

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ066735

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 640/2023, de 24 de julio de 2023

Sala de lo Penal

Rec. n.º 5359/2021

**SUMARIO:**

**Delito de detención ilegal. Policía. Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual.** El delito de detención ilegal por policía, se trata de un delito especial, por lo que sujeto activo ha de ser alguna persona que reúna cualquiera de las dos características siguientes: autoridad o funcionario público, conforme a las definiciones que al respecto nos ofrece el art. 24 CP.2º. El medio comisivo viene constituido por cualquiera de los expresados en los artículos 163 y 166.3º. Un elemento de carácter normativo, consistente en que no medie causa por delito, ya que, en caso contrario, podría aplicarse otra norma más específica (art. 8.1º CP), el art. 530 del mismo código. Otro elemento también de carácter normativo será que el funcionario o autoridad actúe fuera de los casos permitidos por la ley. Se trata de una previsión concreta, para esta clase de delito, y de la causa de justificación del art. 20.7 del CP que declara exento de responsabilidad criminal al «que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho».

Como en todos los delitos dolosos ha de concurrir también otro requisito de carácter subjetivo, el dolo, que requiere que el sujeto activo de la infracción obre con conocimiento de que concurren los correspondientes elementos objetivos de la infracción penal.

El policía concernido, aun estando de baja médica, se encontraba en la situación administrativa de activo, y en consecuencia, le es aplicable su condición de policía, en punto a lo dispuesto en el art. 167 del Código Penal, e incluso él mismo hizo valer su condición de policía en los hechos por los que fue condenado en la instancia, es decir, la situación de baja médica de un policía no impide la aplicación de los tipos penales en donde se contempla su posición funcional, como agente de policía, sino el cambio de su situación administrativa.

Por tanto el funcionario policial que detiene a una persona cuando la Ley no le autoriza a hacerlo se encuentra inmerso en los preceptos de las detenciones ilegales de los arts. 163 a 166 -aunque con la agravación del art. 167.

**PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 8.1, 20.7, 163.4, 166, 167 y 530.

**PONENTE:**

*Don Julian Artemio Sanchez Melgar.*

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Don CARMEN LAMELA DIAZ

Don LEOPOLDO PUENTE SEGURA

Don JAVIER HERNANDEZ GARCIA

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 640/2023

Fecha de sentencia: 24/07/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5359/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/07/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sec. 2ª A.P. Palma de Mallorca

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5359/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 640/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 24 de julio de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación legal del acusado DON Cecilio , contra Sentencia 313/2021, de 29 de julio de 2021 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, resolutoria del recurso de apelación (Rollo de apelación 121/2021) formulado frente a la Sentencia 45/2021, de 3 de mayo de 2021 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Mahón, dictada en Juicio oral PA 233/2020 dimanante de las Diligencias núm. 451/16 procedentes del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Ciutadella de Menorca, seguidas por delito de lesiones contra mencionado recurrente. Los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido en Sala para la deliberación y Fallo del presente recurso de casación. Han sido parte en el presente procedimiento el Ministerio Fiscal, como recurrente el acusado Don Cecilio representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Montserrat Miró Martí y defendido por el Letrado Don Carlos Maceda de Olives, y como recurrido la acusación particular Don Julio representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Teresa de Jesús Castro Rodríguez y defendido por el Letrado Don Pablo Lucena Abril.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.**

El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Mahón en el Juicio oral PA 233/2020 seguido por delito de lesiones contra DON Cecilio, dictó Sentencia 45/2021, de 3 de mayo de 2021, cuyos HECHOS PROBADOS son los siguientes :

"PRIMERO. - Probado y así expresamente se declara que sobre las 9.15 horas del día 2 de febrero de 2016, cuando el hoy denunciante D. Julio, se hallaba en las inmediaciones de la avenida de Cala Blanca en Ciutadella, se encuentra con el acusado D. Cecilio agente de policía con carnet profesional NUM000, ambos paseando a sus perros, en ese momento se produce un altercado y enfrentamiento entre ellos, todo ello, exacerbado porque el Sr. Cecilio actuó como testigo en un juicio de su ex mujer, generando esto una enemistad o confrontación que detonaría en esta discusión; en el que Sr. Cecilio le dice al Sr. Julio, que se vaya y le contesta ¿Y si no me voy?, siendo una situación incómoda y provocadora, subiendo de tono, inclusive el Sr. Cecilio le recuerda su condición de policía al tiempo que le da un manotazo en la mano cayéndose el móvil al suelo, cuando el Sr. Julio iba a llamar a los agentes, para avisarles por lo que estaba sucediendo Inmediatamente el Sr. Cecilio le sujeto por el brazo impidiéndole que se fuese, y tirándolo a suelo lo arrastro cerca de treinta metros hasta inmovilizarlo sobre un banco en el parque del mirador sujetándole de un brazo, el otro extendido sujetando a su perro y la cara pegada al banco y procedió a cachearlo, sacándole de los bolsillos de Julio lo que llevaba en ellos. Esta situación provoco en el Sr. Julio sentirse humillado porque no podía defenderse en comparación con el Sr. Cecilio, al ser más corpulento.

El Sr. Julio tiene reconocido por la Comunidad de Madrid una discapacidad de 33%, con su carné correspondiente y resolución de incapacidad total para su profesión habitual de profesor de esquí, teniendo lesiones permanentes en una pierna, no pudiendo hacer la flexión-extensión de rodilla y cuya lesión le provoco una cojera, documentación aportada en autos.

Quedando demostrado que la actitud empleada por el agente de Policía Sr. Cecilio fue desproporcionada, habiendo un testigo de por medio, que vio desde su suite, parte de la agresión. Cabe decir que en la declaración en sala de audiencias de la vista de juicio oral, el acusado al ser interrogado relata cómo le redujo transmitiéndolo como si procediera a su detención y reducción de forma correcta no percatándose que estaba actuando extralimitándose y no siendo consciente que estaba en esos momentos de baja profesional y que no podía actuar como agente de la Policía, inclusive fue advertido por sus compañeros de profesión cuando él les dijo que lo detuvieran y le contestaron que procediera él con esa orden.

En los informes del forense en relación con el Sr. Julio presenta poli contusiones, fractura costal (6º arco 'y dudosa en 7º izquierdo) y Ansiedad, siendo necesario para su curación 42 días después, siendo todos ellos impeditivos, precisando, además de la primera asistencia de tratamiento farmacológico, ortopédico (collarín cervical blando), psicológico y rehabilitación, quedando como secuelas algias postraumáticas (1 punto).

En el caso del acusado padeció contusión cervical con erosión cutánea en cuello, contusión en mano derecha e izquierda más erosión y contusión en rodilla derecha. Como consecuencia de las lesiones producidas al Sr. Julio y el altercado".

El Juzgado dictó el siguiente pronunciamiento:

"QUE DEBO CONDENAR Y CONDENO a D. Cecilio como autor responsable de un DELITO DE LESIONES Y DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL, previsto y penado, en los artículos 147.1 del Código Penal y del artículo 167 en relación con el artículo 163.4, ambos del Código Penal, no concurriendo circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, procedo a imponerle por dichos delitos:

Para el delito de lesiones la pena de un año de prisión, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Para el delito de detención ilegal la pena de 5 meses de multa con una cuota de 9 euros y responsabilidad subsidiaria de un día de privación de libertad por dos cuotas o fracción que dejare de pagar; e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años.

En el orden civil, el acusado indemnizara a D. Julio en la cantidad total de 4.969,96 euros (a razón de 100 euros por cada uno de los días que tardó en curar con incapacidad total; y 769,96 por la secuela), por las lesiones y secuelas irrogadas, con sus correspondientes intereses legales establecidos en el artículo 576 LEC.

Respecto a las costas procesales irrogadas en procedimiento al ser condenado abonará las mismas e incluidas las de la Acusación Particular.

En el caso de que el acusado haya sido privado preventivamente será de abono al acusado el tiempo de privación de libertad sufrido por razón de esta causa.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juez instructor de la causa, a los efectos procedentes.

Asimismo, remítase testimonio de la presente resolución a la Jefatura Superior -Unidad de Régimen Disciplinario.

Notifíquese esta sentencia a las partes, a tenor de lo previsto en el artículo 248.4 de la LOPJ, previniéndoles de que contra la misma se podrá interponer RECURSO DE APELACIÓN ante la Ilma. Audiencia de esta Provincia, formalizándose mediante escrito que se presentará ante este Juzgado en el plazo de DIEZ DIAS a partir del siguiente a su notificación, conforme a lo previsto en el artículo 790 de la LECrim.; archívese la misma en el Libro de Sentencias de este Juzgado y únase testimonio a los autos.

Así por esta sentencia, juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo".

**Segundo.**

Frente a la anterior resolución se formuló recurso de apelación (Rollo de apelación PA 121/2021) que fue resuelto por Sentencia núm. 313/2021 de 29 de julio de 2021 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que respecto a los HECHOS PROBADOS dice: "Devuelto el conocimiento pleno de lo actuado a esta Sala procede declarar y declaramos como hechos probados los recogidos en la sentencia recurrida".

El Fallo de la anterior resolución es el siguiente:

"DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Miró Martí, actuando en nombre y representación de D. Cecilio contra la sentencia número 45/21, de fecha 3 de mayo de 2.021 en el PA 233/2.021 seguido ante el Juzgado de lo Penal número 1 de Mahón, cuyo pronunciamiento se confirma. Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con expresión de que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno y, con certificación de la misma, remítanse las actuaciones originales al Juzgado de lo Penal expresado, a los efectos procedentes e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Conforme a lo que dispone el artículo 847.1.b) LECr, contra la presente sentencia cabe recurso de casación por infracción de Ley , en el plazo de 5 días".

**Tercero.**

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por la representación legal del acusado DON Cecilio, que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución; formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

**Cuarto.**

El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Cecilio se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Motivo primero.- RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY DEL ART. 849.1, LECrim, por Indebida aplicación del artículo 147.1 CP y arts. 167 y 163.4 del CP (en la relación que estos últimos tienen con los artículos 490 y 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), por la vulneración de la tutela judicial efectiva y presunción de inocencia garantizadas del artículo 24 CE, reconocido en el art. 852 LECrim. en relación con el art. 5.4 LOPJ, todo ello al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción de Ley, al entender que la Sentencia recurrida no conforma adecuadamente el juicio de inferencia propio del dolo necesario para integrar el delito previsto en los artículos 147.1 CP y arts. 167 y 163.4 del CP.

Motivo segundo.- SUBSIDIARIAMENTE, en el caso de que no se aprecien los anteriores motivos de casación, RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY DEL ART. 849.1, LECrim, por indebida aplicación de los artículos 167.1 y 3 y 163.4 CP (que remiten a los artículos 490 y 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), en relación con la indebida aplicación del artículo 24.2 CP y la indebida inaplicación del artículo 163.4 CP en exclusiva y no vinculado al artículo 167.1 CP.

Motivo tercero.- SUBSIDIARIAMENTE, en el caso de que no se aprecien los anteriores motivos de casación, RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY DEL ART. 849.1, LECrim por indebida inaplicación del art. 532 del C.penal, y de la abundante jurisprudencia que sobre la materia existe en relación con la indebida inaplicación del art. 530 del C. penal.

Motivo cuarto.- ALTERNATIVAMENTE al primero de los motivos de casación RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY DEL ART. 849.1, LECrim por indebida inaplicación del artículo 14.3 CP en punto a las reglas de ERROR INVENCIBLE sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción en relación al art. 167, 163.4 ó los arts. 530 ó 532 CP y SUBSIDIARIAMENTE al tercero de los motivos de casación RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY DEL ART. 849.1, LECrim por indebida inaplicación del artículo 14.3 CP en punto a las reglas de ERROR INVENCIBLE O VENCIBLE sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción en relación al art. 167, 163.4 ó los arts. 530 ó 532 CP.

**Quinto.**

Es recurrido en el presente procedimiento la acusación particular DON Julio, que interesa la inadmisión del recurso y subsidiariamente lo impugna, por las razones expuestas en su escrito de fecha 5 de noviembre de 2021.

**Sexto.**

Instruido el MINISTERIO FISCAL del recurso interpuesto interesa la INADMISIÓN del mismo, por no ser la sentencia recurrible en Casación, de conformidad con el artículo 847. b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por las razones que expuso en su informe de fecha 30 de noviembre de 2021; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

### **Séptimo.**

Por Providencia de esta Sala de fecha 5 de junio de 2023 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 12 de julio de 2023; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

La Sentencia dictada con fecha 29 de julio de 2021, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 2ª, confirmó en apelación la pronunciada el día 3 de mayo de 2021, por el Juzgado de lo Penal nº 1 de los de Mahón, que condenó a Cecilio como autor criminalmente responsable de un delito de lesiones y delito de detención ilegal, previsto y penado, en los artículos 147.1 del Código Penal y del artículo 167 en relación con el artículo 163.4, ambos del Código Penal, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas: por el delito de lesiones la pena de un año de prisión, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; por el delito de detención ilegal la pena de 5 meses de multa con una cuota de 9 euros y responsabilidad subsidiaria de un día de privación de libertad por dos cuotas o fracción que dejare de pagar; e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años.

En el orden civil, el acusado fue condenado a indemnizar a D. Julio en la cantidad total de 4.969,96 euros (a razón de 100 euros por cada uno de los días que tardó en curar con incapacidad total; y 769,96 por la secuela), por las lesiones y secuelas irrogadas, con sus correspondientes intereses legales establecidos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Interpone este recurso de casación por interés casacional, el aludido acusado en la instancia Cecilio, recurso que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

### **Segundo.**

El art. 847. 1º b) de la LECrim., en su redacción actual, dada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, aplicable al caso presente, ha sido interpretado por nuestra jurisprudencia en SSTS 210/2017, de 28 de marzo; 324/2017, de 8 de mayo; 327/2017, de 9 de mayo, entre otras, aplicando los criterios adoptados en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 9 de junio de 2016. El recurso debe atenerse a las siguientes pautas: respeto escrupuloso al hecho probado; acomodación del razonamiento a la disciplina del error iuris; y planteamiento de un problema jurídico-penal que justifique su interés casacional, que de conformidad con la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, antes mencionada, concurre en los supuestos siguientes: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo; b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales; c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina , jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

El recurrente interpone el recurso de casación en cuatro motivos. El primero al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la presunción de inocencia que consagra nuestra CE en su artículo 24, número 2, en relación con el artículo 53, número 1, del propio texto constitucional.

Este motivo no es admisible en la vía casacional utilizada, toda vez que el artículo 847.1.b) LECrim posibilita el recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional pero solo por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art. 849 de la LECrim, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formalicen por el cauce de los arts. 849-2º, 850, 851 y 852.

El recurrente formaliza el motivo denunciando la infracción del derecho a la presunción de inocencia y lo hace llevando a cabo un ejercicio de valoración propio y particular de la prueba que se ha practicado, pretendiendo suplantar con ello la valoración efectuada por el tribunal de apelación, lo que, en definitiva, no es otra cosa que pretender reabrir el debate probatorio en esta instancia lo que es ajeno al ámbito propio del motivo y determinante de la inadmisión de éste.

En consecuencia, este motivo no debió ser admitido, y en este trance casacional, procede su desestimación.

### **Tercero.**



El segundo, por infracción de ley, que se desglosa en varios submotivos, debemos analizar el primero de ellos, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849.1º de la LECrim, por indebida aplicación del artículo 147.1 CP y arts. 167 y 163.4 del CP (en la relación que estos últimos tienen con los artículos 490 y 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

El motivo será analizado exclusivamente en su vertiente legal, descartando las alegaciones que realiza el recurrente acerca de la supuesta vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y presunción de inocencia proclamadas en el artículo 24 CE, al que se refiere el art. 852 LECrim. finalmente, un apartado que trae a colación la indebida inaplicación del artículo 14.3 CP en punto a las reglas del error invencible de prohibición con respecto a los art. 167, 163.4 o los arts. 530 o 532 del Código Penal, que tampoco puede ser analizado por plantearse per saltum.

#### **Cuarto.**

Los hechos probados de la sentencia recurrida nos narran el suceso ocurrido sobre las 9:15 horas del día 2 de febrero de 2016, cuando el denunciante D. Julio, se hallaba en las inmediaciones de la avenida de Cala Blanca en Ciutadella, se encuentra con el acusado D. Cecilio, agente de policía con carnet profesional NUM000, ambos paseando a sus perros, en ese momento se produce un altercado y enfrentamiento entre ellos, todo ello debido a que el Sr. Cecilio actuó como testigo en un juicio de su ex mujer, generando esto una enemistad o confrontación que detonaría en esta discusión; en el que Sr. Cecilio le dice al Sr. Julio, que se vaya y le contesta ¿Y si no me voy?, siendo una situación incómoda y provocadora, subiendo de tono, inclusive el Sr. Cecilio le recuerda su condición de policía al tiempo que le da un manotazo en la mano cayéndose el móvil al suelo, cuando el Sr. Julio iba a llamar a los agentes, para avisarles por lo que estaba sucediendo. Inmediatamente el Sr. Cecilio le sujetó por el brazo impidiéndole que se fuese, y tirándolo a suelo lo arrastró cerca de treinta metros hasta inmovilizarlo sobre un banco en el parque del mirador sujetándole de un brazo, el otro extendido sujetando a su perro y la cara pegada al banco y procedió a cachearlo, sacándole de los bolsillos de Julio lo que llevaba en ellos. Esta situación provocó en el Sr. Julio sentirse humillado porque no podía defenderse en comparación con el Sr. Cecilio, al ser más corpulento.

#### **Quinto.**

La cuestión que plantea el recurrente queda limitada a su actuación como funcionario de policía en activo, toda vez que en los hechos probados queda constancia de que "en la declaración en sala de audiencias de la vista de juicio oral, el acusado al ser interrogado relata cómo le redujo transmitiéndolo como si procediera a su detención y reducción de forma correcta no percatándose que estaba actuando extralimitándose y no siendo consciente que estaba en esos momentos de baja profesional y que no podía actuar como agente de la Policía, inclusive fue advertido por sus compañeros de profesión cuando él les dijo que lo detuvieran y le contestaron que procediera él con esa orden".

El acusado ha sido condenado como autor de un delito de detención ilegal del apartado 4 del art. 163 del Código Penal, que sanciona al particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad (la que será castigado con la pena de multa de tres a seis meses), y el art. 167, en su apartado 1, castiga a la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en el Capítulo I del Título VI del Libro Segundo del Código Penal, con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. Finalmente, el apartado 3 dispone que "[e]n todos los casos en los que los hechos a que se refiere este artículo hubieran sido cometidos por autoridad o funcionario público, se les impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años".

#### **Sexto.**

El tema traído por el recurrente a esta instancia casacional, carece de interés de esta naturaleza, conforme a nuestro Acuerdo Plenario de 9 de junio de 2016.

Primeramente, por los hechos probados narran una acción típica de detención ilegal, la cual incluso no es combatida por el recurrente, dada la claridad de tal factum al respecto, que narra que el Sr. Cecilio le sujetó (a su oponente) por el brazo impidiéndole que se fuese, y tirándolo a suelo lo arrastró cerca de treinta metros hasta inmovilizarlo sobre un banco en el parque del mirador sujetándole de un brazo, el otro extendido sujetando a su perro y la cara pegada al banco y procedió a cachearlo.

Tales hechos relatan sin duda alguna una situación de detención ilegal. La maniobra de un arrastre de cerca de treinta metros es suficientemente sugestiva al respecto.

En segundo lugar, porque la aplicabilidad del art. 167 del Código Penal, es un tema ya despejado por nuestra jurisprudencia en el Acuerdo Plenario de 27 de enero de 2009.

Como declaramos en la STS 197/2009 de 3 de marzo, la cuestión acerca de si es posible aplicar a la Autoridad o Funcionario, que cometa la detención ilegal de una persona, el supuesto privilegiado del artículo 163.4, "...cuando fuere para presentarla inmediatamente a la autoridad...", como parece admitir la amplitud con que se expresa la remisión desde el artículo 167, o, por el contrario, la respuesta negativa, con base en la restricción a "El particular..." que contiene el apartado 4 del 163, ya se pronunció, en términos realmente dubitativos, la STS de 10 de enero de 2001, que decía:

"A pesar de la generalidad de la expresión del artículo 167 del Código Penal englobando la comisión de todos los hechos descritos en los artículos anteriores, no parece posible que entre ellos pueda incluirse la figura del número 4 del artículo 163, que parece sólo podrá cometer un particular, aunque, tal vez, cabe la comisión por autoridad o funcionario cuando sus funciones incluyan la detención de personas para presentarlas inmediatamente a otra autoridad."

A su vez, la STS de 29 de marzo de 2006, junto con un análisis de otras Resoluciones partidarias de la compatibilidad entre ambos preceptos, concluye en la solución negativa para el caso analizado, mientras que, de forma mucho más concluyente, había afirmado tan sólo seis días antes la STS de 23 de marzo de 2006: "...la mencionada detención fue ilegítima y constituyó el mencionado delito de los arts. 163.4 y 167."

Razones por las que se consideró conveniente el planteamiento y discusión de la referida cuestión en el seno del Pleno no jurisdiccional de esta Sala, que, celebrado el día 27 de enero de 2009, tras la correspondiente deliberación, adoptó mayoritariamente el siguiente Acuerdo: "La remisión que el artículo 167 del Código Penal hace al artículo 163, alcanza también al apartado 4 de este último."

Los argumentos fundamentales, en abono de esta tesis definitivamente triunfante, giran en torno a los siguientes extremos:

a) De una parte, se afirma que, si bien la descripción típica del artículo 167, referido a las detenciones ilegales llevadas a cabo por Autoridad o funcionario público distintas de las contempladas en el artículo 530 del mismo Código Penal, parece incongruente con una vinculación al supuesto del apartado 4 del 163, ya que éste se encabeza con la referencia a "El particular...", lo cierto es que esta referencia a la literalidad de ambos preceptos no puede ser considerada como un obstáculo absoluto para la discutida posibilidad de remisión, toda vez que también el apartado 1 del meritado artículo 163, precisamente aplicado por la Audiencia en el presente caso, también castiga a "El particular que encerrare o detuviere a otro..."

b) Por ello, la remisión del 167 ha de entenderse no referida a la integridad de los distintos tipos objetivos descritos en los diferentes apartados del artículo 163, con todos los elementos que los definen, sino, tan sólo, a un aspecto concreto de éstos, a saber, la acción típica, por lo que se trata de una remisión al hecho, sin incluir el carácter del sujeto de la acción.

c) En cualquier caso, se constata que el repetido artículo 167, con su generalidad, no excluye expresamente la posibilidad de remisión a ninguno de los supuestos del 163.

d) Y, en ese sentido, tampoco parece razonable ante una situación, cuando menos, de duda interpretativa, que esta duda se despeje "contra reo", excluyendo la aplicación del subtipo atenuado, si éste se corresponde con la conducta declarada como probada, aun cuando ésta hubiere sido llevada a cabo por una Autoridad o funcionario público.

e) Máxime cuando el "plus" en el desvalor de esa acción, en razón a la peculiaridad del sujeto activo del ilícito por tratarse precisamente de persona que, en su condición de funcionario, está llamado a garantizar y preservar los derechos del ciudadano, ya encuentra respuesta en el propio artículo 167, que dispone la agravación del castigo previsto para quien no fuere funcionario, a lo largo de todos los supuestos del 163, fijando la pena en su mitad superior y, lo que es más, imponiendo también una inhabilitación absoluta entre ocho y doce años de duración que, obviamente, supone además la pérdida de esa profesión vinculada a la protección de los derechos del ciudadano.

f) No debiendo, así mismo, desdeñarse la mayor proporcionalidad que, con esta interpretación, se alcanza, al sancionar una acción consistente en esa transitoria y breve privación de libertad, con una finalidad que no es sino la puesta a disposición de un tercero, también agente de la Autoridad, para que disponga sobre la pertinencia o no de la detención y consecuente puesta en libertad del privado de ella, frente a los cuatro años de prisión que, como mínimo, prevé el apartado 1 del artículo 163.

### **Séptimo.**

Dicho esto, conviene tomar en consideración los requisitos que exige el art. 163.4 del Código Penal, recogidos en la STS 46/2014, de 11 de febrero, como los siguientes:

1º. Se trata de un delito especial, por lo que sujeto activo ha de ser alguna persona que reúna cualquiera de las dos características siguientes: autoridad o funcionario público, conforme a las definiciones que al respecto nos ofrece el art. 24 CP.

2º. El medio comisivo viene constituido por cualquiera de los expresados en los artículos 163 y 166.

3º. Un elemento de carácter normativo, consistente en que no medie causa por delito, ya que, en caso contrario, podría aplicarse otra norma más específica ( art. 8.1º CP), el art. 530 del mismo código.

4º. Otro también de carácter normativo: que el funcionario o autoridad actúe fuera de los casos permitidos por la ley. Se trata de una previsión concreta, para esta clase de delito, de la causa de justificación del nº 7 del art. 20 que declara exento de responsabilidad criminal al "que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho".

5º. Como en todos los delitos dolosos ha de concurrir también otro requisito de carácter subjetivo, el dolo, que requiere que el sujeto activo de la infracción obre con conocimiento de que concurren los correspondientes elementos objetivos de la infracción penal ( STS 1081/2006, de 3 de noviembre).

Por tanto el funcionario policial que detiene a una persona cuando la Ley no le autoriza a hacerlo se encuentra inmerso en los preceptos de las detenciones ilegales de los arts. 163 a 166 -aunque con la agravación del art. 167- de ahí que si la detención ha sido efectuada para entregar al detenido a la autoridad -judicial o no-, puede ser de aplicación -conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta en la sentencia de instancia (vid SSTS 678/2012, de 18 de septiembre, 197/2009, de 3 de marzo y Pleno no jurisdiccional de 27.1.2009), en su caso, el art. 163.4, en relación con el art. 167.

Así se ha considerado la detención ilegal practicada por autoridad o funcionario por "razones ajenas al servicio e interés público, por motivaciones puramente privadas" ( SSTS 2060/2000, de 17 de junio, 845/1998, de 18 de junio).

Así también en STS 394/2006, de 29 de marzo, policía, libre de servicio, que tras un enfrentamiento particular con otras personas, ordena la detención de estos, consideró correcta la aplicación del art. 167, pues la decisión de la detención partió del acusado, actuando como agente policial, aunque no estuviera de servicio, ya que a consecuencia de la inexistencia de causa legal, alegó una causa aparente -el enfrentamiento- ante la dotación policial que materialmente fue, le llevó a cabo de manera meramente instrumental la detención.

La claridad de estos precedentes, nos relevan de mayor argumentación para desestimar el recurso, pues ciertamente el supuesto traído a conocimiento de esta Sala Casacional no tiene interés casacional, ya que no se opone, como es de ver, a nuestra jurisprudencia.

Por lo demás, el policía concernido, aun estando de baja médica, se encontraba en la situación administrativa de activo, y en consecuencia, le es aplicable su condición de policía, en punto a lo dispuesto en el art. 167 del Código Penal, e incluso él mismo hizo valer su condición de policía en los hechos por los que fue condenado en la instancia. Dicho de otro modo: la situación de baja médica no impide la aplicación de los tipos penales en donde se contempla su posición funcional, como agente de policía, mientras no cambie su situación administrativa como funcionario en activo.

En consecuencia, este motivo no puede prosperar, ni tampoco el tercero, pues no se pueden ser aplicados ni el art. 530 ni el 532 del Código Penal, en tanto que exigen causa por delito, y aquí no consta en la resultancia fáctica tal requisito, ni, desde luego, el error de prohibición, vencible o invencible, por las propias razones fácticas, y además porque el acusado es un funcionario de policía que debe conocer perfectamente los pormenores jurídicos de su estatuto profesional.

#### **Octavo.**

Al proceder la desestimación del recurso, se está en el caso de condenar en costas procesales a las parte recurrente ( art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

1º.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado DON Cecilio , contra Sentencia 313/2021, de 29 de julio de 2021 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

2º.- CONDENAR a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

3º.- COMUNICAR la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.



Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.  
Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.