossible to invoke any legal basis justifying such deprivation (Category I); (2) the deprivation is caused by the exercise of some fundamental rights guaranteed by the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and the ICCPR (Category II); or (3) there is grave non-observance of the fair trial standards spelled out in the UDHR and in other international human rights instruments accepted by the States concerned (Category III). The first category includes cases where individuals are kept in detention in violation of domestic law or relevant international instruments. The rights protected under the second category include those in Articles 7, 10, 13, 14, 18, 19, and 21 of the UDHR and in Articles 12, 18, 19, 21, 22, and 27 of the ICCPR<sup>40</sup>.

According to the Congressional-Executive Commission on China (CECC), an organization created by the US Congress with the legislative mandate to monitor human rights and the development of the rule of law in China, "arbitrary detention" in China takes several different forms, including not only "detention in secret black jails" and "forced psychiatric commitment", but also "reeducation through labour", and "double designations"<sup>41</sup>.

#### 1. Reeducation through Labour

The system of "Reeducation through Labour" (*laodong jiaoyang*) or abbreviated as "*laojiao*" in Chinese, hereinafter referred to as "RTL") is a special form of administrative, rather than criminal, detention in China.

Originating from an administrative regulation issued by the central government in 1957, the RTL has witnessed major changes in the following decades. Since its inception, the RTL has served multiple functions and punished a variety of people. The scope of targets of the RTL has constantly expanded. Earlier lists of targets included politically unreliable individuals. Now, the emphasis has shifted to targets who commit minor offenses not serious enough for a criminal sanction. Notably, an important use of the RTL is to target social evils, including prostitution, pornography, human trafficking, drug addiction, gambling, and deception by means of feudal superstition<sup>42</sup>.

The RTL involves detention without trial. It is sometimes even harsher than detention imposed by a court in normal criminal procedures, for the offender may be detained in a RTL centre from one to three

years, with the possibility of a one-year extension. The decision for RTL is made by a committee comprised of officials from the agencies of civil affairs, police, and labour. In practice, however, police officials dominate the decision-making process<sup>43</sup>. Absolute power breeds absolute abuse. As the Chinese legal practice repeatedly demonstrates, the legal authority exercised by the police over the RTL is highly vulnerable to abuse<sup>44</sup>.

Legal scholars and human rights defenders have long been advocating a reform of the RTL, because this measure violates both domestic and international laws. First of all, the RTL is inconsistent with the Chinese Constitution, which requires that detention of a person should be based on judicial review (Art. 37). It is also in violation of the Legislation Law (Art. 8) and Administrative Penalty Law (Art. 9) which require that all restrictions on personal freedom should be authorized by national parliamentary laws instead of administrative regulations<sup>45</sup>. Moreover, the RTL is not compatible with international human rights standards, especially Article 9 (the right to liberty) and Article 14 (the right to fair trial) of the ICCPR, which China has signed and is reportedly ready to ratify<sup>46</sup>.

As early as in 2009, the Chinese government reported that the NPC Standing Committee had decided to make a Law on Correctional Services, which would reform the current RTL system<sup>47</sup>. In March 2010, an official of the Commission for Legislative Affairs of the NPC Standing Committee confirmed that the making of the Law on Education and Correction regarding Illegal Acts had been included in the legislation plan in an effort to reform the RTL system<sup>48</sup>.

The cases of Tang Hui<sup>49</sup> and Ren Jianyu<sup>50</sup> generated public outrage against the arbitrariness of the RTL. In both cases, the RTL has been abused by local authorities to retaliate against frustrated individuals and to circumvent formal criminal procedure. In spite of these serious legal and practical deficiencies in the system, various legislative attempts to reform it have failed mainly for two reasons: there is a practical need for a legal instrument to deal with various minor offenses; grave disagreements remain between police authorities and judicial organs (courts or prosecutors) over the decision-making power<sup>51</sup>.

## 2. “Double Designations”

“Double designations” (*shuanggui* in Chinese) is a disciplinary measure of the Chinese Communist Party (CCP) for investigating its own members, most often in

cases of suspected corruption<sup>52</sup>. In colloquial parlance, “*shuanggui*” is more often used than its official names “*lianggui*” and “*liangzhi*”<sup>53</sup>.

The *shuanggui* measure dates back to an administrative regulation issued in 1990, which empowered administrative supervisory organs (special departments at various levels of government) to investigate civil servants suspected of violating state law or administrative discipline. During the investigations, administrative supervisory organs had the authority to “order those concerned to appear at a designated time and place to account for the matters under supervision”<sup>54</sup>. The “designated time” and the “designated place” for summoning suspected civil servants have since been referred to as “double designations” (*lianggui*).

The administrative regulation of 1990 on *lianggui* was later replaced by the “Law on Administrative Supervision”, a parliamentary law adopted in 1997. Under Article 20 (3) of the law, administrative supervisory organs have the power to “order personnel suspected of violating administrative discipline to appear at specified time and place to account for matters under investigation”. The “specified time” and the “specified place” were later called by their contraction “double specifications” (*liangzhi*). This was clearly an attempt to distinguish it from the disciplinary measure “*lianggui*” taken by Commissions of Discipline Inspection (CDIs), disciplinary organs of the CCP, in accordance with a CCP regulation of 1994. This Party regulation authorizes the CDIs to order Party officials to appear at a “designated time and place” (*lianggui*) to account for matters under investigation<sup>55</sup>.

Before 2006, at least in theory, *lianggui* was a measure against CCP members, whereas *liangzhi* was imposed upon civil servants outside the CCP. This situation changed in 2006, when the CCP Central Committee and State Council, as the top organs of Party and state administration, issued a joint regulation<sup>56</sup> to classify functionaries in CCP organs—with the exception of service workers—as civil servants. Thus, Party officials who hold no state office are subject to the Law on Civil Servants and therefore also to other relevant laws regulating civil servants (especially the Administrative Supervision Law)<sup>57</sup>. As a result of a merger, the supervisory organ and the CDI at each Party and state level are now in fact “one organ with two names”. Since this “one organ” can take both *lianggui* against Party members and *liangzhi* against civil servants within and outside the Party, the difference between *lianggui* and *liangzhi* is of little significance.

*Shuanggui* detention precedes both the formal imposition of disciplinary sanctions and the transfer of suspects to judicial organs. If Party investigators have collected enough evidence to prove the existence of a crime, *shuanggui* is converted into a formal arrest that requires the approval of the procuratorate. If it turns out that the detainee has violated only Party discipline, but not the criminal law, he is released and punished with the Party's disciplinary sanctions<sup>58</sup>.

While allowing for the measure of *shuanggui*, Article 20 (3) of the Administrative Supervision Law explicitly prohibits "the use of detention or disguised detention". Aware of rampant abuses, the Central CDI issued a regulation in 2005<sup>59</sup> restricting the duration of *shuanggui* to a maximum of six months. If the investigators believe this would not adversely affect the investigation, the detainee may be allowed to make telephone calls, send letters and meet relatives. Sadly, the legal reality is quite the opposite. Judging by the wording of the measure and the regulatory texts that regulate it, *shuanggui* ought to be a measure of summons against suspected officials. In fact, *shuanggui* is a euphemistic term for genuine solitary confinement that may last for months and even years. Suspects are usually seized, held incommunicado in hotel rooms, guest houses or other facilities, and denied some of the protections to which criminal suspects are entitled at least in principle<sup>60</sup>. Even worse, if detainees don't confess, abusive treatment and even physical torture are not unusual<sup>61</sup>.

While *shuanggui* is a powerful weapon of the Party for the fight against corruption, it is open to abuse within the Party for punishing political rivals and gaining personal benefits. A notorious example was Zeng Jinchun, a former CDI chief in Chenzhou City, Hunan Province. He was sentenced to death for, among others, taking bribes and executed on 30 December 2010<sup>62</sup>.

As noted above, *shuanggui* certainly constitutes a form of detention that is likely to be longer and harsher than the formal criminal procedure. The *shuanggui* detention is obviously in direct contradiction to the Constitution, the Legislation Law and the Criminal Procedure Law<sup>63</sup>. Even the CCP has been fully aware of the extralegal nature of this measure. However, *shuanggui* is officially justified by the following arguments: (1) it is directed against those suspected of corruption or misconduct and therefore conducive to the fundamental interests of the vast majority of the people; (2) the negative effect of it is much less than the positive effect it achieves; (3) it is a temporary expedient that exists only in the transition from rule of man to rule of law<sup>64</sup>.

Because of widespread disgust over official corruption, the use of *shuanggui* arouses little concern outside legal circles<sup>65</sup>. As fighting corruption is extremely important for the CCP to preserve power, the idea of an immediate abolition of *shuanggui* seems to be unrealistic. Given the remarkable progress of the Chinese legal reform, it is predictable that China will continue to restrict the use of this measure until it will be, eventually, abolished.

#### IV. Conclusion

Like any other Western democracy, China protects the freedom of the person, a fundamental human right in the Constitution. The Legislation Law, the Criminal Code and the Criminal Procedure Law contain relevant general principles and procedural safeguards to guarantee the realization of this right.

The Criminal Code provides for the offense of illegal detention (Art. 238) in its fourth chapter entitled "crimes against personal and democratic rights". The importance of this offense is crucial, for it tops the full list of 18 crimes of violating personal freedom. Article 238 has four paragraphs, the last of which puts special emphasis on punishing those civil servants who abuse their powers to illegally detain citizens. For the interpretation of illegal detention, Chinese criminal lawyers rely heavily on German dogmas. This is also a general trend that becomes manifest in the Chinese community of criminal law.

The general and vague provisions in Article 238 are supplemented by various judicial interpretations adopted by both of China's supreme judicial organs. The judicial activism of these judicial organs is not without theoretical deficiencies, because the legislative power rests solely with the parliament (the NPC and its Standing Committee). Punishments with varying degrees of severity are meted out in accordance with different circumstances. The sentencing is regulated by an SPC judicial interpretation, which is quite similar to the sentencing guidelines in the USA.

This paper allots a lion's share of space to four special forms of detention —secret detention in black jails, forced psychiatric commitment, reeducation through labour, and double designations— that are widely used in China. As the first two forms lack undoubtedly any domestic or international legal basis, criminals should be prosecuted on the charge of illegal detention. The last two forms of detention are provided by either administrative regulations, which are at best endorsed by the NPC Standing Committee, or by CCP regulations,

but these regulations are gross violations of basic laws and the Constitution passed by the NPC itself, which enjoy higher legal status in terms of authority. From the perspective of international law, the RTL and *shuanggui* fall well into all of the three categories of “arbitrary detention” as defined by the UN Working Group on Arbitrary Detention.

In conclusion, the Chinese Constitution promises a lot regarding the protection of human rights, including the freedom of the person, whose protection is the primary aim of Article 38 of the Criminal Code. As the special forms of “illegal detention” and “arbitrary detention” have demonstrated, there are serious contradictions between various legal regimes. China is in the process of struggling for the rule of law, but this struggle is bound to be long and hard: the systematic and extensive use of secret detention in black jails and forced psychiatric commitment is a reminder of the wide gap between law on the books and law in action; and the institutionalized application of the RTL and *shuanggui* is an indication of the gross incompatibility of the Chinese law with relevant international instruments.

### Notas

1 The author is deeply grateful to Dr. Yvonne Shah-Schlageter for her excellent proof-reading.

Albert CHEN, *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*, 3<sup>rd</sup> edition, Hong Kong 2004, p. 234.

2 See *ibid*, p. 234.

3 See ZHANG Mingkai, *Xingfa xue* (Criminal Law), 4<sup>th</sup> edition, Law Press China 2011, pp. 756-833. Zhou Guangquan uses a slightly different classification in his text book “*xingfa gelun*” (Special Part of Criminal Law), Renmin University of China Press 2008, see pp. 13-92.

4 The 1997 code incorporates several offenses from a supplementary law (*Nebengesetz*) adopted by the NPC Standing Committee on 4 September 1991: “Decision on Severely Punishing the Selling and Kidnapping of Women and Children”. See Jianfu Chen, *Chinese Law: Context and Transformation*, Leiden/Boston 2008, p. 290.

5 In Chinese criminal law, there are five types of “principal punishment”: public surveillance (*guanzhi*) (three months to two years), criminal detention (*juyi*) (one to six months), fixed-term imprisonment (six months to 15 years, and up to 20 years for multiple crimes), life imprisonment and death penalty. There are also three types of “supplementary punishment”: fine, deprivation of political rights, and confiscation of property. For further information, see Jianfu Chen, *ibid*, p. 282.

6 Note: in order to avoid too much repetition, all use of the male pronoun also includes the female.

7 Zhang MINGKAI, *ibid*, pp. 788-789; Zhou Guangquan, *ibid*, p. 42. See also Chen XINGLIANG, *Guifan xingfa xue* (Normative criminal law), 2<sup>nd</sup> edition, vol. 2, Renmin University of China Press 2008, p. 695.

8 Zhang MINGKAI, *ibid*, p. 789; Zhou Guangquan, *ibid*, pp. 42-43.

9 Zhang MINGKAI, *ibid*, p. 790; Zhou Guangquan, *ibid*, p. 43. As a widespread legal practice in China, “unjustified lengthy detention” (*chaoqi jiyu*) is a special form of detention which goes beyond the time limit allowed by criminal procedure law. This form of illegal detention is generally immune to criminal punishment. Under exceptional cases, offenders (usually judicial officers) are convicted of “abusing public power” or “neglecting public duty” (Art. 397). Zhang Mingkai argues that the offense of illegal detention should be applied to the case of “unjustified lengthy detention”. For more details, see Zhang Mingkai, *Chaoqi jiyu de xingshi zeren tanjiu* (An exploration into the criminal liability of unjustified lengthy detention), in: Zhejiang Shehui Kexue (Journal of Zhejiang Social Sciences), Vol. 4 of 2002, pp. 65-72.

10 Zhang MINGKAI, *Criminal Law*, p. 790.

11 Zhang MINGKAI, *ibid*, p. 789.

12 Zhang MINGKAI, *ibid*, p. 791.

13 Zhang MINGKAI, *ibid*, p. 791.

14 Zhang MINGKAI, *ibid*, p. 792.

15 Zhang MINGKAI, *ibid*, p. 792.

16 See the Supreme People's Court, *Interpretation on the conviction of illegal detention of another person for the purpose of extorting a debt which enjoys no legal protection*, issued on 13 July 2000 and entering into force on 19 July 2000.

17 See the Supreme People's Procuratorate, *Regulation on the case-filing criteria regarding crimes of malfeasance in office and crimes against personal and democratic rights*, adopted on 29 December 2005 and entering into force on 26 July 2006.

18 See Article 94 of the Criminal Code: The term “judicial officers” in this law refers to those who exercise the functions of investigation, prosecution, adjudication, and prison control.

19 Lu YIYI, *Black Jails: Time to Start Blaming Beijing*, Wall Street Journal, 16 December 2011 (<http://blogs.wsj.com/chinarealtime/2011/12/16/black-jails-time-to-start-blaming-beijing>).

20 Human Rights Watch, *Statement on UPR Outcome Report of China*, 11 June 2009 (<http://www.hrw.org/news/2009/06/10/human-rights-watch-statement-upr-outcome-report-china>).

21 Lin HAI/Zhang YILONG, *Bao'an gongsi zhuanzhi jiefang* (Security company exclusively responsible for stopping petitioners), *Caijing*, 13 September 2010 (<http://www.caijing.com.cn/2010-09-13/110519727.html>); Lin Hai, Beijing Anyuanding bao'an gongsi tuozhan yewu fa dacai - lanjie shangfangzhe, nian ru 2000 wan (Beijing Anyuanding Security Company makes a big fortune by expanding business - incepting petitioners, annual income RMB 20 million), 14 September 2010 (<http://epaper.nfncb.cn/nfnc/content/20100914/Article03006FM.htm>).

22 China Daily, *'Black jails' investigated for illegally holding petitioners*, 27 September 2010 ([http://www.chinadaily.com.cn/china/2010-09/27/content\\_11351127.htm](http://www.chinadaily.com.cn/china/2010-09/27/content_11351127.htm)); Andrew Jacobs, *China Investigates Company Linked to 'Black Jails'*, New York Times, 27 September 2010 (<http://www.nytimes.com/2010/09/28/world/asia/28china.html>); Phelim Kine, *Beijing's Black Jails*, Human Rights Watch, 15 March 2012 (<http://www.hrw.org/de/node/105818>).

23 Deng Jingyin, *Beijing police crack down on black jails*, Global Times, 2 December 2011 (<http://www.globaltimes.cn/NEWS/tabid/99/ID/686788/Beijing-police-crack-down-on-black-jails.aspx>).

24 Kang ZHENG, *Qiu Ju shanzhuang de bieyang yi mu* (The other side of the Qi Ju Hotel), 3 November 2010, Liangwang

Dongfang Zhoukan (Outlook Eastern Weekly) (<http://www.lwdf.cn/wwwroot/dfzk/society/249553.shtml>).

25 Carl MINZNER, *China's Citizen Complaint System: Prospect for Accountability*, a written statement for the Congressional-Executive Commission on China (CECC) Roundtable, 4 December 2009 (<http://cecc.gov/pages/roundtables/2009/20091204/minznerWrittenStatement.pdf>).

26 Xiarong LI, *Human Rights Abuses Involved in Official Interception of Petitioners in China*, a written statement for the CECC Roundtable, 4 December 2009 (<http://cecc.gov/pages/roundtables/2009/20091204/xiarongLi.pdf>).

27 Lu YIYI, *Black Jails: Time to Start Blaming Beijing*, Wall Street Journal, 16 December 2011.

28 Robin MUNRO, *Judicial Psychiatry in China and its Political Abuses*, Columbia Journal of Asian Law, Vol. 14, No. 1 (Fall 2000) (<http://www.columbia.edu/cu/asiaweb/v14n1Munro.htm>).

29 Xu JING, "Bei jingshenbing" Xu Lindong huo pei sanshiwan (Xu Lindong, "intentionally diagnosed as mentally ill", obtains compensation of RMB 300,000), Caijing Online, 27 December 2010 (<http://www.caijing.com.cn/2010-12-27/110603048.html>).

30 Ji XUGUANG, *Tan mi Wugang "feng ren yuan"* (Explore the mysteries of the "mental institution" of Wuhan Iron and Steel Plant), Nanfang Dushi Bao (Southern Metropolis Daily), 30 April 2011 (<http://xinwen.blog.163.com/blog/static/10521806320113301541664>). Xu was eventually released owing to the public attention. In the media, his experience is often compared to the plot in the well-known American film "One Flew Over the Cuckoo's Nest".

31 Huang YUHAO, *Shandong Xintai duo ming shangfangzhe bei qiang song jingshenbing yuan* (Several petitioners in Xintai of Shandong Province were forcibly committed into psychiatric hospital), 8 December 2008 (<http://news.163.com/08/1208/08/4SKK-PVE000011SM9.html>).

32 Chinese Human Rights Defenders (CHRD), "The Darkest Corners": *Abuses of Involuntary Psychiatric Commitment in China*, 6 August 2012.

33 Working Group on Arbitrary Detention, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention: Mission to China* (E/CN.4/2005/6/Add.4), 29 December 2004, paragraph 64.

34 See CHRD, *The Darkest Corners*, p. 28.

35 According to an administrative regulation of 1988 (see "Minutes of the First Meeting by the National Public Security Organs on the Mental Illness Work" issued by the Ministry of Public Security on 29 January 1988), these hospitals confine a wide range of mentally ill people, including those who have committed violent crimes, endangered public security, or disrupted public order. In 2010, the Ministry of Public Security pointed out the preconditions for forced psychiatric commitment: first, the person has committed a crime; second, the person has no criminal ability, as verified through a legal procedure. See Xinhuanet, *Gong'an Bu Jiansuo Guanlijiu jiu ankang yiyuan gongzuo da Xinhua Wang jizhe wen* (Prison Administration of the Ministry of Public Security answers questions regarding *ankang* hospitals raised by a correspondent of Xinhua Net), 28 May 2010 ([http://news.xinhuanet.com/legal/2010-05/28/c\\_12154943.htm](http://news.xinhuanet.com/legal/2010-05/28/c_12154943.htm)).

36 CHRD, *The Darkest Corners*, p. 8.

37 CHRD, *The Darkest Corners*, p. 9.

38 During the deliberation period of the draft Mental Health Law, five widely-reported victims of forced psychiatric commitment submitted an appeal to the NPS to grant judicial protection for those

who are involuntarily committed to psychiatric hospitals. See Wei Mingyan/Yang Huayun, *Wu ming "bei jingshenbing zhe" lianming zhi xin Renda* (Five people, intentionally diagnosed as mentally ill, jointly write to the NPC), Xin jing bao (Beijing News), 15 November 2011 (<http://www.bjnews.com.cn/news/2011/11/15/164614.html>).

39 CHRD, *The darkest corners*, p. 9. Also Zhang Bufeng, *Qiangzhi zhiliao jingshenbing huanzhe de chengxu fa yanjiu—jiyu guonei liu bu difang xing fagui de shizheng fenxi* (On the procedural law regarding forced treatment of mental patients—an empirical analysis of six local regulations in China), in: Xingzheng Faxue Yanjiu (Review of Administrative Law), Vol. 4 of 2010.

40 UN Office of the High Commissioner for Human Rights, *Fact Sheet No. 26, The Working Group on Arbitrary Detention*, May 2000 (<http://www.unhcr.org/refworld/docid/479477440.html>).

41 CECC, *Annual Report 2012*, 10 October 2012, pp. 70-74 (available at <http://www.cecc.gov>, or <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-112shrg76190/pdf/CHRG-112shrg76190.pdf>).

42 Fu Hualing, *Re-education through Labour in Historical Perspective*, in: The China Quarterly 2005, pp. 29-30; Sarah Biddulph, *Legal Reform and Administrative Detention Powers in China*, Cambridge University Press 2007, pp. 195-208. See also Gong'an Bu (Ministry of Public Security), *Guanyu yange yifa ban-shi, zhixing zhengce, sheru kaizhan chu "liu hai" douzheng de tongzhi* (Circular on strengthening the campaign for the eradication of "six evils" by sticking to law and implementing policy), 7 May 1990.

43 See U.N. Working Group on Arbitrary Detention, *Report on the Visit to the People's Republic of China* (E/CN.4/2005/6/Add.4), 29 December 2004, paragraph 43.

44 See also Zhang QIANFANG, *Laojiao zhidu gaige ruhe feijiu lixin* (Abolition of the old law and adoption of a new one regarding the RTL reform), 6 November 2012 (blog post at [http://blog.caijing.com.cn/expert\\_article-151521-43210.shtml](http://blog.caijing.com.cn/expert_article-151521-43210.shtml)).

45 See also Huang XUEXIAN, *Xingzhengfa zhong de falü baoliu yuanye yanjiu* (Study on the principle of reservation of law in administrative law), in: Zhongguo Faxue (China Law Science), Vol. 5 of 2004, p. 51.

46 Amnesty International, *Abolishing "Re-education through Labour" and other forms of punitive administrative detention*, May 2006 (AI Index: ASA 17/016/2006).

47 Human Rights Council, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review on China (A/HRC/11/25), 5 October 2009, p. 16, paragraph 66.

48 XINHUA, *China to speed up legislation on reforming reeducation*, 11 March 2010 ([http://www.chinadaily.com.cn/china/2010-03/11/content\\_9569977.htm](http://www.chinadaily.com.cn/china/2010-03/11/content_9569977.htm)). See also Yang MING, *Faxue jie qidai laojiao gaige bushi xin ping zhuang jiu jiu* (Legal community expects the RTL reform not to use a new bottle to fill old wine), Liaowang dongfang zhoukan (Outlook Eastern Weekly), 22 March 2010 (<http://news.sina.com.cn/c/sd/2010-03-22/132419915379.shtml>).

49 Tang Hui, as a mother, was put into an RTL center in August 2012, for demanding tougher punishment for those who allegedly raped and forced her young daughter into prostitution. See Lianli LI, *Mother's Labor-Camp Sentence Sparks Fury*, Wall Street Journal, 6 August 2012 (<http://blogs.wsj.com/china-realtime/2012/08/06/mother%e2%80%99s-labor-camp-sentence-sparks-fury>).

50 Ren JIANYU, 25-year-old former village official, was ordered to serve two years in a RTL center in August 2012 mainly for

writing and reposting some 100 comments criticizing the Chongqing government's heavy-handed campaign against organized crimes and large-scale movement of singing revolutionary songs. See Bai Tiantian, 'Red Song' detention appealed, *Global Times*, 11 October 2012 (<http://www.globaltimes.cn/NEWS/tabid/99/ID/737605/Red-Song-detention-appealed.aspx>).

51 Wang YIJUN/Dong XIAOHONG, *Laojiao zhidu gaige nan zai na* (What are the difficulties of reforming the RTL system), *Zhongguo Qingnian Bao* (China Youth Daily), 6 September 2012 ([http://zqb.cyol.com/html/2012-09/06/nw.D110000zqgnb\\_20120906\\_2-11.htm](http://zqb.cyol.com/html/2012-09/06/nw.D110000zqgnb_20120906_2-11.htm)).

52 CECC, *Annual Report 2012*, p. 71.

53 "Shuang" and "liang" mean "double" or "two", while "gui" and "zhi" mean "designation" or "specification".

54 See Article 21 (4) of "Administrative Supervision Ordinance", issued by State Council (Chinese central government) on 9 December 1990.

55 "Working Rules on Case Investigation", issued by the Central Commission of Discipline Inspection (the Central CDI) on 25 March 1994.

56 See *Zhonghua renmin gongheguo gongwuyuan fa shishi fang'an* (Implementing Plan for the PRC Law on Civil Servants), 9 April 2006.

57 Glenn D. TIFFERT, *Hold the Champagne: The Bo Xilai Affair, the Party-State, and the Rule of Law*, *China Law & Policy*, 14 October 2012 (<http://chinalawandpolicy.com/2012/10/14/glenn-tiffert-on-the-role-of-the-party-state-in-the-bo-xilai-affair>).

58 Flora SAPIRO, *Shuanggui and Extralegal Detention in China*, in: *China Information*, March 2008, 22 (1), p. 15.

59 *Guanyu wanshan chaban anjian xiediao jizhi, jinyibu gainjin he guifan "lianggui" cuoshi de yijian* (Opinions on strengthening the coordination mechanisms in case investigation and on further improving and regulating the measure of "lianggui"), 20 January 2005.

60 CECC, *Annual Report 2011*, p. 91. Jerome A. Cohen, *a written statement for the CECC Hearing "Human Rights and the Rule of Law in China"*, 20 September 2006 (<http://www.cecc.gov/pages/hearings/2006/20060920/cohen.php>).

61 Since 1998, the Central CDI has to issue various regulations to reiterate the absolute prohibition of torture against *shuanggui* detainees. See, for example, *Guanyu jijian jiancha jiguan yifa caiyong "liangzhi", "lianggui" cuoshi ruogan wenti de tongzhi* (Circular regarding some issues on the use of "liangzhi" and "lianggui"), 5 June 1998; *Guanyu jinyibu guifan shiyong "liangzhi" cuoshi de tongzhi* (Circular on further regulating the use of the "liangzhi" measure), 28 September 2001.

62 Tan Jian/Chen Wenguang, *"Zhongguo diyi tan jiwei shuji" Zeng Jinchun bei zhixing sixing* ("The most corrupt CDI secretary" Zeng Jinchun has been executed"), *Xinhuanet*, 30 December 2012 ([http://news.xinhuanet.com/legal/2010-12/30/c\\_12933317.htm](http://news.xinhuanet.com/legal/2010-12/30/c_12933317.htm)); Li Liang, *"Wo dang jiwei shuji, shiwei shuji ye bugan jiandu wo" —sixing guanyuan Zeng Jinchun duihua fanfu xuezhe* ("When I was the CDI secretary, the city's Party Committee secretary dares not to supervise me" — Zen Jinchun, an official sentenced to death, talks with a scholar on corruption), *Nanfang Zhoumo* (Southern Weekly), 25 March 2011 (<http://www.infzm.com/content/56769>).

63 Liu RUONAN, *"Shuanggui" shi yu fei* (Advantages and disadvantages of "shuanggui"), in: *Fenghuang Zhoukan* (Phoenix Weekly), No. 146 (<http://www.360doc.com/con>

tent/06/0307/12/2873\_76519.shtml). See also Sapiro, *ibid*, p. 23.

64 Li YONGZHONG, *Xiang fazhi shehui guodu de quanyi zhi ce —zhengque renshi "lianggui", "shuanggui"* (A temporary expedient towards a society ruled by law— correct understanding of "lianggui" and

"shuanggui"), in: *Dangzheng Ganbu Luntan* (Party and State Cadres Forum), No. 9 of 2003, pp. 13-15.

65 *The Economist*, *Policing the party*, 1 September 2012 (<http://www.economist.com/node/21561895>).

## Colombia

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

*Universidad Católica de Colombia*

Como ocurre en la mayoría de las legislaciones penales, la denominación "detenciones ilegales" se relaciona especialmente con las conductas delictivas que lesionan la libertad individual, de locomoción, de movimiento o ambulatoria. Entre nosotros tal tendencia se percibe en el Título III del Libro II del Código Penal (Parte Especial), que define los "Delitos contra la libertad individual y otras garantías". Por supuesto, los delitos más frecuentes y más estudiados, son los que tienen que ver con los "secuestros" y las "detenciones arbitrarias".

Aquí haremos referencia o, mejor, señalaremos, la manera como nuestro legislador, casi siempre coyunturalmente, afronta esos delitos, y aludiremos a otras "detenciones ilegales" menos frecuentes pero que también suceden, así se relacionen con otros bienes jurídicos.

Existen varias modalidades de "detención ilegal". Estas son las principales, en el entendido que hablamos con un criterio amplio de "detención", es decir, de restricción, limitación o cercenamiento indebido, breve o largo, de la libertad de locomoción de una persona.

**1. Las definidas en el Capítulo Cuarto del Título III del Libro II del Código Penal, con la denominación de "Detención arbitraria". Son las siguientes:**

*1.1. Privación ilegal de la libertad (artículo 174 del Código Penal)*

Esta norma sanciona con prisión que oscila entre 48 y 90 meses al servidor público que abusando de sus funciones "priva a otro de su libertad".

*1.2. Prolongación ilícita de privación de la libertad (artículo 175 del Código Penal)*

Prevé la misma pena para el servidor público que *ex-tiende* ilícitamente la privación de libertad.

1.3. *Detención arbitraria especial (artículo 176 del Código Penal)*

Establece idéntica sanción para el servidor público que sin el cumplimiento de los requisitos legales recibe a una persona para privarla de su libertad o para mantenerla bajo medida de seguridad.

1.4. *Desconocimiento de habeas corpus (artículo 177 del Código Penal)*.

Fija pena de prisión entre 32 y 90 meses para el juez que no tramite, no decida dentro de los términos legales una solicitud de *habeas corpus*, o la obstaculice por cualquier medio.

**2. Las previstas en el Capítulo Segundo del mismo Título, bajo el nombre de “Del secuestro”. Sobresalen estas especies de “secuestro”:**

2.1. *Secuestro extorsivo (artículo 169 del Código Penal, con las modificaciones introducidas por el artículo 1° de la Ley 1200 del 2008)*

Se presenta cuando una persona arrebatada, sustrae, retiene u oculta a otra, con la finalidad de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que haga u omita algo, o con objetivos publicitarios o de carácter político. También si temporalmente se realiza la conducta utilizando medio de transporte con el propósito de obtener provecho económico mediante amenaza. La pena corporal es la de prisión, que oscila entre 320 y 504 meses.

2.2. *Secuestro extorsivo agravado (artículo 170 del Código Penal, con las variaciones y adiciones hechas por los artículos 3° de la Ley 733 del 2002, 28 de la Ley 1257 del 2008, y 3° de la Ley 1426 del 2010)*

Prevé pena de prisión que se dinamiza entre 448 y 600 meses para quien cometa secuestro extorsivo acompañado de alguna de estas circunstancias: i) Cuando la víctima es persona discapacitada que no puede valerse por ella misma o que padece enfermedad grave, o se trata de menor de 18 años, o de mayor de 65 años, o de persona que no tenga plena capacidad de autodeterminación, o de mujer embarazada. ii) Si se somete a la víctima a tortura física o moral o a violencia sexual durante el tiempo que permanezca secuestrada. iii) Si la privación de libertad se prolonga

por más de 15 días. iv) Si se secuestra a pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, entendiéndose por afinidad la derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre; a cónyuge o compañera o compañero permanente; o a cualquier persona que de manera permanente se halle integrada a la unidad doméstica; o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. v) Cuando el secuestro es perpetrado por servidor público o por quien es o ha sido miembro de las fuerzas de seguridad del Estado. vi) Cuando se presione la entrega o verificación de lo exigido con amenaza de muerte o lesión o con ejecutar acto que implique grave peligro común o grave perjuicio a la comunidad o a la salud pública. vii) Si se perpetra con fines terroristas. viii) Si se obtiene la utilidad, provecho o la finalidad perseguidos por los autores o partícipes. ix) Cuando se afecten gravemente los bienes o la actividad profesional o económica de la víctima. x) Cuando como consecuencia del secuestro le sobrevienen a la víctima la muerte o lesiones personales. xi) Si se secuestra a quien es o ha sido periodista, dirigente comunitario, Defensor de Derechos Humanos, miembro de una organización sindical legalmente reconocida, política, étnica o religiosa, o en razón de ello. xii) Si se comete utilizando orden de captura o de detención falsificada o simulando tenerla. xiii) Cuando se comete total o parcialmente desde un lugar de privación de la libertad. xiv) Si la conducta se realiza parcialmente en el extranjero. xv) Cuando se trafique con la persona secuestrada durante el tiempo de privación de la libertad.

xvi) En persona internacionalmente protegida diferente o no en el Derecho Internacional Humanitario y agentes diplomáticos, de las señaladas en los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia.

2.3. *Secuestro simple (artículo 168 del Código Penal)*

El que se comete con finalidades diferentes a las establecidas en materia de *secuestro extorsivo* (artículo 169 del Código Penal). La prisión establecida se mueve entre 192 y 360 meses.

2.4. *Secuestro simple agravado (Parágrafo del artículo 170 del Código Penal)*

Es el anterior, cometido en concurrencia de alguna de las circunstancias fijadas en el artículo 170 del Código Penal (secuestro extorsivo agravado), excepto la estructurada como numeral xi).

2.5. *Secuestro atenuado (artículo 171 del Código Penal, con las modificaciones del artículo 4° de la Ley 733 del 2002)*

Tratándose de *secuestro extorsivo*, se reduce la pena hasta en la mitad si dentro de los 15 días siguientes a la aprehensión se libera voluntariamente a la víctima sin que se obtenga ninguno de los fines que lo caracterizan. Frente al *secuestro simple*, se disminuye la pena de la misma manera si la víctima es liberada voluntariamente dentro del mismo término.

### 3. La descrita en el Capítulo Tercero (“Apoderamiento y desvío de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo”) del mismo Título, que tiene una sola disposición:

El artículo 173 del Código Penal la estructura así en su inciso 1°:

“*Apoderamiento de naves, aeronaves o medios de transporte colectivo*. El que mediante violencia, amenazas o maniobras engañosas, se apodere de nave, aeronave, o de cualquier otro medio de transporte colectivo, o altere su itinerario, o ejerza su control, incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de 160 a 270 meses y multa de 1333.33 a 4.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes”. Y su inciso 2° agrega: “La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes, cuando no se permita la salida de los pasajeros en la primera oportunidad”.

### 4. La conducta definida en el artículo 186 del Código Penal, conocida con el nombre de “Fraudulenta internación en asilo, clínica o establecimiento similar”. Esta es la disposición:

“El que mediante maniobra engañosa obtenga la internación de una persona en asilo, clínica o establecimiento similar, simulándola enferma o desamparada, incurrirá en prisión de 16 a 36 meses y multa de 13.33 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de 32 a 54 meses de prisión, y multa de 20 a 225 salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando tenga un propósito lucrativo”.

### 5. Alguno de los delitos definidos en el Título II del Libro II del Código Penal, concretamente, conductas punibles contra el Derecho Internacional Humanitario, especialmente estas:

#### 5.1. *Toma de rehenes (artículo 148 del Código Penal)*

“El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive a una persona de su libertad condicionando esta o su seguridad a la satisfacción de exigencias formuladas, o la utilice como defensa, incurrirá en prisión de trescientos 320 a 540 meses, multa de 2.666.66 a 6000 salarios mínimos legales men-

suales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 240 a 360 meses”.

#### 5.2. *Detención ilegal y privación del debido proceso (artículo 149 del Código Penal)*

“El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive ilegalmente de su libertad a una persona y la sustraiga de su derecho a ser juzgada de manera legítima e imparcial, incurrirá en prisión de 160 a 270 meses y multa de 1333.33 a 3000 salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

### 6. La conducta conocida como *desaparición forzada* y definida de la siguiente manera en el inciso 1° del artículo 165 del Código Penal, delito que vulnera la libertad individual:

“El particular que someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de 320 a 540 meses, multa de 1333.33 a 4500 salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de 160 a 360 meses”.

Su inciso 2° conmina con la misma pena al servidor público o al particular que actúa bajo la determinación o aquiescencia de aquél y realiza la conducta transcrita anteriormente.

Según el artículo 166 del mismo Estatuto, modificado por el artículo 3° de la Ley 1309 del 2009, La pena se *intensifica* cuando el hecho se comete: i) Por quien ejerce autoridad o jurisdicción. ii) En persona con discapacidad que le impida valerse por sí misma. iii) En menor de 18 años, mayor de 60 o mujer embarazada. iv) Por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: servidores públicos, comunicadores, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes o miembros de una organización sindical legalmente reconocida, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos de conductas punibles o disciplinarias, juez de paz, o contra cualquier otra persona por sus creencias u opiniones políticas, o por motivo que implique alguna forma de discriminación o intolerancia. v) Por razón y contra los parientes de las personas mencionadas en el numeral anterior, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. vi) Utilizando bienes del Estado. vii) Y se somete a la víctima a tratos crueles, inhumanos o degradantes durante el tiempo en que permanezca desaparecida, siempre y cuando la conducta no configure otro delito. viii) Y por causa o con ocasión de la desaparición forzada le sobreviene a la víctima la muerte o padecimiento de

lesiones físicas o psíquicas. ix) Y se realiza cualquier acción sobre el cadáver de la víctima para evitar su identificación posterior, o para causar daño a terceros.

En estas hipótesis, la pena corporal, de prisión, se determina entre 480 y 600 meses.

El artículo 167 describe la *desaparición forzada atenuada* y establece directamente las reducciones, en estos supuestos: i) De la 1/2 a las 5/6 partes cuando en un término no mayor de 15 días los autores o partícipes liberen a la víctima voluntariamente en similares condiciones físicas y psíquicas a las que se encontraba en el momento de ser privada de la libertad, o si suministran información que conduzca a su recuperación inmediata, en similares condiciones físicas y psíquicas. ii) De una 1/3 a la 1/2 cuando en un lapso mayor a 15 días y no superior a 30 días, los autores o partícipes liberan a la víctima en las mismas condiciones previstas en el numeral anterior. iii) Hasta en 1/8 parte si los perpetradores aportan información que conduzca a la recuperación del cadáver de la persona desaparecida.

Las disminuciones señaladas solamente operan respecto del autor o partícipe que libere voluntariamente a la víctima o suministre la información.

**7. El delito definido en el artículo 230 del Código Penal, con la adición hecha por el artículo 32 de la Ley 1257 del 2008, denominado “Maltrato mediante restricción a la libertad física”, concebido como una forma de violencia intrafamiliar, que afecta, desde luego, la integridad familiar. Esta es la definición:**

“El que mediante fuerza restrinja la libertad de locomoción a otra persona mayor de edad perteneciente a su grupo familiar o en menor de edad sobre el cual no se ejerza patria potestad, incurrirá en prisión de 16 a 36 meses y en multa de 1.33 a 24 salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor”.

La disposición porta un párrafo explicativo:

“Para efectos de lo establecido en el presente artículo se entenderá que el grupo familiar comprende los cónyuges o compañeros permanentes; el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo lugar; los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; todas las demás personas quede manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica. La afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o unión libre”.

Estos delitos generan y mantienen mucha sensibilidad en nuestro medio, sobre todo los secuestros y las “detenciones ilegales”, por varias razones. Por ejemplo, porque: i) Colombia ocupa el primer lugar en el mundo en la práctica del secuestro. Es el país en el que más se

cometen secuestros. ii) Colombia tiene larga historia en materia de secuestros, que se intensifica considerablemente desde, más o menos, 1965. iii) En Colombia aún hay bastantes personas secuestradas, inclusive desde 1998 y 1999. iv) En Colombia los ciudadanos llevan mucho tiempo rodeados de secuestradores: entre otros, M19 (Movimiento 19 de abril), Epl (Ejército popular de liberación) Farc (Fuerzas armadas revolucionarias de Colombia), Eln (Ejército de liberación nacional), Auc (Autodefensas unidas de Colombia, Paramilitares), Bacrim (bandas criminales), delincuencia común, narcotraficantes, etc. v) En Colombia, entre 2002 y 2011, se presentaron 2600 secuestros; en el año 2000 hubo hasta 3700 privaciones ilegales de la libertad; y desde los años 80, hasta nuestros días, se han perpetrado 21000 secuestros, lo que permite pensar, aproximadamente, en la comisión de 656.25 secuestros anuales<sup>1</sup>.

**Notas**

1 Aparte de lo que vemos y sentimos en Colombia todos los días, los datos los aporta el Diario “El Espectador” del 31 de marzo del 2012, basado en investigaciones, estudios e informes serios.

**Costa rica**

**Roberto Madrigal Zamora**

**I. Aspectos legales**

Entenderíamos por detención ilegal la privación de la libertad individual y de tránsito ejecutada contra un ciudadano por parte de una autoridad pública sin que exista indicio comprobado de delito en contra de ese ciudadano o sin orden emitida por una autoridad competente (artículo 37 de la Constitución Política).

Partiendo de esto como premisa los tipos penales que en la legislación costarricense podrían ser aplicables a situaciones de detenciones ilegales por parte de las autoridades públicas serían los siguientes:

Artículo 191. *Privación de Libertad sin Ánimo de Lucro*

Será penado con prisión de seis meses a tres años el que sin ánimo de lucro, privare a otro de su libertad personal.

Artículo 192.4. *Formas agravadas*

La pena será de dos a diez años de prisión, cuando se privare a otro de su libertad personal, si se perpetrare: con abuso de autoridad.

Artículo 205. *Allanamiento Ilegal*

Se impondrá prisión de seis meses a tres años e inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios públicos de uno a cuatro años al agente de la autoridad o al funcionario público

que allanare un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determine.

### Artículo 331. *Abuso de Autoridad*

Será reprimido con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público, que, abusando de su cargo, ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario en perjuicio de los derechos de alguien.

### Artículo 332. *Incumplimiento de Deberes*

Será reprimido con pena de inhabilitación de uno a cuatro años, el funcionario público que ilegalmente omite, rehúse hacer o retarde algún acto propio de su función. Igual pena se impondrá al funcionario público que ilícitamente no se abstenga, se inhíba o se excuse de realizar un trámite, asunto o procedimiento, cuanto esté obligado a hacerlo.

### Artículo 338. *Violación de Fueros*

Será reprimido con treinta a cien días multa, el funcionario público que, en el arresto o formación de causa contra una persona con privilegio de antejuicio, no guardare la forma prescrita en la Constitución o las leyes respectivas.

Puede notarse que ninguno de las figuras en cuestión se encuentra específicamente diseñada para sancionar la violación a la libertad personal y de tránsito por parte de quienes ejercen la autoridad pública, sino que se trata de figuras que por tipificar conductas contrarias a lo que son los deberes constitucionales del poder estatal se reflejarían en la vulneración de la garantía de la libertad de los ciudadanos. Incluso el delito de Privación de Libertad que directamente hace referencia al punto en cuestión hace alusión a la autoridad pública de manera —si se quiere secundaria— en cuanto está contenido como una forma de agravación de la figura básica pero no fue pensada principalmente para la persecución de la arbitrariedad pública en la violación de la libertad personal.

Esto queda más claro todavía cuando observamos que los tipos penales antes transcritos se encuentran ubicados entre los Delitos contra el Ámbito de Intimidad (el 205), y contra los Deberes de la Función Pública (los 331, 333 y 338) y no dentro de una sección o título del código sustantivo que tutele específicamente la libertad del ciudadano frente a la administración.

Es en este tesitura que se puede sostener que hipótesis como la del arresto de un individuo sin indicio comprobado de delito o sin orden de una autoridad competente, la tardanza en liberarlo una vez que se ha cumplido con algún trámite legal que supuso su detención, el dictado de una medida cautelar de prisión preventiva fuera de los supuestos procesalmente establecidos o la prolongación de dicha medida sin cumplir los trámites rituales correspondientes u otra situaciones por el estilo podrían encajar en algunas de las figuras antes expuestas.

O de igual forma la ejecución de un allanamiento —acto de investigación en el que por excelencia se detiene a las personas involucradas en delitos de gravedad o de alarma social (homicidios, robos, secuestros, tráfico de drogas, etc.)— irregular podría devenir en la concurrencia de ese tipo penal con los otros antes mencionados, razón por la cual lo hemos incluido dentro de la anterior reseña positiva.

## II. Aspectos criminológicos

Seguramente no debe llamar a extrañeza que un país que vive en medio de una permanente Campaña de Ley y Orden que data desde hace casi veinte años erigida sobre la preocupación por la “Seguridad Ciudadana” no se haya inclinado por tipificar expresamente una figura penal que enfatice la especificidad de lo que es el ejercicio arbitrario o abusivo del poder en detrimento de la libertad personal y de tránsito de los ciudadanos.

Nótese que el tema de la libertad del individuo frente a otros particulares sí ha merecido protección calificada de parte del ordenamiento penal como se ve con la reforma que hace prácticamente diez años elevó hasta treinta y cinco años de prisión el secuestro extorsivo en ciertas circunstancias, adicionó nuevas figuras de secuestro a personas menor de edad o incapacitadas y tipificó específicamente la restricción a la libertad de tránsito de las mujeres en el contexto de una relación matrimonial o de unión de hecho declarada o no.

Y esto también pese a que el ciudadano debiera sentirse preocupado en vista de la ampliación que a las potestades procesales para ordenar medidas cautelares de encierro por parte de la autoridad pública se le ha dado a través de las reformas al Código Procesal Penal que crearon un proceso llamado de flagrancia donde prácticamente la prisión preventiva es automática, que regularon nuevas causales de prisión preventiva (como la de tener dos procesos penales por delitos cometidos con violencia o fuerza en los que se haya dictado auto de apertura a juicio o cuando exista flagrancia aunque no se esté procediendo por la vía del procedimiento especial a que aludíamos líneas arriba) o que han extendido los plazos de prisión preventiva en caso de casos de trámite complejo o ante el ejercicio de los nuevos recursos de apelación y casación llegando los mismos a superar los dos años (autorizándose prórrogas de la prisión preventiva precisamente en los casos en que las impugnaciones son declaradas con lugar y debe realizarse un juicio de reenvío).

Seguramente entonces en este contexto tampoco es de extrañar que de las distintas formas que la misma legislación de rito o la ley orgánica de la policía judicial contempla para allegar al proceso a una persona sometida a investigación penal como lo son la citación (165 Código Procesal Penal), presentación, aprehensión (235 del mismo cuerpo legal y 3 y 4.6 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial) y detención (237 del código de rito), prevalezcan en la práctica la aprehensión y la detención como formas prácticamente automáticas de proceder en contra de aquella persona en cierta clase de delitos; o que se haga uso del máximo período posible (24 horas por parte de la policía y 24 horas más por parte de la fiscalía) de sustracción de esa persona de su esfera de libertad personal.

Terminando de cerrar el círculo de encierro la política decidida del Tribunal Constitucional de enfrentar los reclamos que sobre situaciones relacionadas con la libertad de las personas acusadas dentro de un proceso penal se le plantean por la vía del hábeas corpus de señalar que tal recurso no es una instancia más dentro del proceso penal, y que debe ser siguiendo los mecanismos que el mismo contempla como se reprochen las violaciones a la libertad de tránsito; así como de aplicar en aquellos casos en que sí se acepta el reclamo la decisión de no ordenar la libertad del amparado sino otorgar plazos a la autoridad pública para que repare los vicios cometidos.

Una arista del tema de las detenciones ilegales que sí ha concitado un cierto desarrollo de interés para este reporte y que ha despertado la atención de la opinión publicada, gracias a la cobertura que le han dado las empresas de trasiego masivo de la información (eufemísticamente llamadas medios de comunicación), ha sido el de los retenes en carretera realizados esencialmente por las autoridades de la policía administrativa (Fuerza Pública, Policía de Tránsito, autoridades de migración, autoridades de tributación).

Estos retenes consisten en la ubicación de autoridades policiales y técnicas en puntos que se consideran estratégicos en las carreteras del territorio nacional y que proceden a la detención de la marcha de los vehículos automotores que transiten por ese lugar, detención que puede realizarse de manera indiscriminada o aleatoria y a partir de la cual se realizan todas o algunas de las siguientes actuaciones: identificación de los ocupantes del vehículo, verificación de los antecedentes policiales de aquellos, requisa de esos ocupantes, registro del vehículo y de los objetos personales que se lleven en él, revisión de las señas y marcas de indi-

vidualización del vehículo, verificación de la situación registral del mismo.

La Sala Constitucional se ha referido al tema enfatizando según el caso concreto y el planteamiento que ha logrado hacer el recurrente —a través de la vía del Recurso de Hábeas Corpus— alguna de las siguientes dos perspectivas:

A) los retenes y revisiones están justificados en la función de prevención y vigilancia de las autoridades policiales realizándose en los mismos revisiones de guías de ganado; de guías de madera; de mercaderías que puedan provenir de zonas fronterizas o zonas de venta libres de impuesto; revisiones de autobuses y vehículos particulares en las cuales se revisan gaveteros superficialmente mientras los pasajeros permanecen dentro de los autos y también de camiones con el fin de comprobar que porten las facturas y marchamos de las correspondientes aduanas; y operativos en coordinación con otras unidades policiales estimando que no existe motivo alguno para considerar que se vulnera el derecho a la libertad individual y de tránsito; y no se encuentran situaciones concretas o específicas en las que se supongan actos irracionales o desproporcionados en el ejercicio de las competencias atribuidas por ley a los cuerpos policiales (véanse por ejemplo los votos 10309 del año 2002 y 12992 del año 2004);

B) la libertad de tránsito y el derecho a la intimidad sólo pueden limitarse o restringirse, en aquellos casos permitidos por ley y únicamente cuando sea estrictamente necesario, idóneo y proporcional para alcanzar o tutelar bienes jurídicos de trascendencia para la convivencia social. Un “retén policial” en el que se coaccione al conductor para inspeccionar el vehículo, sin que exista la noticia de la comisión de un delito que deba ser investigado por la vía de la detención de los vehículos que transitan por el lugar o sin un indicio comprobado de que se hubiere cometido un delito es violatorio de las garantías individuales en tanto no se le permite a la persona ejercer su libertad de desplazamiento sin que la autoridad hubiere procedido a revisar el interior del automotor. Las potestades policiales para realizar controles para identificación de las personas, averiguación de la condición migratoria, control fiscal, trasiego de especies vegetales o animales, entre otros, no autoriza la realización de operativos de forma indiscriminada y mucho menos la coacción u obligación a las personas para que permitan el acceso al interior de su vehículo, sin que —como ya se dijo— exista noticia *criminis* o indicios comprobados de la comisión de un delito. Para proceder a la revisión del interior de un vehículo en este tipo de controles policiales, se requiere necesariamen-

te del consentimiento libre y expreso del conductor, lo que implica que no puede ser coaccionado de forma alguna. Si bien es cierto la vigilancia en carretera no es en sí misma una actuación ilegítima debe realizarse de acuerdo a protocolos específicos donde se establezcan las condiciones, forma, presupuestos, etc. en que pueden realizarse dichos controles y que deben estar necesariamente relacionada con la investigación de un hecho delictivo y realizarse con criterios de razonabilidad (así el voto 14821 del año 2010).

Este último voto recibió obviamente la censura de los sectores nacionales que —encabezados por los voceros de las campañas de ley y orden desde artículos de opinión y programas de noticias en la prensa— buscan el sacrificio de la libertad individual en aras de la supuesta seguridad ciudadana.

No podemos dejar de hacer ver para terminar la reflexión criminológica sobre el punto y redondear el contexto desde el que se debe abordar la situación costarricense sobre el tema de la situación jurídico penal en relación con las detenciones ilegales, que recientemente en un operativo policial de allanamiento en una barriada marginal de la capital y como parte de la búsqueda específica de ciertos sospechosos de actividades ilícitas que se escondían en viviendas de la localidad, se procedió al desalojo masivo e indiscriminado de la totalidad de ocupantes de las casas del cuadrante donde se realizaba el operativo los cuales eran obligados a al menos identificarse ante la autoridad policial.

## España

### Elena Núñez Castaño

*Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla*

#### I. Introducción

Los delitos de detenciones ilegales se encuentran recogidos en los arts. 163 a 168 del Capítulo I, Título VI del Libro II del Código penal que se refiere a los *Delitos contra la libertad*, donde se hace referencia a una serie de comportamientos que implican un atentado contra las condiciones mínimas del ser humano para su desarrollo en el seno de la sociedad. Esta denominación, nos ofrece ya el primer dato para determinar cuál sea el bien jurídico que se protege en el mismo, esto es, la libertad. Por consiguiente, el primer punto a resolver se centra en la delimitación de lo que deba entenderse por “libertad”

La libertad es un ideal, inalcanzable, y por tanto, no resulta susceptible de protección penal, pero si es posible proteger algunas concretas manifestaciones de la misma que se traducen, a su vez, en derechos fundamentales reconocidos por nuestro Ordenamiento jurídico: libertad de obrar, ambulatoria, religiosa, sexual, ideológica, etc. Estas concretas manifestaciones son las que encuentran protección concreta en nuestro Código penal. Ahora bien, el concepto de libertad es relativo dado que, por el hecho de vivir en sociedad, se renuncia a parte de ella en pro de la coexistencia pacífica, de manera que sólo los ataques más graves a la misma son trascendentes a efectos penales. Así, lo que se protege concretamente es la *libertad social*, entendida como las relaciones entre los ciudadanos, frente a los demás, derivada de la necesidad de convivencia y de coexistencia.

Doctrinalmente se ha afirmado que la libertad así concebida, puede plantearse desde tres prismas diferentes:

- Psicológico: constituye un atributo de la voluntad, en tanto que absoluta independencia para la formación de la misma. Así, la voluntad solo es genuina si está libremente formada, en tanto que representa la verdadera personalidad y deseos de los sujetos. Desde este prisma, se puede atentar contra la libre formación de la libertad (amenazas) y contra la ejecución de la libertad que ya ha sido formada (coacciones)
- Político-social: la coexistencia en el seno de una sociedad impone la necesidad de establecer una serie de límites en orden al respecto de las libertades ajenas.
- Jurídico: la libertad como valor ideal no puede resultar tutelado, sino que se protegen algunos aspectos de la misma, concretamente, en este Título: libertad de obrar como formación de la voluntad (amenazas), voluntad de obrar como ejecución de la libertad formada (coacciones) (STS de 18 de Marzo de 2000) y libertad ambulatoria (detenciones ilegales y secuestros)

El Capítulo I, del Título VI se refiere a *Detenciones ilegales y secuestros*, en los arts. 163 a 168 Cp. Los comportamientos aquí recogidos constituyen una variante de ataque a la libertad genéricamente considerada, en la que no se exige el empleo de violencia o intimidación. Esta configuración plantea una concurrencia con el delito de coacciones que se suele delimitar atendiendo a la dimensión temporal del ataque a la libertad: una privación temporal de escasa duración podría constituir un delito de coacciones, mientras que si tiene una duración mayor o bien la privación de libertad consti-

tuye la finalidad propia de la acción, estaríamos ante detenciones ilegales (STS de Abril de 2006). De hecho, la colisión entre ambas figuras constituye el principal foco de conflictos en este ámbito. La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2008 pone de relieve que existen dos principios esenciales para delimitar dicha frontera: especialidad y subsidiariedad. Así, en relación con el primero “*en la medida que al coacción es el género y la detención ilegal la especie, puesto que la primera protege la libertad de obrar del individuo en sentido genérico, mientras que el segundo se endereza a garantizar una manifestación específica de aquel valor, cual es la libertad ambulatoria, de locomoción o de desplazamiento de la persona, en línea con la protección constitucional dispensada por el art. 17 CE*”; mientras que en relación con el segundo, el delito de coacciones se aplicará subsidiariamente cuando el atentado contra la libertad personal no constituya a su vez un ataque a la libre movilidad de la persona. Lo que no cabe es un concurso de delitos entre ambas figuras, sino que se trataría de un concurso de normas a resolver a favor del delito de detenciones ilegales en virtud del principio de especialidad (STS 8 de octubre de 2007).

En relación con las detenciones ilegales, el bien jurídico se concreta en un aspecto de la libertad, específicamente la *libertad ambulatoria* o libertad de desplazamiento. Se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de un lugar a otro, según su libre voluntad. Al tratarse la libertad, y por tanto la libertad ambulatoria de un bien jurídico *disponible*, por cuanto esta disponibilidad es también un ejercicio de la libertad, se plantea la problemática del papel que jugaría el *consentimiento* en este tipo de comportamientos. El consentimiento en Derecho penal puede jugar un doble papel: como causa de justificación y como causa de atipicidad. En el caso concreto de las detenciones ilegales, considero que estamos en presencia de una *causa de atipicidad*, dado que en el concepto mismo de detención está implícita la exigencia de una voluntad contraria, de manera que la concurrencia del consentimiento, como ejercicio propio de la libertad individual, no “justifica” la detención, sino que niega su propia existencia. Obviamente, no puede producirse un ataque a un bien jurídico, disponible, cuando el titular del mismo está de acuerdo en que se realice el comportamiento presuntamente atentatorio; ello implica que la concurrencia del consentimiento determine la atipicidad del comportamiento.

La lesión del bien jurídico se prolonga todo el tiempo que dure la privación de libertad, con lo que se confi-

gura como un *delito permanente*, que sólo terminará en el momento en que cese el ataque a la misma y se ponga en libertad al detenido ilegalmente. Además, el delito se consuma cuando se ha producido la privación de libertad por la detención o por el encierro, siendo por tanto perfectamente posible la tentativa<sup>1</sup>.

En relación con los sujetos del delito, es preciso realizar algunas manifestaciones. Sujeto activo de los distintos delitos de detenciones ilegales puede serlo *cualquier persona*, con la excepción de la modalidad recogida en el art. 167 Cp que precisa que sea *autoridad o funcionario público*. Sujeto pasivo, también puede serlo cualquier persona. Al incidir la acción en un aspecto concreto de la libertad, como es la ambulatoria, es indiferente si el sujeto pasivo tiene o no capacidad de discernimiento. Con ello se incluyen como sujetos pasivos los inimputables y los menores siempre que tengan capacidad para trasladarse por sí mismos.

## II. Modalidades típicas de las detenciones ilegales

Tal como hemos señalado, los comportamientos consistentes en detener ilegalmente a otro pueden ser cometidos bien por un particular o bien por una autoridad o funcionario público.

### 1. Detenciones ilegales cometidas por particular

En aquellos casos en los que el sujeto activo de la detención ilegal es un particular, pueden distinguirse varios tipos de figuras delictivas: un tipo básico contenido en el art. 163.1 del Código penal, dos tipos privilegiados en los arts. 163.2 y 163.4; y varios tipos cualificados en los arts. 163.3, 164, 165 y 166 del Código penal. Veámoslos independientemente.

#### 1.1. Tipo básico (art. 163.1 Cp):

La figura delictiva recogida en este precepto castiga con una pena de cuatro a seis años de prisión a quien encerrar o detuviere a otro. Así, el comportamiento típico consiste en privar al sujeto pasivo de la posibilidad de determinar por sí mismo su situación en el espacio físico. Se establecen dos modalidades alternativas de *conducta típica*: *encerrar*, que conlleva el aislamiento en un lugar del que no se puede salir, esto es, un espacio cerrado<sup>2</sup>; y *detener*, que consiste en impedir la continuación de desplazamiento, una acción retentiva privando a la persona de su capacidad de movimiento, sin que sea preciso recluirla en un lugar cerrado<sup>3</sup>, así se necesita el empleo de fuerza física o violencia psíquica que prive a la víctima de su libre capacidad de traslado

ambulatorio. Tanto mediante encierro como mediante detención se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad, limitándose de manera ostensible el derecho a la deambulación. Esta privación de la libertad ambulatoria puede producirse por cualquier medio, forma o procedimiento, sin embargo es preciso en ambos supuestos que la privación de libertad tenga un mínimo de duración relevante, que, tal como hemos señalado, permita comprobar que la finalidad perseguida esencialmente por el sujeto activo es el atentar contra la libertad ambulatoria.

Respecto del *tipo subjetivo*, es preciso que concorra dolo, que requiere la voluntad de impedir el ejercicio de la libertad ambulatoria. No se exige la presencia de ningún otro elemento subjetivo del injusto además del dolo; y al no exigirse en el tipo propósitos ni finalidades comisivas concretas son irrelevantes los móviles que muevan al autor.

## 1.2. Tipos privilegiados:

*A. Puesta en libertad (art. 163.2º):* son aquellos casos en los que se pone en libertad al encerrado o detenido, dentro de los tres primeros días de su detención, y siempre que la puesta en libertad dependa, en exclusiva, de la voluntad del sujeto activo. En relación con este precepto, se ha planteado que la atenuación que se prevé responde a razones político criminales, en el sentido de motivar al autor para que deje al detenido en libertad lo más pronto posible, exigiéndose que el cese de la situación de privación de libertad responda a un acto espontáneo y voluntario del autor, configurándose como un supuesto de arrepentimiento espontáneo<sup>4</sup>. Así, el art. 163.2 establece dos requisitos para que pueda ser aplicado: 1. que sea el propio autor quien deje en libertad al detenido dentro de los tres primeros días de su detención, y 2. que no logre el objeto que se había propuesto. En estos casos, se impondrá la pena inferior en grado a la del apartado anterior. Aquellos supuestos en los que, a pesar de cumplirse el requisito cronológico, el autor logra el objetivo que se había propuesto con la detención, no cabe la apreciación del tipo privilegiado<sup>5</sup>.

*B. Excesos en la detención realizada por particular (art. 163.4º Cp):* castiga con la pena de multa de tres a seis meses, al particular que *fuera de los casos permitidos por la ley*, aprehendiere a una persona *para presentarla inmediatamente ante la autoridad*. Se entiende que concurre un elemento subjetivo del injusto consistente en el ánimo de presentar al detenido a la autoridad. De este modo, se establece en el apartado 4 del art. 163 un supuesto específico de error de prohibi-

ción vencible que recae sobre los elementos que integran la causa de justificación de cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho prevista en el art. 490 LECrim.<sup>6</sup>, dado que no sería justificable la reducción de la pena que establece este precepto respecto del tipo básico de lesiones caso de no ser interpretado como error. La puesta a disposición ante la autoridad debe ser *inmediata* por expresa exigencia legal<sup>7</sup>.

## 1.3. Tipos cualificados:

*A. Por la duración de la detención (art. 163.3º Cp):* se castiga con la pena de prisión de cinco a ocho años, cuando la detención ilegal dure *más de quince días*. El fundamento de esta agravación se encuentra en el incremento del desvalor de resultado que supone una privación de libertad de larga duración<sup>8</sup>.

*B. Secuestro (art. 164 Cp):* supone el castigo de la detención ilegal de una persona cuando concurren la exigencia de alguna condición para ponerla en libertad. Su estructura es la misma que las de las amenazas condicionales. La condición generalmente deberá tener naturaleza patrimonial, dinero u otro bien valorable económicamente (STS de 7 de Diciembre de 2004), sin embargo no existe ningún obstáculo legal para que sea de otra naturaleza. La exigencia de una condición ha de ser lo suficientemente significativa, debiendo descartarse la aplicación de este tipo delictivo en los supuestos de solicitud de cosas insignificantes o que sean necesarias para la salud del detenido (por ejemplo, medicinas). Esta condición se vincula a una actividad externa, ajena, en principio, al sujeto pasivo del delito. El fundamento del mayor desvalor que conlleva la agravación de la pena en esta figura delictiva se encuentra en condicionar la puesta en libertad a la realización de una acción externa o condición, generalmente por una tercera persona.

No es precisa la obtención efectiva del rescate o consecución de la condición, ni siquiera que la condición beneficie al sujeto activo del delito basta con que exista una conexión entre la solicitud y la libertad del sujeto pasivo, es decir, que la condición haya sido solicitada para la liberación del detenido.

Respecto a la expresión *ponerla en libertad*, no exige que el detenido esté vivo, es suficiente con que quienes reciban la solicitud del rescate crean que efectivamente es así<sup>9</sup>. Es decir, lo decisivo es que el destinatario de la condición o exigencia crea que todavía puede conseguir poner en libertad al secuestrado.

Siguiendo la estructura típica de las detenciones ilegales, en relación con el delito de secuestro es preciso distinguir un tipo cualificado, si el secuestro dura más

de quince días, aplicándose la pena superior en grado; y uno privilegiado si dura menos de tres días, sancionándose con la pena inferior en grado.

*C. Simulación de funciones públicas y especiales circunstancias de la víctima (art. 165 Cp):* se reconocen dos modalidades de cualificación de los comportamientos descritos en los artículos anteriores, que determinan la imposición de la pena en su mitad superior, una referida a modalidad comisiva y otra a los sujetos pasivos:

- *En relación con la modalidad comisiva:* se agrava la pena siempre que la privación de libertad se ejecute con simulación de autoridad o función pública. El fundamento puede encontrarse en la mayor facilidad comisiva que permite este comportamiento<sup>10</sup>.
- *En relación con los sujetos pasivos:* se hace referencia a aquellos casos en los que la víctima es menor de edad o incapaz, o bien son funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. En relación con los menores de edad, se trata de menores de 18 años, que es un dato meramente cronológico<sup>11</sup>. Es preciso que el dolo del sujeto activo abarque tanto el conocimiento de la minoría de edad, como que el sujeto activo se encuentra en el ejercicio de sus funciones.

*D. Por desaparición del detenido o secuestrado (art. 166 Cp):* En este precepto se sanciona una figura delictiva especialmente polémica al castigar, con la pena superior en grado a las señaladas, a quien, habiendo realizado una detención ilegal o secuestro, no de razón del paradero de la persona detenida. Se trata de los supuestos conocidos como *desapariciones forzadas de personas*<sup>12</sup>. Al hilo de este tipo delictivo se ha producido muchas discusiones doctrinales en torno a su constitucionalidad, dado que inicialmente se configuró como un delito de sospecha de que se había producido la muerte del detenido, lo que sin duda lo hacía incompatible con la presunción de inocencia y con el principio de culpabilidad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en su Auto de 28 de Noviembre de 1990, entendía que se trata de un caso de *desaparición forzada de personas* que puede constituir un ataque incluso más grave que el homicidio, estableciendo que la agravación se debe al hecho de que el sujeto se halla indefinidamente privado de su libertad y no a la sospecha en torno a su muerte. De este modo, el plus punitivo surge al haberse constituido el sujeto activo del delito de detención ilegal en garante cualificado del detenido, de manera que el simple dato o circunstancia de no dar razón de su paradero o no acreditar haberle dejado en libertad, eleva la pena a las inmediatamente superiores,

siendo indiferente a estos efectos que el detenido hubiera muerto o no<sup>13</sup>.

Para que pueda apreciarse la concurrencia de este delito es preciso constatar: que se ha producido una detención ilegal de la persona desaparecida, ausencia de toda explicación razonable de la desaparición por parte del sujeto activo, y la omisión de la puesta en libertad. Por tanto, el núcleo esencial de este tipo delictivo no radica en duración de la detención, sino en la desaparición del sujeto pasivo.

## 2. Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público (art. 167 Cp):

El precepto contiene una figura mediante la que se sancionan aquellos supuestos en los que quienes realizan los comportamientos de detenciones ilegales descritos en los apartados anteriores son *autoridad o funcionarios públicos*<sup>14</sup>. Es preciso que realicen la conducta fuera de los casos permitidos por la ley y sin que medie causa por delito.

La principal cuestión radica en la delimitación de estos comportamientos de las figuras prevista en relación a los delitos cometidos por funcionarios públicos contra las libertades individuales, contenidos en los arts. 529 a 533 Cp. Así, la responsabilidad penal del funcionario público dependerá de si ha actuado como tal dentro de sus competencia, y se ha extralimitado, o bien, por el contrario, ha ejercido como particular, fuera de sus competencias, pero prevaliéndose de su condición. Esto es lo que se deduce atendiendo a los términos utilizados en cada uno de los preceptos: el art. 167 se refiere a que actúe “*fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito*”, mientras que los arts. 529 y ss. hablan de acordar una detención “*con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales*”.

La referencia a la actuación “*fuera de los casos permitidos por la ley*”, implica que el funcionario actúa fuera de sus competencia y, por tanto, como particular, pero prevaliéndose de las ventajas que le aporta su condición, lo que sumado a la exigencia de que no medie causa por delito, determina que su actuación se encuentra totalmente al margen del Derecho y del correcto ejercicio de la función pública. Se trata, por tanto, de supuestos de detenciones arbitrarias de los sujetos mencionados que actúen con abuso de su función o cargo. Por el contrario, en el caso del art. 530 del Código penal, el funcionario no se comporta como particular, sino que actúa dentro de sus funciones pero excediéndose en las mismas.

En relación con la expresión “*sin que medie causa por delicto*”, el término puede ser interpretado en sentido estricto, esto es, descartándose los supuestos de faltas, o bien en sentido amplio abarcando todas las infracciones penales. Ahora bien, a fin de evitar extensiones interpretativas desmesuradas sería preciso que se tratara de infracciones que legalmente posibiliten la detención por parte de la autoridad o funcionario público.

Así, se ha señalado que una vía de distinción entre el art. 167 y el art. 530 se basa en la *ratio* de ambos preceptos. En concreto, habrá que determinar las razones por las cuales el funcionario decide adoptar la medida en cuestión. Si las razones que llevan a practicar la detención responden a la pura arbitrariedad y muestran una clara situación de abuso de poder será aplicable el art. 167; en cambio, si la detención es improcedente, pero se sigue manifestando una actuación al servicio del interés público, a menudo vinculada a algún tipo de error en la apreciación de los hechos debe acudir al art. 530<sup>15</sup>.

### III. Autoría y participación

Es preciso analizar algunas particularidades que se presentan en estos delitos. En primer lugar, al tratarse de un *delito permanente*, en el que la lesión al bien jurídico permanece durante un período de tiempo, es posible la participación una vez que el delito se haya consumado, incluso en calidad de coautor<sup>16</sup>. También son frecuentes los supuestos de autoría mediata, basados en error del instrumento, normalmente la autoridad<sup>17</sup>.

Respecto a la figura de secuestro, se plantean especiales problemas en relación con la figura del intermediario. El Tribunal Supremo ha considerado participación punible la intervención a favor del secuestrador<sup>18</sup>; sin embargo, es posible aceptar la posibilidad de concurrencia de un estado de necesidad en quien actúa como intermediario, sin formar parte del plan acordado, independientemente de cuales sean los móviles que lo motiven o en nombre de quien actúe.

### IV. Concursos

Ya nos hemos referido a los problemas de concurrencia que se suscitan entre el delito de coacciones y el de detenciones ilegales, así como a los problemas de delimitación entre el art. 167 (detenciones ilegales cometidas por funcionario público) y el art. 530. Sin embargo, es preciso mencionar la existencia de otros posibles problemas concursales de las detenciones ilegales respecto de otras figuras delictivas, como pueden ser los delitos de robo con intimidación y las agresiones sexuales. La jurisprudencia ha considerado que si se

da coincidencia temporal entre el hecho de la agresión sexual o del robo y el de la privación de la libertad ambulatorio, procede aplicar un concurso de leyes. Así, para que la privación de libertad quede absorbida por el robo o la agresión sexual, el tiempo que dure la misma debe ser breve y coincidir con el hecho delictivo al que acompaña; sin embargo, cuando la dinámica comisiva desplegada requiera la previa inmovilización de la víctima, pero la privación de libertad de alarga más allá de lo imprescindible para consumar el robo o la agresión sexual, se debe apreciar un concurso ideal de delitos. Por último, hay que aplicar un concurso real de delitos cuando la duración e intensidad de la privación de libertad se aparta notablemente de la dinámica comisiva del delito al que se acompaña<sup>19</sup>.

### Bibliografía

- ALONSO PÉREZ, “Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el nuevo Código penal”, *La Ley - Actualidad*, Madrid, 1997.
- BOLEA BARDÓN/ROBLES PLANAS, “La tipicidad de las detenciones ilegales policiales”, en *InDret*, 2006.
- CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VV.AA., *Derecho penal, Parte Especial*, Valencia, 2004.
- CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Valencia 1996.
- CLIMENT DURÁN, *Detenciones ilegales policiales*, Tirant lo Blanch, Valencia 1998.
- CORCOY BIDASOLO Y OTROS, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia 2011.
- ESCUCHURI AISA, “Detenciones ilegales y robo con intimidación”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2004.
- LANDROVE DÍAZ, “El tipo básico de detención ilegal”, en *Diario La Ley*, D-165, 1998.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 18ª ed., Valencia 2010.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, “Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el Código penal de 1995”, en AA.VV., *Delitos contra la libertad y la seguridad*, CGPJ, Madrid 1996.
- NÚÑEZ CASTAÑO, en GÓMEZ RIVERO (coord.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid 2010.
- RAGUÉS I VALLÈS, “Delitos contra la libertad” en AA.VV., *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, Barcelona, 2006.

– “La delimitación entre detenciones ilegales y coacciones: ¿una tarea condenada al fracaso?”, en *Actualidad Penal*, 2003.

RUEDA MARTÍN, “La adecuación social y el delito de detención ilegal”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2000.

SANZ DELGADO, “Detención ilegal, ¿delito de consumación instantánea?”, en *La Ley penal*, 2006.

## Notas

1 Así ocurriría en el caso de un *secuestro express*, en que la víctima consigue huir tras un brevísimo tiempo retenida (SAP de Barcelona de 15 de Diciembre de 2009); o un sujeto que coge a la víctima y la introduce en vehículo colocándose encima e intenta inmovilizarla. La víctima se resistió, consiguiendo con sus gritos que acudieran terceras personas en su ayuda (STS de 10 de Febrero de 2009).

2 Así, por ejemplo, se ha considerado tipo básico de detenciones ilegales encerrar a la víctima en el maletero de un coche (STS de 8 de Octubre de 2007); encerrar a las personas en un local, obligándolas a ejercer la prostitución e impidiéndoles salir (STS de 5 de Diciembre de 2005)

3 Así se entendió el supuesto de dejar a la víctima de un robo, maniatada en la playa de madrugada (STS de 22 de Mayo de 2001); también se consideró “detención”, un supuesto en el que el detenido fue obligado a acompañar a sus captores sin posibilidad de tomar otra dirección (STS de 6 de octubre de 1992).

4 De este modo, no configurarían el tipo privilegiado los supuestos en los que el sujeto escapa o es liberado por la policía (SSTS de 7 de octubre de 2002 y 12 de Mayo de 2005); si se ha apreciado en el caso en que los sujetos activos del delito abandonaron al detenido con ataduras inconsistentes y en un lugar poco asegurado (STS de 7 de Febrero de 2005).

5 La Sentencia de 20 de abril de 2009 no apreció el tipo privilegiado por haber logrado el autor el propósito que le movió a la comisión del delito que “consistió en la venta del ordenador portátil de la víctima del que previamente se había apoderado, y en el consumo de la sustancia tóxica adquirida con el importe obtenido”.

6 Así, establece el art. 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que “Cualquier persona puede detener:

1. Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo.

2. Al delincuente *in fraganti*.

3. Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena.

4. Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme.

5. Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior.

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

7. Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía.”

7 Se ha entendido aplicable este precepto en supuestos como atar a la víctima en un poste con la intención de que no escapara para entregarlo a la policía (SAP de Las Palmas de 24 de Marzo de 2003); vigilantes de empresa de seguridad privada

que esposan a unos que pretendían acceder a la cantera, por orden del titular de la explotación minera, presentándolos inmediatamente a la Guardia Civil (SAP de Segovia de 28 de Septiembre de 2007).

8 Así, se ha castigado como tipo cualificado, mantener encerrada a una mujer en una chabola durante casi cuatro meses, pudiendo salir al exterior siempre bajo vigilancia y dentro del recinto donde se localizaba el asentamiento gitano en el que se encontraba (SAP de Asturias de 11 de Abril de 2005); encerrar a anciana en cobertizo, evitando que pudiera salir al exterior y relacionarse con otras personas sin el control de la acusada (SAP de Almería de 2 de Abril de 2007).

9 Por ejemplo, exigir un rescate a los familiares, una vez que habían asesinado a la persona detenida ilegalmente, constituye un delito de secuestro (STS de 5 de Marzo de 1999, caso *Anabel Segura*).

10 La jurisprudencia ha entendido que concurre este precepto en el supuesto en que los sujetos se presentan como guardias civiles exhibiendo placas falsas, con el fin de que les dejen pasar al domicilio, donde maniatan a las víctimas y les exigen la entrega de dinero y droga (STS de 22 de Febrero de 2007).

11 Así se ha entendido en un caso en el que existió retención de menores de edad a quienes reclutan para la realización de actividades laborales sin prestarles atención médica ni alimentación diaria (SAP de Madrid de 14 de Julio de 2004).

12 Debemos tener en consideración, que en los supuestos de desapariciones forzadas de personas muy comunes durante las dictaduras española, argentina y chilena, los sujetos pasivos de la detención nunca han aparecido.

13 Paradigmática en relación con este precepto ha sido la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1990 (Caso Nani), en la que se condenó a unos policías que detuvieron ilegalmente a un delincuente, que desapareció, sin dar después razón de su paradero. Esta decisión jurisprudencial fundamenta la agravación de la pena en el hecho de que “*la ley penal establece una pena progresiva más alta en función del tiempo que dura la detención ilegal y nadie discute la legitimidad de tal agravación y fija, por último, una pena superior cuando ni siquiera se conoce cuánto va a durar la privación puesto que el hecho probado afirma que no se conoce el paradero del detenido. No hay en el precepto ni sospechas de muerte ni siquiera atentado a la integridad, sino constatación de un hecho indiscutible: que al detenido no se le puso en libertad*”.

14 A este respecto es de aplicar la definición de autoridad o funcionario público contenida en el art. 24 del Código penal.

15 Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2005, en la que se resuelve el caso de un policía que ordena la detención de quien según el atestado podría ser culpable exclusivamente de una falta de daños.

16 Así, se ha entendido que es un caso de coautoría en un delito de secuestro, el hecho de custodiar y vigilar al secuestrado por otros (STS de 8 de Septiembre de 1993); se consideran supuestos de cooperación necesaria atender las llamadas en nombre de los secuestradores e indicar el precio y lugar del pago del rescate (STS de 27 de marzo de 2006)

17 La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2005 condena como autor mediato a un funcionario de policía que, siguiendo un plan preconcebido, detiene a una persona con una bolsa con 3000 pastillas de éxtasis y una pistola que le habían entregado para que fuera sorprendido por el policía, lo que

efectivamente ocurrió poniéndolo a disposición de otros policías y acordándose la prisión provisional por la autoridad judicial.

18 La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 20 de octubre de 2006, califica de complicidad participar junto a uno de los autores materiales del secuestro en la operación de recogida del dinero fijado como rescate.

19 Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, 21 de junio de 2007, 6 de junio de 2005, entre otras.

## Honduras

**Dra. Angie Andrea Arce Acuña**

*Doctora en Derecho*

*Costa Rica*

### Introducción

La libertad es uno de los Derechos Humanos más importantes tutelados y protegidos nivel internacional. La libertad comprende la capacidad del ser humano de determinarse de hacer y omitir determinadas acciones. Consiste en la posibilidad de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. De este modo ha sido señalado por los tribunales de Derechos Humanos.

Como parte de esta libertad, cada Estado tiene el deber y la obligación de proporcionar a cada uno de sus ciudadanos la seguridad que esa libertad le será respetada y, que en caso de ser restringida, se le darán todas las garantías de un debido proceso que respete su dignidad como persona evitando todo tipo de arbitrariedades.

Del Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos se desprende, el propósito de consolidar “*un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre*”. Se reconoce además que “*sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos*”. De esta forma, cada uno de los Derechos Humanos protege un aspecto de la libertad del individuo.

El artículo 7 de la Convención “protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico”<sup>1</sup>. Cualquier privación de libertad, sea por la supuesta comisión de un delito o por cualquier otro motivo, debe ser realizada con es-

tricto cumplimiento de una serie de garantías que aseguren la protección de este derecho fundamental de las personas.

Y es, derivado de este derecho y esta necesidad de protección a la libertad física, que los Estados han establecido una serie de Garantías y Derechos para evitar las detenciones ilegales y arbitrarias. Analizaremos el caso de Honduras, que representa uno de los baluartes más importantes de la Humanidad.

### I. Tratamiento de las Detenciones Ilegales en Honduras

Honduras no ha estado exenta de prácticas que atentan contra la libertad de las personas. Una serie de hechos que trascendieron hasta cortes internacionales, han llevado a una tutela más rigurosa en tema prevención de detenciones ilegales.

En la época de los años ochenta y hasta los noventa, una serie de grupos militares realizaron prácticas que atentaban contra la libertad de las personas. En las prisiones clandestinas, personas detenidas fueron sometidas a los siguientes maltratos: toques eléctricos, privación de alimentos y agua, aislamiento, vendas cegantes, aplicación de capucha, violaciones sexuales, utilización de perros amaestrados para torturas, inmersión en aguas con heces fecales, aspiración forzada de líquidos por la nariz, colgamientos, desnudez prolongada, torturar a otros detenidos, simulación de ejecución con arma de fuego, amenazas de secuestros y otras extorsiones.

Con posterioridad a estos lamentables hechos las familiares de las víctimas han creado Comités de Familiares de Detenidos Desaparecidos en Honduras. Estas agrupaciones surgieron como respuesta ante la ineficiencia del Estado para garantizar y mantener el derecho a la vida y a la incolumidad de las víctimas a través del respeto al debido proceso.

De igual forma existe una regulación de los derechos de los imputados mucho más rigurosa posterior a estos acontecimientos en aplicación a la normativa con el fin de que se respeten sus derechos. Debido a las transiciones políticas y sus coyunturas, Honduras ha sido nuevamente escenario de detenciones irregulares denunciadas por parte de los ciudadanos y el gobierno, desde el año dos mil diez.

Sin embargo, ante esta realidad de detenciones ilegales, este país cuenta ahora con suficiente normativa jurídica que viene a resguardar los derechos de los detenidos, y que sanciona severamente a los autores de este tipo de delitos.

## II. Legislación que protege las detenciones ilegales en Honduras

La Constitución Política en su artículo 71 indica: *“Ninguna persona puede ser detenida ni incomunicada por más de veinticuatro (24) horas sin ser puesta a la orden de la autoridad competente para su juzgamiento. La detención judicial para inquirir no podrá exceder de hasta seis (6) días contados desde el momento en que se produzca la misma. Asimismo, artículo 84 señala: “Nadie podrá ser arrestado o detenido sino en virtud de mandato escrito de autoridad competente, expedido con las formalidades legales y por motivo previamente establecido en la Ley (...)”*. Por existir una protección constitucional de la libertad, el Código Penal tipifica y sanciona comportamientos que conllevan detenciones ilegales; estos delitos se regulan en el apartado de Delitos contra la Libertad y la Seguridad. El artículo 196 *CP* indica que los hondureños que participen o colaboren en Honduras con organismos o autoridades extranjeras en la detención ilegal de con nacionales para que sean juzgados en el extranjero por delitos cometidos dentro o fuera del territorio nacional, serán sancionados con reclusión del 9 a 12 años. Si son funcionarios públicos la pena será de doce (12) a quince (15) años, más inhabilitación absoluta por el doble del tiempo que dure la reclusión. El artículo 333 del mismo cuerpo normativo sanciona con la pena de reclusión de 3 a 5 años y multa de cincuenta mil (L. 50, 000.00) a cien mil (L. 100, 000.00) Lempiras al funcionario o empleado público que: 1) *Detenga o incomunique ilegalmente a una persona o no le de inmediato cumplimiento al mandamiento de exhibición personal expedido por autoridad competente; 2) No ordene oportunamente la libertad de un detenido cuando proceda legalmente o quien lo retenga después de haber recibido la orden de libertad del mismo; 3) Haga víctima de vejaciones o apremios ilegales a las personas confiadas a su custodia; 4) No tramite o resuelva dentro de los términos legales una petición de Habeas Corpus o de Amparo o por cualquier medio obstaculice su tramitación; 5) Los jueces o magistrados que no tramiten o resuelvan dentro de los términos legales una petición de habeas corpus o por cualquier medio obstaculicen su tramitación.*

Dentro de la normativa del Código Procesal Penal, en sus artículos 101, 191, 282, 285 claramente se regulan los derechos del imputado durante la detención, las garantías y el procedimiento, de conformidad con los tratados internacionales. Por su parte, la Ley Orgánica

de la Policía Nacional, en sus artículos 24, 27 y 135 regula las obligaciones de los miembros de la Policía Nacional para que de una forma adecuada cumplan lo establecido en los Tratados Internacionales y la legislación en materia de detenciones.

La Ley de Policía y Convivencia Ciudadana de Honduras, en su artículo 8 indica que *“Todas las autoridades y los particulares, están obligados a colaborar con la policía.....en ninguna situación la detención de una persona por la autoridad policial podrá exceder de (24) horas”*. Por su parte, la Ley sobre Justicia Constitucional en su artículo 13 protege del deber del Estado de garantizar la libertad personal y la integridad e intimidad de la persona humana. Honduras además cuenta con la siguiente normativa que regula las detenciones ilegales:

1. Código de Ética para funcionarios empleados judiciales;
2. Ley Especial de Órganos Jurisdiccionales con Competencia Territorial Nacional en Materia Penal;
3. Ley del Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Honduras ha suscrito los siguientes tratados internacionales que prohíben y sancionan la detención ilegal de los ciudadanos, como medio de proteger la libertad personal.

1. Tratados suscritos por OEA en materia de detenciones ilegales y respeto a la libertad.
2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este tratado en los artículos 6 y 9 regula los referente a la libertad y detención de las personas.
3. Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, en sus artículos 2 y 10.

## Conclusiones

Honduras, a pesar de ser un país que ha sido golpeado duramente por situaciones irregulares como detenciones ilegales, privación de libertad por cuestiones políticas, secuestro y torturan que han atentado contra la libertad de sus ciudadanos, cuenta con una amplia normativa que le permite regular y tutelar.

Para hacer efectivas las disposiciones legales es necesario una mayor conciencia judicial, policial. De igual manera, el Estado debe hacer valer los derechos consagrados en los cuerpos normativos de manera eficiente y no debe permitirse la violación de los Derechos Constitucionales de los ciudadanos-

Existe normativa vigente tutelada tanto por el Código Penal como por los Convenios y Tratados Internacionales suscritos por el país, sin embargo la crisis política, económica que vive el país les merece tomar cartas en el asunto y funcionar y respetar el principio de libertad. La efectividad de la normativa vigente, que proviene tanto del Derecho Internacional como del Derecho Interno encuentra el obstáculo que trae consigo la crisis económica. Si bien es cierto en el pasado las autoridades pudieron enfrentar y condenar hechos violatorios de los Derechos Humanos, lo cierto es que debe procurarse el respeto a los derechos de cada ciudadano de forma más agresiva. La educación y la difusión de los derechos de los imputados y las personas, pueden coadyuvar a promover su respeto y aplicación de igual manera, que las autoridades puedan cumplir a cabalidad la normativa que demanda el país.

## Italia

**Víctor Manuel Macías Caro**

*Universidad de Módena y Reggio Emilia*

### I. Consideraciones preliminares

Tratamos en este informe los *delitos contra la libertad personal*<sup>2</sup>, consistentes todos ellos, en distintas circunstancias, en la privación de libertad personal de otra persona, el “secuestro de persona” (“*sequestro di persona*”), el “secuestro de persona con finalidad terrorista o subversiva” (“*sequestro di persona a scopo di terrorismo o eversione*”), el “secuestro de persona con finalidad extorsiva” (“*sequestro di persona a scopo di estorsione*”), la “detención ilegal” (“*arresto illegale*”) y la “limitación indebida de libertad personal” (“*indebita limitazione di libertà personale*”).

Hay que advertir desde el principio que la *diferencia entre secuestro de persona y detención ilegal*, las dos figuras típicas principales, no corresponde, como en otros ordenamientos, al elemento de la exigencia del cumplimiento de una condición para la puesta en libertad del secuestrado —que en Italia constituye un supuesto de secuestro con finalidad extorsiva—, sino que se basa, como veremos más adelante, en elementos subjetivos.

### II. Secuestro de persona (art. 605 CP)<sup>3</sup>

Es aceptado pacíficamente que *el bien jurídico protegido es la libertad personal*, si bien se discute mucho

sobre el significado concreto de la misma. De acuerdo con una primera orientación, basada en las indicaciones de los trabajos preparatorios del Código y acogida por la jurisprudencia y la doctrina dominantes, la libertad personal debe ser entendida *en sentido restrictivo* como libertad física o libertad de movimiento en el espacio<sup>4</sup>. Sin embargo, frente a la exclusión de tutela que ello conllevaría respecto a sujetos sin capacidad ambulatoria, privados legalmente de libertad o incapaces de entender la propia privación de libertad, parte de la doctrina, haciendo referencia al artículo 13 de la Constitución italiana, entiende la libertad personal *en sentido amplio* como derecho inviolable de todas las personas, como libertad “respecto a” medidas coercitivas sobre el propio cuerpo o como derecho a no ser puesto en una situación de sujeción a un poder ajeno<sup>5</sup>.

El debate sobre el significado de la libertad personal repercute necesariamente sobre la identificación de los posibles *sujetos pasivos* del delito. Para la primera de las tendencias ya explicadas se excluyen neonatos, paralíticos, enfermos mentales, etc., siempre que no adquieran capacidad ambulatoria mediante instrumentos ortopédicos<sup>6</sup>, mientras que, según una de las voces de la segunda orientación, “niños y dementes, comatosos y delirantes, durmientes y paralíticos y toda la fantasmagórica corte de milagros tratada por la casuística doctrinal pertenecen a la indistinta unidad de la persona humana”<sup>7</sup>.

Respecto al *elemento objetivo de la conducta típica*, este es descrito de forma sintética: “privar a alguien de la libertad personal”. Se trata de un *delito de resultado*, que puede ser realizado con distintas modalidades orientadas todas ellas causalmente a producir el resultado de la privación de la libertad personal<sup>8</sup>. Es pues irrelevante el medio: violencia física, amenaza grave e idónea o engaño u otros medios no violentos ni fraudulentos son posibles modalidades de comisión<sup>9</sup>, a las que se puede añadir el secuestro omisivo en caso de ausencia de verificación de una debida puesta en libertad<sup>10</sup>. La jurisprudencia admite también la amenaza implícita siempre que sea seria<sup>11</sup>. Por otra parte, no es necesario que exista una privación total de la libertad, pudiéndose dar el caso de gozar la víctima de cierta libertad ambulatoria dentro del espacio en el que se encuentra encerrado. La *privación parcial* de la libertad personal debe apreciarse de acuerdo con las condiciones personales de la víctima y las objetivas posibilidades de recobrar el estado de libertad en condiciones de seguridad<sup>12</sup>. Por último, se requiere por otra parte que la privación de libertad tenga lugar durante un *intervalo temporal jurídicamente apreciable*, que dependerá de las circunstan-

cias del caso<sup>13</sup>, aunque la jurisprudencia tiende a reducir la duración exigida al mínimo posible<sup>14</sup>.

Respecto al *elemento subjetivo*, el secuestro de persona es castigado a título de *dolo genérico*, que consiste en la conciencia y voluntad de privar a alguien de su libertad personal. Por esta razón la jurisprudencia excluye del ámbito de aplicación de este delito los casos de privación de libertad por parte de un miembro de la policía cuando la privación de libertad se caracterice subjetivamente por la finalidad de ejercer el poder del que está legítimamente investido, aunque dicho ejercicio sea objetivamente ilícito<sup>15</sup>. Por otra parte, una cierta motivación típica puede llevar en este y en todos los casos a la aplicación de otros tipos de delito previstos en la legislación penal especial: el *secuestro de persona con finalidad extorsiva*<sup>16</sup> o el *secuestro de persona con finalidad terrorista o subversiva*.

El secuestro es un típico ejemplo de *delito permanente*, por lo que es realizado en el momento en el que se verifica la privación de libertad penalmente relevante, mientras que la *consumación* tiene lugar en el momento en el que cesa la conducta de voluntario mantenimiento de la víctima en condiciones de privación de libertad<sup>17</sup>. Por otra parte, la *tentativa* es configurable cuando se cumplan actos idóneos directos de modo inequívoco a privar a alguien de su libertad, sin que esta tenga lugar finalmente<sup>18</sup>.

En materia de posibles *causas de justificación*, se discute sobre el alcance del *consentimiento del titular del derecho*. La doctrina considera que la libertad personal es un bien solo parcialmente disponible y que el consentimiento debe ser actual y revocable en cualquier momento. En este sentido, se ha discutido sobre las comunidades religiosas de clausura y las comunidades terapéuticas para drogodependientes en las que los internos prestan al ingresar un consentimiento anticipado e irrevocable<sup>19</sup>.

El *marco penal* para el tipo básico es de seis meses a ocho años de reclusión. No obstante, el tercer párrafo del art. 605 CP italiano, introducido en 2009<sup>20</sup>, prevé una penalidad especial, de tres a doce años de reclusión, para el *secuestro de menores*. Como hipótesis agravadas específicas para este supuesto están previstos: *a)* el secuestro de un menor de catorce años y *b)* la expatriación o retención en el extranjero del menor. La pena es en este caso de reclusión de tres a quince años, con lo que se evita la posibilidad de suspensión condicional de la pena, de acuerdo con el art. 163 CP.

Están además previstas las siguientes *circunstancias agravantes* comunes tanto al secuestro de personas del

párrafo primero como al secuestro de menores del párrafo tercero: *a)* condición de funcionario público del autor, unida al abuso de las funciones inherentes a la misma<sup>21</sup>, *b)* condición de ascendiente, descendiente o cónyuge de la víctima<sup>22</sup> y *c)* otras circunstancias agravantes previstas por la legislación especial<sup>23</sup>.

Por último, únicamente respecto al secuestro de menores está prevista la *circunstancia atenuante* de hasta la mitad de la pena —hasta el año y medio de reclusión, dando de nuevo la posibilidad de suspensión condicional— cuando el imputado “actúe concretamente [...] con el fin de que el menor vuelva a la libertad”, “para evitar que la actividad delictiva conlleve consecuencias ulteriores” o bien “para evitar la comisión de ulteriores hechos de secuestro de menores”.

### III. El arresto ilegal (art. 606 CP)<sup>24</sup>

Es pacífica la consideración de este delito como *pluriofensivo*: a la ofensa del bien jurídico de la *libertad personal* se añade el *correcto funcionamiento de los órganos de la Administración pública*<sup>25</sup>. El “arresto ilegal” es asimismo un *delito especial*, dado que el único *sujeto activo* posible es el funcionario público (“*pubblico ufficiale*”), bien exceda de los límites del poder de arrestar, del cual goza, bien usurpe, al cometer el hecho, un poder que no tiene<sup>26</sup>.

La *conducta típica* consiste en la realización de un arresto abusando de los poderes inherentes a las funciones de funcionario público. La noción de *arresto* debe ser entendida en sentido técnico<sup>27</sup> y constituir una privación de libertad real y efectiva<sup>28</sup>. El *abuso* puede consistir en la incompetencia absoluta —objetiva ausencia de legitimación formal para proceder al arresto— o relativa —inobservancia de las formalidades previstas—<sup>29</sup>. Por último, el *funcionario público* (“*pubblico ufficiale*”) es definido por el propio Código penal, en su art. 357<sup>30</sup>.

El *dolo genérico* requiere la conciencia y voluntad de proceder al arresto abusando de los poderes inherentes a las funciones. Si no existe conciencia del abuso no queda integrado el elemento subjetivo. El error sobre los límites del poder de proceder al arresto excluye asimismo el *dolo*<sup>31</sup>.

Como ya adelantábamos, la *distinción* entre arresto ilegal y secuestro de persona estriba, según la jurisprudencia dominante, en el elemento subjetivo, que en el secuestro exige la voluntad del autor de tener la persona en su esfera de dominio, mientras que en el arresto ilegal está dirigido a poner a la persona a disposición de la autoridad competente<sup>32</sup>.

### IV. La indebida limitación de libertad personal (art. 607 CP)<sup>33</sup>

Al igual que el arresto ilegal, también este delito es pacíficamente considerado *pluriofensivo* tanto de la libertad personal como de la legalidad y la corrección en el comportamiento de ciertos funcionarios públicos. Por esta razón es asimismo considerado un *delito especial*, susceptible de ser cometido por funcionario público “encargado o destinado a una prisión judicial”. Por “encargado” (“*preposto*”) entiende la doctrina quien tiene la competencia legal para admitir en establecimientos penitenciarios a personas que hayan sido privadas de libertad por orden de la Autoridad judicial<sup>34</sup>, mientras que “destinado” (“*addetto*”) sería el funcionario público que sin gozar de la competencia antes mencionada, tiene el deber de dar curso a la orden del superior en esta materia<sup>35</sup>.

La *conducta típica* describe tres supuestos: a) la *recepción indebida (ricezione indebita)* de una persona en un establecimiento penitenciario<sup>36</sup> sin la orden legítima de la Autoridad competente<sup>37</sup>, b) la *desobediencia indebida* a la orden de liberación de un detenido o interno<sup>38</sup> y c) la *prolongación indebida* de la ejecución de la pena o de la medida de seguridad, que carece de significado hoy en día por requerirse siempre una orden escrita de la Autoridad judicial para la puesta en libertad de los detenidos<sup>39</sup>. Se discute sobre la relación entre las tres conductas: parte de la doctrina considera posible el concurso material entre las mismas<sup>40</sup>, mientras que para otros autores constituyen conductas alternativas<sup>41</sup>.

Este delito es castigado a título de *dolo genérico*, siendo necesaria la conciencia y voluntad de realizar una restricción indebida de la libertad personal con la conciencia de abusar de los poderes inherentes a las propias funciones. La *consumación* coincide con la privación de la libertad personal y la *tentativa* es configurable<sup>42</sup>.

### Notas

- 1 Convención Interamericana de Derechos Humanos.
- 2 Sobre esta materia, en obras de consulta, comentarios y manuales, véanse CARFORA, Francesco, “Sequestro di persona”, en *Digesto Italiano*, vol. XXI, parte II, Unione Tipografico-Editrice, Turín, 1891-1896, pp. 1009-1041; JANNITTI PIROMMALLO, Alfredo, “Delitti contro la libertà individuale” en *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, Società Editrice Libreria, Milán, 1936, pp. 322 y ss.; BRASIELLO, “Libertà personale” (delitti contro la), en *Novissimo digesto italiano*, vol. IX, UTET, Turín, 1963, pp. 850-859; FLICK, “Libertà individuale (delitti contro)”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIV, Milán, 1974, pp. 535-539 y 541-544; MARINI, “Libertà personale (delitti contro la)”, en *Novissimo digesto italiano*, apéndice, vol. IV, UTET, Turín, 1983, p. 906-912; DALIA, “Secuestro di persona e arresto illegale”, en *Enciclopedia*

*del diritto*, vol. XLII, Milán, 1990, p. 193-200; GALLO, E., “Sequestro di persona”, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXII, Roma, 1992, 17 pp.; GARAVELLI, Mario, “Sequestro di persona e altri delitti contro la libertà personale”, en *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. XIII, UTET, Turín, 1997, pp. 247-253; ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, v. I, 15ª ed. actualizada por C. F. GROSSO, Giuffrè, Milán, 2008, p. 157-162; FIANDACA MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, t. 1º, (*I delitti contro la persona*), 3ª ed., Zanichelli, Bologna, 2011, pp. 185-199; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I (*Delitti contro la persona*), CEDAM, Padua, 2008, pp. 283-302; MONACO, L., “Art. 605”, “Art. 606” y “Art. 607”, en CRESPI, Alberto/STELLA, Federico/ZUCCALÀ, Giuseppe, *Commentario breve al codice penale*, 5ª ed., CEDAM, Padua, 2008, pp. 1668-1674, 1674-1675 y 1675-1676; VIGANÒ, “Art. 605”, en DOLCINI/MARINUCCI, *Codice penale commentato*, vol. II, 3ª ed., IPSOA, 2011, pp. 5795-5817; LOMBARDO, Margherita, “Art. 605”, “Art. 606” y “Art. 607”, en RONCO, M./ROMANO, B., *Codice penale commentato*, UTET Giuridica, Turín, 2012, pp. 2885-2894, 2894-2895 y 2895-2896; CADOPPI, Alberto/CANESTRARI, Stefano/MANNA, Adelmo/PAPA, Michele, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. VIII (*I delitti contro l'onore e la libertà individuale*), pp. 683-728.

Para literatura específica sobre el tema, limitada a los últimos treinta años, véanse BERTONI, “I sequestri di persona tra normativa vigente e prospettive di riforma”, en *Cassazione penale*, 1984, p. 1029---; PULITANÒ, “Coazione a fine di bene e cause di giustificazione”, en *Foro italiano*, 1985, t. II, pp. 438---; PADOVANI, “Il sequestro di persona e l'identificazione della libertà personale”, en *Rivista italiana di diritto procesale e penale*, 1985---; BRUNELLI, “Il sequestro di persona con finalità típica: profili storici e dogmatici”, en *Indice penale*, 1990, pp. 549---; ID., *Il sequestro di persona a scopo di storsione*, Padua, 1995; PADOVANI, “L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i problemi”, en *GDir*, 2009, 33, 14; RESTA, “Quale libertà. Il confine tra sequestro di persona e riduzione in schiavitù”, en *Giurisprudenza di merito*, 2009, pp. 1356---; SCOLETTA, “Sequestro di persona: nuove circostanze aggravanti e attenuanti”, en AA.VV., *Sistema penale e “sicurezza pubblica”*, pp. 139---.

3 Art. 605 CP italiano. “El que privare a alguien de la libertad personal será castigado con la reclusión de seis meses a ocho años.”

“La pena será de reclusión de uno a dieciséis años si el hecho es cometido:

1) en perjuicio de un ascendiente, de un descendiente o del cónyuge;

2) por parte de un funcionario público (*pubblico ufficiale*), con abuso de los poderes inherentes a sus funciones.”

“Si el hecho descrito en el primer párrafo es cometido en perjuicio de un menor, se aplicará la pena de la reclusión de tres a doce años. Si el hecho es cometido en presencia de alguna de las circunstancias descritas en el segundo párrafo o en perjuicio de menores de catorce años o si el menor secuestrado es conducido al o retenido en el extranjero, se aplicará la pena de la reclusión de tres a quince años.”

“Si el culpable causa la muerte del menor secuestrado se aplicará la pena de la cadena perpetua (*ergastolo*).”

“Las penas previstas por el tercer párrafo serán también disminuidas hasta en la mitad respecto al imputado que actúa concretamente:

a) con la finalidad de que el menor vuelva a adquirir la propia libertad;

b) para evitar que la actividad delictiva conlleve ulteriores consecuencias, ayudando concretamente a la autoridad de policía o a la autoridad judicial en la recogida de elementos de prueba decisivos para la reconstrucción de los hechos y para la identificación o la captura de uno o más autores de los delitos;

c) para evitar la comisión de ulteriores hechos de secuestro de menores.”

4 Cfr. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 157; MARINI, *op. cit.*, pp. 689 y 702; FLICK, *op. cit.*, p. 544.

V. Cass. 4 febrero 1980, 19 noviembre 1982, 22 mayo 1984.

5 Cfr. PADOVANI, *op. cit.*, p. 613; MANTOVANI, *op. cit.*, p. 294; GALLO, p. 23; CADOPPI y otros, *op. cit.*, p. 690.

6 Cfr. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 5799 ss.; MANZINI, *op. cit.*, p. 695; MARINI, *op. cit.*, p. 907; *sensu contrario*, pese a identificar la libertad de actuar como bien protegido, ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 159. Esta tesis es minoritaria en la jurisprudencia: T. Pavia, 17.7.1984, Cass. secc. V, 7.7.1992, y recientemente, configurando como requisito una mínima capacidad de expresión de la voluntad por parte del sujeto pasivo, Cass. secc. V, 20.2.2008.

7 Cfr. PADOVANI, *op. cit.*, p. 614. También en este sentido, v. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 302; GALLO, *op. cit.*, p. 23; CADOPPI y otros, *op. cit.*, p. 691 y la jurisprudencia mayoritaria, aunque identifica como bien la libertad personal, de cuya protección deben gozar todas las personas tengan o no la capacidad de ejercerla; entre todas, cfr. Cass. 26.2.1986 (detenidos), Cass., secc. V, 17.10.1990 (enfermos mentales); Cass., secc. V 4.11.2010 (neonatos).

De la opción elegida en esta cuestión depende necesariamente la relación entre el *secuestro de persona* y la *sustracción de personas incapaces* (art. 574 CP italiano) y el *secuestro y mantenimiento de menores en el extranjero* (art. 574 bis), pasando de una distinción en virtud del sujeto pasivo, para la primera orientación, a un concurso formal entre ambas figuras, para la segunda.

8 Cfr. LOMBARDO, *op. cit.*, p. 2888; MANTOVANI, *op. cit.*, p. 299; FIANDACA/MUSCO, *op. cit.*, p. 189; CADOPPI y otros, *op. cit.*, pp. 693-695. *Sensu contrario*, considera que es un delito de mera conducta MARINI, *op. cit.*, p. 909.

9 Cfr. LOMBARDO, *op. cit.*, p. 2888; FIANDACA/MUSCO, *op. cit.*, p. 190; CADOPPI y otros, *op. cit.*, p. 695 (solo frente a quien se encuentre en posición de garante); En este sentido va también la jurisprudencia, que da relevancia a cualquier comportamiento que en relación con las circunstancias sea idóneo para privar la víctima de la capacidad para determinarse y actuar según la proia autónoma e independiente voluntad: cfr. Cass. 2.2.1983, Cass. 27.2.1987, Cass., secc. V, 14.2.2005, T. Ivrea, 10.6.2011.

10 Cfr. LOMBARDO, *op. cit.*, p. 2888; MANTOVANI, *op. cit.*, p. 300; FIANDACA/MUSCO, *op. cit.*, p. 190.

11 Cass. secc. V, 9.1.1992.

12 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *op. cit.*, p. 190; MANTOVANI, *op. cit.*, p. 300; ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 158; LOMBARDO, *op. cit.*, pp. 2888-2889. En la jurisprudencia, v. Cass., secc. V, 13.4.2010 —la víctima fue obligada a permanecer en un apartamento—, Cass. secc. V, 22.1-2004 —el delito subsiste cuando la víctima tiene posibilidad de escapar únicamente poniendo en riesgo su propia integridad física—.

13 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *op. cit.*, p. 190; MANTOVANI, *op. cit.*, p. 301; GALLO, *op. cit.*, p. 3. De una duración “de cierta

relevancia” hablan ANTOLISEI, *op. cit.*, 158; GARAVELLI, *op. cit.*, 249; DALIA, *op. cit.*, p. 197.

14 Como referencia reciente de una tendencia constante en este sentido, v. Cass., secc. V, 13.4.2010.

15 Cfr. Cass., secc. I, 16.2.1989; Cass., 25.6.1987; etc., recientemente: T. Bari, 10.7.2009. En la doctrina, v. LOMBARDO, *op. cit.*, p. 2889.

16 Art. 630.I CP italiano. “El que secuestrare a una persona con la finalidad de conseguir, para sí o para otros, un provecho injusto como precio por la liberación, será castigado con la reclusión de veinticinco a treinta años”.

17 Cfr. LOMBARDO, *op. cit.*, p. 2889.

18 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *op. cit.*, p. 190; MANTOVANI, *op. cit.*, p. 303; ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 159.

19 Sobre todo ello, v. LOMBARDO, *op. cit.*, p. 2890 y las ulteriores referencias bibliográficas y jurisprudenciales.

20 Ley nº 94 de 15 de julio de 2009.

21 Esta circunstancia puede ser aplicada también al particular que tras detener a una persona en los casos previstos por la ley no entregue inmediatamente al detenido a la Autoridad (cfr. MANZINI, *op. cit.*, 718).

22 Sobre la relación entre esta y la circunstancia agravante común prevista en el art. 61.11 CP, v. MANZINI, *op. cit.*, p. 716 (excluye el concurso) y Cass., 31.5.1978 (favorable al mismo).

23 Se trata de la comisión del hecho *por parte de persona sometida a medida preventiva* (art. 71 D.leg. 6.9.2011), *en perjuicio de persona internacionalmente protegida* (art. 1 L. 25.3.1985, nº 107) y *en perjuicio de persona con discapacidad física, psíquica o sensorial* (art. 36.1 Ley 5.2.1992, nº 104).

24 Art. 606 CP italiano. “El funcionario público (*pubblico ufficiale*) que realiza un arresto abusando de los poderes inherentes a sus funciones será castigado con la reclusión de hasta tres años.”

25 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *op. cit.*, p. 193; ANTOLISEI, *op. cit.*, 160; MANTOVANI, *op. cit.*, 306.

26 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *op. cit.*, p. 193; ANTOLISEI, *op. cit.*, 161; MANTOVANI, *op. cit.*, 306; BRASIELLO, *op. cit.*, p. 855, *sensu contrario*, reservando la aplicación de este tipo a funcionarios abstractamente competentes para privar de la libertad, MARINI, *op. cit.*, p. 910.

27 Remiten el “arresto” a los arts. 380 (arresto obligatorio en caso de delito flagrante), 381 (arresto facultativo en caso de delito flagrante) y 384 (detención de sospechoso de delito) del Código procesal penal, ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 161; MARINI, *op. cit.*, p. 910; y a cualquier acto de privación de la libertad personal a efectos procesales, incluyendo la prisión provisional, MANTOVANI, *op. cit.*, p. 307.

28 Cfr. BRASIELLO, *op. cit.*, p. 855.

29 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *op. cit.*, p. 193; MANTOVANI, *op. cit.*, p. 308; BRASIELLO, *op. cit.*, p. 855; *sensu contrario*, MARINI, *op. cit.*, p. 910 (v. nota 28).

30 Son *pubblici ufficiali* “aquellos que ejercen un función pública legislativa, judicial o administrativa”, siendo función pública la función “administrativa disciplinada por normas de Derecho público y por actos de autorización y caracterizada por la formación y por la manifestación de la voluntad de la Administración pública y por su desarrollo por medios de poderes de autorización y certificación”

31 FIANDACA/MUSCO, *op. cit.*, p. 193; MANTOVANI, *op. cit.*, p. 308; Cass., secc. VI, 18.1.1996.

32 Cfr. Cass., secc. VI, 26.3.2010, Cass. secc. V, 16.10.2002, Cass., secc. I, 27.1.1992.

33 Art. 607 CP italiano. “El funcionario público (*pubblico ufficiale*) que habiendo sido encargado o asignado a una cárcel judicial (*carcere giudiziario*) o a un establecimiento destinado a la ejecución de una pena o de una medida de seguridad, recibe en el mismo a alguien sin orden de la Autoridad competente, o no obedece a la orden de liberación da por dicha Autoridad, o bien prolonga indebidamente la ejecución de la pena o de la medida de seguridad, es castigado con la reclusión de hasta tres años.”

34 Cfr. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 309; ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 162; FIANDACA/MUSCO, *op. cit.*, p. 194.

35 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *op. cit.*, p. 194; V. también MANTOVANI, *op. cit.*, p. 309, que excluye expresamente de los posibles sujetos activos a secretarios, contables, médicos, capellanes, maestros, asistentes técnicos, etc., por no ser “*pubblici ufficiali*”. Sobre los agentes de la Policía penitenciaria, v. MANZINI, *op. cit.*, p. 738.

36 Los términos “*carcere giudiziaria*” y “*stabilimento destinato all'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza*” deben entenderse hoy en día en referencia a los artículos 59 y 62 del Reglamento penitenciario ord. Penit. (cfr. Lombardo, *op. cit.*, p. 2896)

37 Cfr. el art. 22 del Reglamento penitenciario.

38 Cfr. el art. 43 de la Ley penitenciaria (*Ordinamento penitenziario*).

39 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *op. cit.*, pp. 194-195; LOMBARDO, *op. cit.*, p. 2896.

40 Cfr. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 311; MANZINI, *op. cit.*, p. 740; MARINI, *op. cit.*, p. 911.

41 Cfr. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 162.

42 Cfr. FIANDACA/MUSCO, *op. cit.*, p. 195.

## México

Manuel Vidaurri Aréchiga

Departamento de Derecho

Universidad de Guanajuato, México

Según informa la nota aparecida en un diario de circulación nacional, La Jornada, de fecha 24 de octubre de 2012, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a través de su representante en México, señor Javier Hernández, sostuvo que la tortura y las detenciones arbitrarias constituyen una práctica común y reiterada —textualmente son “el pan de cada día”—. Por supuesto, no se trata de una afirmación aislada ni fuera de contexto. Ya en junio de 2001, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) había formulado una Recomendación General en la cual hacía patente la constatación de que las detenciones arbitrarias son una suerte de práctica común de los agentes de las diversas corporaciones policiacas que operan en el país. Este proceder, a todas luces indebido, se manifiesta por

desgracia en todos los estados que integran la república mexicana.

Las quejas numerosas presentadas por los ciudadanos ante la CNDH y otros organismos públicos similares de las entidades federativas muestran que los agentes de policía les han detenido simplemente por mostrar una “actitud sospechosa” o un “marcado nerviosismo”. En mas de una ocasión las detenciones derivaron de “revisiones de rutina”, realizadas sobre las personas que “accedieron voluntariamente”. En otros casos, los informes policiacos refieren haber recibido “denuncias anónimas”, siendo tales denuncias la base de su investigación. La violencia física en la detención es también más o menos frecuente.

Desde una perspectiva jurídica, partiendo del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos CM, las detenciones arbitrarias o ilegales contradicen totalmente lo dispuesto por su artículo 16.

El artículo 16, reza textualmente: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”. En otro párrafo, se mencionan las exigencias legales para que se libre una orden de aprehensión, lo que es prerrogativa y facultad exclusiva de la autoridad judicial, siendo necesario que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito y sancione con una pena, y que obren además datos que establezcan que tal hecho ha sido cometido y que existan la probabilidad de que la persona señalada lo haya perpetrado y participado en su comisión. Por supuesto, ejecutada que fuere la orden de aprehensión, la autoridad responsable deberá poner al inculpado a disposición del juez sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad, so pena de incurrir en responsabilidad sancionada penalmente.

Algunas excepciones son contenidas en el mencionado artículo 16 de la CM. Por ejemplo, aquella que permite a cualquier persona para que pueda detener al indiciado **en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido**, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana, la que a su vez y con prontitud deberá entregar a ese detenido al Ministerio Público. Otro supuesto se da sólo en **casos urgentes**, cuando se trate de un delito que la ley califique como grave y exista el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia; en este supuesto, el

Ministerio Público podrá, bajo su más estricta responsabilidad, ordenar la detención. Ahora bien, siguiendo el texto constitucional en el artículo 16, **tratándose de casos de urgencia o flagrancia**, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Aparte del marco jurídico constitucional interno, son de invocarse las prescripciones aplicables al tema de las detenciones arbitrarias o ilegales contenidas en los instrumentos internacionales de vigencia en México, entre estos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 9.1 y 17.1); o los artículos 3, 9 y 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; o los numerales 1º y XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; o los artículos 7 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De la misma manera, pueden mencionarse otros instrumentos como el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (artículos 1, 2 y 3).

El Código Penal Federal CPF, concretamente, en el tipo penal de Abuso de Autoridad, establecido en el artículo 215, fracción VII, señala que cometen el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que **teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad no la denunciase inmediatamente a la autoridad competente o no la haga cesar, también inmediatamente, si esto estuviere en sus atribuciones**. Al que cometa el delito de abuso de autoridad en los términos previstos por las fracciones VI a IX, XIII, XIV, XV, y XVI, se le impondrá de dos a nueve años de prisión, de setenta hasta cuatrocientos días multa y destitución e inhabilitación de dos a nueve años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Otro tipo penal del señalado CPF se ocupa de los delitos cometidos por servidores públicos en el ámbito de la administración de justicia (artículo 225), donde se prescribe que será delito (fracción X) **detener a un individuo durante la averiguación previa fuera de los casos señalados por la ley, o retenerlo por más tiempo del señalado en la Constitución**, y merecerá pena de prisión de cuatro a diez años y de mil a dos mil días multa, además el servidor público será destituido e inhabilitado de tres a diez años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

De acuerdo con los datos que la CNDH recupera en sus recomendaciones, todo indica que las detenciones arbitrarias lo son por que, en efecto, se concretan al margen de la correspondiente autorización legal, esto

es, que no se fundamentan en una orden legítima del Ministerio Público o del Juez, según los supuestos que las leyes adjetiva y sustantiva determinan. La ilegalidad de la detención se aprecia cuando tal acto de detención se ejecuta sin cumplir las exigencias establecidas en la propia ley (art. 225 CPF), por un lado, y, por otro, cuando habiéndose consumado, no es denunciada inmediatamente a la autoridad competente o, si fuera el caso, por las atribuciones que concurrían en el activo, la hiciera cesar también de inmediato (art. 215 CPF). Tales conductas son, pues, al mismo tiempo, delitos y violaciones a los derechos humanos.

Una detención ilegal o arbitraria, dan lugar a otro tipo de vulneraciones a los derechos humanos, tales como la incomunicación, la coacción física o psíquica, los malos tratos, y hasta la tortura. Eso cuando los ilegalmente detenidos son trasladados a algún centro policial, pero de consumarse este delito en el domicilio del afectado, igualmente podrá hablarse de otros tipos penales, como el de allanamiento de la morada, las lesiones, por mencionar algunos. Una detención arbitraria pone, desde luego, en duda la legitimidad del Estado a la hora de garantizar la prevalencia del Derecho y, sobre todo, la seguridad jurídica y confiabilidad respecto del correcto actuar de los órganos del Estado.

Es de suponer que con la implementación del sistema acusatorio adversarial, derivado de la reforma constitucional del 2008, una práctica como la que se viene comentado sea cada vez mas observada, dado que el Ministerio Público y las policías que actúan bajo su mando, deberán acreditar plenamente la legalidad de la detención en medio de una audiencia pública, donde sus informes podrán ser desvirtuadas por la defensa.

## Nicaragua

**Sergio J. Cuarezma Terán**

*Profesor de Derecho penal*

*Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)*

[www.sergiocuarezma.com](http://www.sergiocuarezma.com) | [sergio.cuarezma@inej.net](mailto:sergio.cuarezma@inej.net)

[www.inej.edu.ni](http://www.inej.edu.ni)

### I. Introducción

La Constitución Política, como fundamento del bien jurídico de las detenciones ilegales, establece que son principios de la nación nicaragüense, entre otros, “la libertad, la justicia y el respeto a la dignidad humana” (art. 5), que toda persona tiene derecho a su “libertad

individual” (art. 25, 1) y, en consecuencia, “nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria, ni ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por la ley y con arreglo a un procedimiento legal” (art. 33) En este sentido, la detención “sólo podrá efectuarse en virtud de mandamiento escrito de juez competente o de las autoridades que expresamente faculte la ley, salvo el caso de flagrante delito” Art. 33, 1)

En esta línea de pensamiento el Código penal del 2008, contempla la tutela de la libertad individual frente a las detenciones ilegales, en el título sobre los delitos contra la libertad (individual), art. 163 al 166, particularmente, en el art. 166.

## II. Detenciones ilegales

Bajo el título de los delitos contra la libertad, se contemplan dos figuras delictivas, el delito de secuestro (art. 163 a 165) y el relacionado a las detenciones ilegales (art. 166)

El artículo 166 contiene dos supuestos, uno, relacionado a la detención ilegal y, el otro, al ocultamiento del detenido. Así, la disposición expresa, en el primer párrafo, “quien ordene o ejecute la detención de alguien sin la orden judicial o de autoridad competente, salvo el caso de flagrante delito”, será sancionado con pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial de dos a cuatro años para ejercer cargo o función pública. También, incurrirá en igual pena el encargado de un centro de detención que admita al detenido ilegalmente.

En el segundo párrafo, el art. 166, castiga con igual sanción que del supuesto anterior, a la autoridad, funcionario o empleado público que no obedezca la orden de libertad emanada de Juez competente y al particular, funcionario o empleado público que no ponga a un detenido a disposición de la autoridad competente en los plazos establecidos por la ley.

Y, por último, las autoridades que ordenen y quienes ejecuten el ocultamiento de un detenido serán sancionadas con prisión de dos a cuatro años y con inhabilitación especial para ejercer el cargo o empleo público de cuatro a seis años, en su caso.

## III. Tutela constitucional y alteración procesal

Hasta aquí, todo indica que la libertad individual no sólo está constitucionalmente tutelada sino que además penalmente protegida. Sin embargo, la legislación procesal penal vino a alterar la protección que el Código penal hace de la libertad individual, confiriéndole a la autoridad administrativa de la policía la facultad de emitir detenciones de las personas.

Arriba decíamos, que el artículo 166 del CP, en el primer párrafo, castiga a la persona que “ordene o ejecute la detención de alguien sin la orden judicial o de autoridad competente, salvo el caso de flagrante delito”, es decir, el Código penal contempla la detención sólo por orden judicial o autoridad competente, debemos entender por un funcionario judicial, como exigencia de la separación de poderes y, en este caso, derivada del Poder judicial, y no de ningún otro poder del Estado. Sin embargo, el legislador nicaragüense, a través del Código procesal penal (CPP) extendió la facultad de detener a una persona al Poder ejecutivo, por medio de la Policía Nacional, que depende de dicho poder (art. 231). Desempolvando viejos conceptos fosilizados del siglo XVIII.

## IV. El CPP y la detención policial

La detención de las personas, según el CPP, puede efectuarse por orden judicial o por un policía o un particular si la persona es sorprendida cometiendo un delito; o perseguida huyendo del sitio del hecho o se le sorprenda cerca o en el mismo lugar del delito, portando armas, instrumentos y otros objetos que hagan presumir su participación en el hecho. En el caso de que la detención sea ordenada por un policía, el CPP establece que la misma puede realizarse por orden de los jefes de delegaciones de la Policía Nacional, dentro de las 12 horas desde que se tuvo conocimiento de haberse cometido el delito; o cuando exista *probabilidad fundada* de que se haya cometido un delito.

**Artículo 231.- Detención policial.** Procederá la detención por la Policía Nacional, sin necesidad de mandamiento judicial, cuando el autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de cometerlo, sea perseguido huyendo del sitio del hecho o se le sorprenda en el mismo lugar o cerca de él con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir su participación inmediata en el hecho.

En los casos de flagrancia previstos en el párrafo anterior, cualquier particular podrá proceder a la detención, siempre que el delito amerite pena privativa de libertad. Acto seguido deberá entregar al aprehendido a la autoridad más cercana.

Los jefes de las delegaciones de la Policía Nacional, bajo su responsabilidad personal, podrán emitir orden de detención, con expresión de las razones que la hagan indispensable, contra quienes haya probabilidad fundada de la comisión de un delito sancionado con pena privativa de libertad, dentro de las doce horas de tener conocimiento del hecho. Sin embargo, estos casos no serán considerados como de persecución actual e inmediata de un delincuente para efecto de allanamiento de domicilio.

En los demás casos, se requerirá de mandamiento judicial para proceder a la detención.

Cuando se produzca la detención de una persona, los funcionarios policiales deberán informar en un término no superior a

las doce horas al Ministerio Público de las diligencias efectuadas y presentaren el plazo constitucional al imputado ante el juez competente.

En el plazo de doce horas referido en el párrafo anterior no se incluirá el tiempo necesario para establecer la comunicación con el Ministerio Público.

De la forma que está articulada la disposición, parece que el art. 166 CP queda huero, sin contenido, y la persona, por tanto, sin protección de su libertad individual frente a detenciones ilegales por parte de funcionarios policiales. Recordemos que esta disposición sanciona a la persona que “ordene o ejecute la detención de alguien sin la orden judicial o de autoridad competente...” Si el sentido de este supuesto es que la detención de una persona puede darse exclusivamente por un mandamiento judicial (criterio de compartó), la disposición del CPP es inconstitucional; pero, si entendemos que el referido supuesto integra además del juez a la policía para emitir orden de detención (criterio que no compartó), pues la disposición del CPP sería legal, y el mandato del art. 166 queda sin sentido frente a las detenciones ilegales por parte de la policía, porque el sistema legal le facultad para ello, y sin ninguna autoridad que le controle.

En este sentido, pienso que será muy difícil establecer cuándo una persona será objeto o no de detención ilegal por parte de un policía porque la misma circunstancia se diluye en el concepto del art. 231 CPP. Esta norma expresa que: “Los jefes de las delegaciones de la Policía Nacional, bajo su responsabilidad personal, podrán emitir orden de detención, *con expresión de las razones que la hagan indispensable*, contra quienes haya *probabilidad fundada* de la comisión de un delito sancionado con pena privativa de libertad, dentro de las doce horas de tener conocimiento del hecho”. (En negrilla y cursiva mía) ¿Quién determinará el tiempo para emitir la orden de detención? Es decir, ¿quién, cuándo y cómo podrá determinarse que el delegado de policía tuvo conocimiento del hecho para iniciar a contar el plazo de las 12 horas para la detención? ¿Quién determina que las razones para la detención policial la hacen “indispensables”? ¿Es el policía, sin control del fiscal o judicial, que da contenido al concepto de la *probabilidad fundada* para ordenar una orden de detención? ¿La orden tendría que ser por escrito o verbal (para no dejar rastros del abuso)? En fin, saltan muchas interrogantes para valorar que si el art. 166 del CP que castiga a quien “ordene o ejecute la detención de alguien sin la orden judicial o de autoridad competente...”, referido al agente de policía ya sea que ordene o ejecute una orden sin autorización judicial, queda sin efecto en tanto y en cuanto la propia policía puede ordenar y ejecutar las ordenes de detención que

ella misma puede emitir. No tiene necesidad de ordenar o ejecutar una orden sin autorización judicial, cuando la misma institución policial está facultada a llevarla a cabo sin necesidad de un juez.

Semejante facultad representa, a mi juicio, un *imprevisible retroceso* para la protección de los derechos fundamentales de la persona. El legislador de forma impropia le extendió la facultad al funcionario policial (que depende del Poder ejecutivo), de detener a una persona sin orden judicial, sin control de ningún juez, ni *ex ante*, ni *ex post* a la misma, o sea, le facultó a ordenar o ejecutar una orden de detención emitida por la institución misma. En este periodo de detención la persona queda en manos de los órganos de investigación de la policía y luego en manos del MP (aliado natural de la policía), a pesar de que la Constitución Política nicaragüense establece que una persona debe ser detenida sólo por orden judicial, convirtiendo al órgano policial, en un órgano de instrucción (inquisitivo) con poder de detener sin orden judicial. Lo mismo que hacía el juez de instrucción en el proceso inquisitivo, ahora lo lleva a cabo la policía o detective, imitando al otrora juez de instrucción, convirtiéndose en un *auténtico* juez de instrucción, sin control alguno.

## Panamá

Carlos Enrique Muñoz Pope

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Panamá

### I. Introducción

Las figuras delictivas relacionadas con las “detenciones ilegales” aparecen previstas en el ordenamiento panameño dentro de los “Delitos contra la libertad”, en el capítulo inicial de dicho título, que se denomina “Delitos contra la libertad individual” (Título II del Libro Segundo del Código Penal de 2007).

En el referido capítulo encontramos una amplia regulación de diversas modalidades, que incluyen conductas periféricas a los delitos contra la libertad individual, pues se protegen otros bienes jurídicos relacionados con dicha libertad individual.

Los delitos en cuestión aparecen regulados en los artículos 149 a 160.

### II. Los diferentes tipos en particular

1. La figura básica de estos delitos, gira en torno a privar a otro de su libertad. La pena en este caso,

- oscila entre 1 y 3 años de prisión o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana.
2. Si la privación de libertad fue ordenada o ejecutada por un servidor público con abuso de sus funciones, la pena se agrava de 2 a 4 años de prisión.
  3. Como modalidad de estos delitos, el nuevo Código incluye el secuestro lucrativo, que tiene pena básica de 15 a 20 años de prisión y permite la misma pena para casos de coautoría por división del trabajo de los responsables del mismo secuestro.
  4. Incluso se llega al absurdo de equiparar las acciones antes mencionadas al evento de tener conocimiento del secuestro y omitir informar a las autoridades.
  5. Como figuras agravadas del secuestro se incluyen ocho situaciones muy concretas, que se castigan con penas que se aumentan de un tercio a la mitad de la pena básica.
  6. Finalmente se incluye como modalidad nueva de este delito, la privación de libertad de una o más personas cometida por agentes del Estado o por grupo de personas que actúen con autorización o la aquiescencia del Estado, cuando ello implica la falta de información o la negativa a reconocer la privación de libertad para impedir el uso de garantías procesales, lo que se castiga con pena de 15 a 20 años de prisión.
  7. La conducta anterior se puede atenuar significativamente, si se libera al sujeto dentro de los dos días siguientes o se suministra información que permita liberar a la víctima sin daños o atenuar con menor incidencia si la liberación ocurre antes de treinta días.

### III. Otros delitos relacionados con la libertad individual

1. Obligar a una persona a tomar una disposición patrimonial, a proporcionar información o a tolerar, hacer u omitir alguna cosa que le perjudique p perjudique a un tercero, cuando medie violencia, intimidación o amenaza grave para procurarse o procurar a un tercero un lucro indebido u otro beneficio. En este caso, la pena es prisión de 5 a 10 años.
2. Estar encargado de un centro penitenciario y admitir en el mismo a una persona sin orden escrita de autoridad competente o desobedecer o rehusar poner en libertad a una persona. La pena en este caso, es de 1 a 2 años de prisión o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana.

3. Ser servidor público competente y tener conocimiento de una detención ilegal y omitir tomar la medida pertinente para hacer cesar dicha situación. Aquí la pena es la misma prevista en el numeral anterior.
4. Infligir a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales con fines de investigación criminal, se castiga con prisión de 10 a 15 años de prisión.
5. Aplicar métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, conlleva la misma pena antes indicada en el numeral anterior.

### IV. Conductas incluidas en el Capítulo, que debieran estar mejor ubicadas

1. Sustraer a un menor de edad o a un incapaz, retenerlo indebidamente o sacarlo del país sin autorización de su guardador, se castiga con pena de 3 a 6 años de prisión.
2. Retener, destruir, ocultar o retirar el pasaporte u otro documento de identificación de una persona contratada para prestar un servicio, se castiga con pena de 3 a 5 años de prisión.

### V. Atenuante especial

En los casos de secuestro y sustracción de menores antes mencionados, la pena se reducirá a la mitad si el autor pone espontáneamente en libertad a la víctima antes del inicio de la investigación criminal, siempre que no se haya alcanzado el objeto propuesto ni se le haya causado daño.

### VI. Consideraciones finales

Las descripciones anteriores evidencian, que se incluyen en el capítulo numerosas conductas que no constituyen verdaderos delitos contra la libertad individual (detenciones ilegales), pues por experiencias desafortunadas de legisladores que aprobaron el Código Penal se incriminan conductas que han sufrido en la personas de hijos o nietos trasladados ilegalmente por uno de sus padres fuera del país sin permiso de quien tiene la guarda del menor.

Así mismo, se observa que retirar el pasaporte o el documento de identidad a un servidor o empleado, es cuestión vinculada con la trata de personas para la explotación sexual de mujeres, hecho que ocurre con inusitada frecuencia en nuestro medio donde existe una prostitución tolerada por las autoridades y enormemente lucrativa par sus patrocinadores.

## Perú

**Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

*Catedrático de Derecho Penal*

*Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia del Perú*

### I. Antecedentes

El delito de detenciones arbitrarias e ilegales tuvo una regulación muy detallada en el Código Penal de 1924. En efecto en el marco de los delitos de abuso de autoridad cometidos por funcionarios o servidores públicos el legislador nacional incluyó en el artículo 340° cinco modalidades delictivas vinculadas a la detención arbitraria o ilegal de una persona. Además, en el artículo 355° se consideraban también punibles los actos disfuncionales de un Juez que afectaban la libertad personal de un ciudadano como una modalidad específica de prevaricato judicial. La descripción típica de estos delitos era la siguiente:

“**Artículo 340°.-** Será reprimido con prisión no mayor de dos años e inhabilitación conforme a los incisos 1° y 3° del artículo 27, por doble tiempo de la condena:

1. El funcionario público que ilegalmente privare a alguien de su libertad personal;
2. El funcionario público que retuviere a un detenido o preso cuya soltura haya debido ordenar o ejecutar;
3. El funcionario público que prolongare indebidamente la detención de una persona sin ponerla a disposición del juez competente;
4. El funcionario público que pusiere en incomunicación, sin decreto judicial, a las personas sometidas a juicio, o que levantara la incomunicación ordenada por el juez;
5. El funcionario público que impusiere a los presos que guarda privaciones arbitrarias, vejaciones o apremios ilegales, o pusiere a los presos en otro lugar que no sea la cárcel o el establecimiento público señalado al efecto;
6. El alcaide o cualquier empleado de las cárceles y otro lugares de detención y seguridad que recibiese algún reo sin testimonio de la sentencia firme de su condena, o a algún individuo en clase de detenido, sin orden de autoridad competente, salvo el caso de captura en flagrante delito;
7. El funcionario público que fuera de los casos señalados en la ley obligue a una persona a salir del país, o a cambiar de residencia dentro del país o a permanecer en un lugar determinado;
8. El funcionario público que ilegalmente impidiera o disolviera una reunión pública,
9. El funcionario público que desempeñando un acto del servicio cometiera cualquiera vejación contra las personas o les aplicara apremios ilegales;
10. El funcionario competente que teniendo noticias de una detención ilegal, omitiere, retardare o rehusare hacerla cesar o dar cuenta a la autoridad que deba resolver” (....)

“**Artículo 355°.-** El juez que, sin motivo legal, ordenara detención, o no otorgara la libertad del detenido o preso cuya soltura ha debido decretar, será reprimido con prisión de dos a

cuatro años e inhabilitación absoluta perpetua.

Cuando la conducta del Juez fuese entorpecedora de las acciones de Hábeas Corpus y Amparo y Acción Popular, o cuando no decretase la inmediata libertad del detenido arbitrariamente o cuando no amparase los derechos de reunión o de prensa probada e inconstitucionalmente conculcada, será reprimido con prisión efectiva de dos años, pérdida del cargo y prohibición de reincorporarse o reingresar por cualquier medio del Poder Judicial”. (....)

### II. Marco constitucional de tutela

La Constitución de 1993 reconoce como un derecho fundamental de los ciudadanos el de la libertad personal. En tal sentido el artículo 2°, Inciso 24, comprende en dos literales las garantías y limitaciones constitucionales para el ejercicio de dicho derecho. En efecto mientras que en el literal “b” se enuncia que “*No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal.....*”; en el literal “i” se precisa que “*Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso del flagrante delito*”. En este último caso, la detención policial no puede prolongarse por más de 24 horas, dentro de cuyo término el detenido deberá ser puesto a disposición del juzgado penal competente. No obstante, la detención policial puede prolongarse, excepcionalmente, hasta por 15 días cuando se trate de delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo y espionaje (Cfr. Enzo Paolo Paredes Castañeda. La Detención Policial: La Razonabilidad de su duración. Comentarios a los Precedentes del Tribunal Constitucional. Grijley. Lima. 2010, Pág. 605 y ss.).

Ahora bien, toda detención arbitraria que afecte la libertad personal de un ciudadano es susceptible de generar un Proceso Constitucional de Hábeas Corpus. Al respecto el artículo 200° de la Constitución señala que el Hábeas Corpus procede contra “*hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos*”. Por su parte, el Código Procesal Constitucional (Ley 28237), entre sus artículos 25° a 36°, precisa los alcances y reglas de procedimientos aplicables al Hábeas Corpus. En ese sentido, el inciso 7 del artículo 25° reitera que es un derecho ciudadano “*no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito*”. Cabe señalar que el Hábeas Corpus también tutela el derecho de las personas detenidas o que cumplen pena privativa de libertad a ser excarcelados oportunamente; y, también el de no ser objeto de una desaparición forzada (Inciso 14 y 16).

En relación con las detenciones arbitrarias el artículo 30° del la Ley 28237 establece un trámite especial y célere: *“Tratándose de cualquiera de las formas de detención arbitraria y de afectación de la integridad personal, el juez resolverá de inmediato. Para ello podrá constituirse en el lugar de los hechos y verificada la detención indebida ordenará en el mismo lugar la libertad del agraviado, dejando constancia en el acto correspondiente y sin que sea necesario notificar precisamente al responsable de la agresión para que cumpla la resolución judicial”*.

La jurisprudencia constitucional ha desarrollado una importante y consolidada doctrina sobre la tutela de la libertad personal y de rechazo a toda manifestación de detención arbitraria o desaparición forzada de personas. Son exponentes emblemáticos de esta praxis jurisdiccional las sentencias recaídas en el caso Fernando Cantuarias Salaverry (Expediente N° 6167-2005-PIIC/TC procedente de Lima del 28 de febrero de 2006) y en el caso Alí Guillermo Ruíz Dianderas (Expediente N° 06423-2007-PHC/TC procedente de Puno, del 28 de diciembre de 2009). En la segunda de estas decisiones se plantea la utilidad del Hábeas Corpus traslativo para concretar el plazo máximo de detención policial de una persona y de su puesta a disposición de la autoridad judicial competente (Fundamentos Jurídicos). Mientras que en la primera se busca controlar los riesgos de una detención arbitraria en el marco de una investigación preliminar a cargo del Ministerio Público a través del Hábeas Corpus preventivo (Fundamentos Jurídicos 27 al 45).

El juez que, maliciosamente o sin motivo legal, ordena la detención de una persona o no otorga la libertad de un detenido o preso, que debió decretar, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

### III. La detención ilegal en el Código Penal de 1991

En el Código Penal vigente los diferentes casos de detención arbitraria previstos por el Código Maúrtua, han quedado inmersos en la fórmula genérica del delito de abuso de autoridad innominado regulado por el artículo 376°, cuyo texto ilegal es el siguiente:

“El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Si los hechos derivan de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años”.

No obstante, se conserva en el artículo 419° como modalidad específica del delito de prevaricato la deten-

ción ilegal de una persona, que es dispuesta ilícitamente por un Juez. La redacción típica de esta disposición es la siguiente:

“El juez que, maliciosamente o sin motivo legal, ordena la detención de una persona o no otorga la libertad de un detenido o preso, que debió decretar, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.”

Conforme a la escasa doctrina y jurisprudencia nacional (Cfr. Manuel Frisancho Aparicio. Delitos contra la Administración de Justicia. Jurista Editores. Lima. 2000, p. 213 y ss.) sobre este delito sus características generales son las que se detallan a continuación:

1. Está considerado como un delito contra el recto ejercicio de la función jurisdiccional.
2. El sujeto activo debe serlo un Juez con competencia funcional para disponer la detención de una persona. Cabe señalar que no sólo se comprende en esta hipótesis a los jueces penales sino también a todo juez que conforme al artículo 185°, inciso 3° de la Ley Orgánica del Poder Judicial puede ordenar la detención de aquellos que en actos de indisciplina o desacato afecten la actividad funcional de un Magistrado o se muestren irreverentes a su imperio y autoridad.
3. Sujeto pasivo de este delito es el Estado como titular del servicio de administración de justicia el cual debe brindarse con estricta observancia de legalidad, imparcialidad y transparencia.
4. El mandato de detención debe ser formal y dirigirse para su ejecución a los funcionarios públicos correspondientes (Policía Nacional).
5. El tiempo que dure la detención ilegal carece el significado para la tipicidad de la conducta y tampoco es considerado como circunstancia específica de agravación o atenuación de la pena.
6. Se requiere dolo.
7. Ausencia de causa legal que habilite al órgano jurisdiccional o emitir un mandato de detención contra la persona agraviada.
8. La norma alude expresamente a que el Juez debe actuar *“maliciosamente o sin motivo legal”*
9. También configura el delito prevaricato por detención ilegal, la conducta omisiva del Magistrado que no ordena la libertad de un detenido o condenado en los casos y circunstancias en que era decisión judicial fuere procedente.
10. El delito se perfecciona con la emisión judicial de la orden de detención. Por tanto, no es requisito para la configuración del delito que dicho mandato ilegal logre ejecutarse y se produzca, realmen-



te, la detención física de la persona afectada con tal decreto.

11. La penalidad conminada para este delito es conjunta y comprende pena privativa de libertad no menos de dos ni mayor de cuatro años y conforme Al párrafo segundo del artículo 426° del Código Penal inhabilitación de uno a tres años para el acceso o ejercicio de cargo público (Artículo 36°, inciso 1 y 2).

#### IV. Opciones de reforma

El Anteproyecto de Código Penal de 2008-2010 no promueve reformas importantes en el tratamiento penal del delito de detenciones ilegales. En efecto, el legislador mantiene como opción punitiva frente a actos funcionariales arbitrarios, que determinen la detención ilegal de una persona, la configuración delictiva del delito de abuso de autoridad innominado, ahora tipificado en el artículo 428° en los términos siguientes:

“El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause un grave perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años e inhabilitación conforme al artículo 35, inciso 1,2,3 y 8 del Código Penal.

Cuando los hechos deriven de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena será no mayor de cuatro años.”

Ahora bien, tratándose de una detención ilegal dispuesta por autoridad judicial, el Anteproyecto conserva en el artículo 478° la misma modalidad de prevaricato regulada por el Código Penal de 1991. El texto legal de esta disposición es el siguiente:

“El juez que maliciosamente o sin motivo legal ordena la detención de una persona o no otorga la libertad de un detenido o preso que debió decretar será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cinco años e inhabilitación conforme al artículo 35, incisos 1,2 y 4 del Código Penal”.

Por tanto, pues, no es de esperar, cuando menos en un futuro inmediato, modificaciones relevantes en la regulación y penalidad del delito de detenciones ilegales en el derecho penal peruano.

## Polonia

**Prof. Dra. Barbara Kunicka-Michalska**

*Escuela Superior Europea de Derecho  
y de Administración  
Varsovia*

### I.

La Constitución de la República de Polonia en el art. 41, punto 1. establece:

Se garantiza a todas las personas la inviolabilidad y la libertad individual. Sólo podrán imponerse privaciones o restricciones de la libertad con arreglo a los principios y los procedimientos determinados por la ley. Según el punto 2. del art. 41 de la Constitución de la República de Polonia, quien haya sido privado de su libertad sin resolución judicial, tiene derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales para que éstos decidan sin dilación sobre la legalidad de la detención. Toda detención será comunicada sin demora a la familia del detenido o a una persona designada por él. Como establece el punto 3 del art. 41 de la Constitución de la República de Polonia, toda persona detenida será informada inmediatamente, y de forma que le sea comprensible, acerca de las causas de su detención. Dentro de las 48 horas siguientes a la detención, la persona detenida será puesta a disposición judicial, y liberada si en las 24 horas siguientes a su puesta a disposición judicial no se le hiciere entrega del auto de arresto provisional, juntamente con los cargos presentados contra él. En el punto 4. del art. 41 de la Constitución de la República de Polonia leemos que toda persona detenida debe ser tratada de forma humanitaria. El punto 5. del mismo artículo dice: quienes hayan sido objeto de una detención ilegal, tienen derecho a recibir una indemnización<sup>1</sup>.

### II.

En el Código Penal polaco, en el capítulo XXIII se trata sobre los delitos contra la libertad. En el art. 189, párrafo 1. leemos: el quien priva de la libertad a otra persona está castigado con la pena de privación de la libertad de 3 meses hasta 5 años. Como establece el párrafo 2 de este mismo artículo, si la privación de la libertad duraba más de 7 días, el autor del delito está castigado con la pena de privación de la libertad de 1 año hasta 10 años. El párrafo 3 del art. 189 del Código Penal polaco establece, si la privación de la libertad de que se trata en el párrafo 1 o 2 estaba vinculada con la mortificación particular, el autor del delito está castigado con la pena de privación de la libertad por el período no más corto de 3 años (hasta 15 años).

En la ciencia penal polaca se adopta que dicha mortificación particular significa lo mismo que abarca la noción del maltrato físico o psíquico. Por ejemplo el golpeo, las torturas, el insulto, el negar la comida, la amenaza o el mantener la víctima en un sótano frío, lleno de ratas o parcialmente inundado de agua<sup>2</sup>.

En este último caso el delito constituye un crimen. Los delitos descritos en los párrafos 1 y 2 son delitos menos graves. Hay que aclarar que en el Código Penal polaco los delitos se dividen en crímenes y delitos menos graves (el art. 7, párrafo 1 del Código Penal polaco). Por los crímenes está prevista la pena de privación de la libertad por el período no más corto de 3 años (hasta 15 años) o la pena mas grave (25 años de privación de la libertad o la pena perpetua de privación de la libertad, en dependencia de la norma penal concreta). Y por los delitos menos graves está prevista la pena de multa (calculada en multas diarias) o la pena de limitación de la libertad o la pena de privación de la libertad que dura el mínimo de un mes y el máximo 15 años.

La privación de la libertad de que se habla en el art. 189 del Código Penal polaco constituye el delito general, es decir un delito que puede ser cometido por cualquier persona.

Pero, cuando el autor del delito es un funcionario público quien aplica la detención ilegal contra las normas que tratan sobre las detenciones legales (por ejemplo tratan sobre la pena de privación de la libertad o el arresto provisional), en este caso existe la coincidencia entre las normas penales, es decir entre el art. 189 del Código Penal polaco y el art. 231 del Código Penal polaco. Este último artículo trata sobre el delito de la violación de las competencias por el funcionario público. El art. 231 del Código Penal polaco prevé el siguiente delito:

§1. El funcionario público que sobrepasando sus competencias o no cumpliendo las obligaciones, obra en detrimento del interés publico o privado (la pena de privación de la libertad hasta 3 años).

§2. Si el autor del delito comete el hecho definido en el párrafo 1. con el objetivo de obtener el provecho material o personal (la pena de privación de la libertad de 1 año hasta 10 años).

§3. Si el autor del delito definido en el párrafo 1. actúa de manera no intencionada y causa un daño serio (la pena de multa o la pena de limitación de la libertad o la pena de privación de la libertad hasta 2 años).

§ 4. La norma definida en el párrafo 2 no se aplica si el hecho agota el hecho prohibido del art. 228.

En el art. 228 del Código Penal polaco se trata sobre el delito de la corrupción relacionada con el ejercicio de la función pública.

En el caso de la coincidencia entre las normas penales, el tribunal condena por un sólo delito a base de estas normas que coinciden. En este caso el tribunal

penaliza a base de la norma que prevé la más severa pena. Esto no obstaculiza el sentenciar otras medidas, previstas en la Ley, sobre la base de todas las normas coincidentes.

La coincidencia de las normas de la Ley puede tener lugar también en otros casos. Por ejemplo, si la privación de la libertad vinculada con la mortificación particular ha llevado al detrimento de la salud de la víctima o ha amenazado su salud o su vida. Ya que los art. 156 y 157 del Código Penal polaco tratan sobre los delitos del detrimento de la salud.

### Notas:

1 Aprovecho de la traducción de la Constitución de la República de Polonia del idioma polaco al español, realizada por Krystian Complak, revisada por Pedro Serna, edición de la Dieta de la República de Polonia, Varsovia, diciembre 2008, pág.14-15.

2 Ver: Janina Wojciechowska, *Przestępstwa przeciwko wolności* (Delitos contra la libertad), en: *Kodeks Karny. Część Szczególna, Tom I (Código Penal, Parte Especial, Tomo I). Komentarz do art. 117-221.* (Comentarios a los art. 117-221), pod redakcją prof. Andrzeja Wąska, prof. Ryszarda Zawłockiego (a cargo de prof. Andrzej Wąsek, prof. Ryszard Zawłocki). 4 wydanie (4 edición). Wyd. C.H.Beck (Editorial de C.H.Beck), Warszawa (Varsovia) 2010.

3 Comparar: Janina Wojciechowska, como en la nota 2.

Vale la pena también indicar que la bibliografía polaca sobre el delito de privación de la libertad es amplia. Por ejemplo ver: M. Mozgawa, *Odpowiedzialność karna za bezprawne pozbawienie wolności*, Lublin 1994 (La responsabilidad penal por la privación de la libertad ilegal, Lublin 1994).

## Portugal

**Frederico de Lacerda da Costa Pinto**

*Faculdade de Direito*

*da Universidade Nova de Lisboa*

*(www.fd.unl.pt e FCostaPinto@fd.unl.pt)*

### **1. A detenção ilegal constitui uma privação injustificada da liberdade pessoal de movimentação e, por isso, a delimitação do seu regime exige a ponderação conjunta de aspectos substantivos e processuais**

Os primeiros correspondem à previsão legal dos tipos incriminadores aplicáveis a tais situações. Os segundos traduzem-se na identificação dos meios processuais que podem tornar legítima uma detenção e nas formas de reacção processual contra detenções ilegais.

A conformidade processual da detenção excluirá a ilegalidade da mesma se forem observadas as exigências e condições legais para o efeito. O que vale igual-

mente por dizer que não sendo respeitadas estas exigências e condições estaremos perante uma detenção ilegal.

No plano empírico, não existe evidência estatística significativa de casos de detenção ilegal em Portugal, sem prejuízo de surgirem pontualmente situações relevantes. Uma parte dos casos é conhecida por via da comunicação social e outra por via das decisões judiciais que se lhes referem. Pode, contudo, com alguma plausibilidade, admitir-se a existência de cifras negras neste domínio, por os factos a ocorrerem se verificarem em pequena escala e em locais ou esquadras policiais que não são objecto de tratamento estatístico pormenorizado.

Os relatórios internacionais sobre a matéria salientam em regra a completude das garantias que o regime legal português oferece ao cidadão neste domínio e as decisões judiciais conhecidas sobre o tema evidenciam um controlo jurisdicional efectivo sobre o exercício ilegal de poderes de polícia em matéria de detenção.

## 2. O regime das detenções está pormenorizado na Constituição e no Código de Processo Penal

A Constituição portuguesa reconhece o direito à liberdade e à segurança como direitos fundamentais do cidadão (artigo 27.º). E, como tal, os regimes da detenção, prisão preventiva e *habeas corpus* encontram-se previstos e enquadrados no texto da lei fundamental, na exacta medida em que os primeiros correspondem a restrições directas a direitos fundamentais e o último à forma mais expedita de os tutelar, à qual foi conferida dignidade constitucional (artigos 27.º, n.º 3, 28.º e 31.º da Constituição).

As próprias modalidades de detenção legalmente admissíveis estão contempladas na Constituição (n.º 3 do artigo 27.º), segundo um princípio da tipicidade das restrições a direitos fundamentais, a saber:

- a) Detenção em flagrante delito;
- b) Detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos;
- c) Prisão, detenção ou outra medida coactiva sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão;
- d) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente;
- e) Sujeição de um menor a medidas de protecção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente;

f) Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante autoridade judiciária competente;

g) Detenção de suspeitos, para efeitos de identificação, nos casos e pelo tempo estritamente necessários;

h) Internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente.

Fora destes casos a detenção será constitucionalmente inadmissível (para uma análise do regime constitucional, José Lobo Moutinho, in Jorge Miranda/ Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra, 2010, anotação ao artigo 27.º, e Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra, 2007, anotação ao artigo 27.º).

A lei regula depois as condições de cada uma das modalidades de detenção. Designadamente, o Código de Processo Penal prevê a detenção em flagrante delito (artigos 254.º e 255.º), a detenção para comparência a acto processual, execução de medida de coacção, protecção do processo ou protecção da vítima (artigos 254.º, n.º 1, al. b) e n.º 2) e 257.º) e a detenção para identificação (artigo 250.º, n.º 6).

A detenção fora de flagrante delito exige em regra mandado do juiz e, nos casos mais graves, em que seja admitida prisão preventiva, pode bastar um mandado do Ministério Público. A competência das autoridades de polícia criminal na matéria é limitada e subsidiária (artigo 257.º do CPP). A falta ou ilegalidade do mandado torna a detenção ilegal.

A detenção (em flagrante delito ou fora de flagrante delito) não pode ser superior a 48 horas sem intervenção judicial: até ao fim deste período de tempo o detido deve ser apresentado ao juiz sob pena de ilegalidade da detenção. A detenção para identificação, por seu turno, não pode ser superior a 6 horas e o detido deve ser conduzido a um posto policial.

Se a detenção ocorrer em flagrante delito, a lei portuguesa permite que a mesma seja realizada por entidades policiais e por autoridades judiciárias (Juiz ou Ministério Público), mas também por particulares se aquelas não puderem intervir em tempo útil. Neste caso o detido deve ser imediatamente entregue a uma autoridade judiciária ou entidade policial (artigo 255.º, n.º 2 do CPP). A detenção realizada por entidade policial obriga sempre à sua comunicação ao Juiz ou ao Ministério Público (artigo 259.º do CPP).

Os crimes públicos e semi-públicos admitem detenção em flagrante delito. Os crimes particulares (cujo

procedimento depende de queixa do ofendido e acusação particular do assistente) não admitem detenção, apenas identificação do agente (artigo 255.º, n.º 4, do CPP).

A detenção não pode ser ordenada nem realizada se existir fundados motivos para crer que pode funcionar uma causa de exclusão ou extinção da responsabilidade (artigo 260.º do CPP). E o tempo de detenção deve ser descontado por inteiro na execução da pena de prisão (artigo 80.º, n.º 1, do Código Penal).

### **3. Uma detenção ilegal permite a interposição de um *habeas corpus* específico para o efeito, previsto no artigo 220.º do Código de Processo Penal**

Os pressupostos desta providência cautelar específica são a ultrapassagem do prazo sem entrega ao poder judicial, a manutenção da detenção fora dos locais legalmente permitidos, ter a detenção sido efectuada ou ordenada por entidade incompetente ou ter sido motivada por facto pelo qual a lei não a permite. A jurisprudência constitucional não tem aceite a equiparação a estes casos das situações de insuficiência de indícios ou de ilegalidades no mandato de detenção (controláveis por via de recurso), o que pelo menos neste último caso se afigura discutível.

O requerimento pode ser subscrito pelo detido ou por qualquer cidadão no gozo específico dos seus direitos, incluindo cidadãos estrangeiros por força da equiparação determinada pelo artigo 15.º da Constituição.

A competência para conhecer a providência de *habeas corpus* por detenção ilegal é do juiz de instrução criminal da área onde se encontre o detido e segue um procedimento simplificado que deve ser iniciado de imediato com um contacto telefónico dirigido à entidade que tem o detido à sua ordem. A lei comina com o crime de desobediência o desrespeito pelas directivas do Juiz na matéria (artigo 220.º e 221.º e, na doutrina, anotações e mais referências em *Paulo Pinto de Albuquerque*, Comentário do Código de Processo Penal, 4.ª edição, 2010, Lisboa, p. 632 e ss).

### **4. Uma detenção ilegal obriga à libertação imediata do arguido e a elaboração de um auto sumário da ocorrência com a sua participação ao Ministério Público (artigo 251.º).**

O desrespeito pelas condições legais da detenção traduz-se numa detenção ilegal, a que podem ser aplicáveis os crimes de sequestro (artigo 158.º do Código Penal) e de abuso de poder (artigo 382.º do Código

Penal). Isto sem prejuízo da responsabilidade civil que possa ter lugar (artigo 225.º e ss do Código de Processo Penal), a ponderar no processo criminal ou em acção exclusivamente cível. A própria Constituição configura esta matéria como uma causa de responsabilidade do Estado (artigo 27.º, n.º 5, da Constituição). Neste domínio, já se reconheceu ser “solidária a obrigação de indemnização, entre um guarda da Polícia de Segurança Pública e o Estado, pelos danos resultante de detenção ilícita efectuada por esse agente de autoridade” (Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 13-07-1994, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

### **5. O âmbito das detenções ilegais não é apenas configurado pela lei, tem sido igualmente clarificado pela jurisprudência**

Assim, entendeu-se já que “não constitui detenção ilegal a condução do suspeito às instalações da PJ, onde permaneceu enquanto se realizaram diligências (buscas e reconhecimento de pessoas) sem que o suspeito tivesse sido impedido de se ausentar e ainda que, por razões de segurança, tivesse sido algemado, sujeito a revista de segurança e lhe tivesse sido imposta a presença de elementos da PJ quando almoçou e nas idas às instalações sanitárias” (Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 07-12-2011, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

A Relação do Porto considerou ainda ser “ilegal a detenção do arguido pela Polícia Judiciária, fora de flagrante delito, sem a emissão de mandatos de detenção, pelo que, apresentado aquele a interrogatório, o juiz de instrução criminal não deve validar a detenção, embora possa ordenar que o arguido aguarde os ulteriores termos do processo em prisão preventiva se considerar verificados os respectivos pressupostos” (Ac. Tribunal da Relação do Porto, de 25-11-1992, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

Se a detenção for legal a fuga do detido corresponde à prática do crime de evasão, previsto no artigo 352.º do Código Penal, mesmo que a detenção ainda não tenha sido ratificada pela autoridade judiciária, como reconhece a doutrina (*Paulo Pinto de Albuquerque*, Comentário do Código de Processo Penal, 4.ª edição, 2010, Lisboa, p. 701) e a jurisprudência (Ac. STJ, de 3.03.1998, com decisões concordantes das relações, citadas na obra anterior). Mas, inversamente, se a detenção for ilegal a fuga é criminalmente atípica e corresponde a uma forma de autotutela de direitos fundamentais, coberta designadamente pelo direito de resistência (artigo 21.º da Constituição).

## República Dominicana

Prof. Ana Cecilia Morun Solano

En nuestro país existen un sinnúmero de problemas sociales muy graves, que laceran y cuestionan nuestra maltrecha democracia, tenemos una población aproximadamente de 9.7 millones de personas, con unos 1.2 millones de inmigrantes indocumentados, principalmente haitianos.

Estos graves problemas sociales, son las detenciones ilegales, muertes ilegales, golpizas y otros abusos cometidos contra personas sospechosas, y detenidos; con un índice aproximado de un 11% en lo que se refiere a las detenciones ilegales.

La DETENCIÓN y el ENCIERRO ILEGALES en la Rep. Dominicana, se encuentra establecido en los artículos del 341 al 344 del Código Penal.

Art. 341: Son reos de encierros y detenciones ilegales, y como tales, sujetos a la pena de reclusión menor: 1ro. Los que sin orden de autoridad constituida y fuera de los casos que la Ley permita que se aprehenda a los inculpados, arrestaren, detuvieren o encerraren a una o mas personas; 2do. Los que proporcionaren el lugar para que se efectúe la detención o el encierro; 3ro. Los que de cualquier modo ayudaren a llevar a cabo la detención o el encierro.

Art. 342: Si la detención o el encierro ha durado mas de 1 mes, se impondrá a los culpables la pena de detención.

Art. 343: La pena se reducirá a la de prisión correccional de seis meses a dos años, si los culpables de los delitos mencionados en el Art. 341, pusieren en libertad la persona arrestada o encerrada, antes de que se les persiga por ese hecho y antes de los diez días de la detención o encierro; quedaran sin embargo, sujetos a la vigilancia de la alta policía.

Art. 344: Si la detención se ejecutase valiéndose los autores de traje o uniforme falso, o de nombre supuesto, o de orden falsa de la autoridad publica, o si el detenido o encerrado ha sido amenazado con la muerte, se impondrá a los culpables la pena de trabajos públicos. Si las personas detenidas o encerradas han sufrido torturas corporales, se impondrá a los autores el máximo de la pena de trabajos públicos.

En nuestro ordenamiento penal, en el art. 114, trata sobre los delitos de arresto, detención y encierro, cometidos por personas que ostentan la calidad de funcionarios públicos, o agentes del gobierno.

Mientras que en los Arts. 341 al 344 del Código Penal, estos se refieren a los hechos cometidos por un particular, es decir, una persona sin calidad y sin derecho, para arrestar, detener o encerrar a otra persona, lo cual esta penado o sancionado.

El hecho de detener, encerrar o arrestar a una persona, sin tener la calidad legal, la autoridad legal para hacerlo, se reputa una infracción.

Los elementos constitutivos de esta infracción son los siguientes:

El Elemento Material: Es decir, que ocurra el hecho real y material de un arresto, una detención, o un encierro.

Definiendo el Arresto, como el hecho de suspender la libertad a una persona, en contra de su voluntad, impidiéndole el libre transito de ir y venir donde quiera, y en el momento que quiera hacerlo.

En cuanto a la Detención, y el Encierro, son 2 conceptos parecidos, que pudieran entenderse, significan lo mismo, pero, ambos presentan diferencias, aunque en ambas, la persona ha sido privada de su libertad; aunque cuando nos referimos a la Detención, estamos frente a un hecho, de una simple suspensión de la libertad de una persona; pero, cuando hablamos de Encierro, aquí se trata de una suspensión de la libertad de una persona, mas compleja, porque el tiempo es mas prolongado.

La detención, siempre es mas breve, el tiempo ha sido mucho menor, y por esto se cataloga como simple; pero en el caso del Encierro, estamos frente a que la suspensión de la libertad, permanece por mas tiempo, causando mas perjuicio y daño a la victima.

Muchos autores entienden que estos 2 términos, de DETENCIÓN y ENCIERRO, que en el caso de la DETENCIÓN se refiere al hecho de operarse la retención en una cárcel, mientras que el termino ENCIERRO, se refiere a la retención realizada en un local cualquiera. Por lo que entienden, que ambos términos NO tipifican infracciones diferentes.

La Detención el Encierro, son acciones totalmente arbitrarias, ilegales y antijurídica, pero cuando, la misma es ejercida y esta fundamentada, en una base legal, es decir, cuando la detención esta avalada, por una autoridad legítima, y tiene como causa las que establece la ley.

Los particulares NO tienen derecho a detener, encerrar o arrestar a alguien, solo pueden hacerlo la autoridad y hacerlo sustentando el hecho en los casos previstos por la ley.

En los casos de flagrante delito, la ley presenta la excepción de que sea sancionado, quien en lo que llega la autoridad, se pueda detener a la persona que cometió el delito.

Cuando se trate de personas con perdidas de sus facultades mentales, el principio de respeto a su libertad individual, tiene restricciones, y esta se fundamenta,

en que se debe proteger y ofrecerle seguridad, tanto a la comunidad, como también al enfermo, y evitar que ande vagando, sin la debida protección, esto se encuentra plasmado en el Art. 475, Párrafo 11 de nuestro Código Penal.

En lo referente a los menores de edad, los padres o tutores, tienen el derecho de retener en sus casas, a sus hijos menores, para que no excedan los límites de las reglas moderadas, las cuales son basadas en el cariño y la protección, que les ofrecen los padres o tutores. En el caso, en el cual los menores de edad, violenten estas reglas, u otras, los padres o tutores tienen la oportunidad de utilizar el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, y pueden solicitar al Tribunal de Niños, Niñas, y Adolescentes, una ordenanza mediante la cual se pueda internar en casas de corrección o reeducación a esos menores, otorgada por el precitado tribunal.

Debemos señalar, que en la Rep. Dominicana, entre los años 1966 (posterior a la Guerra de Abril del año 1965, en la cual sufrimos la 2da. Invasión Norteamericana) y el año 1978, nuestro pueblo fue víctima de una cruel represión, donde la verdadera democracia estaba ausente, y en la que existía una falta de todas las libertades públicas, principalmente, la libertad de expresión, de libre tránsito, de libre reunión, libertad de viajar al exterior, entre otras; las DETENCIONES ILEGALES, y el ENCIERRO, eran algo que ocurría de manera común y cotidiana. Cientos de miles de dominicanos, fueron víctima de esto, incluso un gran número de personas, luego fueron declaradas DESAPARECIDAS, y muchos de ellos aparecían muertos, y otros nunca aparecieron.

Una práctica ilegal y aberrante, ocurre con mucha frecuencia de manera lamentable, porque se supone, que a partir del año 1978, vivimos una DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y LEGAL, que se supone, no comete excesos, pero a pesar de esto, de manera arbitraria, la Policía, y los organismos de investigación del Estado, en el transcurso de una determinada investigación por la comisión de un delito, de la índole que sea, tienen el “modus operandi”, de que si tienen un sospechoso, y necesitan interrogarlo e investigarlo de manera detallada, y este no se presenta delante de estos investigadores, estos proceden a DETENER de manera ilegal por supuesto, a la madre, o al padre, hermano, hermana, esposa o esposo, una hijo, como “rehén” a manera de chantaje, a los fines de que el sospechoso se presente por ante la autoridad que lo requiere.

Este hecho, a todas luces es una franca violación de los derechos fundamentales de esas personas, que por

el simple hecho de estar relacionada con un sospechoso de la comisión de un delito, no le otorga derecho a ninguna autoridad a DETENERLO, como chantaje. Esto es una falla, y una carencia total del verdadero respeto que una sociedad organizada, institucionalizada, y respetuosa de una democracia, debe ofrecer a sus ciudadanos.

Nuestro País subdesarrollado, con un alto índice de analfabetismo, de corrupción pública y privada (la cual es aceptada de manera natural, por la gran mayoría de la nación), con una brecha económica, social, y cultural, muy amplia, entre una clase acomodada, y con oportunidades, y otra clase, muy pobre y con poquitas oportunidades, presenta las DETENCIONES ILEGALES, como un hecho que nos afecta de manera constante, y que nos aleja de alcanzar un grado más puro y avanzado de una verdadera democracia.

## Rusia

Svetlana Paramonova

Instituto Max Planck - Friburgo

### I. Introduction

Detention is a multi-faceted legal institution in the sphere of human rights. In the context of Russian reality it is regarded as one of the *most problematic issues of criminal justice*.

The relevant *substantive, procedural* legal provisions as well as problems arising from practice concerning detention and taking into custody form the subject of this paper.

### II. Legal Framework

Russia, being a part of international community, obeys **international law**. The latter prohibits arbitrary detention. The principle “No one shall be subjected to arbitrary arrest, detention or exile” is enshrined in Article 9 of the *Universal Declaration of Human Rights*. The prohibition of arbitrary detention as well as of ill-treatment in detention are recognized as rules of customary international law, and therefore binds all states irrespective of whether or not they have treaty obligations<sup>1</sup>.

Since 1998 the Russian Federation is a party to the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (ECHR)<sup>2</sup>. All the norms of the Convention—which have been also integrated into the national legal system—are obligatory



for Russia<sup>3</sup>. In particular, art 5 of the ECHR, which proclaims the right to liberty and security with the guarantee that deprivation of liberty occurs in accordance with a procedure prescribed by law.

Russian **domestic law** contains clear provisions prohibiting arbitrary detention as well as torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, which of themselves are in line with international human rights law. However, many regulations are in effect on a grand scale ignored through Russian law enforcement agencies.

The right to freedom and personal inviolability is enshrined in the *Constitution of the Russian Federation* (art. 22 pa. 1 Constitution)<sup>4</sup>. Art. 22 pa. 1 Constitution states that arrest, detention and keeping in custody shall be allowed only under a court decision. A person may not be detained for a term more than 48 hours without the court's decision.

Additional procedural guarantees with regard to detention and keeping in custody are provided for by the *Criminal Procedure Code of the Russian Federation* (CPC RF)<sup>5</sup>.

**Article 10 CPC RF. Inviolability of a Person**

1. No one can be detained on the suspicion of committing a crime or put under arrest in the absence of the legal grounds for this, enshrined in the present Code. Pending the court decision, no one can be detained for a term of over 48 hours.

2. Court, prosecutor, body of inquiry and inquirer are obli-

ged to relieve immediately any person, who has been illegally detained or illegally deprived of freedom, or illegally placed into a medical or psychiatric stationary hospital, or has been held in custody over a time term provided for by the present Code.

3. A person, with respect to whom was selected the measure of restriction keeping in custody, as well as a person detained on suspicion of committing a crime, shall be maintained under conditions precluding a threat to his life and health.

“Illegal detention” constitutes a crime according to the *Criminal Code of the Russian Federation* (art. 301 CC RF)<sup>6</sup>.

**Article 301 CC RF. Illegal Detention, Taking into Custody, or Keeping in Custody**

1. Knowingly illegal detention shall be punishable (...) by deprivation of freedom for a term of up to two years(...). 2. Knowingly illegal taking into custody or keeping in custody shall be punishable (...) by deprivation of freedom for a term of up to four years. 3. Acts provided for in the first or second part of this Article, that entailing grave consequences, shall be punishable by deprivation of freedom for a term of three to eight years.

**III. Overview of art. 301 CC RF**

The following table provides an overview of art. 301 CC RF according to a **quadripartite mode of analysis of criminal liability**<sup>7</sup>. This mode of analysis has been developed in the doctrine and now is applicable in the judicial practice of Russia<sup>8</sup>.

Quadripartite mode of criminal liability (“elements of crime”)	Art. 301 Illegal Detention, Taking into Custody, or Keeping in Custody
<b>1. Object of crime</b> ( <i>legally protected interests</i> ) <b>Direct object of crime</b> ( <i>direct infringement</i> )	Social relationships with regard to the sphere of law enforcement agencies (legitimate conduct of inquiry, prosecutors and courts concerning personal liberty).  Liberty of a person
<b>2. Objective side of crime</b> ( <i>actus reus</i> )	The following acts: illegal detention, taking into custody or keeping in custody without legitimate grounds.
<b>3. Subject of crime</b> ( <i>offender</i> )	Official bodies that are competent to decide on the detention and taking/keeping in custody: inquirer, investigator, prosecutor and judge.
<b>4. Subjective side of crime</b> ( <i>mens rea</i> )	“Knowingly” shows that all the acts of art. 301 CC RF shall be committed with the ‘direct intent’ (pa. 2 art. 25 CC RF), i.e. a person was aware of illegality of detention/custody, foresaw the possibility or inevitability of the ensuing of the harm and wished the ensuing thereof.

**IV. Analysis of art. 301 CC RF**

Art. 301 CC RF contains two key crimes: knowingly illegal detention (part 1) and knowingly illegal taking/keeping in custody (part 2).

Art. 301 pa. 1 CC RF refers to **detention** as a *criminal procedural act* in terms of a person suspected of committing a crime. Grounds, procedure and time limits of detention are provided for in art. 10, 91, 92 and 108 CPC RF.

According to these rules a person suspected of committing a crime—for which the law prescribes a penalty of deprivation of liberty for a term exceeding two years and it is impossible to apply a milder measure of restriction—may be detained, if: one of the following grounds exists: 1) this person is caught red-handed while committing the crime, or immediately after committing it; 2) the victims or the witnesses point to the given person as the perpetrator of the crime; 3) on this person or on his clothes, near him or in his dwelling are found undoubted traces of the crime.

If there exists other information, providing grounds for suspecting the person of committing a crime, he may be detained if he has made an attempt to escape, or does not have a permanent place of residence, or his identity has not been revealed, or if a motion on selecting with respect to the said person a measure of restriction in the form of taking into custody has been directed to the court.

After the detainee is brought to the body of inquiry or to the investigator, a custody report shall be compiled within a term of not over three hours, in which shall be made a note that his rights, provided for by art. 46 CPC RF (access to a lawyer from the moment of detention, interpreter services free of charge, relatives of a detained person must be informed of the fact of detention etc.), have been explained to the suspect.

The procedural measure of restriction in the form of **taking/keeping in custody** (art. 301 pa. 2 CC RF) may be imposed only by a judge, therefore, without such an order, a person may be detained maximum for up to 48 hours (art. 22 pa. 1 Constitution, art. 94 pa. 2 and art. 108 CPC RF).

Hence, with regard to art. 301 CC RF the criminal conduct of offender (**objective side of crime, *actus reus***)<sup>9</sup> is restricted to the following modes of perpetration: illegal detention, taking or keeping in custody. The **object** of both crimes is legitimate conduct of inquiry, prosecutors and courts with regard to personal liberty.

Illegal detention (art. 301 pa. 1 CC RF) as well as illegal taking/keeping in custody (Art. 301 pa. 2 CC RF) constitute a crime, if whether there are no *factual* or *procedural* grounds for detention/custody.

In the first case (absence of **factual** basis), it is undoubtedly that an act of the respective illegal detention/keeping or taking in custody constitutes a crime<sup>10</sup>. E.g., a person has been detained, who has never committed a crime, what a perpetrator was aware of.

With respect to the violations of **procedural** form, there is no concordance in the doctrine as well as in

the practice, which of them constitute crimes enshrined in art. 301 CC RF. Some authors believe that *any* violation of the procedural legal provisions in terms of detention/custody can constitute the crime of art. 301 CC RF<sup>11</sup>. According to others, the crime of illegal detention or taking/keeping in custody can rise, only if a *serious* violation of criminal procedural norms took place<sup>12</sup>. Such as, e.g., the expiration of the maximum time limits of legitimate detention (art. 109 CPC RF) or such a restriction measure like taking/keeping in custody was imposed not by a judge<sup>13</sup>.

The last position—that considers only essential interventions into liberty of a person (direct object of the analyzed crime) as constitutive for the crime—is regarded in this paper for more reasonable. It also does not, however, deny the fact that any less significant infringements cannot be qualified as other crimes, administrative offenses or official misconduct. For instance, **crimes against state power and the interests of the civil service** (chapter 30 CC RF), e.g., abuse of official powers, or crimes against administration of justice (chapter 31 CC RF).

With regard to illegal detention/taking into custody the moment when this crime is considered to be *completed* is deemed to be the issuance of arrest warrant, not the actual detention. It follows from the Decision of the Constitutional Court from 1995<sup>14</sup>. The reasoning of the Court was following: the issuance of an arrest warrant as such affects the human rights and freedoms, violates the inviolability of a person including mental integrity and affects human behavior even in cases, when the warrant has never been enforced.

The offense ‘illegal keeping in custody’ is completed, when a detainee was not released, however, there were no further legal grounds for keeping him/her in the custody.

Illegal detention as well as taking/keeping in custody—as mentioned above—shall be committed with the “direct intent” (pa. 2 art. 25 CC RF) in order to fulfill the requirements on the **subjective side of crime** (*mens rea*)<sup>15</sup>.

Inquirers, investigators, prosecutors and judges are the official bodies that are competent to decide on the detention and taking/keeping in custody on the certain procedural stages. Therefore, they are individuals that are criminally liable with regard to art. 301 CC RF (**subjects of crime, offenders**). One can see the difference between the analyzed criminal acts (art. 301 CC RF) and another crime ‘illegal deprivation of liberty’ (art. 127 CC RF). The latter can be committed only by private persons, not by official bodies.

Here it is important to mention the following problem: police officers, who deal with prevention of administrative offenses and belong neither to inquiry nor to investigation structures, are not liable as offenders in terms of art. 301 CC RF. The reason is that preventive measures which are conducted by them are not regarded as criminal procedural acts, e.g., illegal administrative detention of a person on suspicion of committing an administrative offense cannot be qualified as illegal detention in the sense of art. 301 CC RF. The problematic issue at this point is that the infringement with regard to the liberty of a person, which is caused by illegal administrative detention, is comparable with a detention in criminal cases. According to art. 27.3-27.5 of the *Code of the administrative offenses of the Russian Federation* administrative detention can last as in the criminal procedure (art. 10 CC RF) up to 48 hours<sup>16</sup>. However, the acts of illegal detention of the policemen are normally prosecuted as more minor offenses such as abuse of power (art. 285 CC RF) with lighter punishments.

According to the position of the author, police officers, who have a comparable power with regard to the limitation of the liberty of person, shall carry the same responsibility according to art. 301 CC RF.

The above analyzed situation gains more relevance under the circumstances of widespread abusive practice of the police in Russia in terms of illegal detention. In many cases policemen as offenders are not punished (if at all) adequately. It leads to the result that it does not discourage police abuse.

## V. Discrepancy between legal regulation and practice

The key problem of the administration of criminal justice in Russia still remains the discrepancy between legal framework and reality.

Despite safeguards established in the Constitution, CPC RF as well as in CC RF to prevent violations of the rights of detained persons, many of these norms have proven to be *insufficient* to prevent arbitrariness conducted by the Russian law enforcement agencies. Safeguards include, among others, provisions prohibiting arbitrary detention, ill-treatment as well as the right of a detained person to be released within 48 hours unless the initial period of detention is extended by a court. Also judicial review of detention remains ineffective.

According to the legal provisions that regulate taking/keeping in custody as the measure of restriction, the latter shall be imposed by a court as an *exceptional measure* only “if it is impossible to apply a different,

milder measure of restriction” (art. 108 CPC RF), e.g., bail or recognizance not to leave. However, taking/keeping in custody remains the most frequently imposed preventive measure (if not to say almost the only one) among judges<sup>17</sup>. The problematic point here is, that by imposing this measure of restriction courts often base their decision not on the validity and adequacy of the information about the involvement of a person in a committed crime, which was examined by a judge, or on the evidence that the suspect/accused may escape from the inquiry/preliminary investigation or trial, or continue being engaged in criminal activity or may threaten witnesses etc. (art. 97 CPC RF), but on the assumptions of the prosecution. It shows the declaratory nature of the rule of the *presumption of innocence* (art. 14 CPC RF).

The above mentioned excessive use of the measure of restriction ‘keeping in custody’ leads to the next problem - overcrowded detention facilities. The latter makes the further issues unavoidable: diseases, nutritional problems, poor or absence of medical care in the detention facilities etc.<sup>18</sup>.

Of particular concern in the sphere of the administration of criminal justice is the widespread practice of torture and other ill-treatment in detention, especially in pre-trial detention facilities, and impunity for torture and ill-treatment<sup>19</sup>. Often suspects are detained without being informed of their rights and in many cases, the police fabricate charges after the arrest in order to be able to defend the initial detention<sup>20</sup>.

Some of the recent examples reveal many problematic issues.

The case of *Nazarov*, who died in police custody in March 2012 in the Russian city Kazan’. He was tortured to death by police officers, who sodomized him with a bottle<sup>21</sup>. Two out of several police officers involved in the case have been charged with abuse of power (art. 285 CC RF) and official forgery (art. 292 CC RF) for falsification of evidence of the administrative offense. None of them was charged with torture (art. 117 CC RF). Recently they have been convicted and sentenced respectively to two and two-and-a-half years of imprisonment<sup>22</sup>. However, if their behavior could have been qualified as illegal detention (art. 301 CC RF), the lowest possible limit of punishment would have been three years of imprisonment (max.: up to eight years). The same situation would have been with art. 117 CC RF (excruciation or torture): three up to seven years of deprivation of freedom. The lowest limit for punishment with regard to art. 285 CC RF and art. 292 CC RF is six months.

In another case a policeman *Kuzmenkov* tortured a person in a detention facility. He was charged with abuse of power and sentenced to three-and-a-half years' imprisonment. However, while he was charged with a criminal offense, he was not dismissed from the police and continued his service at the rank of major. Other officials, who were involved in ill-treatment and death of the detainee, were not identified<sup>23</sup>.

The case of *Shishkin* shows as well cruelty and arbitrariness of police officers. Shishkin was severely beaten in a police department and had his hand and toenails pulled out<sup>24</sup>. The explanation of Government, relying on a forensic investigation, was that the loss of Shishkin's nails was caused by a fungal infection and that the bruises must have been self-inflicted, as they had been located in places on his body accessible to the detainee's own hand. In June 2012, the European Court of Human Rights ruled in this case and found a violation of art. 3 of the ECHR<sup>25</sup>.

In general, in addition to these individual cases, repeated judgments of the European Court of Human Rights testify to a persistent problem of ineffective investigation of human rights violations, including torture and ill-treatment<sup>26</sup>.

All the examples of grievous violations of human rights and negative tendencies that were highlighted in this paper show that the actual problems of serious human rights violations, including those in the context of detention, cannot be revealed only by analyzing the legal provisions. Structural deep changes of the system of administration of justice are necessary. The recent reform of the police structures (former miliz) unfortunately resulted only in "changing labels": "miliz" was renamed into "police"<sup>27</sup>. The substantial changes did not take place: staff changing, efficient selection procedure of eligible officials, effective system of punishment, humanistic principles of work and motivations.

## VI. Conclusion

Legal provisions under Russian law prohibiting arbitrary detention as well as inhuman or degrading treatment still do not ensure observation of human rights in this area. Formal safeguards are often not respected in practice; many have proven to be insufficient to prevent illegal detentions and to guarantee an adequate punishment of officials.

The conceptual changes are needed.

Firstly, it is necessary to decrease reliance on detention as a preventive measure.

Secondly, it is crucial to ensure that judicial review of detention is substantial and serves as a sufficient safeguard against torture and ill-treatment in detention.

Thirdly, it is important to guarantee that acts amounting to torture are prosecuted as torture under art. 117 CC RF as well as 'illegal detention' - under art. 301 CC RF, rather than as more minor offenses such as abuse of power (art. 285 CC RF), carrying lighter penalties<sup>28</sup>.

## Notas

1 See also: Amnesty International Report. Locked away. March 2012. Index: ASA 37/003/2012: <http://files.amnesty.org/archives/asa370032012eng.pdf>.

2 Ratification of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950 by Russia on 5<sup>th</sup> May, 1998: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTrait-es>.

3 For applicability of international treaties in domestic law, see: *Paramonova S. L.* Principle of Universality and Extradition. Russian Perspective. *Revista Penal*, 2010, N 26, p. 220-224; for applicability of the Russian criminal law, see: *Paramonova S. L.*: Extraterritorial jurisdiction in Russia. In: Sieber, U./Forster, S./Jarvers, K. (ed.): *National Criminal Law in a Comparative Legal Context. Volume 2.1: General limitations on the application of criminal law.* Berlin, Duncker & Humblot, 2011, p. 297-298.

4 *Constitution of the Russian Federation*, 12.12.1993 (referendum): <http://www.consultant.ru>.

5 *Criminal Procedural Code of the Russian Federation*, 18.12.2001 N 174-FZ. Further **CPC RF**; see also: *Paramonova S. L.* Principle of legality in Russia. In: Sieber, U./FORSTER, S./JARVERS, K. (ed.): *National Criminal Law in a Comparative Legal Context. Volume 2.1: General limitations on the application of criminal law.* Berlin, Duncker & Humblot, 2011, p. 103-117.

6 *Criminal Code of the Russian Federation*, 17.06.1996, N 63-ФЗ: <http://www.consultant.ru>.

7 For internal structure of criminal offense see: *Paramonova S. L.* Concept and systematization of the criminal offense in Russia. In: Sieber, U./FORSTER, S./JARVERS, K. (ed.): *National Criminal Law in a Comparative Legal Context. Volume 3.1: Defining criminal conduct.* Berlin, Duncker & Humblot, 2011, p. 93-97.

8 KISTYAKOVSKIJ, A.O. *Obschee ugovnoe pravo*. 2nd edition, Sankt-Peterburg, 1895, p. 59; KUZNECOVA, N.F. *Kurs ugovnogo prava*. Zercalo. Moscow, 2002, p. 166; KUDRYAV-ZEV, V.N. *Ugovnoe pravo Rossii*. Jurist. Moscow, 2004, p. 98; KROPACHEV, N.M. *Ugovnoe pravo Rossii*, p. 364; ZHURAV-LEV, M.P. *Ugovnoe pravo*. NORMA. Moscow, 2004, p. 60.

9 ZHURAVLEV, M.P. *Ugovnoe pravo*. NORMA. Moscow, 2004, p. 60; KROPACHEV, N.M. *Ugovnoe pravo Rossii*, p. 371.

10 *Nezakonnoe zaderzhanie, zakluchenie pod strazhu* (st. 301 UK): <http://lawtoday.ru/razdel/biblio/ugol-prav/osoben/258.php>

11 VLASOV, I.S./TYAZHKOVA, I.M. Responsibility for crimes against justice, p. 62.

12 KULESHOV, Y.S. Criminal liability of officers of internal affairs agencies for crimes against justice, p. 33-34.

13 *Nezakonnoe zaderzhanie, zakluchenie pod strazhu* (st.

301 UK): <http://lawtoday.ru/razdel/biblo/ugol-prav/osoben/258.php>

14 *Sobranie Zakonodatelstva RF*. 1995. N 19. Ct. 1764.

15 See the *table* above.

16 *Code of the administrative offenses of the Russian Federation*, 30.12.2001, N 195-Ф3.

17 *Kasatkina S.A. Priznanie obvinyaemogo*. Moscow, 2010, p. 133; MICHAILOV, V.A. Meri presecheniya v rossijskom ugovolnom prozesse. Moscow, 1996, p. 22; ANOSOV, M. Liberálisziya ugovolno-prozessualnogo zakonodatelstva. Interview, 24.02.2012: <http://www.gazeta-yurist.ru/article.php?i=1829>.

18 TER-AKOPOV, G.R. (advocate for criminal law). Zakluchenie pod strazhu: [http://www.terakopov.ru/razd/zakljuchenie\\_pod\\_strazhu/](http://www.terakopov.ru/razd/zakljuchenie_pod_strazhu/).

19 STEZOVSKIJ, U.I. Pravo na svobodu i lichny neprikosnovennost'. Moscow, 2000, p. 137 ff., 272 ff.; *Kasatkina S.A. Priznanie obvinyaemogo*. Moscow, 2010, p. 1 ff.; *Ter-Akopov G.R.* (advocate for criminal law). Zakluchenie pod strazhu: [http://www.terakopov.ru/razd/zakljuchenie\\_pod\\_strazhu/](http://www.terakopov.ru/razd/zakljuchenie_pod_strazhu/).

20 See Alternative Report of the International Commission of Jurists (ICJ) to the UN Committee against Torture, Russian Federation, October, 2012. (further: *ICJ-Report*).

21 Gosobvinitel nazval sroki obviniya dvuh bivshich poлизeiskich ot dela "Dal'nij": <http://www.tatcenter.ru>; "Russia Police Sodomized Custody Death Man with Bottle", *Ria Novosti*, March 12, 2012: <http://en.rian.ru/russia/20120312/172114836.html>.

22 Did not torture but were convicted, *Kommersant* N 180(4965) 26.09.2012: <http://www.kommersant.ru/doc/2030316>.

23 Nizhny Novogorod Committee Against Torture Press Release, "Former police major Kuzmenkov is awarded 3.5 years of imprisonment for torturing a Nizhny Novgorod resident", April 28, 2012 <http://pytkam.net/massmedia.news>.

24 *Buntov v Russia*, App No. 27026/10, para 16-23.

25 See *ICJ-Report*.

26 See *ICJ-Report*; statistics show that nearly half of the cases over the period between 1959 until 2011 considered by the Court and finding a breach of Article 2 ECHR (lack of effective investigations) were lodged against the Russian Federation. European Court of Human Rights Statistics, Violation by Article and by State 1959-2011, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Statistics/Statistical+data>. See for example *Isayev and Others v Russia*, ECtHR, App No. 43368/04; *Makhashevy v Russia*, ECtHR, App. No. 20546/07; *Gushchin v Russia*, ECtHR, App. no. 7480/07; *Markov v Russia*, ECtHR, App. no. 12297/06.

27 See new Federal Statute "On Police" from 7 February, 2011, N 3-Ф3 (in force from 1 March, 2011).

28 See also *ICJ-Report*.

## Uruguay

**Pablo Galain Palermo**<sup>1</sup>

1. La República Oriental del Uruguay es un Estado liberal con una fuerte vocación republicana que se basa en garantizar el libre ejercicio de las voluntades en todas las áreas de la vida social (incluyendo la protección constitucional de la libertad religiosa y de cultos) y una

férrea defensa de la laicidad. La tutela de la libertad tiene su base en la Constitución (Art. 7 y 10) y desde allí informa a todo el sistema jurídico uruguayo<sup>2</sup>. En Uruguay se considera una máxima que las acciones de los ciudadanos están exentas de la intervención de los magistrados y que el límite a las libertades individuales empieza donde comienzan las libertades ajenas. La frontera del ejercicio soberano de la conducta (activa u omisiva) del individuo sólo puede estar dispuesto por la ley cierta, escrita y previa<sup>3</sup>. Por eso el Código Penal (CP) resguarda en el Título XI (Arts. 280 y ss) la libertad individual en el capítulo denominado "delitos contra la libertad", protegiendo un amplio espectro de bienes jurídicos relacionados con distintas formas de ejercicio de la libertad (cultos, religión, psíquica, física, política, de correspondencia, etc).

2. Según la doctrina uruguaya la libertad es el complemento necesario del derecho a la vida cuando se trata de sujetos de derechos dotados de un poder absoluto de autorrealización<sup>4</sup>. Según el CP uruguayo las personas no solo están protegidas en distintas facetas de la libertad sino que ninguna persona está obligada a tolerar acciones o dejar de hacer otras contra su voluntad (esta es la base del delito de violencia privada que requiere el uso de violencia o amenazas, Art. 288)<sup>5</sup>. De este modo, el legislador protege en forma amplia incluso la libertad de tomar decisiones y de actuación (libertad volitiva)<sup>6</sup> o en su tranquilidad espiritual<sup>7</sup>. La amplitud de estos tipos penales y la existencia de tipos penales que actúen de modo residual (como el famoso "cajón de sastre" que recoge y alberga todo tipo de instrumentos), incluyendo prohibiciones y amenazando con penas a conductas que no encajan en otros tipos penales, no merece reparos de la doctrina mayoritaria<sup>8</sup>. Así como se protege la libertad en el sentido más amplio como es la esfera previa a la realización de una conducta (dejar de hacer o llevar a cabo una conducta), con más razón el sistema uruguayo prohíbe cualquier tipo de privación de la libertad no autorizada expresamente por la ley<sup>9</sup>.

3. Por lo tanto, está totalmente prohibido por el sistema penal uruguayo cualquier tipo de detención que no esté delegada por una autoridad judicial o cuando no se trata de una detención con posterioridad a la comisión in fraganti de un delito (sea policial o ciudadana).

4. La primera modalidad tipificada en Título XI, delitos contra la libertad, capítulo I del CP es el delito relacionado con el peor sometimiento de otro individuo como es el concerniente a la esclavitud y el posterior tráfico de personas sometidas a esa condición (Art. 280)<sup>10</sup>. La esclavitud había sido prohibida por la primera Constitución en 1830 (Art. 131). Véase que la

norma prohíbe reducir a las personas a una condición análoga de la esclavitud, lo que parece ser un tipo penal demasiado abierto y de difícil delimitación, pues podría abarcar incluso una relación laboral totalmente injusta. La pena establecida para esta modalidad no parece estar acorde desde el punto de vista de la proporcionalidad si la comparamos con el elevado marco punitivo con que se castigan los delitos contra la propiedad. Según la doctrina este delito debería desaparecer del Código pues ya está abarcado por las otras modalidades de los Arts. 281 y 288 CP<sup>11</sup>.

5. Por su parte, y en relación con el Art. 280 CP, la Ley 18.250 de enero de 2008 crea la figura trata de personas (Art. 78)<sup>12</sup>. Podría entenderse que este nuevo delito no deroga el Art. 280 CP en el aspecto de *reducción a la esclavitud*, aunque sí la modalidad de tráfico de esclavos que pasaría a ser castigada por esta nueva figura.

6. El siguiente tipo penal (Art. 281 CP) se denomina “privación de libertad” y amenaza con una pena de entre uno a nueve años a quien “de cualquier manera privare a otro de su libertad personal”. El delito es de ejecución permanente, de modo que se ejecuta durante todo el tiempo que dura la situación injusta y mientras el autor mantenga el dominio del hecho. Como se ve se trata de una amplia modalidad de detención ilegal que no tiene por qué estar ligada exclusivamente a la mera pérdida de la libertad ambulatoria (incluso en el propio domicilio de la víctima), además, ella se puede llevar a cabo “de cualquier manera”. El tipo penal es demasiado amplio y puede incumplir con la exigencia de taxatividad, incluso plantea problemas cuando una “privación de libertad” recibió en su comienzo el consentimiento de la víctima. El núcleo del injusto es la pérdida de libertad de movimientos de la víctima que no tiene que coincidir con una situación de encierro, sino que la víctima tenga que actuar sujeta a límites férreos impuestos por quien la somete. Según el legislador el factor tiempo permite atenuar la responsabilidad cuando la víctima es liberada dentro del tercer día de producido su cautiverio, circunstancia que parece, contradictoriamente, limitar la privación de libertad a la libertad ambulatoria. En la misma línea de razonamiento, es motivo agravatorio de la pena el hecho de que la privación de libertad supere los diez días de duración. Junto al factor temporal agravan la responsabilidad hasta la aplicación del máximo de pena establecido la condición de funcionario público del autor o de la víctima (en este caso, con independencia de que el funcionario público se encuentre en ejercicio del cargo o que el motivo de la privación de libertad se halle en

su anterior condición de funcionario) y la comisión del delito mediante amenazas o sevicias, cuando se hace sufrir a la víctima durante la comisión de este delito que es de comisión permanente (Art. 288). Parece difícil imaginar una “privación de libertad” en la que no haya habido amenazas o utilización de violencia, pues durante todo el período de consumación del delito hay implícita una amenaza (al menos, la imposición de una obligación de no hacer). La pena será muy especialmente agravada (de seis a doce años de penitenciaría) cuando “el delito se cometa con el fin de obtener de las autoridades públicas, a cambio de la liberación, una ventaja o provecho en beneficio propio o ajeno, consiguiendo o no su objeto, o cuando el hecho obedeciera a móviles políticos o ideológicos”. La Ley 18.026 tipificó una modalidad agravada de este artículo para cuando el autor es un agente del Estado<sup>13</sup>.

7. La finalidad de privar de libertad con fines sexuales o matrimoniales deriva la modalidad de “privación de libertad” en el anacrónico delito de raptó (Art. 266 CP)<sup>14</sup>.

8. Una de las modalidades de privación de libertad por particular está tipificada en el Art. 283 CP que prohíbe la sustracción o retención ilegítima de un menor de edad que estuviera sometido a la patria potestad de sus padres, tutor o curador. No se explica por qué habría que contar en el CP con un tipo penal especial para la condición de víctima menor de edad, cuando ello pudo ser incluido en las circunstancias atenuantes o agravantes del delito de privación de libertad. La única explicación posible es que la víctima sea quien ejerce el derecho sobre el menor o que la modalidad de sustracción sea mucho más amplia que la pérdida de la libertad ambulatoria y abarque una sustracción legal mediante medios fraudulentos. Pero aún así, esta modalidad podría estar amparada por otro delito en particular. Existen circunstancias atenuantes, por ejemplo, cuando el padre natural sea el autor del delito (Art. 284 CP).

9. En el Art. 285 CP se castiga con tres a dieciocho meses de prisión el atentado a la libertad personal cometido por funcionario público encargado de una cárcel, aunque para una parte de la doctrina analógicamente esto se extienda a otros establecimientos de detención (por ejemplo, Hospital psiquiátrico en el que se cumple la detención de personas inimputables en cumplimiento de medidas de seguridad)<sup>15</sup>. Esta modalidad de autor especial castiga al “funcionario” que privara de libertad en el establecimiento carcelario o de detención a una persona sin autorización judicial (encarcelar a quien no cumple prisión preventiva o no tiene condena) o que

omita poner en libertad a quien ha sido liberado por orden judicial.

10. En esa misma línea político-criminal el Art. 286 CP castiga el abuso de autoridad contra los detenidos, que consiste en realizar actos arbitrarios contra las personas legalmente privadas de libertad. Las amonestaciones reglamentarias durante el cumplimiento de las privaciones de libertad no deberían ser consideradas modalidades de comisión de este delito cuando ellas respondan a las reglas de la proporcionalidad. La Ley 18.026 tipificó una particular forma de agresión sexual contra la persona privada de libertad cometida por funcionario público<sup>16</sup>.

11. El Art. 291 CP castiga al que coloque —por cualquier medio y sin motivo legítimo ni consentimiento— a otro en un estado letárgico o de hipnosis, logrando de esta forma simplemente la supresión momentánea de la inteligencia o de la voluntad. Véase que la norma es tan amplia que se castiga la mera supresión de la libertad psíquica de la víctima, aunque ella no hubiera sufrido un ulterior vejamen que la pérdida momentánea del estado de vigilia<sup>17</sup>.

12. El secuestro, según el codificador uruguayo no es un delito contra la libertad, lo que parece un contrasentido, sino un delito contra la propiedad. Esto obedece a que esta modalidad delictiva debe realizarse con el ánimo de exigir un rescate. La mera privación de la libertad estaría cubierta por el Art. 281 CP, de modo que el secuestro solo tiene sentido como delito si la privación de libertad se produce con la finalidad de obtener un precio a cambio de poner fin al cautiverio. El problema se produce con la agravante del Art. 282 del delito de privación de libertad que determina que el propósito de lucro agrava la conducta del delito, cuando podría entrar en colisión con el delito especial de secuestro.

13. Dentro del concepto de detenciones ilegales, considerado de un modo amplio, se puede incluir el tipo del crimen de desaparición forzada de personas, pues el mismo se compone de una modalidad típica que tiene una base en la privación ilegítima de la libertad, a la que luego se añade la negativa a brindar información sobre su paradero. El sistema penal uruguayo cuenta a partir de la ley 18.026 de 2006 con modalidades de desaparición, una (Art. 18) se remite a la definición del Art. 7 del Estatuto de Roma, y la otra, es una creación del legislador uruguayo porque prescinde de los elementos de contexto y, sin embargo, considera una desaparición forzada como acto individual como si fuera un crimen de lesa humanidad<sup>18</sup>.

## Notas

1 Investigador Senior Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Freiburg, Alemania.

2 Por todos, CHAVES, Gastón, "El derecho constitucional y el derecho penal", en PREZA, Dardo, Estudios de la Parte Especial del Derecho Penal Uruguayo, Tomo II, Ingranussi, Montevideo, 2000, pp. 127 y ss.

3 GALAIN PALERMO, Pablo, Principle of legality (nullum crimen sine lege) in Uruguay, en SIEBER, Ulrich/FORSTER, Susanne/JARVERS, Konie, (Hrsg.): National Criminal Law in a Comparative Legal Context. Vol. 2.1: General limitations on the application for criminal law, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, pp. 137-152.

4 CAIROLI, Milton, Curso de Derecho penal, III, FCU, Montevideo, 1995, pp. 159 y ss.

5 Art. 288 CP (Violencia privada): "El que usare violencia o amenazas para obligar a alguno a hacer, tolerar o dejar de hacer alguna cosa, será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría". No se explica racionalmente la agravante del Art. 289 por el hecho de llevarse a cabo el delito por parte de personas disfrazadas, que quizás responda a una modalidad que en la década de 1930 se realizaba en medio de los desfiles de carnaval y hoy además se aplique por la jurisprudencia para el caso del día de *Halloween*.

6 CAIROLI, Milton, Curso, cit., pp. 185 y s.

7 PREZA, Dardo, Estudios, cit., p. 41.

8 "...la violencia privada se tipifica por ejemplo, cuando no hay lesiones, porque de darse ellas prevalece cualquiera de los artículos que las legislan (316, 317 y 318) por sobre el 288. Además, lo de «alguna cosa» permite derivar a esta forma tipo penal de la violencia privada a muchas conductas que son cometidas con violencia o amenazas con objeto de lograr otros fines, como pueden ser incluso los sexuales y esto último no pudo ser probado fehacientemente". CAIROLI, Milton, Curso de Derecho Penal, cit., p. 186. También PREZA, Dardo, Estudios, cit., p. 41.

9 Art. 28 CP: (Cumplimiento de la ley): Está exento de responsabilidad el que ejecuta un acto, ordenado y permitido por la ley, en vista de las funciones públicas que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce, o de la ayuda que le preste a la justicia.

10 Artículo 280. (De la adquisición, transferencia y comercio de esclavos y reducción de otros hombres a la esclavitud). El que redujere a esclavitud o a otra condición análoga a una persona, el que adquiriera o transfiera esclavos y el que trafique con ellos, será castigado con dos a seis años de penitenciaría.

11 PREZA, Dardo, Estudios de la Parte Especial del Derecho Penal Uruguayo, cit., p. 32.

12 Artículo 78.- Quien de cualquier manera o por cualquier medio participare en el reclutamiento, transporte, transferencia, acogida o el recibo de personas para el trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares, la servidumbre, la explotación sexual, la remoción y extracción de órganos o cualquier otra actividad que menoscabe la dignidad humana, será castigado con una pena de cuatro a dieciséis años de penitenciaría.

13 Artículo 23. (Privación grave de la libertad).- El que cometiera el delito previsto en el artículo 281 del Código Penal siendo agente del Estado o que sin serlo hubiera contado con la autorización, apoyo o aquiescencia de uno o más agentes del Estado, será castigado con seis a doce años de penitenciaría.

14 Artículo 266. (Rapto de mujer soltera mayor de dieciocho años, viuda o divorciada honesta): El que, con violencia, amenazas o engaños, sustrajere o retuviere, para satisfacer una pasión carnal o contraer matrimonio, a una mujer soltera, mayor de dieciocho años, a una viuda o a una divorciada, honestas, cualquiera fuera su edad, será castigado con pena de doce meses de prisión a cinco años de penitenciaría.

15 Así CAIROLI, Milton, Curso, cit., pp. 181 y s; de opinión contraria, Preza, Dardo, Estudios, cit., p. 37.

16 Artículo 24. (Agresión sexual contra persona privada de libertad).- El que siendo agente del Estado o sin serlo contando con la autorización, apoyo o aquiescencia de uno o más agentes del Estado, cometiere cualquier acto de agresión sexual contra una persona privada de libertad o bajo su custodia o control o contra una persona que comparezca ante la autoridad en calidad de denunciante, testigo, perito o similar, será castigado con dos a quince años de penitenciaría.

17 Con tipos penales tan amplios y con funcionarios de la administración de justicia recelosos de las políticas penales de tolerancia cero, se puede llegar a casos extremos en los que la escucha prolongada de un discurso político o académico tedioso (realizado con dolo directo) pudiera constituir un medio apto para la comisión de este delito.

18 Artículo 21. (Desaparición forzada de personas).- 21.1. El que de cualquier manera y por cualquier motivo, siendo agente del Estado o sin serlo contando con la autorización, apoyo o aquiescencia de uno o más agentes del Estado, procediere a privar de libertad a una persona, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o el paradero o la suerte de la persona privada de libertad; o que omita y se niegue a brindar información sobre el hecho de la privación de libertad de una persona desaparecida, su paradero o suerte, será castigado con dos a veinticinco años de penitenciaría. Sobre el tema GALAIN PALERMO, Pablo, "El tipo penal de la desaparición forzada de personas como un acto aislado: consideraciones críticas", en FRANCISCO MUÑOZ CONDE/José Lorenzo SALGADO/Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ/Emilio CORTES BECHIARELLI/Miguel Ángel NÚÑEZ PAZ (Eds.): Un derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 419-448; Desaparición forzada de personas. Análisis de Derecho Comparado e Internacional, Kai AMBOS (Ed.), 2009, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), pp. 135-175.

## Venezuela

Jesús Enrique Rincón Rincón

Doctor en Derecho Penal, Juez Penal

Profesor de Derecho Penal General y Especial

Profesor de Postgrado de Procesal Penal

### I. Introducción

La Constitución Nacional venezolana vigente<sup>1</sup>, establece que "Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti". De tal manera que, de conformidad con dicha disposición constitucional,

las personas sólo pueden ser detenidas **por orden judicial** o si se les consigue cometiendo un delito **en flagrancia**. Considerándose por tanto toda otra detención, que no se encuentre enmarcada en alguno de esos dos supuestos, como **ilegal**. Esto tiene que ser así, ya que la libertad es uno de los derechos supremos y fundamentales del ser humano, sólo superado por el derecho a la vida<sup>2</sup>. Dicha norma constitucional dice textualmente lo siguiente: "**Artículo 44. La libertad personal es inviolable, en consecuencia: Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. En este caso será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso. .../...** 5. Ninguna persona continuará en detención después de dictada orden de excarcelación por la autoridad competente o una vez cumplida la pena impuesta". (Negritas y cursiva agregadas). El Código Orgánico Procesal Penal (COPP), por su parte, dispone como regla general, el juzgamiento en libertad de las personas<sup>3</sup>, sin embargo, también establece la posibilidad de que se impongan medidas de coerción personal a quien se le siga un proceso penal, y entre dichas medidas se encuentra **la privación judicial preventiva de la libertad**, que en otros países se conoce como **prisión preventiva**.

Hay que distinguir entonces entre **la detención** inicial de una persona, que como ya antes dijimos, puede ser mediante **orden judicial**, denominada también "**orden de aprehensión**" o "**de captura**", practicada por las autoridades policiales, y aquella ocurrida **en flagrancia**, que puede efectuar cualquier persona, incluso la víctima, por una parte, y **la privación judicial preventiva de la libertad** o "**prisión preventiva**", decretada por un Juez de Primera Instancia en lo Penal<sup>4</sup>, luego de la detención o aprehensión, generalmente al final de la audiencia de presentación del imputado. Estas son detenciones legales y necesarias, autorizadas por la Constitución y el Código Orgánico Procesal Penal, que no son consideradas penas anticipadas, y que se imponen con la finalidad de evitar que el imputado o acusado, obstaculice u obstruya la investigación, se dé a la fuga o se abstraiga del proceso penal, entorpeciendo así la labor fiscal y judicial, ocasionando retardo procesal, creando impunidad e impidiendo que se haga justicia.

Podemos por lo tanto concluir, que las privaciones a la libertad personal autorizadas por el Texto Constitucional pueden ser de dos clases: 1.- Como sanción

(presidio, prisión o arresto, según el Código Penal venezolano); y 2.- Como medida preventiva (la orden de captura emitida por el juez, la privación judicial preventiva de libertad y la flagrancia).

El Código Orgánico Procesal Penal define la flagrancia en el artículo 248, el cual establece lo siguiente: **“Definición. Artículo 248.** *Para los efectos de este Capítulo, se tendrá como delito flagrante el que se esté cometiendo o el que acaba de cometerse. También se tendrá como delito flagrante aquel por el cual el sospechoso o sospechosa se vea perseguido o perseguida por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o en el que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que el o ella es el autor o autora”*. Sin embargo, en relación con la violencia de género, y muy especialmente a raíz de la promulgación de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia<sup>5</sup>, y la creación de los Tribunales Especiales en esa materia, el criterio sobre la flagrancia se ha ampliado (ver el artículo 93 de dicha Ley y la jurisprudencia al respecto)<sup>6</sup>, y, adicionalmente, parte de la doctrina patria le ha dado otra visión a la flagrancia, distinguiendo entre el *delito flagrante*, como un estado probatorio, y la *detención in fraganti*, como la aprehensión del individuo<sup>7</sup>.

De tal manera que, sin estar aún condenada por delito alguno, y a pesar de estar amparada por el principio universal de la presunción de inocencia, una persona puede permanecer legalmente detenida, durante un proceso penal que se siga en su contra. Ahora bien, así como existen las detenciones legales, también existen las ilegales, que son aquellas detenciones que se realizan o se dictan violando expresas disposiciones constitucionales y legales, así como tratados, convenios y acuerdos internacionales. Por otro lado, una detención puede nacer legal pero convertirse luego en ilegal, cuando, por ejemplo, no se cumple con el requisito exigido en el artículo 44 de la Constitución, que ordena que la persona detenida *“será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención”*, disposición contenida también en el segundo aparte del artículo 250 del COPP. Esto con el fin de evitar las detenciones arbitrarias. Aunque, por supuesto, habría que analizar las razones y fundamentos que pudieran justificar el retardo en la conducción y presentación del detenido ante el Juez.

Otro ejemplo de una detención legal que pudiera convertirse en ilegal, ocurre cuando el proceso se prolonga excesivamente, sin culpa del reo. El artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal establece un plazo de dos (2) años para que se celebre y culmine un juicio, considerando que ese es un lapso suficiente y razonable para que el Estado procese a una persona acusada de un delito y que se encuentra privada *“preventivamente”* de su libertad. Sin embargo, dicha norma prevé la posibilidad de que *“excepcionalmente y cuando existan causas graves que así lo justifiquen”*, el Ministerio Público o el o la querellante, puedan solicitar una prórroga. Pues bien, no sólo se ha convertido en una regla general otorgar tal prórroga *“excepcional”*, sino que, adicionalmente, ha habido tribunales que han otorgado tales prórrogas por 8 y hasta por 10 años, como si la prórroga pudiera superar al plazo original, algo realmente absurdo y violatorio del debido proceso, del derecho a la defensa, del derecho a ser juzgado en libertad, y demás derechos consagrados en la Constitución Nacional y en todos los tratados, acuerdos y convenios internacionales suscritos y ratificados por Venezuela. Hasta el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que tiene competencia para juzgar *“los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”*, esto es, los delitos más horrendos que se pueden cometer: el Genocidio, los Crímenes de Lesa Humanidad, los Crímenes de Guerra y el Crimen de Agresión, establece en el numeral 4 del artículo 60, la posibilidad de colocar en libertad al detenido cuyo juicio se prolongue excesivamente, estableciendo lo siguiente: *“4. La Sala de Cuestiones Preliminares se asegurará de que la detención en espera de juicio no se prolongue excesivamente a causa de una demora inexcusable del Fiscal. Si se produjere dicha demora, la Corte considerará la posibilidad de poner en libertad al detenido, con o sin condiciones”*<sup>8</sup>.

## II. Detenciones evidentemente ilegales

Hay que distinguir entre diferentes clases de detenciones ilegales, algunas extremadamente graves, como la desaparición forzada de persona y el secuestro, que constituyen delitos, otras menos graves, como la privación ilegítima de libertad, y otras leves, que pudieran constituir más una falta o un ilícito administrativo. La detención ilegal es un delito contra la libertad, especialmente en lo referido a la libertad ambulatoria, de toma de decisiones y de obrar. Puede ser perpetrado tanto por funcionarios y autoridades, como por particulares. La libertad ambulatoria ha sido en-

tendida como la facultad que cada uno tiene de fijar su posición en el espacio que considere oportuno o pertinente, siempre que no lesione o perturbe el derecho de alguna otra persona. La Constitución Nacional en su artículo 44, expresamente establece el derecho que todos los ciudadanos tenemos a estar en libertad, y a podernos desplazar de un lugar a otro por cualquier parte del territorio nacional, sin más restricciones que las establecidas en la ley. Este delito se puede cometer tanto por acción como por omisión, cuando quien es garante de la libertad del encerrado omite u olvida liberarlo. Es un delito instantáneo y permanente, ya que el bien jurídico protegido (la libertad), se sigue lesionando mientras no se le deje en libertad, por lo que la consumación se produce todo el tiempo que la persona permanezca privada de su libertad.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha alertado, que no deben confundirse los delitos permanentes con los continuados, afirmando que el delito de desaparición forzada de personas es un delito instantáneo con efectos permanentes. El tiempo de la detención puede ser mínimo, de escasa duración, pero debe ser significativo, que implique la inmovilización del sujeto en contra de su voluntad, la imposibilidad de moverse del sitio donde lo tengan, sea ese lugar abierto o cerrado.

Para Carmelo Borrego<sup>9</sup>, “uno de los derechos que aparte de la vida goza de un lugar privilegiado en el fuero constitucional, es la libertad personal y que también se vincula con otros derechos como la libertad de tránsito, de pensamiento, expresión y tantos más que adquieren relevancia para el desarrollo humano. Particularmente, este es un derecho subjetivo que interesa al orden público (favorable a los derechos humanos, según expresión de Nikken) y normalmente, es registrado como un valor fundamental para el enaltecimiento de la dignidad del ciudadano que ajusta su desenvolvimiento en sociedad”.

### III. Disposiciones del Código Orgánico Procesal Penal (COPP) sobre la libertad personal<sup>10</sup>

El Código Orgánico Procesal Penal, respetando y acatando las disposiciones constitucionales, establece que la regla general debe ser que “toda persona a quien se le impute participación en un hecho punible permanecerá en libertad durante el proceso” (art. 243), que la medida no debe ser “desproporcionada, en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable” (art. 244), que “todas las disposiciones que restrinjan la libertad ... serán

interpretadas restrictivamente”, y que “cuando el delito materia del proceso merezca una pena privativa de libertad que no exceda de tres años en su límite máximo, y el imputado o imputada haya tenido una buena conducta predelictual, la cual podrá ser acreditada de cualquier manera idónea, sólo procederán medidas cautelares sustitutivas”. Sin embargo, al mismo tiempo, la disposición establecida en el artículo 243 *eiusdem*, también prevé excepciones a esa regla, “cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso”. Por otra parte, la reforma o nuevo COPP 2012, incorpora en sus artículos 374 y 430, el llamado “efecto suspensivo”, normas estas que considero inconstitucionales<sup>11</sup> y que desarrollo más adelante.

### IV. Posición del tribunal supremo de justicia sobre la libertad personal y el artículo 44 constitucional

En relación con la libertad personal, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la Sentencia No. 1744 del 9 de agosto de 2007, ante la solicitud de nulidad de varios artículos del Código de Policía del Estado Lara, cuyos impugnantes alegaron “que tales normas son lesivas al contenido esencial del derecho a la libertad personal, toda vez que permiten la privación de libertad de personas fuera de los supuestos que autoriza el artículo 44.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, ratificó el criterio que ya había asentado en las sentencias números 1.372/2003, del 29 de mayo, y 130/2006, del 1 de febrero, estableciendo “que la libertad personal destaca, desde el origen mismo del Estado moderno, en el conjunto de los derechos fundamentales. No es casual —se destacó— que haya sido la libertad personal una de las primeras manifestaciones de derechos particulares que se conoció en la evolución histórica de los derechos humanos. Así, en líneas generales, la libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico, consagrado en el artículo 2 de la Constitución de la República de Venezuela, pero también constituye un derecho fundamental que funge como presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales, el cual hace a los hombres sencillamente hombres. De allí que se pueda afirmar, que tal derecho, el cual se encuentra estrechamente vinculado a la dignidad humana, ostenta un papel medular en el edificio constitucional venezolano, siendo que el mismo corresponde por igual a venezolanos y extranjeros. Ahora bien, una de las derivaciones más relevantes de la libertad, es el derecho a la libertad personal —o libertad ambulatoria— contenido en el

*artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual ha sido consagrado y desarrollado como un derecho humano y fundamental inherente a la persona humana”.*

Dicho fallo 1744 de la Sala Constitucional, igualmente señala que *“es menester resaltar que si bien el derecho fundamental a la libertad personal es la regla general, no es menos cierto que el propio texto constitucional permite que el mismo pueda verse restringido en ciertos supuestos excepcionales, como lo son los establecidos —taxativamente— en el numeral 1 del artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.* Del contenido de esta Sentencia es necesario destacar, que la referida Sala afirma, reconoce y ratifica, que los dos únicos *“supuestos”*, *“establecidos y permitidos”* en la Constitución Nacional de Venezuela, para restringir la libertad personal, son, *“una orden judicial”* o *“que sea sorprendida in fraganti”*, y que ambos supuestos son *“excepcionales”* y *“taxativos”*. No permitiéndose la privación o detención por alguna otra circunstancia.

El numeral 1 del artículo 44 de la Constitución ha sido analizado en varias oportunidades por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia<sup>12</sup>, reiterando *“que del texto de ese primer numeral se pueden distinguir varios aspectos, todos relevantes en cuanto al referido derecho a la libertad: “...1.- La libertad es la regla. Incluso las personas que sean juzgadas por la comisión de delitos o faltas deben, en principio, serlo en libertad. 2.- Sólo se permiten arrestos o detenciones si existe orden judicial, salvo que sea la persona sorprendida in fraganti. 3.- En caso de flagrancia, sí se permite detención sin orden judicial, pero sólo temporal, para que en un plazo breve (48 horas) se conduzca a la persona ante la autoridad judicial.”... Dicha disposición normativa establece una obligación en salvaguarda del derecho: la de intervención de los jueces para privar de libertad a una persona. De hecho, la garantía del juez natural presupone la existencia de un juez. El Poder Judicial se entiende, al menos así ha sido el resultado de la evolución de las instituciones públicas, como el garante de los derechos, protegiéndolos del aparato administrativo del Estado, al cual se le reservan otras tareas (sentencia n° 130/2006, del 1 de febrero). Debe resaltarse que tal orden judicial constituye una garantía ineludible a los efectos de la salvaguarda del mencionado derecho fundamental. El fundamento de ello estriba, como bien lo alega la parte recurrente, en que a través de la privación de libertad, sea como pena o como medida cautelar, el Estado interviene del modo más lesivo en la esfera de derechos de la persona, razón por la*

*cual, la Constitución ha preferido que tales limitaciones a la libertad estén sometidas al control de una autoridad revestida de suficientes garantías de independencia e imparcialidad (Juez), siguiendo un procedimiento legal que otorgue reales posibilidades de defensa (procedimiento penal)”.*

## V. El principio de la presunción de inocencia

En relación con el principio de la presunción de inocencia, es procedente traer a colación que este principio se encuentra expresamente consagrado en el numeral 2 del artículo 49 de la Constitución Nacional, así como en el artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal. Y que con respecto a esta última norma, la Sala de Casación Penal ha señalado lo siguiente: *“La referida disposición legal, consagra es el principio de presunción de inocencia, que consiste en dar un trato de inocente a toda persona que sea sometida a proceso penal, con las consecuencias que de ello se deriva, hasta que sea condenado mediante sentencia definitivamente firme”.* (Sentencia No. 397, del 21-6-2005, Exp. 05-211, de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia). Por otro lado, tampoco debe olvidarse, tal y como se señala en esa misma jurisprudencia, *“que la carga de la prueba corresponde al Estado y por tanto es a éste a quien corresponde demostrar la existencia del hecho, la infracción a una norma penal, la autoría, culpabilidad, y responsabilidad penal del imputado o acusado”.*

Por otra parte, la Sala Constitucional, en Sentencia No. 2.426 del 27 de noviembre de 2001, estableció que: *“Debe reiterar esta Sala que el interés no sólo de la víctima, sino de todo el colectivo en que las finalidades del proceso penal sean cumplidas, encuentra un límite tajante en el derecho del procesado a presumirse inocente hasta tanto exista la plena certeza procesal de su culpabilidad. En el proceso penal, esta garantía se hace extrema ante la desproporcionalidad de la fuerza del aparato estatal frente al individuo, la funesta posibilidad de fallo injusto que pueda implicar equívocos y, sobre todo, el reconocimiento de encontrar en la acción delictiva una eventualidad que, de suyo, no se reconoce como normal y deseable en una sociedad civilizada regida por la justicia. Sin embargo, la protección de los derechos del imputado a la libertad y a ser tratado como inocente mientras no se establezca de manera plena su culpabilidad, tampoco puede significar el absoluto abandono de los mecanismos cautelares destinados a garantizar los objetivos del proceso, esto es, su normal desarrollo y la seguridad del cumplimiento de sus resultados”*

También está consagrado este principio en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, en 1948, específicamente en el Artículo XXVI de los Derechos, donde se establece que “*Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable*”.

## VI. El ministerio público, el aparato policial del estado y la investigación penal

En la Sentencia No. 130 del 1 de febrero de 2006, la Sala Constitucional afirma que al aparato policial del Estado se le encomiendan dos labores básicas, que son: 1.- Intervenir como sujeto accesorio en el proceso penal, a los fines de realizar, bajo la dirección del Ministerio Público, la práctica de las diligencias conducentes a la determinación de los hechos punibles y a la identificación de sus autores y partícipes, a través del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC), junto a los órganos con competencia especial y los órganos de apoyo a la investigación penal; 2.- Realizar funciones de policía administrativa, a los fines del mantenimiento de la seguridad ciudadana. Así como que en el ejercicio de esas funciones, los órganos policiales tienen la potestad de practicar la aprehensión *in fraganti* de quienes incurran en la comisión de un delito, y ponerlos a disposición del Ministerio Público, para ser conducidos y presentados por ante un Juez de Control. Por otro lado, los órganos de policía ejecutan las detenciones preventivas ordenadas por los jueces de la República. En este sentido, la misión de los órganos de policía es, entonces, fundamental para garantizar la seguridad de los ciudadanos y la ejecución de la actividad de investigación criminal, y sus medios *deben* ser proporcionales, pero no puede ocultarse que, por su magnitud, **la Administración** (de la que la policía forma parte), **es la que necesita control para evitar los excesos en que pudiera incurrir en el ejercicio de sus poderes.**

De esta manera, aunque existen dos razones por las que una persona puede estar detenida (porque ha sido ya sancionada con esa medida o porque está camino de ser procesado o siendo ya objeto del enjuiciamiento), en realidad la segunda está relacionada con la primera, ya que “*si no hay posibilidad de sanción (como medida definitiva) no hay posibilidad de detención provisional, por más breve que ésta sea* (sentencias 1.212/2004, del 23 de junio; y 130/2006, del 1 de febrero)”. Por ese motivo es que a los cuerpos policiales, a los Gobernadores y Alcaldes, y a los propios Fiscales del Ministerio Pú-

blico, les está vedado en Venezuela ordenar privaciones, ni siquiera arrestos, y “*sólo podrán hacerlo en los casos en que se haya cometido un hecho punible, sea a través de la aprehensión en flagrancia o cuando medie una orden judicial. En esos casos, tal como se señaló supra, su tarea se limita a conducir a la persona aprehendida ante el Ministerio Público (aprehensión en flagrancia) o ante el juez (orden judicial)*”, ya que, como lo establecen las citadas sentencias, “**Son órganos del sistema de justicia; nunca —como se pretende en el caso del Código impugnado— la justicia misma**” (negritas y cursiva agregadas). Y esto tiene que ser así, ya que los únicos facultados en Venezuela para ordenar privaciones y detenciones, así como otorgar libertades, son los Jueces penales.

Pero incluso los Jueces no pueden decidir las detenciones y las libertades en forma arbitraria, necesariamente tienen que celebrar una audiencia oral a los efectos de examinar y verificar si la detención se ajustó o no a los lineamientos constitucionales y legales exigidos por el orden jurídico vigente, para luego, una vez corroborada la licitud de la detención, proceder en segundo término a verificar si por las condiciones objetivas (aquellas referidas al delito imputado, los elementos inculpativos, la entidad de la pena posible a imponer, la gravedad del daño) y subjetivas (aquellas referidas a las condiciones personales del o los imputados, nacionalidad, residencia, voluntad de someterse a la persecución penal, conducta predelictual y otras), satisfacen o no los extremos previstos en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, todo a fin de mantener o no la detención inicialmente impuesta, sustituir tal medida de coerción personal por una menos gravosa o dejar en libertad al aprehendido.

## VII. El nuevo artículo 430 del código orgánico procesal penal 2012. Que incluye el llamado “*efecto suspensivo*”. ¿Constituye una detención ilegal e inconstitucional?

La norma establecida en el numeral 5 del artículo 44 de la Constitución Nacional de Venezuela, que ordena que “*Ninguna persona continuará en detención después de dictada orden de excarcelación por la autoridad competente o una vez cumplida la pena impuesta*”, es una disposición prácticamente de carácter universal, ya que la mayoría de los países del mundo tienen una similar. De tal manera que en casi todas partes, la decisión de un Juez ordenando la libertad de una persona, es acatada de inmediato y sin discusión, por los otros poderes del Estado. Por ello, nada justifica la existencia del llamado “*efecto suspensivo*”, que el Có-

digo Orgánico Procesal Penal 2012<sup>13</sup>, establece en el artículo 430. Mediante el cual, el Ministerio Público puede solicitar que se suspenda la orden dada por un Tribunal de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Juicio, que absuelva a un acusado en los siguientes delitos: *“homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro, delito de corrupción, delitos que causen grave daño al patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos graves contra la independencia y la seguridad de la nación y crímenes de guerra”*. Es decir, en los delitos más graves, que son la mayoría. Es evidente la desconfianza hacia los jueces.

La Constitución Nacional de 1999, desde sus primeros artículos (1 y 2), menciona a *“la libertad”* como uno de los valores supremos y fundamentales del ser humano, sólo superado en importancia por *“la vida”*. Y ya en el ámbito específicamente de la libertad personal, el artículo 44 Constitucional claramente señala que *“La libertad personal es inviolable”*, estableciendo unas reglas estrictas que garantizan precisamente esa *“inviolabilidad”*. Como puede observarse, la disposición del numeral 5 del artículo 49 es sumamente precisa y clara, ya que se refiere al caso en que un Juez Penal ordene la libertad o excarcelación de una persona, muy especialmente cuando dicha excarcelación se produce como consecuencia de una **Sentencia Absolutoria**, luego de haberse celebrado el Juicio Oral y Público, que, como generalmente ocurre, esto sucede después de varios meses de juicio, donde se recepcionaron todas y cada una de las pruebas ofrecidas tanto por el Ministerio Público, como por la defensa, y donde el fallo es absolutorio, sencillamente porque el Ministerio Público no pudo demostrar la culpabilidad y responsabilidad criminal del acusado en el hecho punible por el cual fue acusado y procesado.

En concordancia y acatamiento con la disposición constitucional consagrada en el artículo 44.5, el artículo 348 del Código Orgánico Procesal Penal, con vigencia anticipada, establece lo siguiente: *“Absolución. Artículo 348. La sentencia absolutoria ordenará la libertad del absuelto o absuelta, la cesación de las medidas cautelares, la restitución de los objetos afectados al proceso que no estén sujetos a comiso, las inscripciones necesarias y de ser el caso, fijará las costas. La libertad del absuelto o absuelta se otorgará aun cuando*

*la sentencia absolutoria no esté firme y se cumplirá directamente desde la sala de audiencias, para lo cual el Tribunal cursará orden escrita”*. (Negritas y cursiva agregadas). Esa disposición ha estado en el COPP, sin cambio alguno, desde que se promulgó el primer Código de tinte acusatorio en 1998, y el hecho que aparezca ahora una nueva disposición en el COPP publicado el 15-6-2012, (el art. 430), que la contradice, en modo alguno significa que se le vaya a dar prioridad en su aplicación, a la norma del artículo 430 sobre la del artículo 348, y mucho menos cuando es evidente que se trata de una flagrante violación de la Constitución.

Por otro lado, la propia Constitución, para evitar precisamente violaciones a sus disposiciones, establece en el artículo 25 lo siguiente: *“Artículo 25. Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores”*. (Negritas y cursiva agregadas). Y esto tiene que ser así, ya que el mismo Código Orgánico Procesal Penal señala que la libertad es la regla y que *“la privación o restricción de la libertad”*, *“tienen carácter excepcional”*, por lo cual, *“sólo podrán ser interpretadas restrictivamente”* (artículo 9, Afirmación de Libertad). E insiste en ello en el artículo 247 del Código vigente (art. 233 de la reforma que entrará en vigencia plena el 1-1-2013, sin modificaciones), que dice así: *“Interpretación Restrictiva. Artículo 247. Todas las disposiciones que restrinjan la libertad del imputado o imputada, limiten sus facultades y las que definen la flagrancia, serán interpretadas restrictivamente”*.

Considero por lo tanto, que un Tribunal, luego de dictar una Sentencia Absolutoria, ante una solicitud del Ministerio Público de que se aplique el efecto suspensivo establecido como excepción, en el Parágrafo único del artículo 430 del Código Orgánico Procesal Penal, con vigencia anticipada, por colidir dicha disposición con lo previsto en los artículos 9, 247 y 348 *eiusdem*, debe declarar dicha solicitud Fiscal sin lugar, por las siguientes razones: por interferir dicha solicitud en la Autonomía e Independencia de los Jueces (art. 4), así como por violentar esa petición con el principio de Autoridad del Juez (art. 5), y fundamentalmente, por colidir dicha solicitud y el referido artículo 430 del COPP, con la disposición Constitucional consagrada en el artículo 44 numeral 5 de nuestra Carta Magna. Por lo cual, el Tribunal debe aplicar preferentemente el mencionado artículo 348, y, conforme a lo previsto

en el artículo 334 de la Constitución Nacional, proceder a desaplicar en esa Causa, por control difuso de la constitucionalidad, el Parágrafo único del artículo 430 del Código Orgánico Procesal Penal, por contravenir el principio constitucional que establece que *LA LIBERTAD PERSONAL ES INVOLABLE*, consagrado en el artículo 44 de la Constitución Nacional, y muy especialmente en el numeral 5 de dicho artículo, que, como tantas veces se ha dicho, establece que: **5. Ninguna persona continuará en detención después de dictada orden de excarcelación por la autoridad competente o una vez cumplida la pena impuesta**<sup>14</sup>, ya que no se justifica que luego de celebrado el juicio oral y público, que normalmente se extiende por varios meses, donde el o los acusados resulten absueltos, ya que el Ministerio Público no logró desvirtuar el principio constitucional de la presunción de inocencia que ampara al o a los acusados, y que se encuentra consagrado en el artículo 49.2 de la Constitución Nacional, así como en el artículo 8 del COPP, vayan a continuar detenidos los ciudadanos absueltos por varios meses más, hasta que el Tribunal dicte la Sentencia íntegra y la Corte de Apelaciones resuelva la apelación interpuesta<sup>15</sup>. Lapsos éste que incluso podría prolongarse en caso de que la publicación de la Sentencia íntegra la haga el Tribunal varios meses después, a la publicación de la Parte Dispositiva del fallo<sup>16</sup>.

Es necesario recordar, que aunque el Texto Constitucional en su artículo 253, reconoce a los Fiscales del Ministerio Público como miembros del sistema de justicia, no es menos cierto que dicho artículo claramente establece que *“La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley. Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias”* (negritas y cursiva agregadas). Por lo cual, no es constitucionalmente posible, que el Fiscal del Ministerio Público *“apele en la audiencia de manera oral”*, como señala el muy cuestionado artículo 430 del COPP, cuando en realidad lo que va a hacer el Fiscal es el simple anuncio de que supuestamente va a apelar, dentro de *“los plazos establecidos para la apelación de autos o sentencias, según sea el caso”*, ya que con ese simple anuncio, no hay propiamente *“la interposición del recurso de apelación”*, tal y como lo exige hasta el muy cuestionado artículo 430. Por cierto, incluso para la solicitud de prórroga de la medida de privación de la libertad, el COPP exige en su artículo 244 que, *“Excepcionalmente y*

*cuando existan causas graves que así lo justifiquen para el mantenimiento de las medidas de coerción personal, ..., el Ministerio Público o el o la querellante podrán solicitar al Tribunal que esté conociendo de la causa, una prórroga... Estas circunstancias deberán ser debidamente motivadas por el o la Fiscal o el o la querellante...”*. (Negritas y cursiva agregadas). No es posible que en el caso de una apelación con “efectos suspensivos” de una Sentencia Absolutoria, no se le exija al Fiscal del Ministerio Público ni siquiera una adecuada motivación. En consecuencia, en mi opinión, es evidentemente que mantener la detención de un ciudadano absuelto al culminar un juicio oral y público, es un acto ilegal e inconstitucional, que constituye una detención arbitraria.

## VIII. Conclusiones

Como se ha podido observar de todas las disposiciones constitucionales y legales antes señaladas, la libertad del imputado o acusado durante el proceso penal debería ser la regla, y la privación judicial debería ser la excepción, sin embargo, lo que ocurre en la práctica en Venezuela es justamente lo opuesto, la privación es la regla y la libertad la excepción. Las autoridades policiales realizan muchas detenciones ilegales (sin orden judicial y sin ser una aprehensión en flagrancia), y, a pesar de ello, en algunos casos, tanto el Ministerio Público como los Jueces, se hacen de la vista gorda, validando así esas actuaciones arbitrarias, fundamentándolas en la presunta existencia de un pretendido bienestar colectivo o supuesto *“derecho de la colectividad”*, el cual, dicen ellos, debe privar sobre el interés individual del afectado, aplicando así una equivocada y torcida idea de *“justicia”*. Esto ocurre muy especialmente en los mal llamados *“casos emblemáticos”*, y, en base a ellos, se ha ido generando una doctrina y jurisprudencia que trata de justificarlos, para intentar darle un piso *“jurídico”*, a lo que en realidad constituyen flagrantes violaciones de las normas constitucionales y legales. Los argumentos supuestamente *“legales”* y las *“citas”* fuera de contexto de reconocidos autores y hasta de *“teorías”*, no logran que tales *“interpretaciones”* tengan realmente acogida entre los juristas y estudiosos del derecho, ya que, evidentemente, esa no es la manera de administrar una verdadera justicia. La práctica judicial contradice así abiertamente a la teoría, que se ha convertido lamentablemente en una utopía. Por ello, el sistema penal se encuentra en un estado de franca regresión y no de progresión, como debería ser, y hay la equivocada y absurda idea, de que los altísimos

índices de criminalidad e inseguridad van a disminuir, violentando el orden jurídico y el estado de derecho. Lógicamente, está ocurriendo y seguirá sucediendo todo lo contrario, pero, increíblemente, a pesar de los continuos y reiterados fracasos, hay quienes todavía persisten en esos vanos y desesperados intentos, destinados únicamente a crear e incrementar el caos jurídico y social.

Aparentemente algunos no terminan de entender que es sólo a través del estricto respeto a los derechos humanos de los procesados y condenados, al acatamiento y aplicación de las disposiciones establecidas en la Constitución Nacional y demás leyes de la República, así como de las normas contenidas en los tratados, pactos y convenios internacionales, suscritos y ratificados por Venezuela, a la independencia y autonomía de los Jueces y de los Fiscales del Ministerio Público, al acatamiento y respeto a las órdenes y decisiones judiciales, así como a la depuración y profesionalización de los organismos policiales y de investigación penal, es que se puede realmente lograr que la lucha contra el delito tenga éxito, y que el orden jurídico y el estado de derecho prevalezcan sobre la barbarie y la corrupción imperantes. Por lo cual, sólo deben de permitirse las detenciones legales, es decir, aquellas que cumplan estrictamente y se encuentren ajustadas a las normas constitucionales y legales, y erradicarse definitivamente aquellas detenciones que no cumplan con esos requisitos.

## Notas

1 De 1999, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.453 del 24 de marzo de 2000, y reimpressa íntegramente el 19 de febrero de 2009, en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.908, con la Enmienda No. 1.

2 Al menos en teoría, ya que, como veremos más adelante, se realizan algunas detenciones que no cumplen con estos requisitos, y, no obstante ello, han sido consideradas "legales".

3 Y sólo excepcionalmente la privación, pero la práctica forense y la jurisprudencia, han establecido casi como regla general la privación de la libertad durante el proceso, no el proceso en libertad.

4 Normalmente en Funciones de Control, aunque, en ocasiones, la privación la ordena un Juez de Juicio.

5 Gaceta Oficial No. 38.668 del 23 de abril de 2007

6 Sentencia No. 272 del 15 de febrero de 2007 de la Sala Constitucional

7 Jesús Eduardo Cabrera Romero, *El delito flagrante como un estado probatorio*, en Revista de Derecho Probatorio, N° 14, Ediciones Homero, Caracas, 2006, pp. 9-105. Citado en la Sentencia 272.

8 El Estatuto de Roma fue aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Venezuela fue el primer país de América Latina y el 11° del mundo que lo ratificó, al consignar la firma ante la ONU, el día 7 de junio del año 2000. El Estatuto se encuentra publicado en la Gaceta Oficial No. 5.507 Extraordinario del 13 de diciembre de 2000.

9 BORREGO, Carmelo. *La Constitución y el Proceso Penal*. Editorial Livrosca. Caracas, 2002, p. 90

10 En fecha 15 de junio de 2012 se publicó en la Gaceta Oficial No. 6.078, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Procesal Penal, el cual, según la Disposición Derogatoria Única, derogó el Código Orgánico Procesal Penal de 1998, así como todas sus 5 reformas posteriores (2000, 2001, 2006, 2008 y 2009). Este Código 2012 entrará en vigencia plena el 1-1-2013, sin embargo, todos los artículos que comprenden las fases Intermedia y de Juicio, y otros, entraron en vigencia anticipada desde el mismo día de su publicación (15-6-2012). Sobre la posibilidad de que se dictara apresuradamente este "nuevo" código o "reforma", ya yo alerté en la Revista Penal anterior (la No. 30, publicada en julio de 2012).

11 Igualmente los nuevos artículos 310 (numeral 2 y el primer aparte) y 327 (segundo aparte), que establecen el juicio en ausencia, prohibido en la Constitución.

12 Sentencia No. 130 del 1 de febrero de 2006.

13 Según unos, una simple "reforma", según otros un "nuevo" Código.

14 El artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal, también es aplicable, ya que establece: "**Control de la Constitucionalidad. Artículo 19.** Corresponde a los Jueces y Juezas velar por la incolumidad de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella, los Tribunales deberán atenerse a la norma constitucional".

15 Si es que finalmente el Ministerio Público interpone la apelación, porque pudiera suceder que no lo haga.

16 El Juez que desaplique una norma legal o sub-legal, por considerarla inconstitucional, está en la obligación de remitir copia certificada de la sentencia o decisión definitivamente firme, así como del auto que verifica dicha cualidad, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a fin de que dicha Sala proceda a la revisión de la misma.