



FISCALIA GENERAL  
DEL ESTADO

## Consultas

### DOCUMENTO ANALIZADO

Consulta n.º 3/1998, de 3 de abril, sobre la detención y delitos de quebrantamiento de condena

### NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

Arts. 468, 470 y 471 CP

### MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

### AFECTADO POR LA JURISPRUDENCIA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

### AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

### AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

### EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

La jurisprudencia menor suele incluir la detención policial entre los supuestos penados por el tipo del 468 CP, con base en la STS 598/1999, de 22 de abril, que lo admite como *obiter dicta*.

Así: SAP Alicante (1.ª) 45/2000, de 3 de febrero.

SAP Alicante (2.ª) 116/2007, de 28 de febrero

SAP Málaga (1.ª) 247/2002, de 19 de septiembre (con errónea cita de STS 142/2001, de 7 de febrero)

SAP Madrid (17) 258/2002, de 1 de marzo, en el caso de un detenido al que aún se le he notificado el auto de

prisión y se fuga suplantando a otro preso, haciéndose pasar por él.

Ficha elaborada por la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado.

---

## **TEXTO DE LA CONSULTA**

**Consulta n.º 3/1998, de 3 de abril, sobre la detención y delitos de quebrantamiento de condena**

### **I. INTRODUCCION**

Ante la nueva regulación de los delitos de quebrantamiento de condena en el Código Penal de 1995 se pregunta la Fiscalía que eleva la consulta si la situación de detención puede parificarse a las de condenado o preso a efectos de servir de presupuesto a la infracción que castiga como autoquebrantamiento el art. 468 citado Cuerpo Legal. Aunque la consulta se ciñe a tal precepto, no puede contestarse sin una aproximación integral que contemple globalmente todos los delitos descritos en el capítulo VII del Título XX del Libro II del Código Penal intitulado «Del quebrantamiento de condena».

Tradicionalmente doctrina y jurisprudencia venían excluyendo al detenido del círculo de posibles sujetos activos de los delitos de autoquebrantamiento que el Código Penal derogado recogía en su art. 334, antecedente inmediato del actual art. 468. Tan solo los presos en sentido estricto y los condenados podían incurrir en la conducta penada en el citado precepto.

La supresión en el art. 468 de las referencias a cualidades personales que sí figuraban en el art. 334 («Los sentenciados o presos») y la inclusión expresa del quebrantamiento de medidas cautelares junto a las tradicionales «condena, prisión, conducción o custodia», hace surgir el interrogante. Como expone de forma bien documentada la Fiscalía consultante la detención no deja de ser una medida cautelar por lo que formalmente su quebrantamiento, prima facie, encajaría en el nuevo tipo penal, rompiéndose así con la tradición.

La cuestión planteada es más compleja de lo que pudiera parecer inicialmente y seguramente no sea posible llegar a una respuesta totalmente satisfactoria y coherente pues en este punto el Código Penal de 1995 adolece de cierta incongruencia. El tratamiento dado a este específico tema por el legislador parece haber sido más inconsciente que meditado y se presenta no como el fruto de una reflexión y consiguiente toma de postura, sino más bien de los vaivenes a que se han visto sometidos estos delitos. Por eso no se puede ni entender ni interpretar la regulación vigente sin tener presentes tanto las normas que disciplinaban esta materia en el Código inmediatamente anterior como los textos prelegislativos que se han ido sucediendo hasta que vio la luz el Código Penal de 1995.

### **II. TRATAMIENTO EN EL CODIGO PENAL DEROGADO**

El Código Penal derogado repartía en dos Títulos distintos la tipificación de delitos relacionados con el cumplimiento de resoluciones judiciales penales.

Dentro de los clásicos delitos de quebrantamiento de condena ubicados entre los delitos contra la Administración de Justicia se sancionaba a «los sentenciados o presos que quebrantaren su condena, prisión, conducción o custodia» (art. 334). Doctrina y jurisprudencia convinieron que bajo la expresión «presos» no podían cobijarse los detenidos, pues debía entenderse en un sentido técnico procesal (sentencias de 12 de marzo de 1957, 28 de abril de 1961, 28 de marzo de 1974, 22 de diciembre de 1981, 26 de marzo de 1984 y 30 de octubre de 1985, entre otras; igualmente pueden verse las Consultas 26/1899 y 3/1945, de 15 de febrero de la Fiscalía del Tribunal Supremo). Era opinión mayoritaria, solo ensombrecida por aisladas voces, considerar que la situación de detención no podía servir de presupuesto para el delito de autoquebrantamiento tal y como había sucedido en nuestros Códigos Históricos con la única excepción del Código de 1928.

Muy diversa había de ser la exégesis de los delitos de infidelidad en la custodia de presos, sistematizados junto a los delitos cometidos por los funcionarios públicos, en los que, pese a la rúbrica del capítulo, se recogía expresamente la situación de detención al castigarse al funcionario público «culpable de connivencia en la evasión de un sentenciado, preso o detenido» (art. 362).

En una zona intermedia y dejando un amplio margen para la duda había que ubicar los delitos de evasión de presos situados junto a los de quebrantamiento de condena. Al castigarse en el art. 336 a «los que extrajeren de las cárceles o de los establecimientos penales alguna persona reclusa en ellos, o le proporcionaren la evasión» se omitía una referencia expresa a los detenidos a diferencia del Código Penal de 1932. Pero se permitía incluir esas situaciones en la tipicidad siempre que se tratase de detenidos reclusos en un establecimiento penal (o conducidos: párrafo 2.º del precepto), como hizo la jurisprudencia (sentencia de 5 de octubre de 1983) con el respaldo de un sector doctrinal, pero despertando reticencias y objeciones en otros no menos autorizados comentaristas que invocando la rúbrica del capítulo («evasión de presos»), y el bien jurídico protegido por el Título («Administración de Justicia») rechazaban esa interpretación.

En consecuencia, sintéticamente expuesta, la situación precedente era la impunidad del autoquebrantamiento de la detención y el castigo de cualquier intervención de terceros en la evasión del detenido (claramente cuando lo hacía un funcionario encargado de su custodia; más dudosamente cuando se trataba de un particular que no hubiese recibido el encargo específico a que se refería el art. 363).

### **III. TEXTOS PRELEGISLATIVOS**

Los anteproyectos, borradores y proyectos que se han ido sucediendo desde el de 1980 y que han conducido finalmente al Código Penal de 1995 han compartido unas líneas comunes en materia de delitos de quebrantamiento de condena. Todos acababan con esa dispersión característica del Código derogado agrupando las distintas infracciones relativas a quebrantamientos de condena en el seno de los delitos contra la Administración de Justicia. Esa reubicación sistemática, aunque de forma probablemente ni querida ni buscada, puede repercutir también en la interpretación de los tipos en la medida en que el bien jurídico protegido proclamado al inicio de la rúbrica puede servir de criterio exegético.

La cuestión concreta que se analiza ha sido abordada de forma diferente por los distintos textos.

El Proyecto de 1980, donde están en germen muchas de las soluciones que luego ha venido a consagrar el Código Penal de 1995, pretendía aclarar la cuestión debatida asumiendo una explícita posición en favor de castigar el quebrantamiento de la situación de detención en todo caso, equiparándolo al quebrantamiento de condena o de prisión. El capítulo VII del Título XI de su Libro II se intitulaba «Del quebrantamiento de condena y de la evasión de detenidos y presos» y en todos sus tipos se mencionaba expresamente a los detenidos junto a los penados y a los presos (arts. 518 a 520).

La Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 da marcha atrás y pretende perpetuar el status quo alcanzado bajo el Código de 1944. Para evitar discordancias semánticas rotula al capítulo con la leyenda «Del quebrantamiento de condena y de la evasión de detenidos y presos». A continuación evita cuidadosamente cualquier mención a la situación de detención al regular el autoquebrantamiento y la autoevasión en contraposición a los delitos de evasión por terceros -funcionarios o no- donde quedaba expresamente castigada la conducta consistente en proporcionar la fuga a detenidos (arts. 447 a 450).

El Proyecto de 1992 mantiene una línea semejante ciñendo las tipicidades a los sentenciados y presos en los delitos de autoquebrantamiento (arts. 447 y 448) y ampliándola a la situación de detención en los de evasión proporcionada por tercero (arts. 449 y 450). Ahora, en cambio, la rúbrica del capítulo reza abreviadamente: «Del quebrantamiento de condena».

El Proyecto de 1994, sin embargo, introduce sensibles variaciones en este punto. En el delito de autoquebrantamiento junto a la condena, la medida de seguridad, conducción o custodia, añade las medidas cautelares (art. 445). De forma congruente el precepto ya no comienza refiriéndose a «los sentenciados o presos» sino que se alude a un sujeto activo indeterminado: «los que...», modificación gramatical inevitable en cuanto que el sometido a una medida cautelar normalmente no será ni sentenciado ni preso. Con ello, al querer ampliar el radio de acción del tipo extendiéndolo a todo género de medidas cautelares, se abre la puerta, posiblemente de manera inadvertida, a la posibilidad de contemplar la situación de detención dentro del autoquebrantamiento.

#### **IV. SINTESIS DE LA REGULACION EN EL CODIGO PENAL DE 1995**

Durante la tramitación parlamentaria no se introdujeron modificaciones relevantes en cuanto aquí interesa con lo que el confuso panorama que presenta el Código Penal vigente es el siguiente:

a) Agrupadas bajo la inexacta rúbrica «Del quebrantamiento de condena», y dentro del Título destinado a los Delitos contra la Administración de Justicia» se recogen dos figuras que regulan el «autoquebrantamiento» (arts. 468 y 469) y otras dos dedicadas a la evasión proporcionada por terceros (arts. 470 y 471).

b) La figura básica de autoquebrantamiento (art. 468) no establece expresamente restricción alguna en cuanto al sujeto activo («Los que...»), incluyéndose expresamente la violación de medidas cautelares.

c) El tipo agravado de autoquebrantamiento (art. 469) en virtud de las modalidades comisivas, sin embargo, en sintonía con los textos precedentes, sí que limita su campo de aplicación a los «sentenciados o presos», pese a

no existir razón alguna para realizar en este punto una construcción no paralela con la del artículo precedente que regula el tipo básico.

d) En los delitos de evasión (arts. 470 y 471) se incluye expresamente al detenido junto al condenado y al preso, con lo que parece evidenciarse la voluntad del legislador de dar a estos tipos una mayor amplitud en este extremo.

Esbozado así en gruesos trazos el panorama legislativo vigente una primera consideración salta a la vista y es la imposibilidad de buscar unas premisas coherentes que sirvan de norte para fijar el alcance de cada uno de los preceptos en orden a la inclusión o no de las situaciones de detención, lo que hace que sean admisibles muy diversas interpretaciones por contar todas con argumentos que las avalan al tiempo que todas son también merecedoras de alguna objeción de consideración.

## **V. LA NECESIDAD DE UNA INTERPRETACION RESTRICTIVA**

Al realizarse la exégesis de los delitos de quebrantamiento de condena ha de subrayarse de una forma especial la necesidad de interpretación restrictiva que ha de presidir todas las normas penales y que se acentúa de forma particular en estas infracciones que tradicionalmente han sido miradas con recelo por la doctrina. El delito de autoquebrantamiento -se ha dicho representa un abuso del ius puniendi del Estado. No es exigible al preso una conducta distinta: «¿Teméis que se os evadan los presidiarios? -argumentaba PACHECO con palabras reiteradamente citadas-. Celad su custodia, cuanto sea permitido a la naturaleza humana. Pero no extrañéis que se aprovechen de vuestros descuidos; porque para eso sería menester que fuesen santos o que no fuesen hombres».

Es cierto que las tendencias del moderno Derecho Penal hacia otras formas de cumplimiento distintas del régimen cerrado y hacia otro tipo de penas que exigen cierta colaboración por parte del penado debilitan esas argumentaciones y así lo ha entendido el legislador de 1995 que ha querido mantener bajo la amenaza penal esas infracciones. Pero en cualquier caso, esas consideraciones que en otros países han movido a tipificar la autoliberación tan solo cuando va acompañada de violencias o desórdenes, sancionando a nivel puramente penitenciario el resto de las evasiones, alientan a manejar con especial cuidado las herramientas interpretativas para reducir los tipos de quebrantamiento de condena a su ámbito más estricto. Máxime si se constata que el legislador no ha sido muy cuidadoso con el lenguaje en estos tipos y se ha preocupado muy poco de perfilar las conductas alumbrando unos tipos desmesuradamente abiertos.

En efecto, la interpretación puramente literal de estos tipos penales no es en modo alguno tolerable y está fuera de toda duda que se imponen de entrada una serie de recortes de su ámbito de aplicación evidentes por más que la estricta dicción de los preceptos llevaría a otras consecuencias. Así, por ejemplo, aunque la ley no diga nada y no se deduzca de ella lo contrario, los tipos de quebrantamiento de condena sólo pueden tener operatividad en el marco de un proceso penal. El quebrantamiento de condenas de otra naturaleza como las recaídas en el orden civil o laboral o incluso los pronunciamientos civiles de sentencias penales no pueden constituir estos delitos. Así lo evidencia la supresión durante la tramitación parlamentaria del art. 450 del Proyecto de Código Penal de 1995 donde se tipificaba expresamente la negativa, pese al requerimiento llevado

al efecto, a cumplir resoluciones dictadas en ámbitos distintos del penal. Y antes de la remisión a las Cortes Generales se habían expurgado del proyecto los quebrantamientos de otras decisiones judiciales de naturaleza no penal (como la expulsión de un extranjero).

La alusión al quebrantamiento de medidas cautelares también debe ser interpretada restrictivamente si no se quiere ampliar desmesuradamente el ámbito de aplicación del art. 468 del Código Penal. De ahí que con acierto se haya sostenido que aquellas medidas cautelares cuyo incumplimiento determina legalmente otra consecuencia subsidiaria -fianza, citación cautelar...-, no pueden servir de soporte para la comisión de este delito.

Hay que exigir como presupuesto implícito de este delito la insolubilidad normativa de la crisis que la voluntad rebelde del sometido a la decisión judicial provoca al incumplir o impedir la eficacia de esa resolución. Cuando el ordenamiento ha previsto otras medidas alternativas o subsidiarias inmediatas, no podrá hablarse de quebrantamiento punible (señaladamente sucede así con la pena de multa cuyo incumplimiento da lugar al embargo o, en su caso, la responsabilidad personal subsidiaria).

## **VI. CUESTIONAMIENTO DE LA CONCEPTUACION DE LA DETENCION NO JUDICIAL COMO MEDIDA CAUTELAR**

Una primera opción interpretativa consistiría en excluir las situaciones de detención no judicial del ámbito del art. 468 del Código Penal. Partiendo de esa necesidad de interpretación restrictiva, se llegaría a concluir que la situación de detención, salvo que hubiese sido decretada judicialmente, nunca podría servir de presupuesto para el delito de autoquebrantamiento del art. 468, por no poder ser considerada propiamente una medida cautelar a tales efectos. Es la tesis que, tras ser debatida en Junta, ha sido asumida por la Fiscalía consultante.

A la hora de dotar de su auténtico alcance penal a la mención a las medidas cautelares contenida en el art. 468 hay que moverse con extremadas reservas en virtud de las consideraciones que se han efectuado. Aun no pudiendo conocerse el pensamiento que animaría al legislador al realizar esa previsión, dada la ausencia de una detallada Exposición de Motivos, pudiera sostenerse que se estaba pensando en medidas como la de privación cautelar del permiso de conducir (art. 529 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). El incumplimiento de tal medida cautelar resultaría paradójicamente más penado como desobediencia (arts. 556 del Código Penal y 785.8.ª c), párrafo penúltimo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) que el quebrantamiento de una pena de idéntica naturaleza ya impuesta en sentencia firme. La inclusión de las medidas cautelares en el seno del delito de autoquebrantamiento subsanaba esa llamativa discordancia penológica, pero al mismo tiempo traía de la mano otros problemas derivados de la extrema extensión y variedad de las «medidas cautelares» que pueden recaer en un proceso penal, cuando no todas justifican ante su incumplimiento el recurso a la sanción penal.

Y entre esos problemas está el de la inclusión o no de la detención entre las posibles situaciones cobijadas detrás de los términos «medida cautelar» empleados en el art. 468 del Código Penal. Formalmente estamos ante una medida cautelar. La Fiscalía consultante considera que solo la detención judicial es propiamente una medida cautelar al participar de la nota de jurisdiccionalidad característica de las medidas cautelares en el proceso penal. La detención policial o la llevada a cabo por un particular, aunque por extensión sea catalogada como

medida cautelar, no puede ser reputada en rigor como tal. De ahí que haya sido denominada medida cautelar provisionalísima o «medida precautelar» en cuanto sirve no para garantizar directamente los fines del proceso, sino para garantizar la posible adopción de las auténticas medidas cautelares.

Aun siendo meritorio el esfuerzo exegético realizado para ceñir el concepto de medidas cautelares, no parece que legalmente exista base suficiente para, más allá de discusiones dogmáticas y cuestiones semánticas, negar a la detención preventiva no practicada por la Autoridad Judicial pero realizada en virtud de la posible comisión de un delito el carácter de medida cautelar. Como medida cautelar la ha caracterizado la jurisprudencia constitucional (entre otras, sentencia 108/1984, de 26 de noviembre) y tal consideración merece al propio Código Penal en su art. 34.1.

## **VII. CONSIDERACION DEL BIEN JURIDICO PROTEGIDO**

Negada la posibilidad de una interpretación por la vía apuntada que expulse de los términos «medida cautelar» los supuestos de detención no judicial, tendríamos que en principio los requisitos de tipicidad aparecerían cumplidos y la autoliberación del detenido por la Policía Judicial o incluso por un particular (art. 490) merecería la sanción prevista en el art. 468 en contra de lo establecido en los textos penales precedentes y sin que el legislador haya ofrecido razón alguna para ese sustancial cambio que en todo caso sería plenamente legítimo por tratarse de una opción de política criminal.

Sin embargo, el recurso a una interpretación en concordancia con el bien jurídico protegido permitiría a tenor de esta primera tesis corregir los resultados de la interpretación literal. Si el quebrantamiento de condena está incluido entre los delitos contra la Administración de Justicia cuyo bien jurídico protegido común comporta esa referencia judicial, la detención para merecer esa tutela penal necesitará tomar apoyo en una resolución judicial: por tanto solo las detenciones acordadas judicialmente podrán servir de presupuesto para el delito de autoquebrantamiento previsto en el art. 468 del Código Penal. La autoliberación del detenido gubernativamente sería impune como ha sucedido en la mayoría de nuestros Códigos históricos. Con ello, por otra parte, se soslaya la problemática derivada de considerar delictiva la autoliberación cuando es un particular quien ha procedido a la detención.

Si los delitos contra la Administración de Justicia han de conllevar un cierto menoscabo de la actividad jurisdiccional del Estado y por tanto los de quebrantamiento de condena deben tener como norte proteger la efectividad de determinadas resoluciones judiciales en el marco del proceso penal, esas características sólo concurren en las detenciones acordadas judicialmente y no en otro tipo de detenciones practicadas en atención a un proceso penal que en algunos casos incluso puede no haberse iniciado todavía. Considerar que también en esos casos se está protegiendo la efectividad de una futura e hipotética resolución judicial de prisión carece de la solidez suficiente.

## **VIII. DETENCION Y DELITOS DE EVASION E INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE PRESOS**

Ahora bien, esta tesis iría mucho más allá del ámbito del art. 468 del Código Penal. Si es el bien jurídico protegido el que determina esa interpretación restrictiva no hay ninguna razón para no realizar igual exégesis en

relación con los delitos de evasión de presos. De esa forma las referencias a los detenidos que se contemplan en los arts. 470 y 471 (evasión de presos y antigua infidelidad en la custodia de presos, *nomen* que subsiste por mor de la disposición final 2.ª del Código Penal) habrían de entenderse en el sentido de abarcar exclusivamente a los detenidos en virtud de resolución judicial. El traslado sistemático de los delitos de infidelidad en la custodia de presos habría tenido así un alcance mucho mayor que el de pura ordenación al imponer una exégesis más restrictiva de unos tipos penales que en lo sustancial siguen diciendo lo mismo.

Es cierto que esta interpretación acabaría con algunos problemas dogmáticos (como el tema de la participación del propio detenido en las conductas de evasión) en la medida en que parificaría totalmente las situaciones de detención, prisión y condena contempladas por todos los delitos de quebrantamiento de condena.

Pero no deja de encerrar cierta osadía interpretativa deducir de un simple traslado sistemático esas graves consecuencias -declaración de impunidad de la conducta consistente en proporcionar la fuga a un detenido incluso cuando sea llevada a cabo por un funcionario público-. Las rúbricas de los títulos y capítulos no siempre buscan la exactitud que a menudo es sacrificada por la elegancia o brevedad teniendo tan solo un carácter orientador. Extremar su significación exegética puede suponer un claro abuso. Y en este campo de los delitos contra la Administración de Justicia esos peligros se ponen de manifiesto de una manera singular si se atiende a otros delitos encuadrados bajo tal rúbrica. Algunos de ellos, como el tipificado en el art. 450 -omisión del deber de impedir determinados delitos- tienen una referencia muy lejana a la Administración de Justicia. Y otros -como el de deslealtad profesional del art. 467- cubren casos (actuaciones profesionales no procesales de los abogados) en los que la Administración de Justicia no está presente ni siquiera de forma implícita o indirecta. Por otro lado, también en la violación de una detención, aunque no haya sido decretada judicialmente ni se haya acordado en el seno de un proceso penal sino que sea previa al mismo, existe una lesión para los fines del proceso judicial por lo que no puede afirmarse de manera tan rotunda que la inclusión del quebrantamiento de detenciones no decretadas judicialmente supone violentar la rúbrica del Título, siempre y cuando se excluyan todas aquellas detenciones que no se realizan en función de un proceso penal.

No parece que la voluntad del legislador haya llegado al punto de considerar impune la actuación del funcionario público que, abusando de esa condición, proporciona la fuga a un detenido. Aunque también es justo reconocer que muchas de esas conductas, de mantenerse la exégesis antes apuntada excluyendo las detenciones no judiciales del ámbito de los arts. 470 y 471, podrían ser reconducidos a los delitos de encubrimiento del art. 451.3.ºb).

## **IX. LA TESIS FAVORABLE A LA INCLUSION DE LA DETENCION EN EL ART. 468**

En el extremo opuesto se situaría la tesis favorable a contemplar en el art. 468 todas las situaciones de detención ordenadas a un proceso penal, hayan sido decretadas por la Autoridad Judicial o no. Tan sólo quedarían fuera del ámbito del precepto las detenciones realizadas en desconexión de un proceso penal como pueden ser las detenciones practicadas al amparo de la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

Todo intento de erradicar de los términos «medida cautelar» la detención, sea policial o judicial, está condenado



a tenor de esta tesis al fracaso. Si el legislador ha contemplado expresamente la detención en los arts. 470 y 471, no resulta incongruente que también en el art. 468 esté penado el quebrantamiento de la detención, sin que suponga ello un criterio que pueda ser denostado: algunos autores lo defendieron bajo la vigencia del anterior Código y en el Proyecto de 1980 se optaba con claridad por la punición. Los problemas derivados de la detención por un particular subsisten también, aunque ciertamente atenuados, en relación con los arts. 470 y 471. Y lo que debe exigirse en todo caso es que la detención esté ya consumada. El tipo requiere quebrantar una situación de detención ya efectuada y en vigor: no basta eludir la detención que se está intentando o que todavía está en fase de realizarse que es lo que sucederá normalmente cuando lo evitado sea la detención intentada por un particular. Las conductas consistentes en eludir la detención no serán en ningún caso delictivas. En estos tipos se exige el quebrantamiento de la medida o condena ya en aplicación. No se está castigando el no sometimiento voluntario al inicio de la ejecución. Por eso lo mismo que quien conoce que se ha dictado un auto de prisión en su contra o quien no se presenta voluntariamente a cumplir la condena que le ha sido impuesta no cometen este delito, tampoco lo cometería quien consigue eludir una detención que se ha comenzado a practicar pero que todavía no se ha llegado a constituir de forma definitiva.

#### **X. INTERPRETACION QUE SE PROPONE: ATIPICIDAD DE LA AUTOLIBERACION DEL DETENIDO**

En un terreno intermedio podría defenderse aún alguna otra posición interpretativa tendente a perpetuar el régimen imperante bajo la vigencia del Código Penal derogado. La alternativa maniquea entre excluir la detención de todos los tipos de quebrantamiento de condena o entenderla incluida en todos se rompería a través de esta vía exegética.

En favor de ella milita en primer lugar un argumento histórico. Los antecedentes prelegislativos parecen demostrar que no ha habido intención del legislador de modificar el entendimiento que venía haciéndose de los arts. 334 y 336 y 362 del Código Penal. En el delito de autoquebrantamiento se quería excluir la situación de detención como demuestra la dicción del art. 469 que ciñe el círculo de posibles sujetos activos a los sentenciados o presos: no ha habido voluntad de modificación en ese particular aunque al contemplarse ahora las medidas cautelares se ha proporcionado, seguramente de forma inadvertida, la base para sostener la inclusión de la situación de detención en el delito de autoquebrantamiento, pero una interpretación sistemática - art. 469- e histórica, permitiría salvar el escollo. El argumento a contrario derivado de la comparación con los arts. 470 y 471 reforzaría esta estimación.

La consideración sistemática e integrada de los arts. 468 y 469 conduce a excluir al detenido como posible sujeto activo de esas infracciones. La omisión en el art. 469 del detenido no es casual, sino que es deliberada y obedece sin duda al propósito de mantener el régimen previgente. La lógica interna que en la fijación de las penas se deriva de una interpretación sistemática de ambos preceptos desemboca inequívocamente en esa conclusión: afirmada la tipicidad del autoquebrantamiento del detenido no existiría razón alguna para no cualificar punitivamente los supuestos de violencia.

Esta conclusión valdría también para el detenido judicialmente que quedaría igualmente implícitamente excluido de la tipicidad descrita en el art. 468 del Código Penal. Aunque aquí hay que apostillar algo respecto de la

situación del rebelde que al ser detenido elude su custodia antes de ser puesto a disposición judicial. Al respecto debe considerarse vigente la doctrina contenida en las sentencias de 24 de mayo de 1967, 22 de diciembre de 1981 y 30 de octubre de 1985 que entienden que podemos estar ante un delito de quebrantamiento de condena pues ya se le puede considerar preso. En efecto, desde el momento en que el detenido sabe que su captura se debe a una orden judicial, para lo que no es imprescindible la notificación, la evasión constituirá este delito. Si faltase ese conocimiento estaríamos ante un supuesto de error sobre un elemento del tipo.

Otro significativo aval de la tesis favorable a excluir todos los supuestos de detención del ámbito típico del art. 468 es la expresa mención de los detenidos en los arts. 470 y 471 por contraste con el art. 469. En concordancia con los anteriores delitos de infidelidad en la custodia de presos y con la interpretación jurisprudencial del derogado art. 336, esa mención expresa, sin matizaciones, lleva a rechazar todo intento de excluir de tales expresiones las detenciones no judiciales. La contemplación de algunos otros de los tipos cobijados bajo la rúbrica «Delitos contra la Administración de Justicia» permite descubrir que no es en modo alguno forzado incluir bajo esa rúbrica la violación de situaciones de detención no acordadas por la Autoridad Judicial pero sí realizadas en función de la averiguación de un delito y por tanto en dependencia de un proceso penal ya existente o a incoar inmediatamente.

El desarrollo argumental realizado en estas páginas sirve para afirmar que no existen en el punto objeto de debate soluciones seguras y precisas. Pero aun presentado como todas las demás algunos flancos débiles, la última posición expuesta resulta más apta para ser asumida por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las aclaraciones que pueda hacer la jurisprudencia. A ella conducen las razones sistemáticas (exclusión del detenido del subtipo agravado del art. 469 en contraposición a los arts. 470 y 471); históricas (apariencia de que no ha existido voluntad de cambio); y teleológicas (consideración del bien jurídico protegido que llevaría a excluir las medidas no jurisdiccionales, salvo que conste la voluntad expresa del legislador como sucede en los arts. 470 y 471) que han quedado expuestas. Esas razones pesarían más que las impuestas por una simple interpretación literal de la locución «medidas cautelares», máxime en un tipo redactado en forma tan abierta que todos coinciden en excluir de su ámbito muchas conductas que gramaticalmente sí encajarían (como el quebrantamiento de medidas o condenas no derivadas de procesos ante el orden jurisdiccional penal).

## **XI. CONCLUSIONES**

1.º Del delito del art. 468 hay que excluir los supuestos en que la medida quebrantada sea una detención, tanto policial como judicial.

2.º La mención expresa del detenido en los arts. 470 y 471 sí autoriza a considerar incursos en tales tipos a los terceros que facilitan la evasión de cualquier persona que haya sido detenida en atención a un proceso penal ya incoado o por incoar.

